



Kass.-Nr. AC060010/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie der Sekretär Titus Graf

Zirkulationsbeschluss vom 20. Juli 2006

in Sachen

X.

Angeklagter, Erstappellant, Anschlussappellat und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin 1

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

2. **Y.**

Geschädigte, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdegegnerin 2

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. November 2005 (SB050120/U/gk)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Dezember 2004 wurde X. (fortan Beschwerdeführer) der Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 263 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG sowie der Verletzung einer Verkehrsregel im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 41 Abs. 4 SVG und Art. 32 Abs. 2 VRV schuldig gesprochen. Er wurde mit 2 Jahren Zuchthaus bestraft, wovon 266 Tage als durch Untersuchungshaft erstanden erklärt wurden. Gleichzeitig wurde eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeordnet, und der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 StGB aufgeschoben. Im Weiteren wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, der Geschädigten (fortan Beschwerdegegnerin 2) eine Genugtuung im Betrag von Fr. 30'000.-- sowie Schadenersatz für Kleidungsstücke (Fr. 500.--) und die Kosten der Geschädigtenvertretung (Fr. 11'735.90) zu bezahlen. Im Übrigen regelte die Erstinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen (OG act. 41).

2. Gegen dieses Urteil liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 7. Dezember 2004 fristgemäss Berufung erklären (OG act. 37). Daraufhin erhoben die Beschwerdegegnerin 2 mit Eingabe vom 14. März 2005 (OG act. 43) und die Staatsanwaltschaft IV für den Kanton Zürich (fortan Beschwerdegegnerin 1) am 21. März 2005 (OG act. 39) Anschlussberufung. Die Letztere zog ihre Anschlussberufung mit Eingabe vom 25. April 2005 zurück (OG act. 46). Die Berufungsverhandlung fand am 26. April 2005 statt. Die erkennende Kammer holte im Anschluss daran ein psychiatrisches Gutachten zur Frage der Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers mit Bezug auf den Tatbestand von Art. 263 StGB ein. Mit Urteil vom 24. November 2005 bestätigte die II. Strafkammer des Obergerichtes den erstinstanzlichen Schuldspruch. Der Beschwerdeführer wurde mit acht Monaten Gefängnis bestraft, welche Strafe durch die Anrechnung der 266 Tage Untersuchungshaft als vollständig erstanden erklärt wurde. Es

wurde eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeordnet. Im Übrigen wurden der erstinstanzliche Entscheid betreffend Genugtuung, Schadenersatz und das Kostendispositiv bestätigt und die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens geregelt (KG act. 2).

3.1 Gegen diesen obergerichtlichen Entscheid meldete der Verteidiger des Beschwerdeführers rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (KG act. 4). Innert der vom Vorsitzenden der II. Strafkammer des Obergerichtes angesetzten Frist (KG act. 4) liess der Beschwerdeführer dem Kassationsgericht die Beschwerdebegründung einreichen, in welcher er den Antrag auf die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils (mit Ausnahme der Schuldsprüche wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand und Verletzung einer Verkehrsregel) stellt (KG act. 1 S. 2).

3.2 Die beiden Beschwerdegegnerinnen verzichteten auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 10 und act. 11), die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9).

3.3 Der Beschwerdeführer hat gegen das obergerichtliche Urteil beim Bundesgericht auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben (KG act. 6).

II.

1. Zwar ist gemäss § 428 StPO die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile des Obergerichtes als Berufungsinstanz nicht zulässig. Nach § 3 Abs. 1 der Schlussbestimmungen (SchlB) zur Revision der Zürcher Strafprozessordnung vom 27. Januar 2003, in Kraft getreten am 1. Januar 2005, werden Rechtsmittel jedoch nach dem bisherigen Recht beurteilt, wenn der Entscheid, gegen welchen sie sich richten, vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens gefällt worden ist. Diese Regelung wird bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 3 Abs. 2 SchlB insofern erweitert, als dieses Rechtsmittel auch dann zulässig ist, wenn die Berufung gegen den fraglichen Entscheid vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision erklärt worden ist (ANDREAS DONATSCH/ULRICH WEDER/CORNELIA HÜRLIMANN, Die

Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich, 2005, S. 75).

Der Beschwerdeführer erklärte mit Eingabe vom 7. Dezember 2004 Berufung (OG act. 37). Entsprechend ist die Nichtigkeitsbeschwerde in Anwendung von § 3 Abs. 2 SchlB in Verbindung mit § 428 Ziff. 2 alt StPO in dieser Hinsicht zulässig.

2. Der Beschwerdeführer anerkennt in seiner Beschwerde, beide Vorinstanzen hätten zu Recht festgestellt, dass er den Tatbestand der versuchten Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 StGB erfüllt habe, dass er aber zufolge Unzurechnungsfähigkeit dafür nicht zur Verantwortung gezogen werden könne und entsprechend nach Art. 263 StGB zu bestrafen sei (KG act. 1 S. 3 f.).

Gegenstand der Beschwerde bildet die Rüge, die Vorinstanz habe zwar die gutachterlichen Schlussfolgerungen betreffend die Unzurechnungsfähigkeit als nachvollziehbar bezeichnet. Sie sei dann aber «ohne Not» bzw. ohne eingehende Auseinandersetzung mit der Expertise und entsprechende Begründung von diesen Schlussfolgerungen abgewichen und (nur) von einer «sehr erheblichen Verminderung der Zurechnungsfähigkeit» ausgegangen (KG act. 1 S. 4 ff.).

3.1 Die Vorinstanz prüfte im Urteil in Abschnitt II., Ziff. 2.2., ob der Beschwerdeführer im Tatzeitpunkt im Sinne von Art. 263 StGB (mit Blick auf die Vergewaltigung) unzurechnungsfähig war. Sie bejahte diese Frage gestützt auf das Gutachten von Dr. med. B. vorbehaltlos. Entsprechend erachtete sie das in Art. 263 StGB als objektive Strafbarkeitsbedingung umschriebene Merkmal der Unzurechnungsfähigkeit als erfüllt (KG act. 2 S. 9).

In der Folge prüfte die Vorinstanz im Abschnitt II., Ziff. 2.3., ob dem Beschwerdeführer vorzuwerfen sei, die Unzurechnungsfähigkeit in selbstverschuldeter Weise herbeigeführt zu haben. Diese Prüfung war deshalb notwendig, weil die Anwendung von Art. 263 StGB voraussetzt, dass die Unzurechnungsfähigkeit die Folge einer «selbstverschuldeten Trunkenheit oder Betäubung» darstellt. Sie

bejahte diese Frage und zog die Schlussfolgerung, der Beschwerdeführer habe seinen Rauschzustand vorsätzlich herbeigeführt (KG act. 2 S. 9).

Nachdem die Vorinstanz begründet hatte, dass der Beschwerdeführer im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit ein Verbrechen □ eine versuchte Vergewaltigung nach Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 StGB □ begangen hatte, folgerte sie, dieser habe den objektiven und den subjektiven Tatbestand von Art. 263 Abs. 1 StGB erfüllt (KG act. 2 S. 11), wobei sie Art. 263 Abs. 2 StGB für anwendbar erklärte (KG act. 2 S. 12).

Im Abschnitt III., Ziff. 1, prüfte die Vorinstanz im Rahmen der Strafzumessung unter anderem die Frage des Verschuldens bezüglich Art. 263 StGB, mithin, inwieweit dem Beschwerdeführer aus der Herbeiführung der Unzurechnungsfähigkeit ein Vorwurf gemacht werden kann (KG act. 2 S. 13 f.). Zur Beantwortung dieser Frage stellte die Vorinstanz gestützt auf das Gutachten von Dr. med. B. fest, «die Schwere der Suchterkrankung und ihrer Bedeutung für die Lebensvollzüge des Angeklagten rechtfertigten es (...), das auf das Trinkverhalten selbst bezogene Steuerungsvermögen des Angeklagten als sehr erheblich vermindert anzusehen» (KG act. 2 S. 15). Entsprechend wurde dem Beschwerdeführer eine «sehr erhebliche Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zugebilligt» (KG act. 2 S. 15).

3.2 Der Beschwerdeführer rügt, gemäss den gutachterlichen Feststellungen sei erwiesen, dass er unzurechnungsfähig gewesen sei. Es stelle daher eine willkürliche Beweiswürdigung dar, wenn trotzdem von verminderter Zurechnungsfähigkeit ausgegangen werde.

Zur Begründung seiner Rüge verweist der Beschwerdeführer auf Feststellungen aus dem Gutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik vom 31. Oktober 2003 (erstellt von med. pract. A. und Dr. med. B., BG act. HD 17/12) sowie auf solche aus dem Ergänzungsgutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik vom 28. Juni 2005 (erstellt von Dr. med. B., OG act. 53). Der Beschwerdeführer lässt die entsprechenden Zitate in der Beschwerde wörtlich anführen (KG act. 1 S. 4 f.).

a) Das Zitat aus BG HD act. 17/12, S. 32, bezieht sich auf den «alkoholinduzierten Dämmerzustand». Darin äussert sich der Experte somit nicht zur Frage, ob der Beschwerdeführer seinen Rauschzustand in zurechnungsfähiger Weise herbeigeführt hat, sondern über die Frage der Zurechnungsfähigkeit *nach* der Herbeiführung des Rausches. Da die Vorinstanz dem Beschwerdeführer für diese Phase (nach der Herbeiführung des Rausches) Unzurechnungsfähigkeit attestiert hat, stösst die Rüge ins Leere. Ein Nichtigkeitsgrund ist nicht nachgewiesen.

b) Das erste Zitat aus dem Ergänzungsgutachten (OG act. 53 S. 20), welches in der Beschwerde aufgeführt wird, lautet, es sei «nicht der Fall, dass ein solcher Zustand vom Expl. auf dem Hintergrund seiner bisherigen Erfahrungen und aufgrund von Äusserungen Dritter über sein nicht erinnertes Verhalten realistisch erwartet und so auch vorausgesehen werden konnte». Dieses Zitat ist aus dem Gesamtzusammenhang gerissen. Unmittelbar im Anschluss an den zitierten Satz wird die Aussage nämlich durch mehrere Sätze relativiert («Diese Feststellung hätte allerdings dann keine Gültigkeit» [...]). Im Weiteren wird festgehalten, es sei «eine Frage normativer richterlicher Entscheidung festlegen zu wollen, womit ein Alkoholkonsument □ unabhängig vom Vorliegen eines Abhängigkeitssyndroms □ vor Beginn des Konsums rechnen muss, welche Folgen er als möglich einkalkulieren muss und welche Informationen er nicht braucht» (OG act. 53 S. 20 f.). Weiter findet sich zur betreffenden Frage die folgende Aussage: «Damit stelle ich abschliessend fest, dass die tatzeitaktuelle, mutmasslich zwischen 1,06 und 3,14‰ liegende Blutalkoholkonzentration des Expl. in dem Masse selbstverschuldet war, in dem er sich als Alkoholabhängiger nicht dem zwangartigen und krankhaften Drang nach immer neuer repetitiver Alkoholfuhr widersetze. Dass er das Zustandekommen einer schweren Störung des Bewusstseins auch aufgrund eigener Erfahrungen hätte als irgend wahrscheinlich voraussehen können, ist aus gutachterlicher Sicht nicht der Fall □ auch nicht, wenn er vorgängig eine bereits bestehende Verstimmungssituation etc. ins Kalkül gezogen hätte» (OG act. 53 S. 21). Bereits diese zusätzlichen Sätze lassen erkennen, dass Dr. B. an der besagten Stelle nicht feststellt, ein Selbstverschulden mit Bezug auf das Herbeiführen des Rauschzustandes sei ausgeschlossen. Da das in der Beschwerde angeführte Zitat aus dem Zusammenhang gerissen und nicht im Kon-

text der Antwort auf die dem Sachverständigen gestellte Frage dargestellt ist, wird der Nachweis einer willkürlichen Würdigung der Aussagen des Experten nicht erbracht.

c) Schliesslich lässt der Beschwerdeführer zitieren, es habe «der Expl. diesen Zustand □ so auch aus gutachterlicher Sicht □ auch nicht herbeigeführt, sofern mit „herbeiführen“ ein Willens- oder Duldungsakt verbunden sein soll. Vielmehr hat sich der Zustand „ergeben“ □ aufgrund eines so nicht mit irgendeiner Wahrscheinlichkeit anzunehmenden □ alkoholinduzierten □ Zusammenspiels physiologischer bzw. biochemischer bzw. cerebraler Reaktionsbereitschaften, die der willentlichen Beeinflussung entzogen sind» (OG act. 53 S. 21 f.). Diese Passage bezieht sich somit auf die Frage, ob der Beschwerdeführer fähig war, mit Willen zu handeln.

Dass er mit Willen gehandelt hat, wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Gerügt wird ausschliesslich, den Beschwerdeführer treffe «keine Schuldverantwortung» an der Herbeiführung des Rauschzustands, weil er nicht zurechnungsfähig gewesen sei (KG act. 1 S. 7). Zu beachten ist in dieser Hinsicht, dass nach dem System der strafrechtlichen Zurechnung nicht nur eine zurechnungsfähige, sondern auch eine unzurechnungsfähige Person mit Wissen und Willen, d.h. vorsätzlich handeln kann. Ob gegenüber dem vorsätzlich handelnden Täter für dessen Verhalten persönlich ein Vorwurf erhoben werden kann □ und damit auch ob er zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig war □ wird auf der Zurechnungsstufe der Schuld geprüft.

Daraus ergibt sich, dass das vorliegende Zitat zum Nachweis nicht geeignet ist, die Vorinstanz habe die gutachterlichen Äusserungen bezüglich der Fragen des *Verschuldens* □ und damit der Zurechnungsfähigkeit □ mit Blick auf das Herbeiführen des Rauschzustands willkürlich gewürdigt, weil in diesem Zitat von einem Willens- oder Duldungsakt im Zusammenhang mit dem Herbeiführen des Rauschzustands die Rede ist.

Ganz abgesehen davon führt der Gutachter unmittelbar im Anschluss an die zitierte Feststellung aus, der Expl. habe «*damit*» nicht erkennen müssen, «dass er

ein irgend dem Vorgeworfenen vergleichbares Handeln zeigen werde» und dass er «nie irgend vergleichbar die körperliche und seelische Integrität einer Drittperson gefährdet oder verletzt hätte» (OG act. 53 S. 22). Daraus □ insbesondere zufolge der Verwendung des Wortes «damit» □ ergibt sich, dass sich die in der Beschwerde zitierte Aussage jedenfalls *auch* auf die Frage der Vermeidbarkeit des begangenen Verbrechens, und nicht nur auf die Frage der Vermeidbarkeit des Rauschzustands, bezieht. Unbestrittenermassen hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer gegenüber nicht den Vorwurf erhoben, er hätte voraussehen können bzw. müssen, im Rauschzustand ein Delikt zu begehen; wäre dem nicht so, hätte sie das Vorliegen einer (fahrlässigen) *actio libera in causa* in ihrem Entscheid nicht explizit verworfen (KG act. 1 S. 9). Der Nachweis willkürlicher Beweiswürdigung der Aussagen des Sachverständigen ist auch in diesem Punkt nicht erbracht.

d) Auch eine gesamthafte Beurteilung der zitierten Aussagen aus den Expertisen ergibt, dass der Nachweis der willkürlichen Beweiswürdigung nicht erbracht ist. Die angeführten Zitate beziehen sich entweder (zumindest) teilweise auf die Frage der Voraussehbarkeit des begangenen Verbrechens und nicht (nur) auf die Frage der Schuld bezüglich der Herbeiführung des Rauschzustands. Zum andern geben sie den Inhalt der betreffenden Aussage zwar zutreffend, jedoch im Gesamtzusammenhang völlig unvollständig, wieder. Entsprechend setzt sich der Beschwerdeführer in unzureichender Weise mit der Begründung im vorinstanzlichen Urteil auseinander.

3.3 Den Ausführungen zur Frage, dass der Beschwerdeführer nicht in Anwendung von Art. 263 StGB hätte verurteilt werden dürfen, weil ihm für die Herbeiführung des Rauschzustands kein Vorwurf gemacht werden könne (KG act. 1 S. 6 f.), ist nach dem vorstehend Gesagten der Boden entzogen. Im Übrigen beschlägt die angesprochene Thematik Bundesrecht. Im vorliegenden kantonalen Kassationsverfahren können behauptete Verletzungen von materiellem Bundesrecht nicht überprüft werden (§ 430b StPO); solche Rügen sind mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde □ welches Rechtsmittel der Beschwerdeführer (wie

erwähnt) ebenfalls erhoben hat □ beim Kassationshof des Bundesgerichtes vorzubringen (vgl. auch Ziff. 6 lit. b der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung).

4. Abschliessend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

5. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO).

Da die Beschwerdegegnerin 2 auf eine Beschwerdeantwort verzichtet hat und somit nicht als obsiegende Partei zu betrachten ist, ist ihr keine Entschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 274.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Entschädigungen ausgerichtet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, die 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Bereich Administra-

tivmassnahmen, Postfach, 8090 Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: