



Kass.-Nr. AC060033/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 20. April 2007

in Sachen

A,

...,

Angeklagter und Beschwerdeführer

bisher amtlich verteidigt durch Fürsprecher ...h
neu amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

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

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr.iur. Ulrich Weder, ...

2. **G**,

...,

Geschädigter und Beschwerdegegner 2

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

versuchte vorsätzliche Tötung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. April 2006 (SE050025/U/eb)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Dem Angeklagten wird vorgeworfen, am 11. Juli 2004 gegen 20.15 Uhr vor dem Restaurant "XY" in Zürich im Laufe eines Gerangels mit einem Revolver auf den Geschädigten G geschossen zu haben. Das Projektil sei unterhalb der linken Leiste in den Körper des Geschädigten eingedrungen und im Fettgewebe unter der Haut des Gesässbereichs stecken geblieben. Es sei weder eine akute Lebensgefahr noch ein bleibender Nachteil entstanden, doch habe die Schussverletzung eine notfallmässige Behandlung und einen Spitalaufenthalt bis zum 16. Juli 2004 erfordert. Der Angeklagte habe in der Folge unter nicht näher geklärten Umständen ein zweites Mal geschossen und sei dann geflüchtet. Gleichentags um 21.40 Uhr habe er sich der Polizei gestellt. Diesem Vorfall sei ebenfalls am 11. Juli 2004 um ca. 19.00 Uhr eine handgreifliche Auseinandersetzung vor dem Café "AB" vorangegangen, an welchem unter anderem der Angeklagte und der Geschädigte beteiligt gewesen seien (Anklageschrift OG act. 18).

Mit Urteil vom 7. April 2006 erkannte das Obergericht (II. Strafkammer) den Angeklagten schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung und des Vergehens gegen das Waffengesetz. Es bestrafte ihn mit sechs Jahren Zuchthaus unter Anrechnung der bis zum Antritt des vorzeitigen Strafvollzugs erstandenen Untersuchungshaft. Weiter ordnete das Obergericht eine ambulante Massnahme an, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht aufgeschoben wurde. Sodann nahm das Obergericht Vormerk davon, dass der Angeklagte die vom Geschädigten geltend gemachten Zivilforderungen anerkennt (OG act. 43 = KG act. 2).

2. Der Angeklagte wurde vor Obergericht durch Fürsprecher H amtlich verteidigt. Mit Eingabe vom 29. Juli 2006 an das Kassationsgericht liess er durch Rechtsanwalt F beantragen, es sei ihm die Frist zur Anmeldung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wieder herzustellen und in der Person von Rechtsanwalt F ein amtlicher Verteidiger zu bestellen (KG act. 1).

Fürsprecher H nahm schriftlich Stellung zu den Ausführungen von Rechtsanwalt F (KG act. 10). Hierzu liess sich wiederum der Angeklagte durch Rechtsanwalt Thomas Fingerhut vernehmen (KG act. 15). In der Folge holte das Kassationsgericht einen Bericht einer Sozialarbeiterin der Strafanstalt P ein, welche an einer Besprechung des Angeklagten mit Fürsprecher H anwesend gewesen war (KG act. 17).

Mit Beschluss vom 17. Oktober 2006 stellte das Kassationsgericht dem Angeklagten die Frist zur Anmeldung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wieder her, stellte fest, dass diese Anmeldung erfolgt sei, und setzte dem Angeklagten Frist zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde an. Weiter entliess das Kassationsgericht den bisherigen amtlichen Verteidiger und bestellte Rechtsanwalt F zum neuen amtlichen Verteidiger des Angeklagten (KG act. 18).

Der Angeklagte beantragt mit seiner am 20. November 2006 begründeten Nichtigkeitsbeschwerde, es sei das Urteil vom 7. April 2006 aufzuheben und die Sache an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 23). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 26). Die Staatsanwaltschaft und der Geschädigte beantworteten die Beschwerde innert Frist nicht.

II.

1. a) Das Obergericht hält fest, die ärztliche Untersuchung des Beschwerdeführers am Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich (nachfolgend: IRM) kurz nach der Festnahme habe keine Hinweise auf vorgängigen Konsum von Alkohol und Drogen ergeben (OG act. 9/1). Die Bezirksanwaltschaft habe sodann beim IRM ein chemisch-toxologisches Gutachten angefordert (OG act. 9/6), welches am 6. August 2004 erstattet worden sei. Hinweise auf Drogenkonsum hätten sich auch hier keine gefunden. Bezüglich Alkohol werde darauf hingewiesen, dass die Blutentnahme rund drei Stunden und 35 Minuten nach der Tat erfolgt sei. Damit könne eine gewisse Alkoholisierung im Zeitpunkt des Tatereignisses nicht ausgeschlossen werden (OG act. 9/7 S. 2). Selbst bei einem hohen Abbau von 0,2 Promille pro Stunde, so das Obergericht, könnte die Alkoholisierung zur Tatzeit

nicht mehr als 0,7 Promille betragen haben. Eine Beeinträchtigung der Zurechnungsfähigkeit scheidet unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls aus. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. April 2006 verneint, vor der Tat Alkohol konsumiert zu haben (OG Prot. S. 25).

Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht begründe seine Feststellung, die Alkoholisierung des Beschwerdeführers mit 0,7 Promille habe seine geistige und körperliche Steuerungsfähigkeit nicht beeinträchtigt, nicht. Es gäbe keine Regel, wonach die Wirkung von Alkohol bis zu einem bestimmten Promille-Grad keine Wirkung auf die geistige und körperliche Steuerungsfähigkeit zeige. Diese Frage könne nicht generell beantwortet werden, sondern müsse konkret untersucht werden. Das chemisch-toxologische Gutachten des IRM stelle unter anderem und entgegen der Aussage des Beschwerdeführers fest, dass eine gewisse Alkoholisierung im Zeitpunkt des Tatereignisses nicht ausgeschlossen werden könne. Zu seinem Alkoholkonsum befragt, habe der Beschwerdeführer ausgesagt, Alkohol trinke er nur gelegentlich und massvoll, er trinke vielleicht einmal pro Jahr sehr wenig. Der Gutachter habe beim Beschwerdeführer eine schizoaffektive Störung diagnostiziert, wobei die entsprechenden Symptome bei Nichteinnahme der Medikamente verstärkt aufgetreten seien. Wie in dieser Ausgangslage ohne weiteres gesagt werden könne, dass die Alkoholisierung des Beschwerdeführers mit 0,7 Promille seine geistige und körperliche Steuerungsfähigkeit nicht beeinträchtigt habe, sei nicht klar. Das Obergericht habe damit seine Begründungspflicht verletzt und sei in Willkür verfallen. Weiter verfüge es nicht über die fachliche Kompetenz festzustellen, ob der Konsum von Alkohol, in welchem Ausmass auch immer, bereits alleine, aber insbesondere in Kombination mit den vom Beschwerdeführer eingenommenen Medikamenten und bei der festgestellten psychischen Erkrankung Einfluss auf die körperliche und geistige Steuerungsfähigkeit gehabt habe (KG act. 23 S. 3 f. Ziffer 2.1).

b) Das IRM hält in seinem chemisch-toxologischen Gutachten vom 6. August 2004 fest, im Zeitpunkt der Blutabnahme habe sich kein Ethylalkohol (Trinkalkohol) im Blut des Beschwerdeführers befunden. Da zwischen dem Zeitpunkt des Ereignisses und der Blutentnahme rund 3 Stunden und 35 Minuten verstrichen seien, könne eine gewisse Alkoholisierung im Zeitpunkt des Ereignisses nicht

ausgeschlossen werden, denn Ethylalkohol werde relativ rasch aus dem Blut eliminiert. Im linearen Bereich würden pro Stunde minimal 0,10 bzw. maximal 0,20 Gewichtspromille abgebaut (OG act. 9/7 S. 2 Ziffer 2.1).

Das RMI nennt keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer zur Tatzeit unter Alkoholeinfluss gestanden sei. Seine Feststellung, eine gewisse Alkoholisierung könne nicht ausgeschlossen werden, bezieht sich rein auf die Umstände, dass zwischen der Tat und der Blutentnahme eine längere Zeit verstrichen sei und dass Ethylalkohol rasch abgebaut werde. Anlässlich der Hauptverhandlung hielt der Vorsitzende fest, man habe geschrieben, es hätte sein können, dass der Beschwerdeführer etwas getrunken habe. Er, der Vorsitzende, gehe aber davon aus, dass der Beschwerdeführer vor der Tat keinen Alkohol konsumiert habe, und fragt, ob dies richtig sei. Darauf antwortete der Beschwerdeführer: "Ich trinke sowieso keinen Alkohol." Auf die Nachfrage des Vorsitzenden präziserte er: "Einmal im Jahr vielleicht, sehr wenig." (OG act. 42 = Prot. S. 25 oben). Zwischen dieser Aussage des Beschwerdeführers und der Feststellung des IRM, eine gewisse Alkoholisierung könne nicht ausgeschlossen werden, besteht kein echter Widerspruch, da die Feststellung des IRM, wie bereits ausgeführt, grundsätzlicher Natur infolge Zeitablaufs und raschen Abbaus von Ethylalkohol ist und nicht auf konkreten Anhaltspunkten beruht. Das Obergericht verfällt nicht in Willkür, wenn es die Antwort des Beschwerdeführers auf die Frage des Vorsitzenden in dem Sinn versteht, dieser habe vor der Tat keinen Alkohol konsumiert. Wenn das Obergericht davon spricht, die Alkoholisierung zur Tatzeit habe nicht mehr als 0,7 Promille betragen können, so folgte es dem vom IRM genannten theoretisch höchstmöglichen Abbau von Alkohol im Blut von 0,2 Promillen pro Stunde. Die Feststellung, ein solcher Wert sei für die Strafzumessung nicht relevant, und eine Beeinträchtigung der Zurechnungsfähigkeit scheine unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls aus, mag für sich allein als zweifelhaft erscheinen. Verbunden mit dem Hinweis auf die Aussage des Beschwerdeführers bezüglich des Alkoholkonsums ist sie jedoch plausibel. Das Obergericht begründet damit seinen Standpunkt in genügender Weise und verfällt nicht in Willkür.

2. a) Das Obergericht befasst sich in Erwägung III/2.2.2 des angefochtenen Urteils mit dem von der Bezirksanwaltschaft eingeholten Gutachten der Psychiatri-

schen Universitätsklinik Zürich (med. prakt . L und Dr. med. K). Es hält unter anderem fest, die Gutachter legten dar, der Beschwerdeführer habe zwar darauf hingewiesen, dass er immer wieder "Anfälle" erlitten habe. Auf eine nähere Abklärung sei aber diesbezüglich verzichtet worden, weil "tatszeitaktuell mit Sicherheit keine Störung, die irgendwie einem epileptischen Geschehen hätten zugeordnet werden können" bestanden habe. Diese Einschätzung sei, so das Obergericht, aufgrund der Strafuntersuchung nicht zu beanstanden (KG act. 2 S. 38 Mitte).

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Gutachter wiesen selbst darauf hin, dass sie auf eine nähere Abklärung betreffend der vom Beschwerdeführer behaupteten "Anfälle" verzichtet hätten. Ursachen, Ausmass und insbesondere mögliche Auswirkungen dieser Anfälle auf den Tatzeitraum müssten damit offen bleiben. Insbesondere sei nicht abgeklärt worden, ob die vom Beschwerdeführer behaupteten Anfälle allenfalls einer anderen Krankheit zugeordnet werden könnten, welche wiederum, wenn auch nicht manifest, einen Einfluss auf die Steuerungsfähigkeit des Beschwerdeführers gehabt haben könnte. Unklar sei sodann, wie die Gutachter trotz des Verzichts auf nähere Abklärungen feststellen konnten, dass es sich bei den Anfällen um solche epileptischer Natur handle. Nachdem die Gutachter explizit auf eine dahingehende nähere Abklärung verzichtet hätten, sei der Hinweis auf die epileptische Natur der Anfälle, zumindest für den Laien, rein spekulativ und jedenfalls einer näheren Prüfung auf dessen Stichhaltigkeit nicht zugänglich. Willkürlich sei deshalb die Feststellung des Obergerichts, die Einschätzung, dass eben tatszeitaktuell mit Sicherheit keine Störung, die irgendwie einem epileptischen Geschehen hätte zugeordnet werden können, bestanden habe, sei aufgrund der Strafuntersuchung nicht zu beanstanden. Das Gutachten sei damit unvollständig und unklar, und die dazu erfolgten Feststellungen des Obergerichts seien willkürlich (KG act. 23 S. 5 f. Ziffer 2.2).

b) Die Gutachter geben die Schilderungen der "Ohnmachtsanfälle" durch den Beschwerdeführer wieder. Diese träten bei "seelischen Krisen" auf. Ein Arzt in der Türkei habe ihm erklärt, dass er eine "Epilepsie" habe. Der Beschwerdeführer beschreibe keine von Dritten beobachtete Störung des Bewusstseins etwa in Zusammenhang mit solchen "epileptischen Anfällen" (OG act. 9/15 S. 13; Anführungs- und Schlusszeichen durch die Gutachter gesetzt). Weiter hinten, an der

vom Obergericht etwas verkürzt wiedergegebenen Stelle, halten die Gutachter fest, vom Beschwerdeführer angegebene, seit der Kindheit vorgekommene "Anfälle" entsprächen keineswegs sicher Anfällen epileptischer Genese. Die Schilderung lasse aber eine solche Verursachung nicht sicher ausschließen. Eine epileptologische Abklärung sei zwar einmal unternommen worden, doch lägen nähere Unterlagen nicht vor. Die Gutachter hätten auf die Veranlassung einer (neuerlichen) Abklärung verzichtet: Zum einen habe tatzeitaktuell mit Sicherheit keine Störung bestanden, die irgendwie einem epileptischen Geschehen hätte zugeordnet werden können. Zum andern wäre in der gegenwärtigen gutachterlichen Situation eine solche Abklärung konsequenzenlos und deshalb fehl am Platz. Darüber hinaus stehe der Beschwerdeführer in regelmässiger ärztlicher Behandlung und es wäre bei entsprechender Indikation die Veranlassung solcher Untersuchungen für die behandelnden Ärzte ein Leichtes (OG act. 9/15 S. 25).

Aus den Schilderungen der Anfälle durch den Beschwerdeführer, wie sie die Gutachter wiedergeben, ergeben sich keine Hinweise, dass diese Anfälle je gewalttätige Handlungen des Beschwerdeführers zur Folge hatten. Der Beschwerdeführer zeigt auch nicht auf, dass sich aus den Akten ein Hinweis ergäbe, wonach die ihm vorgeworfenen Handlungen in einem Zusammenhang mit solchen Anfällen stehen könnten oder dass der Beschwerdeführer in der Strafuntersuchung oder im obergerichtlichen Verfahren solches geltend gemacht hätte. Der Hinweis auf die Anfälle erfolgte denn auch als eines von mehreren Elementen im Rahmen der allgemeinen psychiatrischen Anamnese und nicht mit direkter Bezugnahme auf das Tatgeschehen. Eine Veranlassung zur spezifisch epileptologischen Abklärung bestand im Rahmen der vorliegenden Begutachtung nicht, so dass das Gutachten diesbezüglich nicht lückenhaft ist. Inwiefern die Annahme des Obergerichts, die gutachterliche Feststellung, tatzeitlich habe keine Störung vorgelegen, die einem epileptischen Geschehen hätte zugeordnet werden können, sei aufgrund der Strafuntersuchung nicht zu beanstanden, willkürlich sein soll, ist nicht ersichtlich.

3. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, zu tragen (§ 396a StPO). Dem Geschädigten, der die Nichtigkeitsbeschwerde nicht beantwortete, ist mangels erheblicher Umtriebe keine Entschädigung für das Kassationsverfahren zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 511.-- Schreibgebühren,
Fr. 551.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Dem Geschädigten wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bundesamt für Polizei, die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich, das Migrationsamt des Kantons Zürich und das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: