



Kass.-Nr. AC090019

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

Sitzungsbeschluss vom 7. März 2011

in Sachen

X.,

Zustelladresse: zZt. Strafanstalt Pöschwies, 8105 Regensdorf, im vorzeitigen Strafvollzug
Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch [...]

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**
Anklägerin und Beschwerdegegnerin
2. A.,
3. B.,
4. C.,
5. D.,
6. E.,
7. F.,
8. G.,

Geschädigte und Beschwerdegegner

1 vertreten durch Staatsanwalt [...]

2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt [...]

5, 6, 7, 8 vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

vorsätzliche Tötung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. August 2009 (SE090002/U/kw)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 1) vom 10. Dezember 2008 (OG act. 46) wirft dem Angeklagten (Beschwerdeführer) vor, am 11. Februar 2005, um ca. 00.05 Uhr, auf einem Parkplatz an der [...] -str. 1 in [...] bewusst und gewollt mit einer unerlaubtenweise mitgeführten Faustfeuerwaffe aus einer Distanz von ca. einem halben Meter einen Schuss gegen den am Steuer seines Autos sitzenden [...] (Geschädigter) abgegeben. Dabei habe der Beschwerdeführer beabsichtigt, zumindest aber billigend in Kauf genommen, diesen zu töten. Das Projektil (Kaliber 9 mm) sei seitlich unterhalb der linken Achsel in den Körper des Geschädigten eingedrungen, habe die linke Brusthöhle, die linke Lunge, den Herzbeutel (mit Streifschuss der linken Herzkammer), das Zwerchfell sowie die Leber durchschlagen und sei im Bereich der rechten Hüfte wieder ausgetreten. Zuzufolge der Verletzungen der inneren Organe sei der Geschädigte innert kurzer Zeit verblutet und um 00.30 Uhr im Schockraum des Spitals Uster verstorben.

2. Der zur Tatzeit noch nicht 25-jährige Beschwerdeführer bestritt den angeklagten Sachverhalt sowie dessen rechtliche Würdigung. Er machte von seinem Wahlrecht nach § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. c StPO ZH Gebrauch und wünschte die Beurteilung durch das Obergericht.

Nach Durchführung der Hauptverhandlung sprach die II. Strafkammer des Obergerichts den Beschwerdeführer mit Urteil vom 20. August 2009 (KG act. 2) schuldig der vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 aStGB und des Vergehens gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a aWG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 aWG sowie Art. 9 Abs. 1 lit. a aVW (Disp.-Ziff. 1). Das Obergericht bestrafte den Beschwerdeführer mit 14 Jahren Freiheitsstrafe (unter Anrechnung der erstandenen Hafttage) (Disp.-Ziff. 2) und ordnete eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB während des Strafvollzugs an

(Disp.-Ziff. 3). Ferner entschied es über die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Geschädigten (Beschwerdegegner 2-8) (Disp.-Ziff. 4-10).

3. Gegen das Urteil des Obergerichts liess der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einlegen, welche sein amtlicher Verteidiger rechtzeitig angemeldet und begründet hat (KG act. 1 und 8). Er beantragt die Aufhebung von Disp.-Ziff. 2 (Strafpunkt) des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin 1 verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 6). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 7). Seitens der Beschwerdegegner 2-8 ging innert Frist keine Beschwerdeantwort ein.

II.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) in Kraft. Art. 453 Abs. 1 StPO bestimmt, dass Rechtsmittel, die sich gegen einen Entscheid richten, der vor Inkrafttreten der StPO gefällt wurde, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt werden. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen StPO vom 4. Mai 1919 (StPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 430 StPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

III.

1. Im ersten Teil der Beschwerdebegündung wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, hinsichtlich der tatsächlichen Umstände unmittelbar vor der inkriminierten Schussabgabe die Beweise willkürlich gewürdigt und den Grundsatz in dubio pro reo verletzt zu haben (vgl. KG act. 1 S. 4 oben, S. 4-10 [Ziff. 6 und 7]).

2. a) Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters erweist sich nach der Praxis des Kassationsgerichtes als willkürlich und kann aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH mit Erfolg gerügt werden, wenn sie offensichtlich abwegig, d.h. schlechthin unvertretbar ist.

Der angerufene Grundsatz in dubio pro reo besagt in seiner Ausgestaltung als Beweiswürdigungsregel, dass der Richter sich nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche oder unüberwindliche Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht habe. Das Kassationsgericht prüft auch hier praxismässig nicht frei, ob bei objektiver Betrachtung entsprechende Zweifel am Tat- oder Schuldbeweis zurückbleiben, sondern nur, ob der Sachrichter das Vorhandensein solcher Zweifel ohne Willkür verneinen durfte (SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, Zürich 1996, N 21 zu § 430 StPO ZH).

Der Grundsatz in dubio pro reo bezieht sich nicht nur auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Tat- oder Schuldfrage, sondern er kann - wie vorliegend geschehen - insbesondere auch hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen der Straffrage angerufen werden (vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage Basel u.a., § 54 Rz 14, s.a. Rz 13 und 19).

b) Der behauptete Nichtigkeitsgrund muss in der Beschwerdeschrift nachgewiesen werden (vgl. § 430 Abs. 2 StPO ZH). Dies bedingt, dass sich die beschwerdeführende Partei konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen entscheiderelevanten Erwägungen auseinandersetzt und darlegt, aus welchen Gründen auf den angerufenen Nichtigkeitsgrund geschlossen werden muss. In der Beschwerdebegündung sind auch die angefochtenen Stellen

des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich der Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Das Kassationsgericht darf in den vorinstanzlichen Akten nicht nach den Grundlagen des geltend gemachten oder gar eines anderen Nichtigkeitsgrundes suchen (ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; SCHMID, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 32 zu § 430).

3. a) Der Beschwerdeführer erachtet die obergerichtliche Urteilsbegründung als widersprüchlich. In den Abschnitten "Strafzumessung" und "rechtliche Würdigung" (Urteil S. 28 und 33) stellte die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer habe einen Menschen kaltblütig getötet bzw. die Tatausführung sei durchaus kaltblütig erfolgt. Ebenfalls im Abschnitt "rechtliche Würdigung" (Urteil S. 25) führe die Vorinstanz dagegen aus, dass der Beschwerdeführer (ob der verbalen Auseinandersetzung um den Parkplatz) "wohl auch aus einer heftigen Gemütsbewegung - Wut - heraus" gehandelt habe. Diese Ausführungen seien offensichtlich widersprüchlich. Wer sich in einer heftigen Gemütsbewegung befinde, handle eben nicht mehr kaltblütig (vgl. KG act. 1 S. 4-6).

b) Die Vorinstanz stellte im Rahmen der rechtlichen Würdigung an der interessierenden Urteilsstelle fest (KG act. 2 S. 28): "Die Tatausführung erfolgte durchaus kaltblütig, indem der [Beschwerdeführer] vor der Schussabgabe noch ganz nahe ans Autofenster trat und aus geringster Distanz auf [den Geschädigten] feuerte, der sich weder wehren noch ausweichen konnte, da er im Auto sass." Im Rahmen der Strafzumessung - weiter hinten im Urteil - führte die Vorinstanz u.a. aus: "Der [Beschwerdeführer] tötete aus nichtigem Anlass kaltblütig einen Menschen. Seiner Tat ging keine nennenswerte Auseinandersetzung und insbesondere keine Beleidigung oder ernste Provokation seitens des Opfers voraus. [Der Geschädigte] wies ihn lediglich daraufhin, dass er sein Auto ungeschickt parkiert hatte und ersuchte ihn, den Wagen so auf den Parkplatz zu stellen, dass man daneben problemlos parkieren konnte." (KG act. 2 S. 33).

Weiter vorne im Urteil - im Rahmen der Verneinung des privilegierten Tatbestandes Totschlag nach Art. 113 StGB - hält die Vorinstanz u.a. fest (KG act. 2 S. 25): "Letzterer fällt vorliegend ausser Betracht, da der [Beschwerdeführer] zwar spontan und wohl auch aus einer heftigen Gemütsbewegung - Wut - heraus handelte, letztere aber unter den gegebenen Umständen nicht einmal ansatzweise verständlich war."

Unter "kaltblütig" versteht man allgemein, dass jemand in einem Konflikt oder angesichts einer Gefahr ruhig und beherrscht bleibt. Sinnverwandt werden auch die Adjektive "geistesgegenwärtig" und "ruhig" verwendet. Auf den ersten Blick lassen sich daher ein Handeln aus einer heftigen Gemütsbewegung - Wut - heraus und eine kaltblütige Tatausführung nur schwer miteinander vereinbaren. Bei näherer Betrachtung der entscheidungsrelevanten Erwägungen ist jedoch ersichtlich, dass die Vorinstanz im Ablauf der Geschehnisse einen Strukturbruch ausmachen konnte. Gemäss Darstellung der Vorinstanz endete die verbale Auseinandersetzung relativ abrupt (vgl. KG act. 2 S. 25 "[...] Eine weitere Fortsetzung der verbalen Auseinandersetzung fand offensichtlich nicht mehr statt. [...]). Die Kaltblütigkeit der Tatausführung kam nach Ansicht der Vorinstanz darin zum Ausdruck, dass der Beschwerdeführer danach, d.h. nach Beendigung der verbalen Auseinandersetzung, "noch ganz nahe ans Autofenster trat und aus geringer Distanz" auf den Geschädigten feuerte (KG act. 2 S. 28 oben [Hervorhebung KassGer]). Was die geringe Distanz bei der Schussabgabe betrifft, verdeutlichte die Vorinstanz an anderer Stelle des Urteils mit den Worten, dass der Schuss aus minimaler Distanz abgefeuert worden sein müsse (vgl. KG act. 2 S. 25, vgl. auch S. 19). Die Art und Weise, namentlich das ans Autofenster-Treten, das Hervorholen der Waffe und die Abgabe eines gezielten Schusses aus kurzer Distanz, zeugen von Ruhe und Beherrschung. Es kann daher nachvollzogen werden, wenn die Vorinstanz diese letzte Phase der Tatausführung als kaltblütig beurteilt.

Nach dem Gesagten gereicht es der Vorinstanz unter Willkürgesichtspunkten jedenfalls nicht zum Vorwurf, wenn sie die eigentliche Tatausführung als kaltblütig beurteilte, obwohl der Beschwerdeführer kurz vorher ob einer verbalen Auseinandersetzung wegen eines Parkplatzes in Wut geriet. Die Rüge ist unbegründet.

4. a) Im gleichen Sachzusammenhang wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, hinsichtlich der Intensität der verbalen Auseinandersetzung widersprüchliche Feststellungen getroffen zu haben (vgl. KG act. 1 S. 5-6, insb. S. 6 oben).

b) Die Vorinstanz führte im Rahmen der Erwägungen zum Schuldpunkt aus (KG act. 2 S. 24/25): "[...] Bei einem Quervergleich der Zeugenaussagen ergibt sich immerhin, dass der [Beschwerdeführer] sich einerseits in dem (drohenden) Sinne äusserte, dass der Geschädigte schon sehen werde, was passiere, wenn er das Auto des [Beschwerdeführers] zerkratze. Andererseits muss er auch so etwas gesagt haben wie 'Ich ficke deine Mutter!'. Nicht auszuschliessen ist, dass der Geschädigte in dieser Phase der Auseinandersetzung ebenfalls ausfällig wurde. In den Zeugenaussagen steht zwar nichts dergleichen. Einen entsprechenden Anhaltspunkt bildet aber immerhin die Aussage von [P.V.], dass sich die beiden Autolenker auf Albanisch 'furchtbar angeschrien' hätten [...], so dass sie Angst bekommen habe [...]. Dass der Geschädigte sich nicht einfach anfluchen liess, ohne ebenfalls laut zu werden, liegt auch situationsgemäss nahe und ist zugunsten des [Beschwerdeführers] anzunehmen, wobei allerdings aufgrund des Tatablaufs nicht ernsthaft zu bezweifeln ist, dass der [Beschwerdeführer] sich aggressiver verhielt. [...]"

Im Strafpunkt stellte die Vorinstanz fest (KG act. 2 S. 33): "[...] Seiner Tat ging keine nennenswerte Auseinandersetzung und insbesondere keine Beleidigung oder ernste Provokation seitens des Opfers voraus. [Das Opfer] wies ihn lediglich darauf hin, dass er sein Auto ungeschickt parkiert hatte, und ersuchte ihn, den Wagen so auf den Parkplatz zu stellen, dass man daneben problemlos parkieren konnte. Er kam nicht einmal mehr dazu, dem [Beschwerdeführer] zu erklären, dass er dessen Wagen eben gerade nicht zerkratzen wollte. [...]"

c) Entgegen der Auffassung in der Beschwerdebeurteilung liegt hier kein unauflösbarer Widerspruch vor. Die Feststellung im Strafpunkt, dass es zu keiner nennenswerten Auseinandersetzung gekommen sei, bezieht sich erkennbar auf den Anlass des Streites, das nicht korrekte Parkieren. So hebt die Vorinstanz im selben Satz hervor, seiner Tat sei insbesondere keine Beleidigung oder ernste Provokation seitens des Geschädigten vorausgegangen. Der Geschädigte habe ihn lediglich darauf hingewiesen, dass das Auto ungeschickt parkiert sei. Dass die Auseinandersetzung im Verhältnis zu ihrem Ausgang nicht nennenswert war, ist auch dann noch zutreffend, wenn der Geschädigte seinerseits ebenfalls laut und ausfällig wurde. Die beiden Feststellungen im Schuld- bzw. Strafpunkt stehen nicht in unauflösbarem Widerspruch zueinander und lassen das angefochtene Urteil insofern nicht als willkürlich erscheinen. Die Rüge ist unbegründet.

5. a) Der Beschwerdeführer rügt weiter, die Vorinstanz habe willkürlich und in Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo angenommen, dass der Beschwerdeführer derjenige gewesen sei, der den Mutterfluch zuerst ausgestossen

habe. Zur Begründung führt er - unter Zitierung einzelner Aussagen der Begleitpersonen des Geschädigten (K.M., M.F., G.S., N.E. und G.) und der Begleitpersonen des Beschwerdeführers (J.D. und B.S.) - an, es bestünden zahlreiche Hinweise, die dafür sprechen, dass der Geschädigte zuerst ausfällig und aggressiv geworden sei. Diese entlastenden Aussagen habe die Vorinstanz willkürlich mit Stillschweigen übergangen. Sie - die Vorinstanz - meine dagegen, dass in den Zeugenaussagen nichts davon stehe, wonach der Geschädigte ebenfalls ausfällig geworden sei, und es sei auf jeden Fall aufgrund des Tatablaufs nicht ernsthaft zu zweifeln, dass der Beschwerdeführer sich aggressiver verhalten habe. In den Schilderungen der Begleiter des Geschädigten falle insbesondere ein ausweichendes Aussageverhalten auf. Es sei davon auszugehen, dass der Mutterfluch unabhängig davon, wer ihn ausgestossen habe, für diejenigen, die ihn gehört hätten und Albanisch verstünden, ein markantes Ereignis gewesen sei. Gerade wenn man das ausweichende Aussageverhalten der Begleiter des Geschädigten, die alle ein sehr enges Verhältnis zu ihm gehabt hätten, zur Kenntnis nehme, dränge sich die Vermutung auf, dass sie den Sachverhalt nicht zuletzt aus Pietätsgründen zu Gunsten des Geschädigten beschönigten. Damit sei nicht widerlegt, dass - wie der Beschwerdeführer konstant angegeben habe - der Geschädigte zuerst den Mutterfluch ausgesprochen habe. Davon müsse in Nachachtung des Grundsatzes in dubio pro reo ausgegangen werden. Der Beschwerdeführer sei der einzige, der zu dieser Sequenz widerspruchsfrei ausgesagt und dabei auch eingeräumt habe, selber den Mutterfluch ausgestossen zu haben (vgl. KG act. 1 S. 7-9).

b) Eine Analyse der vorinstanzlichen Entscheidungsgründe ergibt, dass die angefochtene Feststellung, der Beschwerdeführer habe zuerst den Mutterfluch ausgestossen (vgl. KG act. 2 S. 24 unten, S. 32 2. Abschnitt), auf den Aussagen der Mitfahrer des Geschädigten (d.h. K.M., M.F., G.S. und N.E.) und des Bruders des Geschädigten (G.) beruht. Dabei müssen die Aussagen von G.S. und N.E. im Vordergrund gestanden haben. Beide haben bereits vor der Polizei erklärt und hernach als Zeugen bestätigt, dass der Beschwerdeführer einen Mutterfluch ausgestossen bzw. so etwas gesagt habe wie: "Ich ficke deine Mutter!". Die Vorinstanz hat die entsprechenden Aussagen der beiden Beteiligten auf S. 10-12 des

angefochtenen Urteils zusammengefasst. Was den Beweiswert der Aussagen betrifft, erwog die Vorinstanz hernach: die Belastungszeugen kämen aus dem Verwandten- bzw. Kollegenkreis des Geschädigten. Sie könnten - etwa um den Ruf des Geschädigten zu wahren - ein Interesse gehabt haben, zum Nachteil des Beschwerdeführers auszusagen. Insofern sei bei der Würdigung ihrer Aussagen eine gewisse Vorsicht geboten. Die Mitfahrer und der Bruder des Geschädigten hätten sich indessen unmittelbar nach der Tat in zwei Gruppen geteilt, indem G. und N.E. mit dem Geschädigten ins Spital gefahren seien, während K.M., M.F. und G.S. zunächst noch am Tatort geblieben und dann weggefahren seien. Die beiden Gruppen hätten somit keine Möglichkeit mehr gehabt, sich gemeinsam detailliert abzusprechen, bevor die fünf Zeugen von der Polizei separat einvernommen worden seien. Eine gemeinsame Absprache aller fünf Zeugen, welche für eine genügend übereinstimmende, plausible Falschdarstellung nötig gewesen wäre, könne aus zeitlichen und situationsbedingten Umständen nicht stattgefunden haben. Dass die Aussagen der fünf Begleiter in einem so hohen Mass übereinstimmen, spreche deshalb klar dafür, dass sie der Wahrheit entsprechen. Kleinere Differenzen zwischen ihren Schilderungen - so etwa hinsichtlich des genauen Wortlauts der Äusserungen, die zwischen dem Beschwerdeführer und dem Geschädigten gefallen seien - liessen sich zwanglos mit der Hektik des Geschehens erklären (vgl. KG act. 2 S. 19-20 [Hervorhebung durch KassGer]).

Im Lichte der vorstehend wiedergegebenen Erwägungen kann nachvollzogen werden, dass bzw. wie die Vorinstanz nach einem "Quervergleich der Zeugenaussagen" zum Ergebnis gelangte, dass der Beschwerdeführer zuerst so etwas gesagt haben müsse wie: "Ich ficke deine Mutter!" (vgl. KG act. 2 S. 24 unten). Im Kern zurück bleibt dabei insbesondere, dass G.S. und N.E. bereits vor der Polizei aussagten, der Beschwerdeführer habe sich entsprechend geäussert. Für die Glaubhaftigkeit dieser Aussagen spricht - wie die Vorinstanz unangefochten erwogen hat -, dass für die Beiden praktisch keine Möglichkeit für eine Absprache vor der polizeilichen Befragung bestand, weil sie sich kurz nach dem Vorfall je einer anderen Gruppe angeschlossen hatten.

c) Es ist fraglich, ob die Beschwerde in diesem Punkt den Substanziierungsanforderungen (vorstehend E. 2/b) genügt. Der Beschwerdeführer geht auf die entscheiderelevanten Erwägungen der Vorinstanz nicht argumentativ ein, sondern beschränkt sich darauf, die Beweiswürdigung im Ergebnis als willkürlich zu rügen, weil einzelne Aussagen der Beteiligten mit Stillschweigen übergangen worden seien. Die Eintretensfrage braucht jedoch nicht entschieden zu werden, da die Beschwerde in diesem Punkt materiell ohnehin nicht durchzudringen vermag.

Die in der Beschwerdebegründung zitierten Aussagen (vgl. KG act. 1 S. 7-9) liefern zwar gewisse Hinweise dafür, dass der Geschädigte zuerst laut und aggressiv geworden sei. Aus ihnen geht indessen nicht - jedenfalls nicht hinreichend konkret - hervor, dass er ebenfalls einen Mutterfluch (o.ä.) ausgestossen haben sollte. Demgegenüber haben die von der Vorinstanz herangezogenen Aussagen Bestand. Aus ihnen geht - wie gezeigt - glaubhaft hervor, dass der Beschwerdeführer zuerst so etwas gesagt haben müsse wie: "Ich ficke deine Mutter!". Bei dieser Ausgangslage vermögen die in der Beschwerdebegründung zitierten Aussagen die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als willkürlich umzustossen. Die Rüge ist unbegründet, soweit auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann.

6. Im anschliessenden Teil der Beschwerdebegründung wird das psychiatrische Gutachten vom 4. September 2008 von Dr. med. Z., Chefarzt des Psychiatrie Zentrums Rheinau (OG act. 44/10), in verschiedener Hinsicht als mangelhaft gerügt (vgl. KG act. 1 S. 10-18).

6.1 Ist ein Gutachten unvollständig, ungenau oder undeutlich oder weichen die Sachverständigen in ihren Ansichten voneinander ab oder ergeben sich erhebliche Zweifel in die Richtigkeit des Gutachtens, so kann die Untersuchungsbehörde (oder das Gericht) das Gutachten durch die gleichen Sachverständigen verbessern lassen oder neue ernennen (vgl. § 127 StPO ZH). 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 ZH 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 ZH; vgl. statt vieler Kass.-Nr. 2000/033 S, Beschluss vom 28. Februar 2001, in Sachen E., E. II/6c).

6.2 a) Nach Ansicht des Beschwerdeführers sei das Gutachten unvollständig, weil es die deliktsfreie Zeit in den 6 Jahren vor dem zur Diskussion stehenden Sachverhalt (Zeit von März 1999 bis Februar 2005) nicht berücksichtige. Zur Begründung der Rüge bringt der Beschwerdeführer zusammengefasst vor: er habe nach seinen hauptsächlich noch jugendstrafrechtlichen Straftaten während mehr als 5 Jahren ein deliktsfreies Leben geführt. Diese Tatsache werde vom Gutachter schlicht nicht diskutiert. Es sei nicht nachvollziehbar, wie zuverlässige Aussagen über den Zustand eines Straftäters gemacht werden sollen, wenn die psychische Entwicklung eines Exploranden in den 5 bis 6 Jahren vor dem massgeblichen Zeitpunkt nicht diskutiert werde, zumal wenn dies die für die persönliche Entwicklung wichtige Lebensphase zwischen dem 19. und 25. Altersjahr betreffe. Weiter habe es in den Jahren 2002 und 2003 gegen ihn - den Beschwerdeführer - geführte (aktenkundige) Verfahren gegeben, die eingestellt worden seien. Unverständlich sei, weshalb das Gutachten die Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich (Gewaltdelikte) vom 10. Oktober 2003 wegen angeblichen Raufhandels (beigezogene Akten) nicht thematisiere. Dieses Verfahren sei eingestellt worden mit der Begründung, dass er - der Beschwerdeführer - gemäss Schilderung verschiedener Beteiligten lediglich versucht habe, zu schlichten. Dieses dokumentierte Verhalten angesichts einer tätlichen Auseinandersetzung widerspreche mindestens für einen Laien evident der gutachterlichen Auffassung, dass bei ihm - dem Beschwerdeführer - eine "*Störung der Impulskontrolle*" und eine "*Affektinkontinenz*" bestehe, so dass er "*immer wieder*" im Verlauf seines Lebens soziale Regeln verletzt habe, wobei es zu "*unkontrollierten Affektdurchbrüchen*" gekommen sei. Offensichtlich habe er während 6 Jahren vor der hier zur Diskussion stehenden Tat nicht nur ohne unkontrollierte Affektdurchbrüche gelebt, sondern sei in zugespitzten Konfliktsituationen sogar als Schlichter

aufgetreten. Auch diese Tatsache diskutiere das Gutachten nicht bzw. werde nicht in die Beurteilung einbezogen, namentlich überhaupt nicht im Kontext mit der Tatpsychologie (vgl. KG act. 1 S. 11-14, Ziffer 8.3.).

b)aa) *Unvollständig* ist ein Gutachten (u.a.) dann, wenn es an nachvollziehbaren Begründungen fehlt, welche die Überprüfung der Expertise durch den Richter bzw. einen anderen Sachverständigen sowie die Verfahrensbeteiligten erlauben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn nicht erkennbar wird, von welchen Tatsachen und Erkenntnissen ausgegangen wird, wie bzw. aus welcher Quelle der Sachverständige von diesen erfahren hat und auf welche Weise er zu seinen Schlussfolgerungen gelangt (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 11 zu § 127 StPO ZH; vgl. etwa: Kass.-Nr. AC050083, Beschluss vom 18. September 2006, in Sachen A., E. III/7/6/c). Da das gerichtliche Gutachten für Laien, nämlich den Untersuchungsbeamten bzw. den Richter und die Prozessbeteiligten erstellt wird, ist ein solches überdies *undeutlich*, wenn es nicht wenigstens im Wesentlichen in seinen Grundzügen für einen Laien verständlich ist (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 15 zu § 127 StPO ZH; vgl. etwa: Kass.-Nr. AC050083, a.a.O.). Als *ungenau* erweist sich ein Gutachten insbesondere dann, wenn der Experte den relevanten Sachverhalt unsorgfältig oder fehlerhaft erhoben hat (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 13 zu § 127 StPO ZH; vgl. Kass.-Nr. AC080015, Beschluss vom 9. Juli 2009, in Sachen F., E. III/2/b/cc).

bb) Vorab ist fraglich, ob der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang überhaupt beschwert ist bzw. der behauptete Nichtigkeitsgrund sich zu seinem Nachteil auswirkt. Hätte der Gutachter die deliktsfreie Zeit und das Auftreten des Beschwerdeführers als Schlichter in der vom Beschwerdeführer verlangten Art in seine Beurteilung einbezogen, wäre womöglich seine Schlussfolgerung, der Beschwerdeführer sei in der Fähigkeit vermindert gewesen, gemäss seiner Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, anders ausgefallen. Dies hätte zum Wegfall der Milderung der Strafe um ca. einen Viertel geführt (vgl. KG act. 2 S. 35). Die entsprechend höhere Strafe wäre aller Voraussicht nach durch eine geringfügig günstigere Beurteilung der Tatpsychologie kaum aufgewogen worden. Die Frage

der Beschwer kann jedoch offen bleiben, weil sich die Rüge ohnehin als unbegründet erweist, wie es nachfolgend darzulegen gilt.

c)aa) Der zuständige Staatsanwalt dokumentierte den Gutachter nach Erteilung des Auftrages mit den vollständigen Untersuchungsakten sowie den Vorakten (vgl. OG act. 44, act. 44/4-6). Der Staatsanwalt merkte weiter an, dass er ihn fortlaufend über die weiteren Untersuchungshandlungen informieren bzw. ihm die entsprechenden Akten zukommen lassen werde (vgl. OG act. 44). Dieser Ankündigung kam der Staatsanwalt in der Folge auch nach, wie sich aus den aktenkundigen Empfangsscheinen und den dort bezeichneten Akten ergibt (vgl. OG act. 44/8-9).

Zu Beginn des Gutachtens führte Dr. Z. unter dem Titel "Aktenlage" aus, im Folgenden werde die Aktenlage im Hinblick auf die forensisch-psychiatrische Beurteilung zusammengefasst, wobei - so der Gutachter - kein Anspruch auf Vollständigkeit bestehe (vgl. OG act. 44/10 S. 6 oben). Im Anschluss daran fasste er die Berichte und Vorstrafen aus den Jahren 1995 bis 1999 zusammen und erwähnte abschliessend, dass der Beschwerdeführer am 22. April 2002 im Rahmen einer Aktenklärung wegen eines Tötungsdeliktes verhaftet und am 19. Juli 2002 mangels Tatverdacht wieder auf freien Fuss gesetzt worden sei (vgl. a.a.O., S. 7-13).

bb) Unter dem Titel "Vorgeschichte" stellte der Gutachter die vom Beschwerdeführer im Rahmen der aktuellen Untersuchung gemachten Angaben dar und verweist ergänzend auf "die anamnestischen Angaben im Vorgutachten und den Akten" (vgl. a.a.O., S. 40). Was die hier interessierende Phase (1999 bis 2005) anbetrifft, erklärte der Beschwerdeführer gegenüber dem Gutachter: "[...] Im Zeitraum 2000 und 2005 habe er teilweise auf Baustellen gearbeitet, aber auch im Albanischen Club seines Bruders serviert. Davor habe er im Lebensmittelladen, den sein Vater vorübergehend geführt habe, ausgeholfen. [...] Nach 1999 habe er sich nichts mehr strafrechtlich zu schulden kommen lassen. Er habe nicht einmal ein Rotlicht überfahren. Einmalig habe ihn 2003 Staatsanwalt Kehrlı beschuldigt, er sei an einem Tötungsdelikt beteiligt gewesen, er habe jedoch ein Alibi gehabt und seine Unschuld bezeugen können. [...] Nach 3 Monaten sei er aus der Haft entlassen worden. Man habe es nicht notwendig gefunden, sich bei ihm wegen dieser ungerechtfertigten Haft zu entschuldigen. Er habe ein deliktfreies Leben angestrebt, habe sich von vielen seiner frü-

heren Kollegen getrennt, die ihn damals auf 'dumme Gedanken' gebracht hätten und auch 'blöde Ideen' gehabt hätten. Nach dem Dokumentarfilm habe er sowieso nicht mehr ins Bild dieser Leute gepasst. [...]" (a.a.O., S. 45). "[...] Insgesamt habe er sich jedoch durch den Sport positiv verändert, er habe keine Zeit mehr für 'Blödsinn' gehabt, und nach 1999 habe er auch das Ziel gehabt, schliesslich Schweizer Bürger zu werden. Er sei bestrebt gewesen, sich in der Schweiz zu integrieren. Zwischen 1999 und 2005 sei er ja auch nicht mehr straffällig geworden. [...]" (a.a.O., S. 47). "[...] Nach 1999 habe er sich strikt dann daran gehalten, sich von provokativen Situationen fern zu halten. Er habe sich von seinen Kollegen distanziert, und habe auch nie mit Drogen gehandelt. [...]"

Im Beurteilungsteil unter dem Titel "Persönlichkeitsentwicklung" hält der Gutachter zur interessierenden Phase fest: "[...] Nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft im Oktober 1999 bis zum Anlassdelikt am 11.02.2005, werden keine Straftaten aktenkundig erwähnt. Ausgenommen eine Abklärung bezüglich eines Tötungsdeliktes, wobei der Tatverdacht gegen den Exploranden nicht weiter erhärtet werden konnte. [...]" (OG act. 44/10 S. 83). Im gleichen Abschnitt unter dem Titel "Psychiatrische Diagnostik" führt der Gutachter dazu weiter aus: "Aufgrund sich etablierten als stereotyp zu bezeichnenden Verhaltensmustern, fehlte dem Exploranden die Möglichkeit, kognitive Umstrukturierungsprozesse in der Persönlichkeit einzuleiten, um aus Erfahrung zu lernen. Wobei an dieser Stelle auch das bis zu den Delikten im Jahre 1999 jugendliche Alter des Exploranden hervorzuheben ist, und das Ausbleiben einer notwendigen therapeutischen Hilfe. Die Angabe des Exploranden, sich seit 2000 keinem delinquenten Verhalten mehr schuldig gemacht zu haben, eine Aussage, die aufgrund der aktuellen Aktenlage nicht widerlegt werden kann, lässt möglicherweise Hinweise darauf zu, dass es dem Exploranden doch gelungen ist, gewisse Kontrollmechanismen und prosoziale Verhaltensdispositionen zu internalisieren." (a.a.O., S. 89).

Ebenfalls im Beurteilungsteil unter dem Titel "Legalprognose" weist der Gutachter auf die deliktsfreie Phase hin: "Als günstige Prognosefaktoren anzuführen sind der fehlende Konsum von psychotropen Substanzen, soziale Kompetenzen in verschiedenen Lebensbereiche, sofern dem Exploranden mit Wertschätzung begegnet wird und er sich auch akzeptiert und geachtet fühlt. Zudem muss in diesem Zusammenhang erwähnt werden, dass der Explorand seit der Entlassung aus dem Gefängnis im Jahre 2000 - 2005 seinen eigenen Angaben keine Delikte mehr begangen hat, eine Aussage des Exploranden, die aufgrund der Aktenlage nicht widerlegt werden kann, und bei ihm doch für eine gewisses Problembewusstsein bezüglich defizitärer Persönlichkeitsanteile insbesondere der Impulskontrolle sprechen könnte. [...]" (a.a.O., S. 102).

cc) Aus den vorstehend wiedergegebenen Passagen des Gutachtens ergibt sich vorab, dass Dr. Z. die deliktsfreie Phase mehrmals erwähnte und seiner gutachterlichen Tätigkeit zugrunde legte. Es verhält sich also nicht so, dass er diese Phase übersehen oder ausgeblendet hätte.

d) Indessen ist weiter zu prüfen, ob die gutachterliche Auseinandersetzung mit der deliktsfreien Phase nachvollzogen werden kann oder ob insofern unbeantwortete Fragen zurückbleiben.

aa) Zu beachten ist, dass der Beschwerdeführer schon im Kindesalter Persönlichkeitsmerkmale zeigte, welche sich im Erwachsenenalter in einer dissozialen Persönlichkeitsstruktur manifestierten. Im Beurteilungsteil des Gutachtens führt der Gutachter aus (OG act. 44/10 S. 81 und S. 81/82 [Hervorhebungen im Original]): "Sieht man die Entwicklung des Exploranden in Kindheit und Jugend vor dem Hintergrund internationaler psychiatrischer Diagnostik, so ergibt sich der Verdacht auf eine Verhaltensauffälligkeit und emotionale Störung, spätestens mit Beginn in der Jugend, eine Störung des Sozialverhaltens. Diese Störungen sind durch ein sich wiederholendes dissoziales und aggressives Verhalten gekennzeichnet, sie beinhalten grösste Verletzungen altersentsprechender sozialer Erwartungen. Störungen des Sozialverhaltens können sich in gewissen Fällen zu dissozialen Persönlichkeitsstörungen entwickeln, eine Entwicklung, die sich beim Exploranden aufgrund nur sehr punktuellen und wahrscheinlich auch ungenügenden pädagogischen sozialtherapeutischen Interventionen angebahnt hat. [...] Die ihm zu Teil werdende Idealisierung innerhalb der Gruppe, der zunehmende Bekanntheitsgrad als erfolgreicher Sportler, konnten aufgrund fehlender persönlichkeitsbedingter reifer Strukturen, **nicht** in einen **Lebensentwurf** und eine innere konzeptuelle Ausrichtung **integriert werden.**"

Damit einhergehend finden sich im Diagnoseteil des Gutachtens (u.a.) folgende Feststellungen (OG act. 44/10 S. 85/86 [Hervorhebungen im Original]): "[...] Der Explorand zeigt eine ausgesprochen **problematische adoleszente Entwicklung** mit einer massiven **Impulsivität**, aber auch **dissozialen Einstellungen**. Wie bereits angeführt, ist beim Exploranden in der Adoleszenz von einer deutlichen Verhaltens- und emotionalen Störung auszugehen. Diese defizitäre Entwicklung zeigte sich bei ihm durch wiederholendes dissoziales und aggressives Verhalten und beinhaltet auch gemäss der psychiatrischen Klassifikation Verletzungen altersentsprechender sozialer Erwartungen. Störungen des Sozialverhaltens in der Adoleszenz mit massiver Ausprägung, können sich ohne therapeutische Interventionen, eindeutig zu dissozialen Persönlichkeitsstörungen entwickeln. Eine Entwicklung die beim Exploranden in mehreren Persönlichkeitsbereichen nachweisbar ist. [...]" oder (OG act. 44/10 S. 86/87 [Hervorhebungen

im Original])" [...] Zum Zeitpunkt des Anlassdeliktes zeigte der Explorand eine massive Unausgeglichenheit vor allem im Bereich der **Impulskontrolle**. Aus der Biographie ist ersichtlich, dass er repetitiv, beinahe **stereotyp**, durch **impulsives Verhalten** auffiel, d.h. er handelte, ohne sich die Konsequenzen vor Augen zu führen. Impulsivität und eine erniedrigte Schwelle für Gewaltanwendung stellten bei ihm bereits in der Adoleszenz ein vorherrschendes Symptom dar. Auch im Rahmen der aktuellen Untersuchung fiel er trotz dem Bemühen, eine gute Affektkontrolle aufrecht zu erhalten, durch einen **impulsiven Kommunikationsstil** auf, der geprägt war, durch raschen Redefluss und akzentuierte Gestik. [...]."

Die abrupten Aggressionsdurchbrüche zeigten sich vor allem in spezifischen Situationen, insbesondere wenn sich der Beschwerdeführer provoziert oder persönlich angegriffen und in seinem Selbstwertgefühl beeinträchtigt sah. Im Beurteilungsteil erklärte der Gutachter (OG act. 44/10 S. 82): "Mehrheitlich kam es in, für den Exploranden subjektiv provozierenden Situationen zu abrupten Aggressionsdurchbrüchen, teilweise massiver Gewaltanwendung, aufgrund einer mangelnden Verhaltenskontrolle. [...]". Im Rahmen der Diagnose der dissozialen Persönlichkeitsstörung führte der Gutachter (u.a.) aus (OG act. 44/10 S. 89 und S. 90): "Aus subjektiv erlebten provokativen Situationen heraus reagierte der Explorand bei sehr geringer Frustrationstoleranz und hoher Kränkbarkeit mit impulsivem und gewalttätigem Verhalten in mehreren Fällen.[...] Der Impulsivität des Exploranden liegt eine vielschichtige Ätiologie zugrunde, so handelt es sich einerseits um eine Impulsivität, die abrupt aus einem rasch ansteigenden Wutpegel mit verminderter Ärgerkontrolle entsteht, in einem situativen Kontext von Frustrationen und Provokationen. [...] Auch der Explorand neigt dazu, ohne Berücksichtigung von Konsequenzen, impulsiv zu reagieren, seine Fähigkeit vor auszuplanen ist gering und Ausbrüche intensiven Ärgers führen zu gewalttätigem und explosivem Verhalten. [...]." (vgl. weiter OG act. 44/10 S. 68/69, S. 72 2. Abschnitt, S. 76 1. Abschnitt, S. 80 2. Abschnitt, S. 83 2. Abschnitt, S. 92 oben, S. 105).

Auf der anderen Seite konnte der Gutachter beim Exploranden auch gewisse, funktionierende Kontrollmechanismen erkennen (OG act. 44/10 S. 87): "[...] Andererseits scheint er doch soziale Fähigkeiten zu besitzen, die ihm auch erlauben, im aktuellen Kontext der Untersuchungshaft im Gefängnisalltag durch adäquates, sozial anerkanntes Interaktionsmuster sich zu bewähren." In die gleiche Richtung weisen auch die - vorstehend bereits wiedergegebenen - Stellen des Gutachtens, in welchen Dr. Z. die deliktsfreie Zeit thematisierte und darin mögliche Hinweise sah, dass sich der Beschwerdeführer gewisse Kontrollmechanismen und prosoziale Verhaltensdispositionen angeeignet haben konnte (vgl. auch OG act. 44/10 S. 36, S. 39, S. 54/ 55).

bb) Wie gezeigt konnte der Gutachter beim Beschwerdeführer verschiedene Persönlichkeitsmerkmale feststellen, die sich bereits in der Jugendzeit zeigten und in der Adoleszenz bzw. im Erwachsenenalter als vorwiegend dissoziale Persönlichkeitszüge manifestierten. Diese Diagnose konnte der Gutachter auch noch tatezeitaktuell bzw. im Zeitpunkt der Begutachtung stellen (vgl. lit. aa, vgl. auch OG act. 44/10 S. 104). Die dissozialen Persönlichkeitszüge müssen folglich die deliktsfreie Phase überdauert haben, namentlich weil ihnen nie mit einer geeigneten Therapie begegnet worden war, so auch die Erklärung des Gutachters selber (vgl. etwa OG act. 44/10 S. 38/39, S. 68/69, S. 82 oben, S. 89 5. Abschnitt).

Daran anknüpfend kann auch nachvollzogen werden, weshalb das Gutachten die deliktsfreie Phase nicht eingehender oder ausführlicher diskutierte. Es bestand schlicht keine sachliche Notwendigkeit für weitergehende Ausführungen: Dr. Z. hat in der deliktsfreien Phase nur Ansätze oder Hinweise für gewisse Kontrollmechanismen und prosoziale Verhaltensdispositionen ausmachen können, nicht aber Mechanismen oder Dispositionen, die sich nach einem kognitiven Umstrukturierungsprozess als neue Verhaltens- oder Denkmuster gefestigt oder etabliert hätten.

Es ist weiter denkbar - und diese Überlegung findet auch in der allgemeinen Lebenserfahrung ihre Bestätigung -, dass der Beschwerdeführer trotz vorhandener Persönlichkeitsstörung über Jahre deliktsfrei leben konnte. Namentlich traten die abrupten Affektdurchbrüche vor allem in Situationen auf, in welchen sich der Beschwerdeführer subjektiv provoziert und in seinem Selbstwertgefühl beeinträchtigt sah. Der Beschwerdeführer versuchte aber gerade nach 1999, sich strikt von provokativen Situationen fern zu halten und sich von seinen Kollegen zu distanzieren. Auch verfolgte er übergeordnete Ziele, wie den Erwerb des Schweizer Bürgerrechts. Ferner fielen in die gleiche Lebensphase die Dreharbeiten zum Dokumentarfilm, mithin eine Beschäftigung, die geeignet war, den Beschwerdeführer abzulenken und positiv zu beeinflussen (vgl. etwa: OG act. 44/10 S. 55f.). Letztlich schloss - wie gesagt - auch der Gutachter das Vorhandensein gewisser Kontrollmechanismen und prosozialer Verhaltensdispositionen nicht gänzlich aus.

cc) Nach dem Gesagten kann die gutachterliche Auseinandersetzung mit dem Thema "deliktsfreie Phase" nachvollzogen werden. Es besteht kein weitergehender Erklärungsbedarf. Eine Unvollständigkeit im Sinne von § 127 StPO ZH liegt daher unter den gegebenen Umständen nicht vor. Die Rüge ist unbegründet.

e)aa) Einzuräumen ist, dass der Gutachter die Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 10. Oktober 2003 betreffend Raufhandel (OG act. 45/27) nicht thematisierte. Aufgrund der Ausführungen im Gutachten muss sogar davon ausgegangen werden, dass Dr. Z. die Einstellungsverfügung betreffend Raufhandel übersehen hat. Wie gesagt erwähnte er im Beurteilungsteil unter dem Titel "Persönlichkeitsentwicklung" aus der fraglichen Zeit nur eine "Abklärung" bezüglich eines Tötungsdeliktes: "[...] Nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft im Oktober 1999 bis zum Anlassdelikt am 11.02.2005, werden keine Straftaten aktenkundig erwähnt. Ausgenommen eine Abklärung bezüglich eines Tötungsdeliktes, wobei der Tatverdacht gegen den Exploranden nicht weiter erhärtet werden konnte. [...]" (OG act. 44/10 S. 83 [Unterstreichung durch KassGer]).

Aus der erwähnten Einstellungsverfügung ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im Rahmen einer Konfliktsituation nicht mit einem unkontrollierten Affektdurchbruch reagierte, sondern sogar als Schlichter auftrat. Dieser aus den Vorakten ersichtliche Sachverhaltsaspekt erscheint mit Blick auf die Persönlichkeit des Beschwerdeführers und die gutachterlichen Fragestellungen zumindest als diskussionswürdig. Da der Gutachter diesen Punkt indessen übersehen und damit den relevanten Sachverhalt lückenhaft erhoben hat, erweist sich das Gutachten insofern als ungenau.

Letztlich stellt sich aber die Frage, ob die Ungenauigkeit im Sinne von § 127 StPO ZH erheblich ist und eine Zurückweisung des Gutachtens zur Verbesserung des Mangels als unumgänglich erscheint. Von einer Zurückweisung muss in solchen Konstellationen abgesehen werden dürfen, wenn sich aus dem Gutachten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Gutachter unter Berücksichtigung des entsprechenden Sachverhaltsaspektes zu den gleichen Ergebnissen gelangt wäre. Dabei ist zu beachten, dass die richterlichen Möglichkeiten zur Beurteilung des Gutachtens begrenzt sind. Das Gericht hat ein Gutachten eingeholt,

weil es ihm an der notwendigen Sachkunde zur Beantwortung der betreffenden Frage fehlte. Mit anderen Worten muss sich auch für einen Laien nachvollziehbar aus dem Gutachten ergeben, dass der übersehene Aspekt des Sachverhaltes an der gutachterlichen Beurteilung nichts geändert hätte.

bb) Das kann nach einer Durchsicht der gutachterlichen Ausführungen mit ausreichender Wahrscheinlichkeit bejaht werden: der Beschwerdeführer sah sich damals nicht einer Situation gegenübergestellt, in welcher für ihn typischerweise Anlass bestand, sich persönlich angegriffen, provoziert oder im Selbstwertgefühl beeinträchtigt zu fühlen. Anlass der Auseinandersetzung bildete vielmehr eine private Angelegenheit zwischen den beiden anderen Beteiligten (vgl. OG act. 45/27 S. 3 oben). Auch der Gutachter diskutierte und hob mitunter die Fähigkeit des Beschwerdeführers hervor, in bestimmten Situationen als Schlichter auftreten zu können. Namentlich konnte der Beschwerdeführer aufgrund seines Ansehens als Kampfsportler Einfluss auf seine Landsleute ausüben (vgl. lit. c/cc, 2. Abschnitt; vgl. etwa auch OG act. 44/10 S. 36, S. 39 oben, S. 39/40, S. 54/55). Es erstaunt daher nicht, dass der Beschwerdeführer in der damaligen streitgegenständlichen Situation als Schlichter auftrat. Das im Rahmen der fraglichen Einstellungsverfügung beschriebene Verhalten des Beschwerdeführers widerspricht somit nicht den gutachterlichen Ausführungen, sondern es lässt sich im Gegenteil mit dem im Gutachten gezeichneten Bild des Beschwerdeführers in Einklang bringen.

cc) Nach dem Gesagten lässt sich die Lücke im Gutachten - bedingt durch das Übersehen der fraglichen Einstellungsverfügung - schliessen. Es kann mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gesagt werden, dass die erwähnte Einstellungsverfügung an der gutachterlichen Beurteilung nichts geändert hätte. Eine erhebliche Ungenauigkeit und damit ein Mangel im Sinne von § 127 StPO ZH ist zu verneinen. Die Rüge ist unbegründet.

6.3 a) Der Beschwerdeführer wendet weiter ein, der Gutachter habe bei der Sachverhaltsvariante 1 einen Aspekt übersehen. Es müsse so oder so davon ausgegangen werden, dass im Laufe der Eskalation der Mutterfluch ausgestossen worden sei. Dieser Mutterfluch stelle einen Tabubruch dar, der in jedem Fall für die Diskussion, ob eine affektive Erschütterung vorgelegen habe, relevant ge-

wesen sei. Nach dem Grundsatz in dubio pro reo müsse davon ausgegangen werden, dass der Mutterfluch zunächst vom Geschädigten ausgestossen worden sei. Mindestens hätte aber die Tatsache diskutiert werden müssen, dass der Beschwerdeführer diesen Fluch ausgesprochen habe, wovon ja auch die Vorinstanz ausgehe (vgl. KG act. 1 S. 14/15).

b) In der Regel werden (wie auch hier) psychiatrische Gutachten im Verlaufe des eingeleiteten Strafverfahrens von der Untersuchungsbehörde im Hinblick auf die (absehbare) Anklageerhebung bzw. das gerichtliche Verfahren in Auftrag gegeben (vgl. vorstehend E. 7/2/c/aa, vgl. auch § 115 StPO ZH). Der Gutachter wird also in einem Stadium tätig, in welchem das Gericht noch nicht über den strafrechtlich relevanten Sachverhalt entschieden hat. Folglich kann der Gutachter noch nicht wissen, inwieweit die ihm vorgelegten Sachverhalte durch das Gericht als erwiesen betrachtet werden. Häufig müssen daher (gerade in psychiatrischen) Gutachten hypothetische Fragen beantwortet werden in dem Sinne, dass für den Fall einer bestimmten Annahme bestimmte Fragen zu beantworten sind; z.B. ist bei einem nicht geständigen Angeklagten vom Gutachter gegebenenfalls die Frage zu beantworten, ob der Angeklagte für den Fall des Schuldnachweises als vermindert zurechnungsfähig zu betrachten ist (vgl. ZR 91/92 Nr. 55 E. 5/b/bb; vgl. Kass.-Nr. 97/491S, Beschluss vom 18. März 1999, in Sachen P, E. II/1; vgl. auch NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 2000, S. 277, 1. Spalte Mitte, und S. 275, 2. Spalte; vgl. auch SCHREIBER/ROSENAU, Der Sachverständige im Verfahren und in der Verhandlung, in Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, München 2004, 4. Auflage, S. 133, 1 Spalte Mitte). Ergibt sich aber im Laufe des gerichtlichen Verfahrens, dass sich bestimmte, vorgeworfene Sachverhalte als unrichtig erwiesen haben bzw. nicht erstellen liessen, und hat der Psychiater eine solche Möglichkeit nicht im Sinne eines Alternativgutachtens berücksichtigt, ist eine weitere Begutachtung zufolge Unvollständigkeit im Sinne von § 127 StPO ZH angezeigt (vgl. vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 8 zu § 127; vgl. auch HELFENSTEIN, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Dissertation Zürich 1978, S. 238; Kass.-Nr. AC050083, Beschluss vom 18. September 2006, in Sachen A., E. III/7/10; Kass.-Nr. AC080021, Beschluss vom 18. Dezember 2009, in Sachen P., E. II/1/4).

c) Der Gutachter traf im Rahmen der Sachverhaltsvariante 1 keine Annahmen hinsichtlich des Inhalts des Wortwechsels. Er lehnte sich an die bereits im Gutachtensauftrag umschriebenen Tatabläufe an, und nahm als Variante 1 an, *"dass der Explorand im Rahmen eines eskalierenden Streitgesprächs um einen Parkplatz unvermittelt eine Schusswaffe gezogen hat, und ohne Vorwarnung, aus nächster Nähe gezielt auf den Kontrahenten geschossen hat"* (OG act. 44/10 S. 91). Wie verteidigerseits zutreffend vorgebracht wird, sprach der Beschwerdeführer gemäss erstelltem Sachverhalt den Mutterfluch zuerst aus, wobei die Vorinstanz - jedenfalls im Schuldpunkt - annahm, dass der Geschädigte auch ausfällig reagierte, mithin ebenfalls eine Beleidigung mit einem gewissen Schweregrad aussties (vgl. vorstehend E. 4, KG act. 2 S. 24/25). Es fragt sich daher, ob eine nachträgliche Ergänzung oder Korrektur der Sachverhaltsvariante 1 insofern als angezeigt erscheint. Dabei fällt in Betracht, dass der Gutachter davon ausging, dass ein eskalierendes Streitgespräch stattgefunden hatte (OG act. 44/10 S. 91). Er nahm somit an, dass sich der Ton unter den beiden Kontrahenten zusehends verschärfte und die Wortwahl geeignet war, das Gespräch zur Eskalation zu bringe. Damit nahm er aber - zumindest implizit - an, dass auch gravierende Beleidigungen ausgesprochen worden sein müssen. Entsprechend führte er unter dem Titel "Variante 1" aus (OG act. 44/10 S. 92): "[...] Hypothetisch muss angenommen werden, dass es beim Exploranden, der die Äusserungen des späteren Opfers als provokativ einstufte, zu einer Überflutung von impulsiven und aggressiven Handlungsimpulsen kam, mit dem Ziel, Macht und Dominanz zu demonstrieren und auszuüben. [...]". Da der Gutachter ähnlich schwere Beleidigungen wie einen Mutterfluch im Rahmen seiner Beurteilung vorwegnahm, besteht auch insofern keine sachliche Notwendigkeit, die vom Gutachter hypothetisch angenommene Sachverhaltsvariante 1 in diesem Sinne nachträglich zu ergänzen.

Die Vorinstanz erachtete es nicht als erstellt, dass der Geschädigte zuerst den Mutterfluch ausgestossen hatte (vgl. KG act. 2 S. 32). Mithin besteht insofern ohnehin keine sachliche Notwendigkeit, den vom Gutachter hypothetisch angenommenen Sachverhalt in diesem Sinne nachträglich zu ergänzen.

Die Rügen erweisen sich als unbegründet.

6.4 a) Nach Ansicht des Beschwerdeführers habe der Gutachter drei weitere Aspekte übersehen, die insbesondere im Hinblick auf die Frage der affektiven Erschütterung von Bedeutung gewesen seien (vgl. KG act. 1 S. 15-16):

Zum einen gehe der Gutachter bei beiden Varianten davon aus, dass der Explorand nach der Schussabgabe nicht mit einer schweren Erschütterung oder fassungslosem Erstaunen reagiert habe. Gerade eine solche Erschütterung sei aber bspw. von B.S. geschildert worden. Letzterer habe erklärt, der Beschwerdeführer sei ihm im Moment, als er (B.S.) ihn von hinten gehalten habe, wie ein kleines Kind vorgekommen, das zu weinen beginnen möchte. Auch die Beschwerdegegnerin 1 sei davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer nach der Schussabgabe wie betäubt gewesen sei (vgl. KG act. 1 S. 15).

Zum anderen sei für den Beschwerdeführer nach dem Schuss noch gar nicht ersichtlich gewesen, wie schwer der Geschädigte verletzt worden sei. Dieser sei ja ohne fremde Hilfe aus dem Auto gestiegen und habe in diesem Moment noch keine sofort erkennbaren Folgen der erlittenen Verletzungen gezeigt (vgl. KG act. 1 S. 15).

Darüber hinaus sei dem Beschwerdeführer erst am anderen Morgen über die Medienberichte klar geworden, dass seinetwegen ein Mensch gestorben sei. Er habe darauf mit einem Zusammenbruch reagiert. Es sei ihm so übel geworden, dass er sich habe übergeben müssen. Während Stunden sei er wie gelähmt gewesen (vgl. KG act. 1 S. 16).

b) Der Beschwerdeführer beschränkt sich darauf, die von ihm als relevant erachteten Aspekte des Sachverhaltes zu umschreiben. Er zeigt nicht argumentativ auf, inwiefern eine sachliche Notwendigkeit für eine nachträgliche Einbeziehung der von ihm genannten Aspekte in das Gutachten vorliegen sollte. Eine Ergänzung erscheint - wie gesagt - grundsätzlich nur dann als angezeigt, wenn sich im Nachhinein ergibt, dass der als erstellt erachtete Sachverhalt in einem erheblichen Punkt von demjenigen abweicht, der zuvor im Rahmen der gutachterlichen Beurteilung hypothetisch angenommen worden war. Für den Nachweis einer solchen Ergänzungsbedürftigkeit hätte der Beschwerdeführer daher darlegen müs-

sen, dass die Vorinstanz die von ihm angeführten Aspekte des Sachverhaltes als erstellt erachtet habe und der Gutachter diese Aspekte nicht - auch nicht implizit oder sinngemäss - der vorangegangenen Begutachtung zugrunde gelegt hatte.

Darüber hinaus hat der Gutachter im Rahmen beider Varianten das Vorliegen eines Affektdelikttes eingehend diskutiert und insbesondere das Nachtatverhalten beleuchtet (OG act. 44 S. 93/94): "[...] Beim Exploranden waren während des Tatablaufes, trotz der deskriptiv affektakzentuierten Handlung, die Kognition, die Sinnes- und Erlebniskontinuität nicht unterbrochen. Eine schwere Bewusstseinsveränderung ist während der Tat und im Nachtatverhalten nicht ersichtlich, so liess sich der Explorand von seinem Kollegen Bujar SHALA zurückhalten, einen Vorgang, den er bewusst wahrnahm, und danach war er bei fehlender affektiver Erschütterung fähig, seine Auto nach Winterthur zu lenken, [B.S.] Anweisungen zu geben, telefonischen Kontakt mit seinem Bruder aufzunehmen, und insgesamt überlegt und zielgerichtet zu handeln. Dieser gesamte Handlungsverlauf stellte an den Exploranden Anforderungen an seine Wahrnehmung und verlangte von ihm auch eine Umstellfähigkeit und Anpassungsleistung. Alles Kriterien, die beim Exploranden nicht für eine erhebliche Bewusstseinsstörung sprechen. Der Realitätskontakt war bei ihm zum Zeitpunkt der Tat sowohl zeitlich und örtlich erhalten. Auch zeigte er nicht das typische Nachtatverhalten einer Affekttat." Der Beschwerdeführer geht auf diese gutachterlichen Überlegungen mit keinem Wort ein. Er hätte aber insbesondere auch vor diesem Hintergrund darlegen müssen, dass bzw. inwiefern die von ihm angeführten Aspekte des Sachverhaltes eine nachträgliche Ergänzung des Gutachtens als angezeigt erscheinen lassen.

Mangels ausreichender Substanziierung kann daher auf diese Beschwerdepunkte nicht eingetreten werden.

c) Im gleichen Zusammenhang wendet der Beschwerdeführer ein, die heftige Gemütsbewegung, von der auch die Vorinstanz ausgehe, hätte auch der Gutachter berücksichtigen und auf dem kulturellem Hintergrund der beiden Hauptbeteiligten würdigen müssen (vgl. KG act. 1 S. 16). Wie im Rahmen bereits behandelter Rügen gezeigt (insb. E. 6/3/c), ging der Gutachter im Wissen um den kulturellen Hintergrund davon aus, dass das Streitgespräch eskalierte und es beim Beschwerdeführer wegen der als Provokation empfundenen Äusserung des Geschädigten zu einer Überflutung von impulsiven und aggressiven Handlungsimpulsen gekommen sei. Es kann daher nicht gesagt werden, der Gutachter habe

die heftige Gemütsbewegung nicht berücksichtigt. Die Rüge erweist sich als unbegründet, soweit der Beschwerdeführer den Einwand überhaupt als eigenständige Rüge behandelt wissen wollte.

7. Der Beschwerdeführer rügt abschliessend hinsichtlich der Dauer des Auslieferungsverfahrens aus dem Kosovo eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 5 Ziff. 3 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. KG act. 1 S. 18-20, Ziff. 9).

Nach der durch BGE 130 IV 54 (=Pra 2005 Nr. 10 und schon Pra 2004 Nr. 139) begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist auf die Rüge der Verletzung des Beschleunigungsgebotes im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht einzutreten, soweit in diesem Zusammenhang eine Nichtberücksichtigung der Verletzung bei der Strafzumessung geltend gemacht wird. Dies unabhängig davon, ob die kantonale Vorinstanz (hier das Obergericht) über eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes ausdrücklich entschieden hat oder nicht. Das Bundesgericht prüft in diesem Fall (früher im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde, heute im Rahmen des Strafrechtsbeschwerde nach Art. 78 ff. BGG) die Verletzung dieses Gebotes vorfrageweise zur Hauptfrage der Strafzumessung (BGE 130 IV 54 E. 3/3/2; zuletzt: Kass.-Nr. AC090015, Beschluss vom 21. Oktober 2010, in Sachen E., E. II/6, insb. m.H. auf Kass.-Nr. AC070009, Beschluss vom 14. Juni 2007, in Sachen H., E. II/3/2; überholt seither ZR 98 Nr. 56).

Die Rüge der Verletzung des Beschleunigungsgebotes erfolgt auch vorliegend im Hinblick auf eine Berücksichtigung der Verletzung bei der Strafzumessung (vgl. KG act. 1 S. 20 a.E., S. 2 [Antrag Ziff. 1]). Auf die Rüge kann daher aufgrund der in § 430b StPO ZH statuierten Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden.

8. Abschliessend ergibt sich, dass die Beschwerde in keinem Punkt durchzudringen vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden konnte.

IV.

Ausgangsgemäss werden die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich jene der amtlichen Verteidigung sowie allfällige der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch - zufolge offenkundiger Uneinbringlichkeit - sogleich abgeschrieben und auf die Gerichtskasse genommen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich jene der amtlichen Verteidigung sowie allfällige der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch sogleich definitiv abgeschrieben.
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 20. August 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 an die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär