



Kass.-Nr. AC050046/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 26. Januar 2006

in Sachen

A.,

...,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Fürsprecher ...

...,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Oberstaatsanwalt lic.iur. Martin Bürgisser, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

2. Erbe der † B.,

...,

nämlich:

R. B.,

...,

Geschädigter und Beschwerdegegner 2

betreffend **gewerbsmässiger Betrug etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2004 (SB040514/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Dem Beschwerdeführer wird von der Anklage vorgeworfen, im Zeitraum zwischen dem 9. und 13. August 2003 in vier Alters-/Pflegeheimen in Zürich mehrere zum Teil pflegebedürftige Heimbewohner unter der täuschenden Angabe, er sei Polizist und habe wegen früherer Vorfälle Schmuck und das Bargeld zu kontrollieren, überlistet zu haben bzw. dies versucht zu haben. Als Folge dieses Verhaltens sei ihm zum Teil Schmuck bzw. Bargeld überlassen worden; zudem habe er bei dieser Gelegenheit Bar- und Sachwerte entwendet bzw. habe versucht, dies zu tun.

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 2. Juli 2004 wurde der Beschwerdeführer des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, des (geringfügigen) Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB, der mehrfachen Amtsanmassung im Sinne von Art. 287 StGB sowie des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig gesprochen; in einzelnen Punkten der Anklage (Diebstahl bzw. versuchter Diebstahl sowie Hausfriedensbruch) wurde er freigesprochen. Der Beschwerdeführer wurde mit zweieinhalb Jahren Zuchthaus, abzüglich 324 Tage Untersuchungshaft, bestraft. Ferner wurde eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeordnet. Der Beschwerdeführer wurde schliesslich verpflichtet, der Geschädigten B. entsprechend seiner Anerkennung Fr. 1'400.-- als Schadenersatz zu bezahlen; im Mehrbetrag wurde das Schadenersatzbegehren auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen. Auf Berufung des Beschwerdeführers hin wurde dieses Urteil mit Urteil des Obergerichts, I. Strafkammer, vom 15. Dezember 2004 im Schuld- und Strafpunkt bestätigt; entgegen der ersten Instanz sah das Obergericht jedoch von der Anordnung einer Massnahme ab (KG act. 2).

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete und begründete Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer be-

antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache sei zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen; ferner sei eine Bemerkung im vorinstanzlichen Protokoll zu streichen (KG act. 1 S. 2). Vorinstanz, Staatsanwaltschaft sowie der Rechtsnachfolger der Geschädigten B. haben auf Vernehmlassung bzw. Beantwortung verzichtet (KG act. 10, 22, 23).

Der Beschwerdeführer hat gegen das angefochtene Urteil auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts erhoben (KG act. 1 S. 3, Ziff. A.1; KG act. 12).

3. Zusammen mit der Nichtigkeitsbeschwerde stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Haftentlassung (KG act. 1 S. 9 f.). Mit Präsidialverfügung vom 23. März 2005 wurde der Beschwerdeführer aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen (KG act. 14; Prot. KG S. 9).

II.

1. Als erstes rügt der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Feststellung, seine Zurechnungsfähigkeit sei zur Tatzeit (nur) leicht vermindert gewesen, eine Verletzung seines durch Art. 29 Abs. 2 BV garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde Ziff. 6, S. 5 ff.). Weiter beruft er sich auf Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und das hier garantierte Recht auf Befragung Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen.

1.1 Zur Begründung der Rüge macht der Beschwerdeführer geltend, die damalige amtliche Verteidigerin habe am 2. Juli 2004 vor Bezirksgericht die Einvernahme von X. als Zeugin dafür beantragt, dass der Beschwerdeführer am Morgen des 13. August 2003, vor der Begehung der ihm vorgeworfenen Straftaten am gleichen Tag, etwa zwei Flaschen Wein, 1 Liter Bier, 4-5 dl Cognac, Wodka und weitere alkoholische Getränke konsumiert hatte. Zwar sei X. schon in der Untersuchung befragt worden, doch habe die Einvernahme damals abgebrochen werden müssen, ohne dass es zu einer Fortsetzung gekommen sei. Da sich das

psychiatrische Gutachten vom 29. April 2004 auf die Akten zum Zeitpunkt der Erteilung des Gutachtensauftrages stütze, habe die Verteidigung am 2. Juli 2004 den Antrag auf Ergänzung des psychiatrischen Gutachtens gestellt und des weiteren die Beweisbehauptung aufgestellt, die Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers sei im Tatzeitpunkt – im Gegensatz zu den Schlussfolgerungen des Gutachtens – stärker als nur leicht eingeschränkt gewesen.

Nachdem das Bezirksgericht die beantragten Beweise nicht abgenommen habe und vom bestrittenen Sachverhalt (leichte Einschränkung der Zurechnungsfähigkeit) ausgegangen sei, habe die Verteidigung die genannten Anträge vor Obergericht wiederholt. Auch dieses habe auf Abnahme der Entlastungsbeweise verzichtet und sei zum Nachteil des Beschwerdeführers davon ausgegangen, dessen Zurechnungsfähigkeit sei zur Tatzeit nur leicht vermindert gewesen. Damit habe es den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt.

1.2 Das Obergericht sah von der Abnahme der angebotenen Entlastungsbeweise ab, nachdem es zunächst das psychiatrische Gutachten von Dr. med. M. Kiesewetter (BG act. 35/15) in Übereinstimmung mit der ersten Instanz als überzeugend qualifiziert hatte (Urteil S. 24). Darin werde für das Gericht nachvollziehbar und plausibel dargelegt, weshalb von einer höchstens leichtgradigen Verminderung der Willensfähigkeit im jeweiligen Tatzeitpunkt ausgegangen werden könne; insbesondere anhand der Tatmerkmale und mit Blick auf den Durchschnitt vergleichbarer Täter lasse sich aus gutachterlicher Sicht eine „Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeit, um das Verbotene des Tathandelns zu wissen“, nicht erkennen.

Im weiteren äusserte sich die Vorinstanz ausdrücklich zum Antrag der Verteidigung auf erneute Einvernahme der Zeugin X. (Urteil S. 25). Zunächst habe diese Zeugin bestritten, den Beschwerdeführer überhaupt zu kennen, geschweige denn, dass er in der Nacht vom 12. auf den 13. August 2003 bei ihr übernachtet habe. Aber selbst wenn diese Aussagen, wie die Verteidigung vermute, nicht der Wahrheit entsprächen und wenn der Beschwerdeführer am Morgen des 13. August 2003 tatsächlich in dem von ihm geschilderten Ausmass alkoholische Getränke zu sich genommen hätte, würde dies – so die Vorinstanz – am Befund des

Gutachtens nichts ändern, wonach der Beschwerdeführer nicht in dem Ausmass betrunken gewesen sein könne, wie er dies geltend mache. Diese Angaben stünden in klarem Widerspruch zu den objektivierbaren Tatmerkmalen, und es sei der Beschwerdeführer selbst, der bei anderer Gelegenheit durchaus ein Motiv (Überwindung des Geldmangels), Gründe für die Auswahl der Opfer (fehlende Erwartbarkeit der Gegenwehr) und Gründe für den Alkoholkonsum (Abbau von Hemmungen) genannt habe. Die Schlussfolgerung, wonach sich eine mehr als leichtgradige Verminderung der Willensfähigkeit nicht herleiten lasse, sei umso plausibler, als allgemein bekannt sei, dass Alkoholiker zuweilen eine erhebliche Alkoholtoleranz entwickelten, so dass zwischen dem Befund des Gutachters und dem vom Beschwerdeführer behaupteten Alkoholkonsum am Morgen des 13. August 2003 kein Widerspruch bestehen müsse. Damit könne letztlich offen bleiben, ob und wieviel er damals getrunken habe.

1.3 Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt die Pflicht zur Berücksichtigung rechtzeitig und formrichtig gestellter Beweisanträge, soweit die Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt nicht ohnehin schon von Amtes wegen abzuklären haben. Das bedeutet indessen nicht, dass sämtliche angebotenen Beweise abgenommen werden müssen. Auf die Abnahme von (weiteren) Beweisen darf dann verzichtet werden, wenn es um offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen, rechtlich nicht erhebliche Tatsachen oder um solche Tatsachen geht, die als wahr unterstellt werden; ferner wenn das angerufene Beweismittel offensichtlich untauglich ist (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 8 ff. zu § 149; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel u.a. 2005, § 55 N 7 ff., je mit Hinweisen).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine antizipierte (vorweggenommene) Beweismündigung in beschränktem Umfang zulässig. Der Richter darf danach von weiteren Beweisvorkehren absehen, wenn er den Sachverhalt für genügend geklärt erachtet, d.h. wenn er aufgrund bereits erhobener Beweise davon überzeugt ist, dass über die erheblichen Tatsachen kein zusätzlicher Beweis mehr geführt zu werden braucht (BGE 125 I 135 E. 6c/cc, 124 I 211 E. 4a, 285;

DONATSCH, a.a.O., N 13 zu § 149 StPO, m.w.H.). Auch Art. 6 EMRK steht einer solchen Beschränkung des Beweisverfahrens zufolge antizipierter Beweiswürdigung nicht entgegen (BGE 125 I 135 mit Hinweisen). Nach der Praxis des Kassationsgerichtes kann eine Beweisabnahme dann unterbleiben, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass sie auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (ZR 87 Nr. 125 Erw. 4a; RB 1985 Nr. 54). Dabei prüft das Kassationsgericht im Rahmen von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO nur, ob die sachrichterliche Annahme der Gewissheit willkürlich ist oder nicht (RB 1990 Nr. 77 und seitherige Entscheide).

1.4 Der Beschwerdeführer will beweisen, dass er entgegen den Feststellungen des Gutachters im Zeitpunkt der Tat (vom 13. August 2003) in höherem Ausmass als nur leicht vermindert zurechnungsfähig gewesen sei. Er beruft sich insbesondere auf diejenige Stelle im psychiatrischen Gutachten, wo es heisst (BG act. 35/15 S. 27):

„Dass der Expl. zu irgendeinem Zeitpunkt nicht oder vermindert in der Lage gewesen wäre, das Verbotene seines Tuns zu erkennen, ist nicht der Fall. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Angaben des Expl., völlig betrunken gewesen zu sein, keinen klaren Kopf mehr gehabt, nicht mehr genau zwischen Verbotenem und nicht Verbotenem unterscheiden gekonnt und keine Kontrolle mehr über sich gehabt zu haben – all dies sind erkennbare Angaben, die in klarem Widerspruch zu den objektivierbaren Tatmerkmalen stehen, ...“.

Daraus ergebe sich, so der Beschwerdeführer, dass der Gutachter für seine Schlussfolgerungen davon ausgehe, die Angaben des Beschwerdeführers „völlig betrunken gewesen zu sein“, seien falsch. Die vom Beschwerdeführer erwähnten Alkoholmengen führten jedoch selbst bei einem alkoholgewöhnten Mann zu einer erheblichen Angetrunkenheit und einer entsprechenden Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Gerade davon sei aber der Psychiater bei der Erstellung des Gutachtens nicht ausgegangen. Entgegen der Annahme der Vorinstanz sei demnach die im Zusammenhang mit Antrag auf Einvernahme von X. genannte Beweistatsache für den Gutachter sehr wohl relevant. Für ihn sei es von Bedeutung gewesen, dass der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Trunkenheitsgrad nur von ihm und nicht von Dritten beschrieben worden sei. Der Be-

schwerdeführer habe aber u.a. den Beweis dafür angetreten, dass X. die von ihm konsumierte Alkoholmenge und seine Trunkenheit am Morgen des 13. August 2003 beobachtet hatte.

1.5 Es kann nicht als unhaltbar bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz davon ausging, dass auch eine allfällige Bestätigung der Angaben betreffend den Alkoholkonsum des Beschwerdeführers durch X. nichts an den Schlussfolgerungen des psychiatrischen Gutachtens zu ändern vermöchte. Tatsächlich sprechen sowohl die objektivierbaren Umstände des Vorgehens wie auch die eigenen Aussagen des Beschwerdeführers betreffend Motiv der Tat und Auswahl der Opfer für ein durchaus überdachtes und willentlich gesteuertes Vorgehen. Dazu kommt, dass die angerufene Zeugin letztlich – wenn überhaupt – nur konkrete Aussagen über die Menge des am 13. August 2003 vom Beschwerdeführer konsumierten Alkohols machen könnte, nicht aber über den psychischen Zustand des Beschwerdeführers; ob dieser im Zeitpunkt der Tat in seiner Willensfähigkeit leichtgradig oder mittelschwer beeinträchtigt war, entzieht sich der Beobachtung durch einen Zeugen. Dass auf der anderen Seite der Nachweis, dass der Beschwerdeführer am Morgen des fraglichen Tages (vgl. BG act. 53 S. 5) die behauptete Menge Alkohol konsumierte, für sich allein bereits Beweis für eine in erhöhtem (mittelschweren) Grad verminderte Zurechnungsfähigkeit zur Tatzeit (Mittags) wäre, kann jedenfalls so nicht gesagt werden. Es ist gerichtsnotorisch, dass zwischen Blutalkoholkonzentration einerseits und (Grad der) allfälligen Verminderung der Zurechnungsfähigkeit andererseits *keine lineare Abhängigkeit* besteht, sondern dass hinsichtlich letzterer verschiedene weitere Faktoren in die Beurteilung einzubeziehen sind (vgl. nur KLAUS FOERSTER, Störungen durch psychotrope Substanzen, in: Venzlaff/Foerster [Hrsg.], Psychiatrische Begutachtung, 4. Auflage, Tübingen 2004, S. 200 ff., 203, wonach die Wertigkeit der Blutalkoholkonzentration für die Einschätzung des Schweregrades einer Alkoholisierung gering ist). Somit war es unter den gegebenen Umständen zulässig, von der Unerheblichkeit der Zeugenaussagen betreffend den Alkoholkonsum für das Ergebnis des Gutachtens auszugehen. Die Rüge ist unbegründet.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt weiter (Beschwerde S. 8 f., Ziff. 7) eine Verletzung des in § 399 StPO gewährleisteten Verschlechterungsverbot. So habe nach der mündlichen Urteilsöffnung der Vorsitzende den Beschwerdeführer im Sinne einer Warnung darauf hingewiesen, dass er bei künftiger Delinquenz als Gewohnheitsverbrecher verwahrt werden könne, was auch protokollarisch festgehalten worden sei. Dabei handle es sich um die Androhung einer Verwahrung, wie sie nach ständiger Praxis der zürcherischen Gerichte notwendige Voraussetzung für die Anordnung einer Verwahrung in einem künftigen Prozess sei. Zwar finde sich diese Androhung nicht im Urteilsdispositiv, sie müsse aber wegen ihrer Wirkungen gleichwohl als Bestandteil des Urteils im Sinne von § 160 GVG gelten und somit auch angefochten werden können. Es handle sich um eine Anordnung eines zuständigen Gerichtes im Einzelfall, die sich auf materielles Strafrecht stütze und für den Betroffenen unter gewissen Voraussetzungen Rechtsfolgen nach sich ziehen könne.

Da – so der Beschwerdeführer weiter – die erste Instanz noch auf einen entsprechenden Hinweis verzichtet und die Berufungsinstanz somit erstmals eine solche Androhung ausgesprochen habe, und da überdies die Staatsanwaltschaft ihre zunächst erhobene Anschlussberufung zurückgezogen habe, habe für die Vorinstanz das Verbot der reformatio in peius gemäss § 399 StPO gegolten. Dieses sei nach dem Gesagten verletzt worden, weshalb das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben und die Vorinstanz zu veranlassen sei, den entsprechenden Hinweis im Protokoll vom 15. Dezember 2004 zu streichen.

2.2 Gemäss § 399 StPO darf das Urteil bei alleiniger Anfechtung durch den Angeklagten nicht zu dessen Ungunsten abgeändert werden (Verbot der reformatio in peius [Verschlechterungsverbot]). Dabei bezieht sich das Verbot nach vorherrschender Auffassung nicht auf den Schuldpunkt, sondern allein auf die Strafe (bzw. Sanktion), die nicht schärfer ausfallen darf. Massgebend für die Beurteilung sind dabei nach ständiger Praxis nicht die Erwägungen, sondern allein das Dispositiv (ZR 79 Nr. 127; SCHMID, in Donatsch/Schmid, a.a.O., § 399 N 3; zuletzt Kass.-Nr. AC030125 v. 24.11.2003 i.S. H.).

Gemäss der erwähnten Protokollnotiz wies der Vorsitzende den Beschwerdeführer nach erfolgter mündlicher Urteilseröffnung „im Sinne einer letzten Chance daraufhin, dass er aufpassen müsse, sollte er weiter delinquieren, nicht als Gewohnheitsverbrecher verwahrt zu werden“ (Prot. OG S. 32). Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers kann darin jedoch kein anfechtbarer und dem Verschlechterungsverbot unterliegender Urteilsbestandteil erblickt werden. Weder hat die „Androhung“ (wohl eher: der Hinweis) Eingang in das Urteilsdispositiv gefunden, noch kann gesagt werden, sie entfalte in anderer Hinsicht für den Beschwerdeführer nachteilige Wirkungen. Es bleibt unbelegt und ist nicht ersichtlich, dass eine derartige Androhung nach der Praxis der hiesigen Gerichte eine Voraussetzung für eine spätere Verwahrung darstelle; eine solche Praxis könnte sich jedenfalls weder auf den Gesetzeswortlaut noch – soweit ersichtlich – auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bzw. die massgebliche Lehre stützen. Allein die Tatsache, dass der Hinweis auf die Möglichkeit einer Verwahrung im Protokoll vermerkt wurde, vermag eine Verschlechterung nicht zu begründen, da andernfalls auch eine (negative) Bemerkung in den Urteilserwägungen als relevante Schlechterstellung angesehen werden müsste, was aber – wie gezeigt – gerade nicht zutrifft.

2.3 Die Rüge erweist sich damit ebenfalls als unbegründet.

3. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist daher abzuweisen. Damit sind die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 750.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 262.-- Schreibgebühren,
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste und an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: