



Kass.-Nr. AC090009/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 3. August 2010

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Leitender Staatsanwalt Dr.iur. Ulrich Weder, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

gegen

X.

Angeklagter und Beschwerdegegner

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

Raub etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. April 2009 (SE080019/U/sg)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die II. Strafkammer des Obergerichts befand den Angeklagten (Beschwerdegegner) mit Urteil vom 8. April 2009 (erstinstanzlich) schuldig des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3 StGB, der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 StGB, der Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB, der Entwendung zum Gebrauch im Sinne von Art. 94 Ziff. 1 Abs. 1 SVG, des Fahrens ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 SVG, der Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG, der mehrfachen Widerhandlung gegen das Waffengesetz (WG) im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 WG und Art. 5 Abs. 1 WG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. Sie bestrafte den Beschwerdegegner mit zweieinhalb Jahren Freiheitsstrafe (unter Anrechnung von 303 Tagen erstandener Untersuchungs- und Sicherheitshaft) sowie mit einer Busse von Fr. 400.–. Weiter ordnete sie eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB und schob den Vollzug der Freiheitsstrafe nicht auf. Mit Beschluss gleichen Datums ordnete das Obergericht den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 3. Februar 2005 gegen den Beschwerdegegner ausgefallten Gefängnisstrafe von 28 Tagen an und entschied ferner über die beschlagnahmten Gegenstände (KG act. 2 S. 23ff.).

2. Gegen das Urteil des Obergerichts meldete die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (KG act. 4), die sie mit Eingabe vom 23. Juni 2009 (KG act. 1) rechtzeitig begründete. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung von Disp.-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung des Strafmasses (KG act. 1 S. 1). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 9). Der Beschwerdegegner reichte mit Eingabe vom 21. Juli 2009 eine Beschwerdeantwort ein und beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde,

soweit darauf einzutreten sei (KG act. 10 S. 1). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 12).

II.

1. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und wirft der Vorinstanz im gleichen Zusammenhang vor, willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen zu haben (vgl. KG act. 1 S. 2, Ziffer 3).

2.1 Die Rügen beschlagen folgende Erwägungen der Vorinstanz, wobei es konkret um die am Ende der Passage unterstrichene Stelle geht (KG act. 2 S. 18-19 [Unterstreichung durch KassGer]):

"Der [Beschwerdegegner] führte aus, dass er zur Tatzeit unter Alkohol- und Medikamenteneinfluss gestanden sei. Er habe an jenem Tag ca. 5-8 Liter Bier, einige 'Zwetschgenlutz' und ca. 4 Cocktails 'B-52' getrunken, ausserdem 160 mg Methadon und Antidepressivum eingenommen [...]. Tatzeitaktuell lagen gemäss Gutachten das Abhängigkeitssyndrom und damit im Zusammenhang eine Alkohol- und Benzodiazepinintoxikation und die Persönlichkeitsstörung vor. Dass der [Beschwerdegegner] tatzeitaktuell unter Entzugserscheinungen oder unter einem besonders drängend erlebten Konsumwunsch gestanden wäre, lässt sich gemäss Gutachten nicht erkennen. Erkennen lasse sich aber eine situative Verstimmtheit infolge eines – vom [Beschwerdegegner] geltend gemachten – Streits mit seiner Ehefrau, weil er (vor der Tatbegehung) in alkoholisiertem Zustand nach Hause gekommen sei. Als Tatmerkmale lassen sich u.a. – so der Gutachter – Tatplanung, recht sorgfältige Vorbereitung, situativer Wechsel des Opfers, Tatentschluss und zielgerichtetes Vorgehen erkennen. Irgendwelche Anhaltspunkte, dass der [Beschwerdegegner] eine Beeinträchtigung seines Bewusstseins gehabt hätte, gibt es gemäss Gutachten nicht. Die Finanzierung seines Suchtmittelkonsums dürften beim Raub eine motivierende Rolle gespielt haben. Dass die Intoxikation jenseits einer Enthemmung und verminderten Kritikfähigkeit bedeutsam gewesen wäre, lasse sich nicht erkennen. Eine Verminderung des [Beschwerdegegners], das Verbotene seines Tuns zu erkennen, lag gemäss Gutachten nicht vor. Es sei auch nicht zu erkennen, dass der [Beschwerdegegner] in seiner Willensfähigkeit deutlich eingeschränkt gewesen wäre. Dies gelte auch mit Bezug auf die weiteren Delikte.

Grundsätzlich ist diese Beurteilung im psychiatrischen Gutachten nachvollziehbar; insbesondere, dass der [Beschwerdegegner] durchaus in der Lage war, zielgerichtet zu handeln. Gerichtsnotorisch und praxisgemäss ist jedoch davon auszugehen, dass der Alkohol und die Medikamente zu einer leichten Verminderung der Steuerungsfähigkeit geführt haben. Dem [Beschwerdegegner] ist deshalb eine leicht verminderte Schuldfähigkeit zuzubilligen."

2.2 Die Beschwerdeführerin wendet ein, die vorinstanzliche Feststellung, dass der Alkohol- und Medikamentenkonsum gerichtsnotorisch und praxisgemäss zu einer leichten Verminderung der Steuerungs- und Schuldfähigkeit führe, sei falsch und widerspreche den gutachterlichen Erkenntnissen. Der Alkohol- und Medikamentenkonsum vor einer Tat sei für sich allein überhaupt kein Anlass, welcher zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit für eine unter Alkohol- und Medikamenteneinfluss begangene Straftat führe. Dies sei vielmehr anhand der konkreten Umstände zu prüfen. Der Alkohol- und Medikamentenkonsum vor der Tat habe alleine indizielle Bedeutung. Gerichtsnotorisch und praxisgemäss könne die von der Vorinstanz getroffene Folgerung nicht bezeichnet werden. Die Beschwerdeführerin habe nicht ansatzweise mit einer solchen Qualifizierung rechnen können. Die Vorinstanz hätte daher der Beschwerdeführerin Gelegenheit geben müssen, um sich zu der als gerichtsnotorisch betrachteten Tatsache äussern zu können. Dies umso mehr, als die gegenteiligen Erkenntnisse des psychiatrischen Gutachtens nachvollziehbar erscheinen würden und eingehend begründet worden seien (vgl. KG act. 1 S. 2-3). Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, die vorinstanzliche Feststellung, dass der Alkohol- und Medikamentenkonsum gerichtsnotorisch sei und praxisgemäss zu einer leichten Verminderung der Steuerungs- und Schuldfähigkeit führe, sei auch schlechthin unvertretbar und damit willkürlich. Allein aus dem Umstand, dass ein Täter unter Alkohol- und Medikamenteneinfluss eine Straftat begangen habe, könne selbstverständlich nicht auf eine Verminderung der Steuerungs- und Schuldfähigkeit geschlossen werden. Dem Alkohol- und Medikamentenkonsum komme vielmehr alleine indizielle Bedeutung zu, welche im konkreten Gesamtzusammenhang zu beurteilen sei. Im psychiatrischen Gutachten seien alle konkreten Umstände dargelegt worden, welche den psychiatrischen Gutachter veranlassten, nicht von einer Verminderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit auszugehen. Diese Beurteilung des Gutachters bezeichne die Vorinstanz grundsätzlich als nachvollziehbar. Gleichwohl ziehe sie ohne Begründung den abwegigen Schluss, die Steuerungs- und Schuldfähigkeit des Beschwerdegegners sei im Tatzeitpunkt leichtgradig vermindert gewesen. Dies sei eine widersprüchliche, willkürliche Argumentation und Würdigung des psychiatrischen Gutachtens (vgl. KG act. 1 S. 3-4).

2.3 a) Nach § 430b Abs. 1 StPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit gegen eine Entscheidung die bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden kann. Das Bundesgericht überprüft im bundesrechtlichen Beschwerdeverfahren insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG). Diese Kompetenzausscheidung hat für den vorliegenden Fall namentlich zur Folge, dass das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin überprüfen kann, ob die vom Sachrichter im Urteil als erwiesen betrachteten Tatumstände etc. die Annahme einer leicht verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB erlauben. Mithin handelt es sich hierbei um eine vom Bundesrecht beherrschte Rechtsfrage (vgl. etwa: BGE 6B_725/2009, Urteil vom 26. November 2009, E. 2.2 und 2.3; vgl. BOMMER/DITTMANN, BSK Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007, N 52 zu Art. 19 StGB m.w.H.). Rechtsfrage ist auch, ob das Gericht von einem zutreffenden Begriff der verminderten Schuldfähigkeit ausging (a.a.O.). Das Gleiche gilt für die beiden Begriffe Einsicht- und Steuerungsfähigkeit (vgl. BGE 6S.49/2006, Urteil vom 3. November 2006, E. 2.3 a.E.; vgl. BOMMER, BSK Strafrecht I, a.a.O., N 5 und 33 zu Art. 20 StGB). Darüber hinaus prüft das Bundesgericht, ob diese (Rechts-)Begriffe richtig angewendet worden sind, d.h. ob die vom Sachrichter im Urteil als erwiesen betrachteten Tatumstände die Annahme einer Beeinträchtigung der Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit erlauben oder nicht (vgl. BGE 6B_1003/2009, Urteil vom 16. März 2010, E. 1.4.2; BGE 6S.4/2004, Urteil vom 23. April 2004, E. 2.1).

Was die für die rechtliche Beurteilung der Schuldfähigkeit erforderlichen Sachverhaltsabklärungen betrifft, ist mangels Sachkunde des Richters - und von Bundesrechts wegen in entsprechenden Fällen vorgeschrieben (Art. 20 StGB) – ein psychiatrischer Gutachter beizuziehen. Dieser hat für das Gericht den massgeblichen Sachverhalt abzuklären und diesem die erforderlichen Aufschlüsse zu liefern. Es besteht aber Einhelligkeit darin, dass die Beweismittel letztlich zu den nicht delegierbaren Aufgaben des Richters gehört. Das Gutachten unterliegt daher wie jedes Beweismittel der freien richterlichen Beweismittelwürdigung und es steht dem Richter im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens und ausserhalb der sogenannten formellen Mängel im Sinne von § 127 StPO grundsätzlich frei, dem Gutachten in Fachfragen zu folgen oder - bei Vorliegen triftiger Gründe - da-

von abzuweichen (vgl. DONATSCH; in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, N 22f. zu § 127 StPO; NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, 3. Auflage, Stuttgart 2007, S. 13; MAIER/MÖLLER, Das gerichtopsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 51f., S. 239f.; vgl. BOMMER, a.a.O., N 34 zu Art. 20 StGB). Unbestritten ist auch, dass die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen in jedem Fall Sache des Richters bleiben muss (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 21 zu § 109 m.w.H., N 26 zu § 127 StPO; vgl. NEDOPIL, a.a.O., S. 14, 2. Spalte; vgl. BOMMER/DITTMANN, a.a.O., N 25 zu Art. 19 StGB).

Grundsätzlich oder richtigerweise äussert sich der Sachverständige daher nicht zur rechtlichen Subsumtion des von ihm beurteilten Sachverhaltes. Ausnahmen bestehen dort, wo der Gutachtensauftrag ausdrücklich in der Beurteilung von Rechtsfragen besteht (vgl. DONATSCH, Donatsch/Schmid, a.a.O., N 26 zu § 127; NEDOPIL, a.a.O., S. 14, 2. Spalte). Es gibt auch Sachgebiete, wo sich rechtlich gefärbte Fragestellungen aus praktischen oder sachlichen Überlegungen nicht oder nur schwer vermeiden lassen, weil z.B. ein Rechtsbegriff (wie Schuldfähigkeit) in den psychiatrisch-psychologischen Fachgebieten keine unmittelbare Entsprechung hat. Dieser Übergangsbereich zu rechtlich gefärbten Fragestellungen kann je nach den Gepflogenheiten des Gerichts und nach dem Selbstverständnis des Gutachters breiter oder enger sein (vgl. MAIER/MÖLLER, a.a.O., S. 170ff., insb. S. 171 unten; vgl. NEDOPIL, a.a.O., S. 14, 2. Spalte; vgl. FOERSTER/VENZLAFF, Aufgaben und Stellung des psychiatrischen Sachverständigen, in: Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, 4. Auflage, München 2004, S. 5 2. Spalte unten, S. 6 1. Spalte oben; vgl. BOMMER, a.a.O., N 32f. zu Art. 20 StGB). So werden im Kantons Zürich für psychiatrische Begutachtungen standardmässig Fragenkataloge verwendet, welche in der Formulierung sogar an den Gesetzestext anknüpfen und somit Rechtsbegriffe beinhalten. Nicht anders verhielt es sich auch im vorliegenden Fall (vgl. OG HD act. 14/1 S. 2):

"[...] Zur Frage der Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB)

[...] War die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) wegen dieser psychischen Störung nicht fähig zur Einsicht in das Unrecht der Tat(en) oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht (Art. 19 Abs. 1 StGB)?

War die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) wegen dieser psychischen Störung

- nur teilweise fähig zur Einsicht in das Unrecht der Tat(en) oder

- zum Handeln gemäss dieser Einsicht (Art. 19 Abs. 2 StGB)?

Wenn ja, in welchem Grad (leicht, mittel, schwer) schätzen Sie die Verminderung der Schuldfähigkeit ein? [...]"

Der Gutachter kommt in solchen Fällen nicht umhin, die Fragen zu beantworten. Er ist jedoch gehalten, die rechtlich gefärbten Fragenstellungen aus seiner gutachterlichen Sicht zu beurteilen, und hat zu bedenken, dass es sich um Rechtsbegriffe handelt, welche in den psychiatrisch-psychologischen Fachgebieten keine unmittelbare Entsprechungen haben (vgl. MAIER/MÖLLER, a.a.O., S. 170 oben, S. 171 unten; vgl. BOMMER a.a.O., N 33 zu Art. 20 StGB). Die Entscheidung, ob und inwieweit die fachspezifische Meinung rechtlich erheblich ist, bleibt – wie erwähnt – Sache des Richters.

b) Im vorliegenden Fall stellt sich mit Blick auf § 430b Abs. 1 StPO vorab die Frage nach der Natur der angefochtenen Erwägung (vgl. vorstehend E. 2/1, unterstrichene Stelle). Es fragt sich, ob die Vorinstanz dabei rechtliche Überlegungen angestellt oder tatsächliche Annahmen/Feststellungen getroffen hat.

aa) Aus dem Gesamtzusammenhang der angefochtenen Erwägung ergibt sich zunächst, dass die Vorinstanz dem Gutachten in den fachspezifischen Fragestellungen und Ausführungen folgte. So bezeichnete sie das Gutachten nach Wiedergabe des gutachterlichen Befundes ausdrücklich als nachvollziehbar. Wenn die Vorinstanz daran anschliessend feststellt, gerichtsnotorisch und praxisgemäss sei jedoch davon auszugehen, dass der Alkohol und die Medikamente zu einer leichten Verminderung der Steuerungsfähigkeit geführt hätten und dem Beschwerdegegner deshalb eine leicht verminderte Schuldfähigkeit zuzubilligen sei, so weisen diese Erwägungen darauf hin, dass die Vorinstanz dem Gutachten aus rechtlichen Überlegungen nicht folgte. Die Ausdrücke Steuerungsfähigkeit und Schuldfähigkeit sind Rechtsbegriffe, deren Anwendung letztlich Sache des Richters bleibt und vom Bundesgericht im Verfahren der Beschwerde in Strafsachen überprüft werden kann (vorstehend E. 2/3a).

bb) Von einer Gerichtsnotorietät spricht man auch im Strafverfahren gewöhnlich nur, wenn es um den Bekanntheitsgrad von Tatsachen und deren Beweisbedürftigkeit geht. Als gerichtsnotorisch gelten Tatsachen, welche dem Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit hinlänglich bekannt und daher (auch im Strafverfahren) von der Beweisbedürftigkeit ausgenommen sind (vgl. SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 599; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 59 N 23f.). Der Umstand, dass die Vorinstanz eine leichte Verminderung der Steuerungsfähigkeit aufgrund des Alkohol- und Medikamentenkonsums als gerichtsnotorisch bezeichnete, weist auf der anderen Seite darauf hin, dass sie sich von tatsächlichen Überlegungen leiten liess.

Gerichtsnotorische Tatsachen muss der Richter formell in das Verfahren einführen und den Parteien in Nachachtung des rechtlichen Gehörs eröffnen, dass er Beweiserhebungen nicht für notwendig erachtet, weil er die betreffenden Tatsachen für gerichtskundig hält. Weiter hat er den Parteien Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern und allenfalls Zweifel an der Notorietät anzumelden (vgl. SCHMID, a.a.O., N 599 m.H. auf RB 1988 Nr. 45; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., § 59 N 24f.). Die Vorinstanz hat – zumindest dem Wortlaut nach - eine Gerichtsnotorietät bejaht, ohne dem Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin im vorstehenden Sinne Nachachtung verschafft zu haben. Die Rüge erwies sich mithin als begründet, wenn denn die Vorinstanz effektiv tatsächliche Überlegungen anstellte und den Begriff Gerichtsnotorietät im eigentlichen Sinne verwenden wollte.

cc) Letzteres ist jedoch bei nochmaliger Betrachtung der angefochtenen Entscheidung zu verneinen. Wie gesagt folgte die Vorinstanz dem Gutachten und bezeichnete es nach Wiedergabe des entsprechenden Befundes ausdrücklich als nachvollziehbar. Mithin ist nicht einzusehen, weshalb die Vorinstanz gestützt auf eine Gerichtsnotorietät gleichwohl vom Gutachten in Fachfragen hätte abweichen wollen. Sie nennt denn auch keine (triftigen) Gründe, die sie zu einem Abweichen vom Gutachten in Fachfragen hätten veranlassen sollen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz keine tatsächlichen Feststellungen traf, mithin den

Begriff gerichtsnotorisch nicht im eigentlichen Sinne verwenden wollte und dem Gutachten (ausschliesslich) aus rechtlichen Überlegungen nicht folgte, indem sie aufgrund des erwiesenen Alkohol- und Medikamentenkonsums gestützt auf eine (Rechts-)Praxis eine von der gutachterlichen Meinung abweichende rechtliche Beurteilung der Steuerungs- und Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB vornahm.

c) Bei dieser Sachlage besteht im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde kein Raum für eine Überprüfung der angefochtenen Entscheidstelle, namentlich auch nicht unter dem Aspekt der willkürlichen Beweiswürdigung. Auf die Beschwerde kann folglich nicht eingetreten werden.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdegegners, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 8. April 2009 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 und die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: