



Kass.-Nr. AC090005/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 27. Juli 2010

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt [...]

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**
Molkenstr. 15/17, Postfach, 8026 Zürich,
vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Manuel Kehrl, Anklägerin und Beschwerdegegnerin
2. A.,
Geschädigter, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Fürsprecher [...]

betreffend

Raubversuch etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2008 (SE060027/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die I. Strafkammer des Obergerichts sprach den Beschwerdeführer mit Urteil vom 24. November 2005 des versuchten Raubs im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 4 StGB in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 StGB, der falschen Anschuldigung im Sinne von Art. 303 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, des Vergehens gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a WG, des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB, des mehrfachen Missbrauchs von Ausweisen und Schildern im Sinne von Art. 97 Ziff. 1 Abs. 1 und 7 SVG, des mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 SVG, des mehrfachen Lenkens eines Motorfahrzeuges ohne die vorgeschriebene Haftpflichtversicherung im Sinne von Art. 96 Ziff. 2 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 63 Abs. 1 SVG sowie des Missbrauchs und der Verschleuderung von Material im Sinne von Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG schuldig. Sie bestrafte ihn mit 6 Jahren und 6 Monaten Zuchthaus abzüglich 77 Tage erstandener Untersuchungshaft und befand über das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren des Geschädigten (Beschwerdegegner 2) sowie über die Verwendung der beschlagnahmten Gegenstände (vgl. OG act. 24).

2. Die vom Beschwerdeführer gegen das obergerichtliche Urteil eingelegte eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hiess der Kassationshof des Bundesgerichts mit Urteil vom 17. August 2006 gut und wies die Sache zur Neuurteilung zurück (vgl. OG act. 37).

3.a) Am 17. November 2006 beschloss das Obergericht in Nachachtung der bundesgerichtlichen Erwägungen die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens. Gegenstand der Begutachtung bildete der körperliche und geistige Zustand des Beschwerdeführers, dessen Zurechnungsfähigkeit zur Zeit der Tat sowie die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach Art. 43 (a) StGB (vgl. OG act. 38 und

39). Dr. med. Z. vom Forensisch-Psychiatrischen Dienst der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich erstattete das Gutachten am 27. Februar 2007 (OG act. 41).

Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 1) und der Beschwerdegegner 2 erklärten sich mit der schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens einverstanden und verzichteten auf eine öffentliche Urteilsberatung (OG act. 81 S. 4). Der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers liess sich zur Frage, ob er eine mündliche Fortsetzung der Verhandlung beantrage oder ob er mit der schriftlichen Fortsetzung der Verfahrens (unter Verzicht auf eine öffentliche Urteilsberatung und mündliche Urteilseröffnung) einverstanden sei, innert Frist nicht vernehmen (OG act. 42). Das Obergericht ging androhungsgemäss davon aus, dass der Beschwerdeführer mit der schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens einverstanden sei (vgl. OG act. 43).

Die Beschwerdegegner nahmen Stellung zum psychiatrischen Gutachten und begründeten ihre Anträge (OG act. 45-48). Mit Eingabe vom 9. Juli 2007 nahm der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers zu den Eingaben der Beschwerdegegner sowie zum Gutachten Stellung. Dabei bemängelte er das Gutachten in verschiedener Hinsicht und rügte, dass ihm keine Gelegenheit geboten worden sei, der Gutachterin Ergänzungsfragen stellen zu können. Weiter stellte er den Hauptantrag, es sei ein neues psychiatrisches Gutachten einzuholen, eventualiter sei mindestens ein Ergänzungsgutachten einzuholen, und es sei der Verteidigung jedenfalls die Gelegenheit zu geben, mündliche Fragen an die Gutachterin stellen zu können (vgl. OG act. 53).

Mit Beschluss vom 22. Oktober 2007 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um der Gutachterin allfällige Zusatzfragen zum psychiatrischen Gutachten stellen zu können. Gleichzeitig erwog sie, dass auf die weiteren Rügen des amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers später eingegangen werde (OG act. 54). Die Beschwerdegegner verzichteten auf Zusatzfragen (OG act. 56 und 57). Der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers stellte mit Eingabe vom 15. Januar 2008 acht Zusatzfragen, und beantragte (erneut), es sei ihm und dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zu geben, die Zusatzfragen anlässlich einer mündlichen Verhandlung stellen zu können. Weiter wies er darauf hin, dass er am

Antrag auf Einholung eines neuen Gutachten festhalte (OG act. 60). Das Obergericht wies mit Beschluss vom 4. Februar 2008 den Antrag der Verteidigung, der Gutachterin die Zusatzfragen anlässlich einer mündlichen Verhandlung stellen zu dürfen, ab (vgl. OG act. 62).

Am 29. Februar 2008 erstattete die Gutachterin das Ergänzungsgutachten (Beantwortung der von der Verteidigung gestellten Zusatzfragen) zuhanden des Obergerichts (OG act. 64).

Die Beschwerdegegner nahmen hierauf Stellung zum Ergänzungsgutachten und stellten abschliessend ihre begründeten Anträge (vgl. OG act. 67ff.). Der amtliche Verteidiger erhielt die Stellungnahmen der Beschwerdegegner zur Kenntnisnahme und nahm ebenfalls Stellung zum Ergänzungsgutachten. Dabei stellte er den Antrag, es sei ein neues psychiatrisches Gutachten einzuholen, eventuell müsse die Gelegenheit gegeben werden, der Gutachterin anlässlich einer mündlichen Verhandlung Fragen stellen zu können (vgl. OG act. 75).

Die Vorinstanz wies mit Beschluss vom 20. Juni 2008 darauf hin, dass über den Antrag auf Einholung eines neuen Gutachtens im Rahmen der Urteilsfindung zu entscheiden sein werde, und dass der weitere Antrag, der Gutachterin anlässlich einer mündlichen Verhandlung Zusatzfragen zu stellen, bereits abgewiesen worden sei. Weiter setzte es Frist an, um die abschliessenden Anträge zu stellen und zu begründen (vgl. OG act. 77). Dieser Aufforderung kam der amtliche Verteidiger mit Eingabe vom 7. Juli 2008 nach (vgl. OG act. 79).

b) Mit Beschluss vom 19. Dezember 2008 trat die I. Strafkammer des Obergerichts auf den Anklagevorwurf des mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Abs. 1 aSVG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 aSVG nicht ein. Im Übrigen bestätigte das Obergericht mit Urteil gleichen Datums die Schuldsprüche. Es bestrafte den Beschwerdeführer neu mit 6 ¼ Jahren Freiheitsstrafe sowie einer Busse von Fr. 100.– als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 12. April 2007 (unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 77 Tagen). Ferner bestätigte das Obergericht das erste Urteil im Zivilpunkt (vgl. OG act. 82 = KG act. 2).

4. Gegen das (zweite) Urteil des Obergerichts vom 19. Dezember 2008 liess der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einlegen, welche sein amtlicher Verteidiger innert Frist angemeldet und mit Eingabe vom 9. März 2009 rechtzeitig begründet hat. Der Hauptantrag lautet auf Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und Anordnung einer neuen Begutachtung (vgl. KG act. 1 S. 2).

Der Beschwerdeführer liess zudem beantragen, "es sei ihm eine Nachfrist zur Einreichung einer Ergänzungsbegründung anzusetzen" (KG act. 1 S. 2). Der zuständige juristische Sekretär des Kassationsgerichts teilte hierauf dem amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers mit, dass keine Gründe für eine Nachfrist dargelegt worden seien, und aus der eingereichten Beschwerdebegründung nicht hervorgehe, dass diese nicht abschliessend verfasst sein sollte. Weiter wies er den amtlichen Verteidiger darauf hin, dass die Ansetzung einer Nachfrist im Sinne einer Fristerstreckung nicht zulässig sei. Sofern er den Antrag indessen im Sinne einer grundsätzlich möglichen Fristwiederherstellung verstanden haben wollte, müsse er dies innert 5 Tagen ab Erhalt des Schreibens begründen (vgl. KG act. 4). Der amtliche Verteidiger liess sich nicht vernehmen, weshalb Weiterungen in dieser Hinsicht unterbleiben konnten.

Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 11). Die Beschwerdegegner verzichteten auf Beschwerdeantwort (KG act. 12 und 13).

II.

1. Der Beschwerdeführer rügt, die Gutachterin sei befangen gewesen. Weiter sei das Gutachten unvollständig und die gutachterlichen Schlussfolgerungen seien nicht nachvollziehbar. Mit der Verweigerung der Möglichkeit, der Gutachterin anlässlich einer mündlichen Verhandlung Fragen zu stellen, sei darüber hinaus sein Gehörsanspruch verletzt worden. Die Vorinstanz habe gegen § 127 StPO, Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. d EMRK sowie Art. 8, 9 und 29 Abs. 2 BV verstossen (vgl. KG act. 1 S. 9).

2.a) Im kantonalen Kassationsverfahren gilt das Rügeprinzip. Geprüft werden können nur hinreichend spezifizierte Rügen (vgl. § 430 Abs. 2 StPO). Zum Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes bedarf es genauer Aktenhinweise und einer Auseinandersetzung mit den beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen. Soweit die Beschwerdebegründung diesen Anforderungen nicht genügt, kann darauf nicht eingetreten werden (vgl. ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3/b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16ff.; SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, N 32 zu § 430).

b) Der Beschwerdeführer wiederholt zu Beginn der Beschwerdeschrift seine vorinstanzlichen Einwände gegen das psychiatrische Gutachten und das Ergänzungsgutachten (vgl. KG act. 1 S. 3-5 und 5-7). Er erklärt diese Einwände zum integrierenden Bestandteil der Beschwerdebegründung, da sie die Befangenheit, Unvollständigkeit und Mangelhaftigkeit des Gutachtens dokumentieren würden (vgl. KG act. 1 S. 5 und 7).

Diese Vorbringen vermögen die Anforderungen an eine genügende Beschwerdebegründung nicht zu erfüllen. Sie laufen auf eine hier nicht zu hörende appellatorische Kritik hinaus. Der Beschwerdeführer beschränkt sich der Sache nach in diesem Teil der Beschwerdeschrift darauf, seine Sicht der Dinge zu wiederholen und sie den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen gegenüber zu stellen. Dadurch wird nicht ausreichend dargetan, dass bzw. aus welchen Gründen die (in der Beschwerdeschrift bloss wiedergegebenen [KG act. 1 S. 7-9]) effektiv angestellten Erwägungen der Vorinstanz am geltend gemachten Nichtigkeitsgrund leiden. Auf die erwähnten Beschwerdepunkte ist daher mangels ausreichender Substanziierung – von einer Ausnahme abgesehen (nachstehend E. 3/4) – nicht weiter einzugehen.

3. Im eigentlichen Begründungsteil der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 9-12) stösst sich der Beschwerdeführer vorab an Äusserungen der Gutachterin und sieht mitunter darin ihre Befangenheit begründet.

3.1 Auf S. 4 des Gutachtens finde sich folgende Feststellung: "Im Entscheid des Kassationshofes vom 17.08.2006 wird der Tatablauf in einem etwas erweiterten Kontext und um die subjektive Befindlichkeitsschilderung des Exploranden bereichert dargestellt, was den Eindruck der vom Kassationshof empfundenen Sonderbarkeit betont." Mit dieser Äusserung gebe die Gutachterin mit nicht zu übersehender Deutlichkeit ihr Missfallen über den Bundesgerichtsentscheid zum Besten. Es sei vor allem nicht an der Gutachterin, die Kognition des Bundesgerichts aus psychiatrischer Sicht förmlich zu kritisieren. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei diese Äusserung der Gutachterin nicht mehr nur "nicht sehr glücklich" gewählt, sondern zeige ihre Haltung zum bundesgerichtlichen Verdikt, ein Gutachten sei aufgrund der Sonderbarkeit von Tatablauf und Persönlichkeit des Beschwerdeführers angezeigt. Stelle eine Gutachterin ihrem Gutachten voran, eigentlich halte sie eine Begutachtung nicht für nötig und das Bundesgericht "gehe von seltsamen Annahmen" aus, erwecke sie den Anschein der Befangenheit. Sie nähre damit nämlich Zweifel, ob sie der Persönlichkeit des Beschwerdeführers noch vorurteilslos begegnen könne. Wenn die Gutachterin weiter moniere, zuerst müssten die in der Anklageschrift nicht berücksichtigten Fakten zusammengetragen werden, tue sie so, als sei es ihre Aufgabe, zusätzlich zur Anklageschrift den Beschwerdeführer zu belasten ("Zunächst müssen nun also die in der Anklageschrift nicht berücksichtigten Fakten kurz zusammengefasst werden."). Das gleiche spreche aus der Äusserung der Gutachterin: "Es soll hier nicht weiter auf Aspekte eingegangen werden, die Gegenstand einer genauen Tatrekonstruktion wären." Nach Ansicht der Gutachterin hätten die Anklagebehörde und die Vorinstanz den Sachverhalt nicht genügend abgeklärt. Dass dies zu Lasten des Beschwerdeführers gemeint gewesen sei, ziehe sich wie ein roter Faden durch das ganze Gutachten. So etwa, wenn sie beim Beschwerdeführer eine egozentrische Grundhaltung mit manipulativen Tendenzen orte, ohne anzugeben, aufgrund welcher Erfahrungen und Indizien sie zu dieser Charakterisierung gekommen sei (vgl. KG act. 1 S. 10).

3.2 Nach § 111 StPO darf niemand als Sachverständiger zugezogen werden, der als Richter abgelehnt werden könnte. Mit dem Verweis auf die Ablehnungsgründe für Richter nimmt § 111 StPO der Sache nach auf die Vorschriften des III. Abschnitts des GVG "Ausstand der Justizbeamten" Bezug. Massgebend

ist dabei primär § 96 GVG, in welcher Bestimmung die Ablehnungsgründe zu finden sind (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 1ff. zu § 111). Nach § 111 StPO in Verbindung mit § 96 Ziff. 4 GVG ist die Bestellung eines Sachverständigen nicht nur in den gesetzlich im Einzelnen geregelten Anwendungsfällen ausgeschlossen, sondern auch, "wenn andere Umstände vorliegen, die ihn als befangen erscheinen lassen". Für eine erfolgreiche Ablehnung wird dabei nicht vorausgesetzt, dass der Sachverständige in einer Angelegenheit tatsächlich befangen und nicht zu einer unabhängigen und unparteiischen Begutachtung fähig ist. Es genügt, wenn aufgrund gewisser Umstände der Anschein einer – wenn auch tatsächlich nicht vorhandenen – Voreingenommenheit/Befangenheit erweckt wird. Dabei ist allerdings nicht das subjektive Empfinden einer Partei massgebend; vielmehr muss der Verdacht oder der Anschein der Befangenheit *objektiv* begründet erscheinen (vgl. Kass.-Nr. AC050018, Sitzungsbeschluss vom 3. Oktober 2005, in Sachen G., E. II/4/1/b m.H. auf DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 16ff. zu § 111 m.w.H.; vgl. auch SCHMID, a.a.O., N 666; ebenso bundesgerichtliche Praxis: z.B. BGE 6B_299/2007, Urteil vom 11. Oktober 2007, E. 5/1/3 m.w.H.).

Ein Sachverständiger kann insbesondere durch den Inhalt bzw. die Art seiner Äusserung den Anschein der Befangenheit erwecken. Befangenheit kann z.B. bejaht werden, wenn der Gutachter vor Inangriffnahme seiner Abklärungen zum Ausdruck bringt, dass er sich mit Bezug auf das Ergebnis der Expertise bereits eine endgültige Meinung gebildet hat (DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 17 zu § 111 m.H. auf BGE 114 Ia 161; vgl. auch BGE 6B_299/2007, a.a.O., E. 5/1/2 und 5/2/1). Auch negative Bemerkungen, welche das Missfallen des Gutachters über das Verhalten einer Partei erkennbar werden lassen, können den Anschein der Befangenheit erwecken (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 17 zu § 111 a.E.; BGE 6B_299/2007, a.a.O.; vgl. auch DONATSCH, Zur Unabhängigkeit des Sachverständigen, in FS Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 47).

3.3a) Speziell bei strafrechtlichen Begutachtungen soll als Ausgangspunkt aller Erörterungen eine gestraffte Darstellung des (vorgeworfenen) Tatbestandes

dienen, die den Leser des Gutachtens einleitend davon unterrichtet, worum es überhaupt geht und was Anlass der Begutachtung war (vgl. etwa: FOERSTER/VENZLAFF, a.a.O., S. 33f.; MAIER/MÖLLER, a.a.O., S. 154f.).

b) Auf S. 2-6 des Gutachtens stellte die Gutachterin unter dem Titel "Aktenlage" den inkriminierten Sachverhalt dar. Dabei orientierte sie sich am Sachverhalt gemäss Anklageschrift vom 13. Juli 2005 (OG act. 41 S. 2-4). Im Anschluss daran nahm sie ergänzend Bezug auf das Urteil des Bundesgerichts ("Im Entscheid des Kassationshofes vom 17.08.2006 wird der Tatablauf in einem etwas erweiterten Kontext und um die subjektive Befindlichkeitsschilderung des Expl. bereichert dargestellt, was den Eindruck der vom Kassationshof empfundenen Sonderbarkeit betont. In Ergänzung zur Anklageschrift sei deshalb zitiert: 'Am fraglichen Nachmittag erkundigt sich der Beschwerdeführer [...].'" (OG act. 41 S. 4 [Unterstreichung durch KassGer]) und zitierte die bundesgerichtlichen Erwägungen (vgl. OG act. 41 S. 4-6 bzw. OG act. 37 S. 3-5).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann darin keine förmliche Kritik der Gutachterin an der "Kognition des Bundesgerichts" gesehen werden. Ebenso wenig spricht daraus eine ablehnende Haltung der Gutachterin gegenüber dem Entscheid des Bundesgerichts bzw. dem Gutachtensauftrag. Die Gutachterin hielt lediglich fest, dass das Bundesgericht den Tatablauf – verglichen mit der Anklageschrift - in einem etwas erweiterten Kontext und um die subjektive Befindlichkeitsschilderung des Beschwerdeführers bereichert dargestellt habe, was die vom Bundesgericht empfundene Sonderbarkeit betone. Entsprechend zitierte sie – in Ergänzung zur Anklageschrift – die Erwägungen des Bundesgerichts. Dieses Vorgehen zeugt vom Bemühen der Gutachterin, den inkriminierten Sachverhalt möglichst vollständig darzustellen. Hätte sie die bundesgerichtlichen Erwägungen einfach ausgeblendet, müsste sich die Gutachterin vorhalten lassen, nicht sorgfältig gearbeitet und wesentliche Aspekte des Sachverhaltes übersehen zu haben.

Nicht "sehr glücklich" formuliert erscheint die bemängelte Feststellung der Gutachterin höchstens insofern, als sie sich zur Intention der bundesgerichtlichen Entscheidungsgründe äusserte ([...], was den Eindruck der vom Kassationshof empfundenen Sonderbarkeit betont"). Gerade bei der Darstellung des Sachverhaltes ist es nämlich

wichtig, dass der Gutachter neutrale Formulierungen verwendet und mit der nötigen Neutralität und Distanziertheit vorgeht, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, er sei voreingenommen (vgl. etwa: FOERSTER/VENZLAFF, a.a.O., S. 34). Wie gesagt geht die Formulierung aber nicht so weit, als dass sich daraus eine – wie auch immer geartete – ablehnende Haltung der Gutachterin ableiten liesse, welche unter Befangenheitsaspekten hinreichende und objektiv nachvollziehbare Bedenken auslösen könnte. Mögliche, zurück bleibende Bedenken hinsichtlich der Unvoreingenommenheit und Unbefangenheit beseitigt die Gutachterin gleich selber. Zu Beginn des Gutachtens heisst es unter dem Titel "Anlass und Fragestellung": "Das Bundesgericht sah aber in der Darstellung des Tatablaufs 'mehrere zumindest sonderbare Verhaltensweisen wie auch Auffälligkeiten in seiner jüngeren Biographie', die in ihrer Gesamtheit Zweifel an seiner vollen Zurechnungsfähigkeit erweckten. Es hätte hierüber ein Gutachten angeordnet werden müssen. Formuliert wurden im weiteren Text des Kassationshofs 'Hinweise auf eine zumindest unreife Persönlichkeit.'" (OG act. 41 S. 2 oben). Auf S. 3 des Gutachtens schob die Gutachterin im Rahmen der Darstellung des Sachverhaltes gemäss Anklageschrift folgende Klammerbemerkung ein: "Im Urteilstext des Obergerichts und noch pointierter im Entscheid des Kassationshofes wird die ambivalente Befindlichkeit von C.S. bezüglich des geplanten Raubüberfalles hervorgehoben, indem es zu dieser Sequenz heisst, er habe sich im Laufe der Fahrt erneut mit dem Gedanken getragen, den geplanten Raub nun doch durchzuführen. Dieser Gedanke sei dann in S. zur Gewissheit geworden, worauf der [Beschwerdeführer] den [Beschwerdegegner 2] angewiesen habe, zum Schützenhaus R. zu fahren." (OG act. 41 S. 3). Daraus erhellt, dass die Gutachterin die Entscheidungsgründe des Bundesgerichts vorbehaltlos ihrer gutachterlichen Tätigkeit zugrunde legte und gleichzeitig um eine möglichst vollständige und sachliche Darstellung des Sachverhaltes bemüht war.

c) Die weitere Äusserung der Gutachterin "Zunächst müssen nun also die in der Anklageschrift nicht berücksichtigten Fakten kurz zusammengefasst werden." hat einen sachlichen Hintergrund. Die Gutachterin stellte im fraglichen Abschnitt Überlegungen zur Einsichts- und Willensfähigkeit des Beschwerdeführers an. Sie wies darauf hin, dass die zahlreichen Informationen zum Vorfeld der Tat und zum Nachtatverhalten von Bedeutung sein könnten, da sie das Tatgeschehen in einen anderen Bezugsrahmen stellen und weitere Einblicke in die Persönlichkeit des Exploranden, seine Einstellungen und Verhaltensweisen bieten würden. Insofern sei, so

die Gutachterin, "hier als Arbeitshypothese jenseits des juristisch gemachten Vorhalts eine Darstellung zu entwickeln, die alle vorliegenden Informationen" miteinbeziehe (vgl. OG act. 41 S. 52-53). Der Gutachterin ging es im Rahmen der erwähnten Fragestellung allein darum, möglichst alle sachdienlichen Informationen herangezogen und berücksichtigt zu haben. Dass sie sich dabei nicht auf den Anklagesachverhalt beschränkte, sondern darüber hinaus die Akten nach relevanten Anhaltspunkten durchsuchte, gehört zu den spezifischen Aufgaben der Gutachter Tätigkeit und zeugt von einer sorgfältigen und sachkundigen Arbeitsweise (vgl. etwa: FOERSTER/VENZLAFF, a.a.O., S. 34; vgl. bereits KG act. 2 S. 29/30). Der subjektiv geprägte Einwand des Beschwerdeführers, die Gutachterin habe es sich zur Aufgabe gemacht, ihn zusätzlich zur Anklageschrift zu belasten, kann – objektiv betrachtet – nicht nachvollzogen werden.

d) Ähnlich verhält es sich mit der ebenfalls kritisierten Äusserung "Es soll hier nicht weiter auf Aspekte eingegangen werden, die Gegenstand einer genauen Tatrekonstruktion wären.". Die Gutachterin umschrieb im fraglichen Kontext kurz das eigentliche Tatgeschehen. Sie erklärte, dass die Schussabgabe aus einer Distanz von ca. 1.5 bis 3.0 m erfolgt sei. Ergänzend führte sie an, der Beschwerdeführer habe in der Exploration erklärt und vorgeführt, dass sich der Taxifahrer bei der Schussabgabe nach rechts bewegt und er links an ihm vorbeigeschossen und seinen Arm gestreift habe (vgl. OG act. 41 S. 54). Mit dem Hinweis, dass nicht weiter auf Aspekte eingegangen werde, die Gegenstand einer genauen Tatrekonstruktion gewesen wären, gab sie lediglich zu verstehen, dass genauere oder weitergehende Informationen zum eigentlichen Tatgeschehen nur über eine Tatrekonstruktion hätten erhältlich gemacht werden können. Gleichzeitig brachte die Gutachterin zum Ausdruck, dass sie sich in diesem Punkt auf eine ungefähre und eher rudimentäre Beschreibung beschränke, und es nicht zu ihren Aufgaben gehöre, das eigentliche Tatgeschehen in weitergehendem Umfang abzuklären. Hinweise dafür, dass die Gutachterin mit einer unsachlichen oder voreingenommen Einstellung das eigentliche Tatgeschehen ihrer Begutachtung zugrunde gelegt und/oder beurteilt hätte, liegen – objektiv betrachtet – nicht vor.

3.4a) Über den Verweis auf die Ausführungen auf S. 4 (letzter Abschnitt) der Beschwerdeschrift kritisiert der Beschwerdeführer weiter die Beschreibung seiner Persönlichkeit durch die Gutachterin auf S. 46 des Gutachtens. Ihrer Beurteilung nach – so der Beschwerdeführer - erscheine seine Grundhaltung als egozentrisch, ganz auf die eigenen Bedürfnisse ausgerichtet. Seine Beschreibungen enger Bezugspersonen sollen konturlos geblieben sein. Die Einnahme eines Aussenstandpunktes oder einer selbstkritischen Position soll ihm eher fern liegen. Manipulative Tendenzen sollen vielfach zum Ausdruck gekommen sein. Den Konsequenzen seines Handelns für andere soll er eigentümlich gleichgültig gegenüber gestanden haben. Die Bindung an gesellschaftliche Normen und Werte soll gelockert erscheinen. Anderen gegenüber soll er sich kaum verpflichtet fühlen. Nach Ansicht des Beschwerdeführers habe die Gutachterin seine Persönlichkeit ohne nachkontrollierbare und nachvollziehbare Bezugsquellen beurteilt. Sie erscheine daher zu seinen Lasten als befangen (KG act. 1 S. 10 i.V.m. S. 4 letzter Abschnitt).

b) Der fragliche Abschnitt aus S. 46 des Gutachtens ist mit "Weitere Befunde" überschrieben und lautet folgendermassen (OG act. 41 S. 46): "Hinsichtlich seiner Persönlichkeit fallen deskriptiv einige Besonderheiten auf: Die Grundhaltung des Expl. erscheint egozentrisch ganz auf die eigenen Belange und Bedürfnisse ausgerichtet. Die Beschreibung enger Bezugspersonen bleibt konturlos und umfasst in erster Linie die Funktionen, die sie für ihn haben. Die Einnahme eines Aussenstandpunktes oder einer selbstkritischen Position oder einer introspektiven und selbstreflexiven Haltung liegen dem Expl. eher fern. Manipulative Tendenzen kommen vielfach zum Ausdruck. Den Konsequenzen seines Handelns für andere steht er eigentümlich gleichgültig gegenüber. Die Bindung an gesellschaftliche Normen und Werten erscheint sehr gelockert, anderen gegenüber fühlt er sich kaum verpflichtet, weder durch Verträge und Absprachen noch erst recht durch implizite, aus einer zugewandeten und wechselseitigen Beziehung erwachsenden Verantwortung heraus. Umfassender wird auf die Persönlichkeit des Expl. im Rahmen der zusammenfassenden Darstellung und diagnostischen Bewertung der biographischen Entwicklung im Rahmen der Beurteilung eingegangen."

Im *Befundteil* des psychiatrischen Gutachtens geht es – allgemein umschrieben – um die Darstellung der Wesensart, des Charakters und der Persönlichkeit des Probanden. Dabei verarbeitet der psychiatrische Sachverständige insbesondere die eigenen Beobachtungen des Verhaltens des Exploranden wäh-

rend der Untersuchung und die subjektiven Schilderungen des eigenen Erlebens durch den Exploranden. Der Befundteil hat eher berichtend-referierenden Charakter. Im *Beurteilungsteil* des Gutachtens erfolgt eine Wertung und Würdigung dieser Informationen mit dem Ziel, zu einer abschliessenden Diagnose zu kommen und - hierauf aufbauend – die Gutachtensfragen beantworten zu können (vgl. etwa: FOERSTER/WINCKLER, Forensisch-psychiatrische Untersuchung, in Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, 4. Auflage, München 2004, S. 23f.; FOERSTER/VENZLAFF, Die Erstattung des Gutachtens, in Venzlaff/Foerster, a.a.O., S. 36; MAIER/MÖLLER, Das gerichtopsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 156f.; Leitfaden zur Gutachtenserstellung, Fachkommission für psychiatrische Begutachtung, Dezember 2006, S. 6).

c) Die gutachterliche Beschreibung der Persönlichkeit des Beschwerdeführers steht nicht einfach ohne "Bezugsquelle" da. Sie fusst vielmehr – wie in der forensischen Psychiatrielehre postuliert wird – auf den im Rahmen der Untersuchungsgespräche vom Beschwerdeführer erhaltenen Informationen (vgl. OG 41 S. 27-29 [Angaben zur Familie], S. 29 [Angaben zu eigenen Erkrankungen], S. 30-32 [Angaben zur Biographie], S. 33 [Angaben zur vegetativen Anamnese], S. 33 [Angaben zum Konsum psychotroper Substanzen], S. 34 [Angaben zur Sexualität], S. 34-37 [Lebenssituation im Vorfeld der Tat], S. 38 [Angaben zum Tatgeschehen], S. 38-41 [Zum weiteren Tatablauf], S. 42 [Aussageverhalten], S. 42-43 [Aktuelle Lebenssituation], S. 44 [Vorstellungen über seine Zukunftsperspektiven]).

Bspw. kommen die egozentrisch, ganz auf die eigenen Belange und Bedürfnisse ausgerichtete Grundhaltung und die konturlose Beschreibung enger Bezugspersonen sowie manipulatives Verhalten in den nachfolgenden Passagen zum Ausdruck (vgl. insb. unterstrichene Stellen): "Kurz bevor er 16 Jahre alt gewesen sei, habe er im Ausgang seine erste Freundin, eine damals 25-jährige, mit einem 38-jährigen Schweizer verheiratete Thailänderin, kennen gelernt, mit der er zwei Jahre zusammengeblieben sei. Diese Freundin habe ein zweijähriges Kind gehabt und auch weiterhin mit ihrem Mann zusammengelebt. Als sie sich später von ihm haben scheiden lassen wollen, sei der Mann mit ihr weggezögelt nach R.. Bis heute bestehe aber noch ein guter Kontakt zu ihr. Nach dem Umzug habe er schon Liebeskummer gehabt – das seien gerade zwei Monate gewesen, bevor das mit

dem Alkohol begonnen habe. Anfangs sei er traurig gewesen und habe weitergearbeitet. Eine Trennung seiner Freundin von ihrem Mann habe er aber nicht gewollt; er sei ja noch in der Lehre gewesen und noch so jung. Mit seiner Mutter, bei der er damals noch gelebt habe, habe er über seinen Liebeskummer nicht gesprochen, sie hätte es ihm aber anmerken können. 'Ich behalte immer Sachen für mich. [...] Nach zwei Monaten habe er dann einen Kollegen kennen gelernt und sich in dessen Schwester verliebt. Einen Monat habe er bei den beiden, die viel getrunken und auch Kokain genommen hätten, gewohnt und habe mitgemacht. Es sei nur noch so gegangen: geschlafen – Alkohol – geschlafen – Alkohol. Daran sei nichts Aufregendes gewesen. [...] Sex habe er mit der Schwester schon gehabt, aber keine grosse Beziehung. (Auf Frage:) Warum er mit dieser Frau zusammen gewesen sei, wisse er nicht. So verliebt sei er nicht gewesen, aber es sei schon ein Drang gewesen, dort zu bleiben. (Auf weitere Fragen:) Wahrscheinlich sei es schon wegen der Frau gewesen. Der Sex sei mit ihr sei auch besonders gewesen, aber er erinnere sich nicht sehr gut, wieso er dort geblieben sei." (OG act. 41 S. 30/31). Bezogen auf seine aktuelle Freundin erklärte er gegenüber der Gutachterin: "[...] Aber seine Freundin habe 'einen sehr harten Kopf.' Wenn sie stritten, mache er meistens den zweiten. Er streite auch nicht so gerne und könne nicht zwei Stunden diskutieren. [...]" (OG act. 41 S. 35 unten). "[...] Die Beziehung zu seiner Freundin sei gut. Streit gebe es nur über Kleinigkeiten, wenn etwas verlegt sei. Das sei selten. Eher fange dann seine Freundin an zu streiten. Er sage einfach nur ja. Das dauere fünf Minuten oder so. (Was er an seiner Freundin besonders möge?) '... alles, sehr gut ...'. Schon früher habe er lange Beziehungen gehabt." (OG act. 41 S. 43 unten). Die eher fehlende Einnahme eines Aussenstandpunktes oder einer selbstkritischen Position oder einer introspektiven und selbstreflexiven Haltung kommt ebenfalls in den explorativen Untersuchungsgesprächen zum Ausdruck. Die Gutachterin konfrontierte den Beschwerdeführer z.B. mit der Aussage des Beschwerdegegners 2, wonach er – der Beschwerdeführer – zu ihm "Scheissafrikaner" o.ä. gesagt habe. Der Beschwerdeführer entgegnete: "Das habe er aber 100%ig nicht gesagt! 'Was ich an diesem Abend gemacht habe – ich verstehe das alles selber nicht – es gibt keine Entschuldigung oder so.' Er erinnere sich nur an 90 %, aber an diesen Satz habe er eine 100%ige Erinnerung! Wenn schon, dann solle er richtig sein. Er wolle nicht als Rassist oder so dastehen! Plötzlich würde er sonst noch eine Anzeige gemacht wegen Rassismus oder so!" (OG act. 41 S. 38). Die lockere Bindung an gesellschaftliche Normen und Werte und das fehlende Gefühl, andern gegenüber verpflichtet zu sein, kommt etwa in den folgenden Passagen zum Ausdruck: "[...] Den Lehrabschluss habe er schon gehabt, aber laut Arbeitsvertrag hätte er danach noch drei Monate weiterarbeiten sollen. So sei er aber nur noch einmal zusammen mit seiner Mutter hingegangen, um seine Sachen zu holen. Seine Mutter habe zu den Leuten in der

Firma einen guten Kontakt gehabt und noch mit dem Lehrmeister sprechen und sich für ihn entschuldigen wollen. [...]." (OG act. 41 S. 31 unten).

d) Allein schon die eben zitierten Angaben des Beschwerdeführers gegenüber der Gutachterin lassen im Kern das Bild einer Person erkennen, wie es im kritisierten Abschnitt des Befundteils umschrieben worden ist. Der Eindruck des Beschwerdeführers, die Gutachterin sei ihm gegenüber mit einer unsachlichen oder voreingenommenen Einstellung gegenübergetreten, indem sie ein negatives Bild seiner Persönlichkeit ohne "nachkontrollierbare und nachvollziehbare Bezugsquellen" gezeichnet habe, kann – objektiv betrachtet – nicht geteilt werden.

3.5 Nach dem Gesagten ist die Rüge, die Gutachterin erscheine als befangen, unbegründet.

4. Der Beschwerdeführer erachtet die Weigerung der Vorinstanz, ihm anlässlich einer mündlichen Verhandlung gegenüber der Gutachterin ein Fragerecht einzuräumen, als unzulässig (vgl. KG act. 1 S. 9-10).

4.1 Die Frage der Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit der Möglichkeit, der Gutachterin (mündlich) Fragen stellen zu können, bildete bereits Gegenstand des angefochtenen Entscheids. Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Schriftliches Verfahren" (KG act. 2 S. 14-16):

"[...] Im vorliegenden Verfahren haben sich sowohl die Staatsanwaltschaft wie auch die Geschädigtenvertreter mit der schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens einverstanden erklärt und auf eine öffentliche Urteilsberatung und mündliche Urteilseröffnung verzichtet [...]. Auch der Verteidiger des [Beschwerdeführers] verlangte innert Frist keine mündliche Fortsetzung der Berufungsverhandlung [recte: der Hauptverhandlung vor Obergericht als erste Instanz]. [...]. Gemäss § 421 Ziff. 3 StPO kann das Berufungsgericht ein schriftliches Verfahren durchführen, wenn in erster Instanz ein mündliches Verfahren durchgeführt wurde und die Verfahrensbeteiligten auf ein schriftliches [recte: mündliches] Verfahren verzichteten. Gemäss ständiger Praxis kann in analoger Anwendung dieser Bestimmung auch in Fällen erstinstanzlicher obergerichtlicher Zuständigkeit ein schriftliches Verfahren durchgeführt werden. Zwar ist das Berufungsverfahren im zürcherischen Strafprozess vom Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht [...]. Die Hauptverhandlung vor dem erkennenden Richter soll einerseits der Sachaufklärung im Sinne der Instruktionsmaxime, insbesondere auch der Vermittlung eines persönlichen Eindrucks vom Angeklagten an das Gericht, dienen; andererseits bietet das mündliche Verfahren Gewähr dafür, dass der Angeklagte die ihm wichtigen und

wesentlich erscheinenden Gesichtspunkte direkt dem Gericht vortragen kann [...]). Unter diesem zweitgenannten Gesichtspunkt spricht jedoch nichts gegen die Zulässigkeit eines frei gewählten Verzichts, zumal sich der anwaltlich vertretene [Beschwerdeführer] vorliegend eingehend zu den ihm wesentlich erscheinenden Punkte äussern konnte. Was das Interesse der Sachaufklärung betrifft, so ist festzuhalten, dass der [Beschwerdeführer] bereits anlässlich der Verhandlung vom 24. November 2005 einlässlich zur Sache und zur Person befragt wurde [...], weshalb der Instruktionsmaxime vorliegend rechtsgenügend nachgekommen wurde. Vorliegend spricht demnach nichts gegen die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens. [...]

Der [Beschwerdeführer] führt in diesem Zusammenhang zwar aus, für den Fall, dass kein neues Gutachten angeordnet werde, müsse der Verteidigung gestützt auf Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK Gelegenheit gegeben werden, anlässlich einer öffentlichen Hauptverhandlung der Gutachterin Fragen stellen zu können [...]. Aufgrund des oben gesagten ist jedoch festzuhalten, dass der [Beschwerdeführer] bzw. sein Verteidiger selber auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens verzichtet hat und zwar zu einem Zeitpunkt, als er bereits Kenntnis von dem – aus seiner Sicht mangelhaften – Gutachten hatte (OG act. 42). Ein derartiger Verzicht ist – wie bereits ausgeführt – zulässig. Auch aus dem vom [Beschwerdeführer] angerufenen Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen, namentlich wird das Recht des [Beschwerdeführers] auf eine wirksame Verteidigung vorliegend nicht verletzt. So konnte sich der [Beschwerdeführer] sowohl nach Eingang des Gutachtens hierzu äussern und Ergänzungsfragen stellen. Sodann konnte er wiederum nach Eingang des Ergänzungsgutachtens hierzu Stellung nehmen. Weder nach Gesetz noch nach Rechtsprechung besteht ein darüber hinausgehendes Recht, dem Gutachter anlässlich einer mündlichen Verhandlung Zusatzfragen zu stellen (vgl. KassGer 2001/051.S. vom 27.5.2002)".

4.2a) Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, es sei richtig, dass er auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens nach Vorliegen des Hauptgutachtens verzichtet habe. Nachdem er das Gutachten gesichtet habe und die Vorinstanz kein neues Gutachten habe einholen lassen, habe er aber die Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit der Möglichkeit der Befragung der Gutachterin beantragt. Der Verzicht in einem bestimmten Verfahrensabschnitt könne nicht als endgültig betrachtet werden. Ein Angeklagter habe nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK räume zusätzlich das Recht ein, an Belastungszeugen Fragen stellen zu können. Das Gutachten, das einen Strafmilderungsgrund aberkenne, habe belastenden Charakter. Das Fragerecht als solches stelle die Vorinstanz auch nicht in Frage, sondern einzig das zusätzliche Recht, dieses anlässlich einer mündlichen Verhandlung ausüben zu können (vgl. KG act. 1 S. 9f.).

b) Nach § 126 StPO erstatten die Sachverständigen ihr Gutachten *mündlich* zu Protokoll oder *schriftlich*. Der Entscheid über die Form der Erstattung steht im Ermessen des auftraggebenden Justizorgans. Ein genereller Anspruch auf eine bestimmte Erstattungsform lässt sich weder aus Konventions- oder Verfassungsrecht noch aus kantonalem Recht ableiten. Ein entsprechender Anspruch kann sich nur aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles aus sachlichen Gründen ergeben. Die *ausschliesslich mündliche* Erstattung zu Protokoll wird in der Regel nur für knappe und einfache Fragestellungen in Betracht kommen. Umfangreiche, komplizierte und mit Aktenstudium verbundene Gutachtensaufträge sind dagegen grundsätzlich *schriftlich* zu erstatten. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Justizorgane wie auch die Verfahrensbeteiligten das Gutachten auf seine Nachvollziehbarkeit sowie allfällige Mängel hin ausreichend überprüfen können. Die *mündliche Erläuterung des Gutachtens* ermöglicht es, allfällige Missverständnisse auszuräumen, Unklarheiten zu beseitigen und ganz allgemein durch die direkte Kommunikation das Verständnis für die aufzuklärenden Zusammenhänge zu fördern (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 1ff. zu § 126 StPO).

Wird ein Gutachten schriftlich erstattet, so ist den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu geben, dem Gutachter Ergänzungsfragen zu stellen und eine Stellungnahme zum Gutachten abzugeben. Erstattet der Sachverständige sein Gutachten mündlich, wird der Sachverständige zu einem persönlichen Beweismittel. Der Sachverständige, welcher das Gutachten mündlich erstattet und für einen Angeschuldigten Belastendes zu Tage fördert, gilt als Belastungszeuge im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK bzw. Art. 14 Ziff. 3 lit. e. IPBPR. Aus diesem Grund gewährleistet § 14 StPO dem Angeschuldigten bzw. seinem Verteidiger das Recht, dem Sachverständigen Ergänzungsfragen zu stellen. Dieselben Grundsätze gelten, sofern der Sachverständige zwecks Erläuterung seines Gutachtens oder Beantwortung von Ergänzungsfragen der Beteiligten einvernommen wird. In einem solchen Fall haben sowohl der Angeschuldigte als auch dessen Verteidiger gestützt auf § 14 Abs. 1 StPO grundsätzlich das Recht, an dieser Einvernahme teilzunehmen und an den Sachverständigen Fragen zu richten, welche dieser im Rahmen der Einvernahme, d.h. mündlich, zu beantworten hat (Kass.-Nr. 2001/051S, Sitzungsbeschluss vom 27. Mai 2002, in Sachen N., E. II/1/4; Do-

NATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 1 und 3 zu § 109 und N 7-8 zu § 126 StPO).

Wird das Gutachten indessen ausschliesslich schriftlich erstattet und entscheidet sich das Justizorgan aus vertretbaren Gründen, den Sachverständigen nicht einzuvernehmen, so erteilt der Untersuchungsbeamte oder der Richter dem Sachverständigen den Auftrag, die Ergänzungsfragen der Verfahrensbeteiligten schriftlich zu beantworten. Ein Anspruch auf mündliche Befragung des Sachverständigen durch die Verfahrensbeteiligten besteht in dieser Konstellation nicht (DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 7f. zu § 126 StPO m.w.H.).

c) Nach dem Gesagten besteht ein Anspruch auf mündliche Befragung des Sachverständigen nur in jenen Fällen, in welchen das Gutachten mündlich erstattet wird oder der Sachverständige nach schriftlicher Erstattung des Gutachtens aufgefordert wird, das Gutachten mündlich zu erläutern oder zu ergänzen. Die adäquate Form der Erstattung/Ergänzung des Gutachtens hängt – wie gesagt – von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab und liegt im Ermessen des auftraggebenden Justizorgans. Vorliegend hat sich die Vorinstanz ausschliesslich für die Schriftform entschieden, indem sie ein schriftliches Gutachten in Auftrag gab und auch die Zusatzfragen schriftlich beantworten liess (vgl. OG act. 39 und 61). Der Beschwerdeführer macht nicht substantiiert geltend, dass die Vorinstanz bei der Wahl der Erstattungsform bzw. Form der Beantwortung der Zusatzfragen nicht adäquat vorgegangen sei oder dass in Anbetracht der konkreten Umstände des Einzelfalles sachliche Gründe eindeutig für eine bestimmte Form gesprochen hätten. Entsprechendes ist auch nicht ersichtlich. Gegenteil wird gerade ein psychiatrisches Gutachten regelmässig in schriftlicher Form erstattet, da es sich um komplizierte, umfangreiche und mit Aktenstudium verbundene Aufträge handelt. Die Beantwortung der Ergänzungsfragen hätte – analog der Vorgehensweise in geschworenengerichtlichen Verfahren (vgl. dazu: Kass.-Nr. AC080021, Beschluss vom 18. Dezember 2009, in Sachen P., E. II/1/1 m.w.H.) – womöglich auch mündlich im Rahmen einer Befragung der Gutachterin erfolgen können. Indessen ist zu wiederholen, dass kein genereller Anspruch auf eine bestimmte Erstattungsform besteht, und der Beschwerdeführer nicht geltend macht, die mündliche Befragung

und Beantwortung der Zusatzfragen sei aus sachlichen Gründen notwendig gewesen. Jedenfalls sah sich der amtliche Verteidiger offensichtlich in der Lage, die Zusatzfragen in schriftlicher Form zu stellen (vgl. OG act. 60), und es lag im Ermessen der Vorinstanz, die Beantwortung der Zusatzfragen in Schriftform einzuholen (vgl. OG act. 61).

d) Nach dem Gesagten setzte die Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund, wenn sie dem Beschwerdeführer die Möglichkeit verwehrte, der Gutachterin die Ergänzungsfragen mündlich stellen zu können. Die Rüge ist unbegründet.

Der Vollständigkeit halber ist Folgendes festzuhalten: Die Frage, ob ein Anspruch auf mündliche Befragung des Sachverständigen besteht, hängt im Lichte der vorstehenden Erwägungen allein von der Form der Erstattung/Ergänzung des Gutachtens ab. Nicht entscheidend ist in dieser Hinsicht, ob das Verfahren als solches schriftlich oder mündlich geführt wird. So kann sich das Gericht im Rahmen eines mündlich geführten Verfahrens auf ein schriftliches Gutachten und schriftlich beantwortete Ergänzungsfragen beschränken. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung impliziert mit anderen Worten nicht die mündliche Erstattung des Gutachtens oder die mündliche Ergänzung/Erläuterung. Folglich braucht die Frage, ob der Verzicht auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens bindend war oder ob der Beschwerdeführer auf den Verzicht zurückkommen durfte, nicht entschieden zu werden. Dies umso weniger, als der Beschwerdeführer nicht geltend macht, es hätte losgelöst von der Möglichkeit, der Gutachterin mündlich Fragen stellen zu können, ein mündliches Verfahren durchgeführt werden müssen.

5. Der Beschwerdeführer rügt das Gutachten als mangelhaft und insgesamt als nicht schlüssig. Er wirft der Gutachterin vor, auf die Durchführung von Fremdanamnesen verzichtet und keine psychologischen Tests angeordnet zu haben (vgl. KG act. 1 S. 11-12).

5.1a) Die fehlende Durchführung von fremdanamnestischen Befragungen durch die Gutachterin bildete bereits Gegenstand des angefochtenen Entscheids. Die Vorinstanz stellte folgende Erwägungen an (KG act. 2 S. 22-24):

"[...] Der Verteidigung ist insofern Recht zu geben, dass die Fremdanamnese durch Befragung der nächsten Beziehungspersonen als zentrale Erfahrungsquelle bei forensisch-psychiatrischen Abklärungen gilt. In der Regel lässt daher der fehlende Einbezug von Lebenspartner, nächsten Angehörigen und anderen Bezugspersonen die Vollständigkeit des Gutachtens als fraglich erscheinen [...]. Nach der Praxis des Kassationsgerichts kann aber nicht generell gesagt werden, ein Gutachten sei schon alleine deshalb mangelhaft, weil eine Fremdanamnese unterblieben ist. Im konkreten Fall darf der Gutachter im Rahmen seiner Ermessenausübung auf fremdanamnestische Erhebungen verzichten, wenn er sich aufgrund des tatsächlichen Beziehungsfeldes des Probanden mit Bezug auf die konkrete Fragestellung keinen wesentlichen Informationsgewinn verspricht. Das Erheben von Fremdauskünften ist kein Selbstzweck [...].

Dass der [Beschwerdeführer] in nicht ganz einfachen familiären Verhältnissen im Spannungsfeld früh geschiedener Eltern und eines behinderten Bruders aufgewachsen ist, ist nicht zu verneinen. Von aussergewöhnlichen Umständen zu sprechen, ist jedoch überzeichnet; auch die diesbezüglichen Ausführungen des [Beschwerdeführers] selber lassen auf eine Kindheit und Jugend in relativ behüteten und geordneten Verhältnissen folgern [...]. Es ist demnach insbesondere nicht erkennbar, inwiefern sich daraus Rückschlüsse auf die Fragen der Einsichts- und Willensfähigkeit, namentlich auf das Vorliegen einer hier allenfalls zur Diskussion stehenden Persönlichkeitsstörung im medizinischen Sinne, ergeben sollten. Vielmehr führt die Gutachterin zutreffend aus, dass lebensgeschichtliche Belastungen für die forensisch-psychiatrische Beurteilung nur dann relevant sein können, wenn sie auch auf der Befundebene Bedeutung erlangen. Im Hinblick auf die Frage der Einsichts- und Willensfähigkeit bei der Tat vom 28. Januar 2004 würde eine vertiefte Exploration des Verhältnisses des [Beschwerdeführers] zu seiner Mutter, seinem Bruder oder seinem Vater nicht wirklich weiterhelfen, weshalb diese unterbleiben könnten. Ausserdem würden Kinder und Jugendliche mit einer derartigen Persönlichkeitsstörung nicht nur innerfamiliär, sondern auch sonst in ihren sozialen Bezügen und insbesondere in der Schule erheblich auffallen. In solchen Fällen gebe es daher regelmässig auch fremdanamnestische Befunde, Berichte der Schule und Schulpsychologen, und schliesslich juristische Verfahren, Polizeiberichte und Einschaltung der Jugendanwaltschaft. Sämtliche im Zusammenhang mit dem [Beschwerdeführer] eingeholten Berichte würden jedoch auf keinerlei Besonderheiten oder frühere Auffälligkeiten hinweisen. Überdies trifft die Behauptung der Verteidigung, es seien überhaupt keine fremdanamnestische Abklärungen getroffen worden, so nicht zu. Aus dem Gutachten ergibt sich nämlich, dass die Gutachterin bei der längjährigen Freundin des [Beschwerdeführers] Auskünfte eingeholt hat [...].

Im Lichte dieser Erwägungen muss der von der Verteidigung vertretene Standpunkt, das Gutachten sei mangelhaft bzw. ergänzungsbedürftig, weil der Gutachter eine Befragung der nächsten Angehörigen des [Beschwerdeführers] unterlassen habe, als gescheitert betrachtet werden. Vielmehr legt Frau Dr. med. Z. in ihrem Gutachten plausibel dar, wieso sie von Befragungen der nächsten Familienangehörigen absah."

b) Der Beschwerdeführer wendet hinsichtlich der unterlassenen Fremdanamnese zusammengefasst ein: das Gutachten schliesse eine psychotische Symptomatik allein anamnestisch aus, d.h. ohne Befragung der Beziehungspersonen. Das sei unzulässig. Es könne nicht erwartet werden, dass sich ein Explo- rand psychopathologisch beschreibe, zumal bei einer allfälligen Psychose. Das Gleiche gelte für die Unterstellung der Gutachterin, er – der Beschwerdeführer - weise eine egozentrische Grundhaltung mit manipulativen Tendenzen auf. Zu ei- ner solchen Schlussfolgerung könne sie lege artis ohne Fremdanamnese nicht gelangen. Auch das Fehlen von Hinweisen für eine geburtstraumatische Schädi- gung oder sonstige hirnorganische Erkrankungen oder eine Störung im Sozialver- halten in Kindheit und Jugend könne ohne Befragung der Eltern oder anderer Be- zugspersonen nicht festgestellt werden. Die vom Bundesgericht als Grund der Rückweisung konstatierte "Sonderbarkeit" werde im Gutachten nirgends erklärt oder zu erhellen versucht. Dazu wären dringend Fremdanamnesen nötig gewe- sen. Das Gutachten gehe vom feststehenden Vorhandensein der Einsichts- und Willensfähigkeit aus und begründe damit die Unnötigkeit von Fremdanamnesen. Es sei aber auch falsch, das Nichtvorliegen von Berichten über auffälliges Verhal- ten als abschliessendes Indiz für eine fehlende Persönlichkeitsstörung an- zugeben. Die vom Bundesgericht festgestellte "Sonderbarkeit" könne auch dazu geführt haben, dass man dies in der Schule übersehen habe. Schüler stünden nicht ständig unter psychologischer Überwachung. Aktenwidrig sei die Feststel- lung der Vorinstanz, die Gutachterin habe eine Fremdanamnese durch Befragung der langjährigen Freundin vorgenommen. Das Gutachten zitiere lediglich Aussa- gen der Freundin in der polizeilichen Befragung, nicht aber eine psychiatrische Befragung, die auf psychopathologische Beurteilung ausgerichtet sei (vgl. KG act. 1 S. 11-12).

c) Ist ein Gutachten unvollständig, ungenau oder undeutlich oder weichen die Sachverständigen in ihren Ansichten voneinander ab oder ergeben sich er- hebliche Zweifel in die Richtigkeit des Gutachtens, so kann die Untersuchungsbe- hörde (oder das Gericht) das Gutachten durch die gleichen Sachverständigen verbessern lassen oder neue ernennen (vgl. § 127 StPO). Leidet das Gutachten an formellen Mängeln - als solche gelten Unvollständigkeit, Ungenauigkeit und

Undeutlichkeit - so wird ein Parteirecht tangiert, dessen wesentliche Beeinträchtigung eine Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO bedeutet. Wesentlich ist die Beeinträchtigung des Parteirechts, wenn die Ergänzung des Gutachtens oder die Einholung eines neuen Gutachtens in Überschreitung pflichtgemässen Ermessens verweigert wird. Das Kassationsgericht prüft frei, ob eine solche wesentliche Beeinträchtigung des Parteirechts vorliegt (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 19 zu § 127 und N 22 zu § 430 StPO; vgl. statt vieler Kass.-Nr. 2000/033 S, Beschluss vom 28. Februar 2001, in Sachen E., E. II/6c).

d) Einzuräumen ist, dass die Gutachterin keine fremdanamnestischen Auskünfte im eigentlichen Sinne eingeholt hatte. Die vorinstanzliche Feststellung, aus dem Gutachten ergebe sich, dass die Gutachterin (immerhin) bei der längjährigen Freundin des Beschwerdeführers Auskünfte eingeholt habe, ist aktenwidrig. Tatsächlich handelt es sich dabei um Aussagen, welche die Freundin gegenüber der Strafuntersuchungsbehörde gemacht hatte. Die Aktenwidrigkeit hat sich indessen nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt, wie es nachfolgend darzulegen gilt:

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass die Durchführung einer Fremdanamnese nicht Selbstzweck und unabdingbarer Bestandteil jeder psychiatrischen Begutachtung ist. Nach der Praxis des Kassationsgerichts kann eine Fremdanamnese im konkreten Fall vollständig unterbleiben, namentlich wenn der Gutachter sich aufgrund der vorhandenen Erkenntnisquellen ein klares über den Exploranden verschaffen kann und/oder er sich aufgrund des tatsächlichen Beziehungsfeldes des Exploranden mit Bezug auf die Fragestellungen keinen wesentlichen Informationsgewinn verspricht (zuletzt: Kass.-Nr. AC050083, Beschluss vom 18. September 2006, in Sachen A., E. 7/4d m.w.H.).

Zusatzfrage 8 des amtlichen Verteidigers an die Gutachterin lautete (vgl. OG act. 64 S. 11): "Das Gutachten verzichtet sodann auf Fremdanamnese. Geht die Gutachterin nicht auch davon aus, gerade angesichts der schwierigen und ungewöhnlichen Familienkonstellation des [Beschwerdeführers] wäre eine solche vorliegend angezeigt gewesen?" Die Gutachterin antwortete: "Nein. Es ist nicht ersichtlich, zu welchem relevanten Sachverhalt eine Fremd-

anamnese hier noch hätte Auskunft geben können. Insbesondere waren die Auskünfte des Expl. zu seiner Familienanamnese in sich konsistent und passten auch zu den in den Akten erhältlichen Informationen. Es ergaben sich auch keine Verwerfungen im Abgleich mit dem aktuellen psychischen Querschnittsbefund. Auf die grundsätzliche Problematik der Befragung von Auskunftspersonen durch den Gutachter habe ich hier nicht einzugehen." Es ist nicht einzusehen, weshalb der fachärztlich ausgebildeten Gutachterin die Kompetenz nicht zugebilligt werden kann, zu erkennen, ob die vorhandenen Erkenntnisquellen ausreichen oder ob weitergehende fremdanamnestische Auskünfte erforderlich waren, um die sich stellenden Gutachtensfragen abschliessend beantworten zu können. Auch der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was gegen eine solche Annahme sprechen könnte. Sein Standpunkt, dass gewisse Störungen der Persönlichkeit wie z.B. im Sozialverhalten ohne Fremdanamnese nicht eruiert werden könnten, erweist sich als zu absolut und ist in dieser Form unzutreffend. Das gilt umso mehr für Fälle der vorliegenden Art, in welchen neben den subjektiven Schilderungen des eigenen Erlebens durch den Exploranden und den eigentlichen Strafakten der Gutachterin andere Erkenntnisquellen vorlagen wie ein Leumundsbericht und das Personalblatt für Rekruten (vgl. OG act. 41 S. 6-25). Auch darf in dieser Hinsicht nicht übersehen werden, dass die Gutachterin unter dem Titel "Fremdanamnestische Angaben" auf aktenkundige Aussagen der Freundin, eines Dienstkollegen und einer Bekannten des Beschwerdeführers hinwies (vgl. OG act. 41 S. 25-26). Zwar handelt es sich dabei – wie erwähnt - nicht um fremdanamnestische Auskünfte im engeren Sinne, weil sie nicht von der Gutachterin selber erhoben worden waren, doch steht es der Gutachterin frei bzw. es gehört bei Geeignetheit der Angaben zu ihrer Pflicht, solche Schilderungen als Informationsquelle heranzuziehen und zu beachten. Insgesamt betrachtet erscheint es plausibel, dass sich die Gutachterin gestützt auf die ihr zur Verfügung gestandenen Informationen eine abschliessende Meinung bilden konnte. Ferner kann keine Rede davon sein, dass die Gutachterin die sonderbaren Verhaltensweisen bei der Tatausführung und die Auffälligkeiten in der jüngeren Biographie, welche beim Bundesgericht Zweifel an der vollen Schuldfähigkeit weckten, nicht erhellt habe. Im Gegenteil hat sie nachvollziehbar erklärt, weshalb sich im Hinblick auf die Einsichts- und Willensfähigkeit das Tatverhalten auch unter Berücksichtigung eines erweiterten Kontextes als zielgerichtetes und durchdachtes Handeln darstelle und sich keiner-

lei Anhalt für eine Minderung des Steuerungsvermögens ergebe (vgl. OG act. 41 S. 50-55 bzw. KG act. 2 S. 25-28).

Nach dem Gesagten führt das Fehlen fremdanamnestischer Erhebungen nicht zur Mangelhaftigkeit des Gutachtens im Sinne von § 127 StPO, weshalb die Vorinstanz – jedenfalls im Ergebnis – keinen Nichtigkeitsgrund zum Nachteil des Beschwerdeführers setzte. Die Rüge ist unbegründet.

5.2a) Auch die Frage, ob die Gutachterin psychologische Tests hätte durchführen müssen, bildete bereits Gegenstand des angefochtenen Entscheids. Die Vorinstanz erwog Folgendes (KG act. 2 S. 24f.):

"Ausserdem ist der Verteidigung auch insofern zu widersprechen, als diese kritisiert, die Gutachterin habe auf jegliche Test verzichtet, welche heute in keinem Gutachten bei einer Fragestellung wie dem vorliegenden Fall fehlen würden.

[...] Es liegt grundsätzlich im Ermessen des Gutachters, ob und welche psychologischen Testverfahren er durchführen will (vgl. ZR 100 Nr. 43 S. 141 f.). Testuntersuchungen gehören keineswegs notwendigerweise zu einer qualifizierten Gutachtenarbeit, vielmehr sollen sie nur dann veranlasst werden, wenn hierfür eine klare und begründbare Indikation besteht (Fachkommission für psychiatrische Begutachtung, Leitfaden zur Gutachtenerstellung, Dezember 2006, S. 6; Furger, a.a.o. S. 396; Gmür, a.a.o., S. 34; Barbey in: Venzlaff/Foerster: 'Psychiatrische Begutachtung', 2. Auflage 1994, S. 126). Entgegen der Behauptung der Verteidigung kann die Testpsychologie daher nicht als unabdingbarer Bestandteil jeder psychiatrischen Begutachtung betrachtet werden (Entscheid des Kassationsgerichts AC050083 vom 18. September 2006, Erwägung 7.c; Gmür, a.a.o., S. 34 f.; Maier/Möller, Das gerichtopsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 148 ff.). Wenn die Gutachterin aufgrund einer eingehenden Exploration zum Schluss kommt, beim [Beschwerdeführer] liege weder eine Störung der charakterlichen Entwicklung noch eine Persönlichkeitsstörung vor (Urk. 64 S. 9), ist nicht einzusehen, weshalb sie sozusagen im Voraus testpsychologische Abklärungen hätte durchführen sollen."

b) Gegen die Unterlassung testpsychologischer Abklärungen wendet der Beschwerdeführer ein, es sei unergründlich, was die Vorinstanz mit "sozusagen im Voraus" meine. Entscheidend sei einzig, ob solche Tests überhaupt durchgeführt werden, und sie würden immer vor dem endgültigen Befund ergehen. Beim Beschwerdeführer handle es sich nicht um eine von vornherein klar definierte Persönlichkeit, welche Tests unnötig mache (vgl. KG act. 1 S. 12).

c) Zusatzfrage 7 der Verteidigung an die Gutachterin lautete (vgl. OG act. 64 S. 11): "Das Gutachten verzichtet auf jede Testpsychologie. Weshalb wurden keine psychologischen Tests durchgeführt? Hält die Gutachterin ein Gutachten ohne die üblichen Test für kunstgerecht?" Die Gutachterin antwortete: "Ja. Hierzu verweise ich auf die Ausführungen unter Punkt 5. Gleichzeitig verweise sich auf den von der Fachkommission für psychiatrische Begutachtung herausgegebenen 'Leitfaden zur Gutachtenerstellung', wo es in Bezug auf Testpsychologische Untersuchungen heisst: 'Testpsychologische Untersuchungen sollen nur dann veranlasst werden, wenn hierfür eine klar und begründbare Indikation ... besteht'. Damit ist auch gesagt, dass es im Rahmen fachgerechter psychiatrischer Gutachtenerstellung 'übliche Tests' nicht gibt." Auch in diesem Kontext ist nicht ersichtlich, weshalb der fachärztlich ausgebildeten Gutachterin die Kompetenz nicht zugebilligt werden kann, zu erkennen, ob die vorhandenen Erkenntnisquellen ausreichen oder ob testpsychologische Untersuchungen erforderlich waren, um die sich stellenden Gutachtensfragen abschliessend beantworten zu können (vgl. auch OG act. 64 S. 9-10). Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was gegen eine solche Annahme sprechen könnte. Sein (sinngemäss vertretener) Standpunkt, dass zu einer gewissenhaften und sorgfältigen psychiatrischen Begutachtung testpsychologische Untersuchungen gehören, erweist sich als zu absolut und ist in dieser Form unzutreffend (vgl. vorstehend E. lit. a und OG act. 64 S. 9f.). Ferner ist die vorinstanzliche Formulierung "sozusagen im Voraus" vor dem Hintergrund zu sehen, dass psychologische Tests nur bei entsprechender Indikation zu veranlassen sind. Ob eine solche Notwendigkeit besteht, kann der Gutachter in der Regel frühestens nach Beginn der Exploration, d.h. wenn er den Exploranden kennengelernt und bestimmte Anhaltspunkte erhalten hat, beurteilen. Es macht keinen Sinn, wenn der Sachverständige von vornherein oder eben "sozusagen im Voraus" solche Tests anordnet, ohne zu wissen, ob überhaupt eine entsprechende Indikation besteht. Daran ändert auch nichts, dass es sich beim Beschwerdeführer nicht um eine von vornherein klar definierte Persönlichkeit gehandelt hatte. Die Rüge ist unbegründet.

6. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund zu seinem Nachteil nachzuweisen vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer auferlegt.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.—.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive jene der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 19. Dezember 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

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

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: