



Kass.-Nr. AC030146/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 28. April 2004

in Sachen

X.,

Angeklagte, Erstappellantin und Beschwerdeführerin
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**
8001 Zürich,
Anklägerin, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Staatsanwalt Dr. Ulrich Weder
 2. A.,
Geschädigter und Beschwerdegegner
 3. B.,
Geschädigter und Beschwerdegegner
- 2, 3 vertreten durch Beistand Amtsvormundschaft der Stadt Zürich, ...
2, 3 vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend **mehrfache Körperverletzung etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. September 2003 (SB030224/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 5. Juli 2002 (BG act. 16) wirft der Angeklagten X. vor, ihre beiden Kinder A. (Jahrgang 1992) und B. (Jahrgang 1998) misshandelt zu haben, indem sie ihrem älteren Sohn (u.a.) ca. anfangs 2001 mit einem heissen Bügeleisen verschiedene Brandverletzungen zugefügt und ihren jüngeren Sohn ungefähr im gleichen Zeitraum (u.a.) mit einem Elektrokabel gepeitscht habe (Anklage A/I und II). Ferner wirft die Anklage der Angeklagten Diebstahl, Hehlerei und Fahren ohne Fahrzeugausweis vor (vgl. Anklage B bis D).

2. Die 8. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich sprach die Angeklagte X. mit Urteil vom 11. Dezember 2002 schuldig der mehrfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3, teilweise in Verbindung mit Abs. 2 StGB, der mehrfachen Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 2 StGB, der mehrfachen Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht im Sinne von Art. 219 Abs. 1 StGB, der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie des Fahrens ohne Fahrzeugausweis im Sinne von Art. 96 Ziff. 2 und 3 SVG. Vom Vorwurf des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB wurde die Angeklagte freigesprochen. Das Bezirksgericht fällte eine Strafe von 2 ½ Jahren Gefängnis aus (unter Anrechnung der Dauer der Untersuchungshaft). Weiter sprach sie den beiden Geschädigten eine Genugtuung zu, und verpflichtete die Angeklagte grundsätzlich zum Ersatz für den künftigen Schaden aus den beurteilten Delikten (vgl. OG act. 43 S. 42f.).

3. Die Angeklagte und die Staatsanwaltschaft legten gegen das Urteil des Bezirksgerichts Berufung ein. Die I. Strafkammer des Obergerichts bestätigte daraufhin mit Urteil vom 1. September 2003 den erstinstanzlichen Entscheid im Schuld-, Straf- und Zivilpunkt weitgehend. Einzig mit Bezug auf die Anklage in den Ziffern A/I.1.2 und A/I.1.3 trat sie mit Beschluss gleichen Datums nicht ein, soweit die zugefügten Verletzungen als Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 2 StGB zu qualifizieren waren (vgl. KG act. 2 S. 49ff.).

4. Gegen das obergerichtliche Urteil liess die amtlich verteidigte Angeklagte (nachfolgend Beschwerdeführerin) fristgemäss kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden und begründen. Die Verteidigung beantragt darin die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet, die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) auf Beschwerdeantwort (vgl. KG act. 9 und 10). Die (unentgeltlich verbeiständeten) Geschädigten (Beschwerdegegner 2 und 3) liessen indessen eine Beschwerdeantwort einreichen (vgl. KG act. 11).

5. Von der Einreichung einer eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hat die Beschwerdeführerin abgesehen (vgl. KG act. 6).

II.

1. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet das psychiatrische Gutachten (BG HD act. 11/16) von Dr. med. R. (Psychiatrie und Psychotherapie FMH), welches im Hinblick auf die Frage der Zurechnungsfähigkeit der Beschwerdeführerin von der zuständigen Bezirksanwältin in Auftrag gegeben wurde. Die Beschwerdeführerin erachtet die Fachkompetenz von Dr. R. zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes als ungenügend und bemängelt, dass entgegen ihrem Antrag von der Einholung eines ethnologischen Gutachtens abgesehen worden sei. Weiter macht sie geltend, eine gutachterliche Schlussfolgerung sei nicht nachvollziehbar.

2.1 a) Die Verteidigung bringt vor, auch nach Auffassung des Gutachters sei die bei der Beschwerdeführerin vorhandene Einschränkung ihrer Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht ihrer Taten direkt verbunden mit der für sie zwingend gewordenen These des "envoûtements", d.h. der "dämonischen Verhexung". Diese aus europäischer Optik völlig befremdenden Elemente - so die Verteidigung weiter - hätten ihren Ursprung ausschliesslich in der afrikanischen Kultur der Beschwerdeführerin. Es handle sich dabei um Fachfragen ethnologischer Natur, für welche ein Psychiater nicht über die nötige Ausbildung verfüge. Die erforderlichen

Fachkenntnisse habe er auch nicht dadurch erlangen können, dass er zwei Exponenten der afrikanischen Kirche befragt habe. Solche Informationen seien naturgemäss bruchstückhaft und hätten die Problematik nicht in ihrem gesamten Kontext klären können. Dies erfordere vielmehr die Fachkenntnis eines Ethnologen, weshalb zwingend ein ethnologisches Gutachten hätte beigezogen werden müssen (vgl. KG act. 1 S. 4-5, Ziffer 5).

b)aa) Wie auch die Verteidigung einräumt (vgl. KG act. 1 S. 4, Ziffer 5), wird insbesondere Fachärzten für Psychiatrie die Fähigkeit zuerkannt, psychiatrische Gutachten im Sinne von Art. 13 StGB zu erstellen (vgl. MAIER/MÖLLER, Das gericht psychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 103; BGE 84 IV 138). Dr. R. verfügt über ein abgeschlossenes Medizinstudium und eine fachärztliche Ausbildung in der Psychiatrie. Von der fachlichen Qualifikation her darf ihm daher grundsätzlich die Fähigkeit zugebilligt werden, gericht psychiatrische Gutachten erstellen zu können.

Anzumerken ist, dass Dr. R. als psychiatrischer Sachverständiger nicht bereits eine amtliche Stellung (bspw. als Bezirksarzt, Direktor oder Oberarzt der kantonalen psychiatrischen Kliniken etc.) innehat; er zählt daher nicht zu den bleibend bestellten gerichtsärztlichen bzw. amtlichen Gutachtern. Der Beizug amtlicher Gutachter ist im Kanton Zürich nicht zwingend vorgeschrieben. Nicht amtliche Gutachter wie Dr. R. dürfen etwa dann beigezogen werden, wenn andere überlastet oder befangen sind oder nicht über die geforderten Spezialkenntnisse verfügen (vgl. MAIER/MÖLLER, a.a.O., S. 104/105; vgl. auch DONATSCH, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO, Zürich 1997, N 16ff. zu § 110).

bb) Es ist gerichtsnotorisch, dass sich die hiesigen Untersuchungsbehörden bei der Auswahl eines (nicht amtlichen) Sachverständigen an bekannte Psychiater mit forensischer Erfahrung wenden. In allgemeiner Hinsicht fällt weiter in Betracht, dass in der Praxis kaum ein Sachverständiger bestellt wird, der durch die Schwierigkeit des Gutachtensauftrages überfordert ist (vgl. NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, 2. Auflage, Stuttgart 2000, S. 274 und 289; vgl. MAIER/MÖLLER, a.a.O., S. 104/105 und 108/109), findet doch in den meisten Fällen - so auch hier (vgl. BG HD act. 11/6 S. 2) - im Vorfeld der Beauftragung ein informelles Ge-

spräch über die Machbarkeit der Exploration statt. Abgesehen davon sind die Sachverständigen gehalten, sollten sie erkennen, dass sie die an sie gerichteten Fragen mangels Sachkompetenz nicht beantworten können, den Auftraggeber darüber zu informieren. Hierfür bestand aus Sicht von Dr. R. offensichtlich kein Anlass.

cc) In der Literatur wird die Sachkenntnis eines Gutachters etwa dann als zweifelhaft angesehen, wenn er seine Methoden nicht offen legt, wenn er seine Meinung ohne einleuchtende Erklärung ändert oder von anerkannten oder der Rechtsprechung gebilligt wissenschaftlichen Kriterien abweicht (vgl. NEDOPIL, a.a.O., S. 275; vgl. auch DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 17 zu § 127, und SCHMID, in Donatsch/Schmid, a.a.O., Zürich 1996, N 22 zu § 430). Muss aufgrund solcher oder ähnlicher Umstände auf mangelnde Sachkunde des Gutachters geschlossen werden, erweist sich das Gutachten als mangelhaft im Sinne von § 127 StPO (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 17 zu § 127). Dagehingehende Anhaltspunkte können dem vorliegenden Gutachten nicht entnommen werden. Im Gegenteil weisen die umfangreichen und gründlichen Abklärungen und Untersuchungen im Rahmen der Gutachtenserstellung darauf hin (vgl. BG HD act. 11/16 S. 3-4, vgl. auch KG act. 2 S. 35), dass Dr. R. der besonderen Problematik des Falles adäquat begegnete.

dd) Der Fall der Beschwerdeführerin stellt angesichts ihres kulturellen Hintergrundes einen Sonderfall dar, den die hiesigen Sachverständigen in dieser oder ähnlicher Form wohl nur selten - wenn überhaupt - vorgelegt erhalten. Ein ethnologisches Gutachten, das Aufschluss über die afrikanische Kultur unter Einbeziehung des Phänomens der Hexerei gibt, hätte so gesehen wohl einen Informationsgewinn bedeutet und zum besseren Verständnis des Falles beitragen können. Nicht vergessen werden darf indessen, dass der gerichtspsychiatrische Gutachter "nach unseren Massstäben" zu beurteilen hat (vgl. BG HD act. 11/16 S. 26, 1. Abschnitt/7. Zeile und 2. Abschnitt/6. Zeile), ob bzw. inwieweit dabei von einer psychischen Erkrankung oder einem psychischen Zustand ausgegangen werden muss, welcher es der Beschwerdeführerin verunmöglichte, das Unrecht der Tat einzusehen oder gemäss der Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln.

Das sind Fragen, die ein forensisch tätiger Facharzt der Psychiatrie zu beantworten hat, und nach Durchführung der einer bestimmten Methode folgenden Begutachtung in der Regel auch beantworten kann. Es interessieren weniger die ethnologischen Fragen der afrikanischen Kultur, als vielmehr das Phänomen der religiös-magischen Besessenheit als solches. Dr. R. zieht denn auch in einleuchtender Weise ein Parallele zu Sekten und Freikirchen in der Schweiz, und die Vorinstanz wies unter Hinweis auf BGE 97 IV 96 zutreffend darauf hin, dass das Phänomen hierzulande in Form von "Teufelsaustreibungen" zutage treten kann (vgl. KG act. 2 S. 36 und dortige Belegstellen). Mit anderen Wort lässt sich die Problematik bis zu einem gewissen Grad abstrahieren und bedarf nicht zwingend einer vertieften Abklärung des jeweiligen religiösen und kulturellen Hintergrundes mittels Einholung eines ethnologischen Gutachtens. Auch die Verteidigung legt nicht näher dar, worin der entscheidende Informationsgewinn eines solches Gutachtens hätte bestehen sollen.

c) Nach dem Gesagten besteht unter dem Gesichtspunkt der Sachkenntnis von Dr. R. kein Anlass, an der Richtigkeit des Gutachtens zu zweifeln. Ein Mangel nach § 127 StPO liegt nicht vor. Ebensowenig hat die Vorinstanz einen Nichtigkeitsgrund dadurch gesetzt, dass sie von der Einholung eines ethnologischen Gutachtens absah. Die Rüge ist unbegründet.

2.2 a) Die Verteidigung bringt im gleichen Kontext vor, ein ethnologisches Gutachten hätte auch im Hinblick auf die Strafzumessung angefordert werden müssen. Da solches unterlassen worden sei, liege ein Verstoss gegen § 109 Abs. 1 StPO vor (vgl. KG act. 1 S. S. 5, Ziff. 5).

b) Die eben genannte Bestimmung schreibt vor, dass Sachverständige zugezogen werden müssen, wenn es zur Feststellung oder tatsächlichen Würdigung eines Sachverhaltes besonderer Kenntnisse oder Fertigkeiten bedarf. Aus den im Zusammenhang mit der Strafzumessung angestellten Erwägungen im angefochtenen Entscheid erhellt (vgl. KG act. 2 S. 39), dass die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht ihr Informationsbedürfnis als gedeckt ansah, um die auszufällende Strafe sachgerecht bemessen zu können. Sie hat sich dabei nicht in unzulässiger Weise besondere Kenntnisse (tatsächlicher Natur) angemasst, welche den am ange-

flichten Entscheid mitwirkenden Richtern nicht zugebilligt werden könnten. Die Rüge ist unbegründet.

3. a) Weiter macht die Verteidigung geltend, das Gutachten sei im entscheidenden Punkt nicht nachvollziehbar. Der Gutachter führe ausdrücklich aus, die Beschwerdeführerin sei in ihrem subjektiven Erleben zwingend nicht mehr frei steuerbar gewesen, und gelange dann zum Schluss, es liege eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit von leichtem bis mittlerem Grade vor. Die Annahme, dass eine Person in der Lage sein soll, das Unrecht ihrer Tat einzusehen, oder gemäss Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, wenn sie zwingend nicht mehr frei steuerbar sei, erscheine als widersprüchlich und willkürlich (vgl. KG act. 1 S. 4, Ziffer 4).

b) Die Formulierung "zwingend nicht mehr frei steuerbar" bedeutet keineswegs - wie die Verteidigung offenbar glauben machen will -, dass die Fähigkeit der Beschwerdeführerin zur Einsicht in das Unrecht der Tat oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht gänzlich aufgehoben sein musste. Vielmehr brachte der Gutachter damit zum Ausdruck, dass tatsächlich von einer Einschränkung der Zurechnungsfähigkeit ausgegangen werden muss. Über das Ausmass derselben ist damit aber noch nichts gesagt. Inwieweit und in welchem Bereich eine Einschränkung vorgelegen hat, erläuterte der Gutachter eingehend und nachvollziehbar (insbesondere) auf den Seiten 26-28 des Gutachtens. In diesen Ausführungen ist kein Widerspruch zu sehen. Eine Unvollständigkeit des Gutachtens im Sinne von § 127 StPO wegen fehlender Nachvollziehbarkeit liegt nicht vor (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 11 zu § 127), weshalb sich die Rüge als unbegründet erweist.

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

III.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen ihrer amtlichen Verteidigung sowie der unentgelt-

lichen Verbeiständung der Beschwerdegegner 2 und 3, zu tragen. Die im Kassationsverfahren angefallenen Kosten sind jedoch aus den bereits von der Vorinstanz angeführten Gründen (vgl. KG act. 2 S. 48) sogleich definitiv abzuschreiben.

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. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie jene der unentgeltlichen Verbeiständung der Beschwerdegegner 2 und 3) werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch sogleich definitiv abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, das Migrationsamt des Kantons Zürich und das Amt für Justizvollzug, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: