Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AC060035/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüschweiler

Zirkulationsbeschluss vom 30. April 2007

in Sachen

X.,
Angeklagte und Beschwerdeführerin
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. ____

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich**,
   Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1
2. **Y.**
   Geschädigter und Beschwerdegegner 2

1 vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr.iur. Ulrich Weder, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstrasse 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich
2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ____

betreffend

versuchte schwere Körperverletzung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 2006 (SE060001/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführerin) wurde mit Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts vom 12. Juni 2006 der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit 2 ½ Jahren Zuchthaus (unter Anrechnung von 21 Tagen Untersuchungshaft) bestraft. Zudem entschied die I. Strafkammer (Vorinstanz) über die - von der Beschwerdeführerin anerkannten - Zivilforderungen des Geschädigten Y. (Beschwerdegegner 2) (OG act. 47 bzw. KG act. 2).

2. Die Beschwerdeführerin hat gegen das Urteil der I. Strafkammer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 49 bzw. KG act. 6) und begründet (KG act. 1). Sie beantragt, Ziff. 2 des angefochtenen Urteils (Strafpunkt) sei aufzuheben und das Verfahren an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) hat auf Beschwerdeantwort verzichtet (KG act. 9), ebenso die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 10). Auch der Geschädigte liess einen Verzicht auf Beschwerdeantwort mitteilen (KG act. 11).

3. Die Beschwerdeführerin hat auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben (OG act. 55, 56/1-2; KG act. 1 S. 3).

II.

1. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Bewertung des Tatverschuldens auf unbewiesene Behauptungen des Geschädigtenvertreters hingewiesen und diese zumindest implizit zum Nachteil der Beschwerdeführerin gewürdigt. So habe das Obergericht festgehalten, gemäss Eingabe des Geschädigtenvertreters leide der Geschädigte seit dem Vorfall an Atemrhythmusstörungen und er besuche noch heute in Abständen von zwei bis drei Wochen einen Psychologen. Zudem würden die Bilder der da-

maligen Tat noch heute zurückkehren und es falle dem Geschädigten schwer, sich in geschlossenen Räumen mit vielen Leuten aufzuhalten. Der Geschädigtenvertreter verweise seinerseits auf einen "Bericht des Geschädigten vom Mai 2006". Die Verteidigung habe in ihrem Plädoyer darauf hingewiesen, dass der "Bericht des Geschädigten vom Mai 2006" prozessual nicht verwertbar sei. Nicht anders könne es sich selbstverständlich mit dem Schreiben des Geschädigtenvertreters verhalten. Es liege kein Arztzeugnis vor und der Geschädigte sei zu seinem heutigen Gesundheitszustand sowie dem Zusammenhang mit dem angeklagten Sachverhalt auch nicht als Zeuge befragt worden. Schriftliche Berichte, Berichte per Telefax oder schriftliche Anzeigen von Zeugen würden keine verwertbaren Beweismittel darstellen. Die Vorschriften über den Zeugen- und Sachverständigenbeweis dürften nicht durch die Einholung oder Entgegennahme schriftlicher Berichte unterlaufen werden. Die sich auf keine verwertbaren Beweismittel stützenden Hinweise im angefochtenen Urteil über die angeblichen Spätfolgen der Tat beim Geschädigten hätten sich auch ganz offensichtlich zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt. Zumindest implizit gehe die Vorinstanz nämlich davon aus, die in den Ausführungen des Geschädigtenvertreters aufgeführten Spätfolgen seien als erwiesen zu betrachten. Anders lasse sich nicht erklären, dass das Tatverschulden der Beschwerdeführerin als "leicht über der unteren Hälfte des zur Verfügung stehenden ordentlichen Strafrahmens" anzusiedeln sei. Wenn somit das Gericht trotz der als leicht eingestuften kriminellen Energie die Einsatzstrafe im oberen Bereich des Strafrahmens ansiedle, könne dies nur damit erklärt werden, dass die nicht rechtsgenügend bewiesenen Behauptungen des Geschädigten bzw. seines Vertreters über seinen aktuellen Gesundheitszustand ausgesprochen schwer gewichtet worden seien. Im Ergebnis habe das Vorgehen der Vorinstanz somit dazu geführt, dass wesentliche Parteirechte der Beschwerdeführerin nicht eingehalten worden seien, was sich zu ihrem Nachteil ausgewirkt habe (KG act. 1 S. 4 ff.).

b) Aus den obergerichtlichen Akten ist ersichtlich, dass der Vorsitzende mit Schreiben vom 3. Mai 2006 an den Geschädigtenvertreter gelangte und diesen um Mitteilung bat, ob und allenfalls in welchem Umfang der Geschädigte Zivilforderungen geltend mache und ob der Geschädigtenvertreter an der Hauptver-

handlung vom 12. Juni 2006 teilnehmen werde (OG act. 36). Mit Eingabe vom 2. Juni 2006 stellte der Geschädigtenvertreter ein Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren und teilte gleichzeitig mit, weder er noch der Geschädigte würden an der Hauptverhandlung teilnehmen (OG act. 41 S. 2). Gleichzeitig reichte der Geschädigtenvertreter einen vom Geschädigten verfassten "Bericht zum Vorfall Stichverletzung 15./16. April 2003" ein, in welchem der Geschädigte sich u.a. zu seiner aktuellen psychischen und physischen Verfassung äusserte (OG act. 42/2). Auf diesen Bericht nahm der Geschädigtenvertreter in seiner Eingabe denn auch Bezug (OG act. 41 S. 4).

Wie in der Beschwerdeschrift erwähnt, hielt die Vorinstanz bei ihren Erwägungen zum Ausmass des verschuldeten Erfolges fest, in seiner schriftlichen Eingabe vom 2. Juni 2006 habe der Vertreter des Geschädigten ausgeführt, dass Y. seit dem Vorfall an Atemrhythmusstörungen leide. Wenn er auf dem Boden liege, dann setze ab und zu die Atmung für kurze Momente aus. Noch heute besuche der Geschädigte in Abständen von zwei bis drei Monaten den Psychologen A., bei welchem er nach der Tat einmal wöchentlich insgesamt etwa 30 Sitzungen gehabt habe. Beim Geschädigten würden heute noch die Bilder der damaligen Tat zurückkehren und es falle ihm schwer, sich in geschlossenen Räumen mit vielen Leuten aufzuhalten (KG act. 2 S. 27 f.).

c) Dass der Geschädigtenvertreter im Rahmen der Begründung der Zivilforderungen die gesundheitlichen Folgen einer Straftat beschreibt und sich diesbezüglich (auch) auf die Angaben des Geschädigten selber stützt, ist wohl die Regel. Werden jedoch Äusserungen eines Beteiligten in die Urteilsfällung im Schuld- oder Strafpunkt miteinbezogen, so müssen diese Äusserungen in der in der Strafprozessordnung dafür vorgesehenen Form erhoben worden sein. Handelt es sich, wie vorliegend, um Angaben des Geschädigten (und Zeugen), so ist das Anwesenheits-, Teilnahme- und Fragerecht (§ 14 StPO) der Angeklagten zu beachten. Die Strafprozessordnung des Kantons Zürich sieht nur die direkte Begegnung von Behörde und Zeuge vor, mithin die mündliche Einvernahme (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 652). Einvernahmen von Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständigen, bei welchen die Vorschriften von § 14

nicht beachtet wurden, sind nichtig, soweit sie den Angeschuldigten belasten (§ 15 StPO). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Angaben des Zeugen (vorliegend der schriftliche Bericht des Geschädigten) direkt dem Gericht eingereicht werden oder über den Geschädigtenvertreter indirekt in den Prozess Eingang finden. Wenn eine direkte Verwertung aus prozessualen Gründen ausgeschlossen ist, so können entsprechende Aussagen folglich auch nicht indirekt, d.h. auf dem Umweg über den Geschädigtenvertreter oder - wie in einem früheren Entscheid des Kassationsgerichts erwähnt (Kass.-Nr. 2000/165 S, Entscheid vom 22. November 2000 i.S. P., Erw. II.4.2.b) - über ein psychiatrisches Gutachten zum Nachteil der Beschwerdeführerin in das Verfahren eingeführt werden (vgl. auch Kass.-Nr. 99/215 S, Entscheid vom 4. September 2000 i.S. G., Erw. II.4.e = RB 2000 Nr. 94). Eine ähnliche Konstellation lag bei dem in ZR 90 Nr. 76 publizierten Fall vor. Der Verteidiger eines Mitangeschuldigten reichte nämlich eine Bestätigung ein, wonach sein Klient ihm (dem Verteidiger) gegenüber bestätigt habe, dass er in seinen bisherigen Aussagen mit Sicherheit nicht bewusst falsch ausgesagt habe und wonach er wegen Repressalien eine erneute Einvernahme erheblich scheue. Auch diese vom Verteidiger eingereichte Erklärung wurde als prozessual unverwertbar qualifiziert, da es sich um eine Umgehung der Grundsätze über die Einvernahme von Zeugen bzw. Mitangeschuldigten handle. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als begründet.

Anzufügen ist, dass es nicht Aufgabe des Kassationsgerichtes sein kann, einen Entscheid darüber zu treffen, ob die Strafzumessung auch ohne Berücksichtigung des vom Geschädigten verfassten Berichtes gleich ausgefallen wäre. Der angefochtene Entscheid ist deshalb aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es wird Sache des Obergerichtes sein zu entscheiden, ob im Hinblick auf die (Spät-)folgen der Tat beim Geschädigten Weiterungen getroffen werden müssen.

Im Interesse der Prozessökonomie sowie im Hinblick auf die Neubeurteilung und § 104a GVG ist im Folgenden trotz Aufhebung des angefochtenen Entscheides auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift einzugehen.

2. a) Die Beschwerdeführerin kritisiert unter Ziffer 3.2 der Beschwerdeschrift, die Vorinstanz vertrete zu Unrecht die Auffassung, die Provokationen seitens des Geschädigten bzw. die der Tat vorausgegangene gegenseitige tätliche Auseinandersetzung seien bereits bei der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit berücksichtigt worden und könnten deshalb weder als Grundlage des Strafmilderungsgrundes der schweren Bedrängnis noch desjenigen der Provokation herangezogen werden. Diese Annahme der Vorinstanz sei willkürlich. Im Gutachten werde ausgeführt, es könne bereits aufgrund der diagnostizierten Persönlichkeitsstörung - also ohne Berücksichtigung der Tatvorgeschichte - von einer verminderten Zurechnungsfähigkeit ausgegangen werden. Damit würden aber die in der Anklageschrift zutreffend umschriebenen Provokationen des Geschädigten in diesem Zusammenhang keineswegs berücksichtigt, weshalb diese zusätzlich als verschuldensmindernde Umstände im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen gewesen wären. Aufgrund der fehlerhaften, willkürlichen Interpretation des psychiatrischen Gutachtens sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit decke auch die Provokation des Geschädigten im Sinne von Art. 64 StGB ab. Aufgrund dieser willkürlichen Interpretation des Gutachtens liege ein Nichtigkeitsgrund zum Nachteil der Beschwerdeführerin im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO vor (KG act. 1 S. 6 f.).

b) Die Vorinstanz erwog, fragen lasse sich, ob sich die Beschwerdeführerin auf weitere Verschuldensminderungsgründe im Sinne von Art. 64 StGB berufen könne. Diskutiert werden könnten allenfalls die Strafmilderungsgründe der schweren Bedrängnis (Art. 64 alinea 2 StGB) oder Provokation (Art. 64 alinea 6 StGB). Bei Lichte betrachtet würden diese möglichen Strafmilderungsgründe aber ausser Betracht fallen, weil sie bereits direkt oder indirekt die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit mitverursacht hätten (KG act. 2 S. 32).

c) Im obergerichtlichen Entscheid wird auf die Seiten 29 ff. des von Dr. med. B. erstellten Gutachtens verwiesen. Der Gutachter äussert sich insbesondere auf den Seiten 30 und 31 zur Vortatsituation und hielt dazu fest:

"Ein Zusammenhang zwischen Provokation, emotionaler Aufwallung und Tathandlung lässt sich durchaus sehen - von einer zielgerichteten Gestaltung des Tatablaufs hingegen

kaum sprechen, indem das Tatgeschehen selbst sehr kurz dauerte und keineswegs komplex war. ... Dass aber aggressive Handlungsbereitschaften in Auseinandersetzungen von beiden Seiten gezeigt worden waren, ist festzuhalten.

Auf dem Hintergrund der vorgenannten Tatmerkmale lässt sich durchaus von einem in hohem Masse durch affektive Erregung bestimmten Verhalten sprechen. Eine hochgradige affektive Erregung ist aber an sich noch keineswegs als "pathologisches" Verhalten anzusehen. Ein grosser Teil der Gewaltdelikte erfolgt in einem Zustand hoher Erregtheit und hochgradig verminderter Selbstkontrolle, ohne dass dies irgendetwas mit den diagnostischen Tatbestandselementen des Art. 11 StGB zu tun hätte. Auch vorliegendenfalls lässt sich von einem Affektdelikt in engerem Sinne mit Sicherheit nicht sprechen, klar hingegen von einem affektiv akzentuierten Tatverhalten."

Weiter führte der Gutachter aus, die vom ersten Gutachter, Dr. C., dargelegte Auffassung, allein der "affektive Druck, welcher ihr Bewusstsein beeinträchtigte", sei im Zusammenhang mit der Beurteilung der Einsichts- und Willensfähigkeit zu erwähnen, sei legitim, jedoch nicht zwingend. Nach Meinung von Dr. B. erschienen folgende zwei Möglichkeiten gutachterlicher Beurteilung statthaft:

"Einerseits lässt sich die diagnostizierte Persönlichkeitsstörung dem diagnostischen Tatbestandsmerkmal einer mangelhaften geistigen Entwicklung zuordnen. Der affektive Zustand und die aus der affektiven Lage heraus zu Stande kommenden Antriebe in der tatzeitaktuellen Belastungssituation lassen sich in diesem Zusammenhang als Ausdruck eben dieser Störung verstehen und ihr zuordnen.

Andererseits erscheint es aber auch legitim, die diagnostizierte Persönlichkeitsstörung für das der Expl. vorgeworfene Tathandeln als blossen konstellativen Faktor anzunehmen, auf dessen Hintergrund es punktuell dann zu einer erheblich schweren affektiv bestimmten Bewusstseinseinengung gekommen ist, in der Denken, Fühlen und Wollen ganz und gar auf die momentane Situation fokussiert waren und die Expl. auf Aussenreize vermindert ansprechbar war. Gerade, weil diese affektiv bedingte Bewusstseinseinengung auf dem Hintergrund der diagnostizierten Persönlichkeitsstörung zu Stande kam, wäre sie nicht einem normalpsychologisch nachvollziehbaren Affekt zuzuordnen, sondern dem Begriff einer Beeinträchtigung des Bewusstseins im Sinne des Art. 11 StGB.

Letztlich ist diese Zuordnungsfrage nicht von irgend entscheidender Bedeutung. Vielmehr ist zu bejahen, dass das der Expl. vorgeworfene Tatverhalten und eine bei ihr tatzeitaktu-

ell vorliegende psychische Störung erheblicher Schwere einen kausalen Zusammenhang aufweisen."

d) Wenn die Beschwerdeführerin nun in der vom Gutachter erwähnten ersten Möglichkeit keine Berücksichtigung der Vortatsituation sieht, kann dieser Auffassung nicht zugestimmt werden. Der Gutachter spricht einerseits ausdrücklich von der "tatzeitaktuellen Belastungssituation", mit welcher nur die im Gutachten geschilderte schwierige Beziehung zwischen dem Geschädigten und der Beschwerdeführerin, insbesondere auch das Vortatverhalten der Beteiligten (OG act. 14/20 S. 30 und 31) gemeint sein kann. Anderseits findet das Vortatgeschehen aber auch im "affektiven Zustand" und in den "aus der affektiven Lage" heraus zu Stande kommenden Antrieben Berücksichtigung, auch wenn dies als Ausdruck der diagnostizierten Persönlichkeitsstörung zu verstehen und ihr zuzuordnen ist. In der vorinstanzlichen Erwägung, das Vortatgeschehen habe bereits direkt oder indirekt die Vermindung der Zurechnungsfähigkeit mitverursacht, kann keine willkürliche tatsächliche Feststellung erblickt werden.

3. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, das Obergericht habe die mit dem Dr. C. erteilten Gutachtensauftrag verbundene Verfahrensverzögerung willkürlich und aktenwidrig mit 5 Monaten bemessen (KG act. 1 S. 7).

Diese Rüge ist im derzeitigen Beschwerdeverfahren nicht zu behandeln. Es erscheint, als ob bei der Ausfertigung des obergerichtlichen Entscheides die entsprechende Erwägung nicht komplett Eingang in das Urteil gefunden hätte (KG act. 2 S. 44). Da das Urteil zufolge der Gutheissung aufgehoben wird, ist der Vorinstanz die Möglichkeit einzuräumen, ihre Erwägung zu vervollständigen. Offen bleiben kann bei dieser Sachlage, ob und inwiefern das Kassationsgericht die erhobene Rüge im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Thematik des Beschleunigungsgebotes (BGE 130 IV 54; vgl. auch Urteil vom 30. August 2006, 6S.216/2006) überprüfen könnte.

III.

Ausgangsgemäss sind sämtliche Kosten, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung der Beschwerdeführerin, auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO). Über die Höhe der Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird nach Eingang der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 2006 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:

   Fr. 231.-- Schreibgebühren,

   Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

4. 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.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Bewährungs- und Vollzugsdienste) sowie das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: