

ZH_KASSATIONSGERICHT AC070021 vom 25. August 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-08-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AC070021

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AC070021 du 25 août 2008

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AC070021 del 25 agosto 2008

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juni 2007 wurde die Beschwerdeführerin des versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und des Vergehens gegen das Waffengesetz im Sinne von dessen Art. 33 Abs. 1 lit. a schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren, unter Anrechnung von 622 Tagen erstandener Haft, bestraft (KG act. 2 S. 51).

E. 1.1

Ein Gutachten, welches Fehler bei der Erhebung des relevanten Sachverhalts aufweist, gilt als ungenau im Sinne von § 127 StPO. Gemäss Praxis des Kassationsgerichts muss ein Gutachten dann „als ungenau bzw. mangelhaft angesehen werden, wenn die unverwertbaren Sachverhaltsmomente bei der Begutachtung eine mitentscheidende Rolle gespielt haben“; nicht erforderlich ist also, dass auf die Elemente „massgeblich“ oder „schwerwichtig“ abgestellt worden ist (Beschluss des Kassationsgerichts vom 3. 10. 2005 S. 23 in Sachen M.G., Kass.- Nr.AC050018, zusammengefasst wiedergegeben in RB 2005 Nr. 101). Waren die in das Gutachten eingeflossenen unverwertbaren Momente lediglich von untergeordneter oder ergänzender Bedeutung und kann gesagt werden, dass der Gutachter ohne Bezugnahme auf diese Elemente zu den gleichen Ergebnissen gelangt wäre, liegt keine Ungenauigkeit vor, „welche nach § 127 StPO eine Rückweisung des Gutachtens zur Verbesserung erforderlich macht“ (oben zitierter Entscheid, S. 27).

E. 1.2

Als unverwertbar rügt die Beschwerdeführerin ihre ersten beiden Einvernahmen vom 17.2.05 (KG act. 4/1) und vom 17.2.05 um 09.45 (OG act. 4/2), die Einvernahme der Geschädigten vom 17.2.05 um 13.55 h (KG act. 5/1; OG act. 1 S. 6) sowie die Einvernahmen von E. S. vom 18.2.05 (OG act. 5/2), von W. S. vom 19.2.05 (OG act. 5/3), von S. R. vom 23.2.05 (OG act. 5/11) und von S. D. vom 6.3.05 (OG act. 5/13; KG act. 1 S. 9). Der Gutachter hielt auf Seite 2 oben einleitend fest: „Mein Gutachten stützt sich auf die mir zur Verfügung gestellten Aktenkopien (Stand 05.08.2005)“. Auf den Seiten 2 und 3 gibt der Gutachter gewisse von der Beschwerdeführerin in ihren beiden ersten Befragungen (OG act. 4/1 und 4/2) gemachten Aussagen wie-

- 5 - der (zwar spricht der Gutachter auf S. 2 unten von der „Hafteinvernahme vom 17.2.05“, doch zitierte er nicht aus der Hafteinvernahme vom 18.2.05, sondern aus der ersten Einvernahme vom 17.2.05). Dass der Gutachter aus diesen beiden Einvernahmen zitiert, wird von der Beschwerdeführerin ausdrücklich und mit Angabe der Belegstelle geltend gemacht (KG act. 1 S. 4 Mitte). Mit Ausnahme dieser beiden Befragungen legt die Beschwerdeführerin nicht dar, aus welchen weiteren der als unverwertbar gerügten

Einvernahmen der Gutachter in seinem Gutachten – und an welcher Stelle - zitiert. Es sind dies (OG act. 10/7 S. 7-9) die Einvernahmen der Geschädigten vom 17.2.05 (OG act. 5/1), von S. R. vom 23.2.05 (OG act. 5/11) und von S. D. vom 6.3.05 (OG act. 5/13); aus den Einvernahmen des Ehepaars S. (OG act. 5/2 und 5/3) zitiert der Gutachter nicht.

E. 1.3

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass das Zitieren einer Aussage im Gutachten ein Indiz dafür darstellt, dass diese für die gutachterlichen Schlussfolgerungen nicht von untergeordneter Bedeutung war. Hingegen spricht eine bloss allgemein gehaltene Feststellung des Gutachters, sein Gutachten unter anderem auf die Gesamttakten zu stützen, ohne dass sich im Gutachten Hinweise auf die konkreten Aussagen finden, eher gegen eine mitentscheidende Bedeutung. Wie es sich vorliegend diesbezüglich verhält, kann ebenso offen gelassen werden, wie die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihre Rüge in Bezug auf die Einvernahmen der Geschädigten sowie von S. R., S. D. und den Eheleuten S. genügend substantiiert hat. Wird – wie nachfolgend gezeigt wird – (unter der Annahme einer hinreichenden Spezifizierung der im Kontext mit § 14 Abs. 5 StPO erhobenen Rüge) die Verwertbarkeit der beanstandeten Einvernahmen bejaht, hat der Gutachter seinen Befund auf verwertbare Beweismittel abgestellt. Das Gutachten wäre in diesem Fall verwertbar und das Urteil wäre nicht aus diesem Grund aufzuheben und die Sache nicht zur Einholung eines neuen Gutachtens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; hievon geht auch die Beschwerdeführerin aus (KG act. 1 S. 10 oben).

E. 2

Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. September 2007 fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Sie beantragt die Aufhebung des Urteils vom 29. Juni 2007 und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2). Der Vorsitzende der II. Strafkammer des Obergerichts verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 9). Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde (KG act. 10). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 11); sie äusserte sich nicht dazu.

E. 2.1

a) Zur Frage der Verwertbarkeit der beiden mit ihr am 17.2.05 (OG act. 4/1 und 4/2) sowie mit der Geschädigten ebenfalls am 17.2.05 (OG act. 5/1) durchgeführten Einvernahmen rügt die Beschwerdeführerin, die Polizei habe die-

- 6 - se Befragungen durchgeführt, ohne dass bis zu diesem Zeitpunkt eine Delegation der Kompetenz im Sinne von § 25 StPO erfolgt wäre. Sobald der Anfangsverdacht eines strafbaren Verhaltens bestehe, habe die Polizei über ein von ihr eingeleitetes Ermittlungsverfahren "umgehend Bericht zu erstatten (§ 22 Abs. 1 StPO)" (KG act. 1 S. 5). Wie dem Bericht der Staatsanwaltschaft vom 4. Juli 2006 zu entnehmen sei, habe sich bereits in der Nacht vom 16. auf den 17. Februar 2005 vor Ort und rasch gezeigt, dass von einem versuchten Tötungsdelikt auszugehen sei. „In dieser Ausgangslage wäre die Polizei aber von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, spätestens am 17. Februar 2005, 01.00 Uhr, der Untersuchungsbehörde Bericht zu erstatten (vgl. § 22 Abs. 1 Ziff. 2), worauf diese letzterwähnte Behörde wiederum über die Eröffnung einer Untersuchung und über die Delegation von Befragungskompetenzen an die Polizei hätte entscheiden müssen“ (KG act. 1 S. 6). Da die Untersuchung erst am 18. Februar 2005 eröffnet worden sei, seien die davor durchgeführten Untersuchungshandlungen unverwertbar, da die Polizei für diese

nicht kompetent gewesen sei (KG act. 1 S. 7). b) Die Staatsanwaltschaft führt in diesem Zusammenhang aus, die Orientierung der Staatsanwaltschaft erfolge „im Rahmen eines schriftlichen Berichts oder Rapportes“; vorliegend sei die Staatsanwaltschaft zunächst telefonisch vororientiert worden, was keinen Bericht im Sinne von § 22 Abs. 1 StPO darstelle. Bereits am 18. Februar 2005 habe der vororientierte Staatsanwalt gestützt auf Zuführungsakten betreffend den Sachverhalt ein Verfahren wegen des Tatverdachts des versuchten Tötungsdelikts eröffnen können und auch eröffnet. Bis zu diesem Zeitpunkt habe die Polizei in eigener Kompetenz verwertbare Einvernahmen durchführen dürfen. Wollte man in solchen Fällen der Ansicht der Beschwerdeführerin folgen, wäre es unmöglich, sofort die ersten Beweismassnahmen zu treffen und die für die formelle Verfahrenseröffnung notwendigen Voraussetzungen seriös zu prüfen (KG act. 10 S. 1 f.). c) Die Pflicht zur formellen Eröffnung einer Strafuntersuchung führt zu einer klaren Trennung zwischen dem polizeilichen Ermittlungsverfahren einerseits und der justiziellen Untersuchung andererseits. Zweck des polizeilichen Ermittlungsverfahrens ist es, im Sinne einer ersten Aufklärung dem Staatsanwalt die Grundlagen

- 7 - für dessen Strafuntersuchung zu liefern. Im polizeilichen Ermittlungsverfahren soll festgestellt werden, ob ein hinreichender Tatverdacht besteht. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist nicht von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft abhängig und kann soweit formlos erfolgen. Mit der Aufnahme der polizeilichen Ermittlungstätigkeit ist ein Strafverfahren eingeleitet, auch wenn die Untersuchung selbst noch durch eine formelle Verfügung der Staatsanwaltschaft eröffnet werden muss. Im Ermittlungsverfahren hat die Polizei nach Straftaten zu forschen und den deliktsrelevanten Sachverhalt festzustellen, den Täter und die Tatspuren zu ermitteln, Tatverdächtige und potenzielle Zeugen zu befragen und potenzielle Beweise zu eruieren. Die polizeilichen Feststellungen sind so zu fördern, dass die Strafsache möglichst bald vom Untersuchungsbeamten übernommen werden kann (N. Schmid, Strafprozessrecht, 4.A., Zürich 2004, N 777). „Nach Kenntnisnahme von einer strafbaren Handlung nimmt die Polizei die notwendigen Erhebungen in der Regel selbständig vor und informiert die Staatsanwaltschaft erst dann über die Ermittlungsergebnisse, wenn sich die Eröffnung einer Strafuntersuchung aufdrängt“ (C. Hürlimann, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich: in Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2006, S. 193). „Nach wie vor kann die Polizei ... aus eigenem Antrieb ein polizeiliches Ermittlungsverfahren einleiten, ohne dass es hierzu eines staatsanwaltlichen Auftrages bedarf. Dabei kann die Polizei aufgrund ihres in § 72a GVG umschriebenen allgemeinen Ermittlungsauftrags Angeschuldigte und (polizeiliche) Auskunftspersonen befragen“ (Donatsch/ Weder/Hürlimann, Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005, S. 14). Die Polizei hat ihre Ermittlungen in schriftlichen Rapporten zusammenzufassen und diese mit den erstellten Einvernahmen und anderen erhobenen Beweisen auf dem Dienstweg dem zuständigen Staatsanwalt zu übermitteln (Schmid, a.a.O., N 779). Wenn das polizeiliche Ermittlungsverfahren einen Anfangsverdacht für ein strafbares Verhalten ergeben hat (und erst dann), ist umgehend der schriftliche Bericht (Rapport) gemäss § 22 Abs. 1 StPO zu erstatten (Donatsch/ Weder/Hürlimann, a.a.O., S. 15; Hürlimann, a.a.O., S. 72). Gestützt auf diesen und die von der Polizei durchgeführten Einvernahmen und erhobenen Beweise

- 8 - prüft der Staatsanwalt das Vorliegen eines Tatverdachts und erlässt bejahendfalls die Eröffnungsverfügung. Am 16. Februar 2005 um 23.29 Uhr traf die Polizei ein und

konnte etwa 10 bis 15 Minuten später den Tatort betreten (OG act. 1 S. 5). Bereits zwei Stunden später, nämlich am 17. Februar 2005 um 02.48 Uhr erfolgte die erste und um 09.45 die zweite Einvernahme mit der Beschwerdeführerin. Die Geschädigte wurde ebenso am 17. Februar 2005, nämlich um 13.55 Uhr einvernommen. Diese Einvernahmen gehörten zur Ermittlungstätigkeit der Polizei und waren als Grundlage für die Abklärung eines Anfangsverdachts und die Berichterstattung im Sinne von § 22 StPO zuhanden der Staatsanwaltschaft unerlässlich. Es kann keine Rede davon sein, dass der schriftliche Bericht, „spätestens am 17. Februar 2001 um 01.00 Uhr“, also nur gut eine Stunde nach Eintreffen der Polizei am Tatort, hätte erstattet werden müssen. Dies war nicht nur nicht opportun, sondern hätte auch gegen die Abklärungspflicht der Polizei in Bezug auf die Prüfung eines Anfangsverdachts verstossen. Aufgrund der polizeilichen Festnahme der Beschwerdeführerin war die Polizei zur unverzüglichen Durchführung von Abklärungen (Tatortaufnahme, Einvernahmen) nicht nur berechtigt, sondern gestützt auf § 72a GVG und § 57 StPO auch verpflichtet; nach dieser Bestimmung befragt die Polizei den Festgenommenen unverzüglich und tätigt andere sogleich durchführbare Abklärungen. Die erforderlichen Abklärungen wurden vorliegend unverzüglich vorgenommen. Dass sich (so die Staatsanwaltschaft in ihrem Bericht vom 4. Juli 2006) bereits am Tatort rasch gezeigt habe, dass von einem Tötungsdelikt auszugehen sei, vermag nichts daran zu ändern, dass die Polizei zur Durchführung der von ihr getätigten Befragungen der Beschwerdeführerin und der Geschädigten nicht nur legitimiert, sondern sogar verpflichtet war. Nicht bereits gestützt auf die am Tatort gewonnenen Erkenntnisse, sondern erst nach Durchführung der wichtigsten Befragungen durfte von einem Anfangsverdacht ausgegangen werden. Sogleich am 17. Februar 2005, d.h. unmittelbar nach Abschluss der Einvernahmen, erstattete die Polizei ihren Bericht an die Staatsanwaltschaft. Die Berichterstattung erfolgte somit umgehend nach der Feststellung des Anfangsverdachts und zudem innert 24 Stun-

- 9 - den seit dem Eintreffen der Polizei am Tatort. Von einer verspäteten Erstattung des Berichts kann keine Rede sein. Am folgenden Tag, dem 18. Februar 2005, wurde die Untersuchung eröffnet. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die am 17. Februar 2005 durchgeführten Einvernahmen (OG act. 4/1, 4/2 und 5/1) seien wegen fehlender Kompetenz der Polizei unverwertbar, erweist sich somit als unbegründet.

E. 2.2

a) Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich der Einvernahme der Geschädigten vom 17. Februar 2005, 13.55 Uhr (OG act. 5/1) zudem geltend, diese sei auch aus einem anderen Grund nicht verwertbar: Die Geschädigte habe lediglich polizeilich einvernommen werden können, da sie verstarb, bevor sie als Zeugin habe einvernommen werden können. Da die Beschwerdeführerin somit auch nicht gestützt auf § 14 Abs. 5 StPO habe Ergänzungsfragen stellen können, sei die polizeiliche Einvernahme nichtig (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 2). b) Die Staatsanwaltschaft führt dazu aus, die Aussagen der Geschädigten seien verwertbar, da sie nicht das einzige ausschlaggebende Beweismittel für den Schuldspruch darstellten (KG act. 10 S.2). c) Vorliegend ist – entgegen dem Einwand der Staatsanwaltschaft – ohne Bedeutung, welchen Stellenwert die Aussage für den Schuldspruch hatte. Gerügt wird die Auswirkung der Einvernahmen auf die Schlussfolgerungen des Gutachters. Dieser hatte sich einzig zu den Fragen der Einsichts- und Willensfähigkeit (OG act. 10/7 S. 67), der Beurteilung der Legalprognose (S. 71) sowie der Massnahmeindikation (S. 76) zu äussern. Die Beschwerdeführerin beruft sich nur auf

den allgemeinen Hinweis des Gutachters auf S. 2 oben, sich auf die Akten zu stützen sowie auf die auf den Seiten 2 und 3 wiedergegebenen Einvernahmen der Beschwerdeführerin. Die Einvernahme der Geschädigten gibt der Gutachter auf S. 7 wieder. Die Beschwerde zitiert nur die soeben genannten Stellen im Gutachten, legt jedoch argumentativ nicht dar, dass bzw. inwiefern sich das Zitieren der Akten bzw. der Einvernahmen der Beschwerdeführerin auf die Schlussfolgerungen des Gutachters bezüglich der oberwähnten drei Themen ausgewirkt hat. Deshalb ist die Rüge nicht hinreichend spezifiziert, weshalb auf sie nicht einzutreten ist.

- 10 - d) Doch selbst unter der Annahme, die Rüge sei genügend substantiiert, wäre sie aus den nachfolgenden Gründen im Ergebnis unbegründet. Die §§ 14 und 15 StPO sind konventions- und verfassungskonform auszulegen. Der Anspruch auf Konfrontation mit dem Belastungszeugen gemäss Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. d, Art. 14 Ziff. 1 und 3 lit. e IPBPR sowie Art. 29 Abs. 2 und 32 Abs. 2 BV gilt nach herrschender Praxis nur dann uneingeschränkt, wenn der Aussage des Belastungszeugen alleinige und ausschlaggebende Bedeutung zukommt, d.h. wenn sie den alleinigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt (BGE 131 I 485 f., ZR 103 (2004) Nr. 3; Donatsch/Lieber in Donatsch/Schmid, Kommentar zur StPO des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., § 15 N 5, Fn 10 mit zahlreichen Hinweisen auf Entscheide des EGMR). In seinem Entscheid vom 7. August 1996 hielt der Europäische Gerichtshof fest, im Falle des Todes des Belastungszeugen sei eine belastende Aussage – sofern der Schuldspruch nicht allein oder wesentlich darauf abgestützt wird – verwertbar (EGMR vom 7.8.1996, Ferrantelli u. Santangelo, Rec. 1996 III 937 Ziff. 52 f.). Gleich hatte der Europäische Gerichtshof in Fällen entschieden, in denen der Belastungszeuge berechtigterweise das Zeugnis verweigerte, er trotz angemessener Nachforschung nicht auffindbar oder nicht mehr einvernahmefähig war. Das Bundesgericht war eine Zeitlang dieser Praxis gefolgt, änderte sie (in einem gewissen Widerspruch zu den Entscheiden des EGMR) im Entscheid 132 I 127, wo es um die Verwertbarkeit von Aussagen eines anonymen Zeugen ging. Darin stellte das Bundesgericht fest, es könne nicht das formale Kriterium sein, ob dem Beweis ausschlaggebende Bedeutung zukomme oder nicht. Vielmehr sei „in einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob die durch die Zulassung des anonymen Zeugen bewirkte Beschneidung der Verteidigungsrechte durch schutzwürdige Interessen gedeckt ist und, wenn ja, ob sich der Beschuldigte trotzdem verteidigen konnte, er mithin einen fairen Prozess hatte“. In den vom Gutachter wiedergegebenen Teilen der Einvernahme der Geschädigten vom 17. Februar 2005 schilderte die Geschädigte den Tathergang und führte aus, sie habe seit 15 Jahren zur Tochter keinen Kontakt gehabt und es sei vor dem Bezirksgericht Zürich ein Enterbungsverfahren hängig gewesen, weil ihr

- 11 - die Tochter früher Geld weggenommen und die Unterschrift gefälscht habe (OG act. 10/7 S. 7 Mitte). Für die Beantwortung der gutachterlichen Fragen waren die Ausführungen der Geschädigten von marginaler Bedeutung, es kam ihnen also weder alleinige oder ausschlaggebende Bedeutung im Sinne der Rechtsprechung des EMRG zu noch wurde gegen die in BGE 132 I 127 aufgestellten Grundsätze verstossen. Die Aussage der Geschädigten vom 17. Februar 2005 ist somit verwertbar. Die Rüge der Unverwertbarkeit der Aussage der Geschädigten erwiese sich auch unter diesem Gesichtspunkt als unbegründet.

E. 2.3

a) Weiter macht die Beschwerdeführerin die Unverwertbarkeit der von der Polizei als „Auskunftsperson“ einvernommenen E. S. (OG act. 5/2), W. S. (OG act. 5/3), S. R. (OG act. 5/11) und S. D. (OG act. 5/13) geltend. Die Staatsanwaltschaft habe mit Delegationsverfügung vom 18. Februar 2005 (OG act. 12) die Kantonspolizei Zürich ersucht, das polizeiliche Ermittlungsverfahren weiterzuführen und insbesondere die zur Klärung des Sachverhalts relevanten Auskunftspersonen zu befragen, wobei noch in Klammern darauf hingewiesen worden sei, dass die formelle Beweisabnahme durch die Staatsanwaltschaft erfolge. Gemäss § 25 Abs. 2 StPO könnten alle Arten der Einvernahmen delegiert werden, wobei gesetzlich klar geregelt sei, dass auch bei den delegierten Einvernahmen die Teilnahmerechte der Angeschuldigten und ihrer Verteidiger zu wahren seien. Da weder die Beschwerdeführerin, noch ihr Verteidiger an den Einvernahmen teilnehmen können, seien ihre Teilnahmerechte verletzt worden und die Einvernahmen seien deshalb unverwertbar. b) Die Staatsanwaltschaft hält dem entgegen, die Delegationsmöglichkeit gemäss § 25 StPO beziehe sich allein auf Angeschuldigte. Dies ergebe sich aus den §§ 128 ff. und 149a StPO, welche der Gesetzgeber unverändert belassen habe (KG act. 10 S. 2). c) Zunächst ist festzuhalten, dass der Gutachter die Aussagen der Eheleute S., d.h. der Nachbarn der Geschädigten, im Gutachten nicht wiedergibt. Aus den Aussagen von S. R. und S. D. zitiert er kurz; die Beschwerdeführerin behauptet in der Beschwerde jedoch nicht, dass und an welcher Stelle der Gutachter aus diesen Aussagen zitiert habe. Doch selbst wenn die Beschwerde als genügend sub-

- 12 - stanziert zu werten wäre, müsste sie auch in diesem Punkt aus den folgenden Gründen abgewiesen werden. d) Die in § 25 Abs. 2 StPO erwähnten Rechte der Verfahrensbeteiligten beziehen sich nur auf diejenigen Einvernahmen, bei denen der einvernehmenden Behörde die gleiche Einvernahmekompetenz wie der Staatsanwaltschaft zukommt, sie somit an Stelle bzw. in Vertretung der Staatsanwaltschaft handelt. „Die polizeiliche Einvernahmekompetenz bezieht sich im Gegensatz zu derjenigen der juristischen Sekretäre oder Sachbearbeiter innerhalb der Untersuchungsbehörde allein auf Angeschuldigte. Dass sich diese Delegationsmöglichkeit nicht auf Zeugen und staatsanwaltschaftliche Auskunftspersonen bezieht, ergibt sich daraus, dass die diesbezüglichen strafprozessualen Normen, welche sich durchwegs auf die Untersuchungsbehörde beziehen (§§ 128 ff. und 149a ff. StPO), im vorliegenden Zusammenhang in keiner Weise geändert worden sind.“ (Donatsch/Weder/Hürlimann, a.a.O., S. 21 f.; so auch Schmid, a.a.O., N 786a und N 652). Auskunftspersonen im Sinne von § 149a StPO dürfen nur von Behörden vorgenommen werden, die auch Zeugen einvernehmen dürfen. Die Polizei ist dazu nicht befugt, doch kann sie nach wie vor „formell Nichtbeschuldigte unter Vorbehalt nachfolgender Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft (dann als Zeuge bzw. Auskunftsperson) beweiskräftig als Auskunftspersonen sui generis protokollarisch befragen“ (Schmid, a.a.O., N 659b und N 649). Entsprechend hält die Delegationsverfügung vom 18. Februar 2005 denn auch fest, dass die relevanten Auskunftspersonen in Weiterführung des Ermittlungsauftrags polizeilich zu befragen seien (also nicht als Auskunftsperson im Sinne von § 149a StPO) und die formellen Beweisabnahmen durch die Staatsanwaltschaft erfolgen würden (OG act. 12). Die Polizei hat die betreffenden Personen im Rahmen ihres allgemeinen Ermittlungsauftrags richtigerweise als Auskunftspersonen ohne Hinweis auf Art. 307 StGB, somit nicht als Auskunftspersonen im Sinne von § 149a StPO befragt. Da zudem alle vier Personen nachträglich vom Staatsanwalt in Anwesenheit der Beschwerdeführerin und ihres Verteidigers als Zeugen einvernommen wurden, wobei die Beschwerdeführerin

und ihr Verteidiger die Möglichkeit hatten, an die Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen (OG act.

- 13 - 5/4, 5/8, 5/12, 5/14), sind auch die polizeilichen Befragungen des Ehepaars S. sowie von S. R. und S. D. verwertbar.

E. 2.4

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sämtliche von der Beschwerdeführerin als unverwertbar bezeichneten Einvernahmen (Beschwerde S. 5-7) keinem Verwertungsverbot unterliegen. Die von der Beschwerdeführerin als willkürlich gerügte Feststellung des Obergerichts, die von der Verteidigung als unverwertbar bezeichneten Beweismittel seien für den Gutachter ohne Belang gewesen sowie die als Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügte Unterlassung der Prüfung der Frage der Verwertbarkeit der beanstandeten Aussagen, wirkten sich demzufolge nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO). Da es sich bei der gerügten Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Nichtberücksichtigung seitens der Angeschuldigten vorgebrachten Entlastungsbehauptungen (angebliche Unverwertbarkeit) sowie bei der gerügten willkürlichen Beweiswürdigung um relative Nichtigkeitsgründe handelt (Schmid, in Donatsch/ Schmid, a.a.O., § 430 N 19 Mitte und N 21) und sich die gerügten Verletzungen – da die Einvernahmen verwertbar sind – nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt haben, ist die Beschwerde diesbezüglich abzuweisen.

E. 3

Mit Verfügung vom 27. Dezember 2007 hob der Vizepräsident des Kassationsgerichts in Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdeführerin die mit Verfügung der Anklagekammer des Obergerichts vom 31. Oktober 2006 angeordnete Pass- und Schriftensperre auf (KG act. 19). II. 1. Zur Begründung ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen Folgendes geltend: Das Obergericht halte fest, die Verteidigung habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die ersten beiden Einvernahmen der Beschwerdeführerin sowie die Einvernahmen der Geschädigten und von vier polizeilich befragten Zeugen nicht verwertbar seien. Laut Obergericht sei es für die Er-

- 3 - stellung des Sachverhalts und auch für die rechtliche Würdigung nicht nötig gewesen, auf die Einvernahmen abzustellen; zwar zitiere der Gutachter eingangs seines Gutachtens kurz aus einigen Einvernahmen, doch seien diese kurzen Zitate für die Frage der Zurechnungsfähigkeit ohne Belang, so dass die Frage der Verwertbarkeit – so das Obergericht - offen gelassen werden könne (KG act. 1 S. 3, Ziff. 2). Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, aus dem Gutachten (OG act. 10/7 S. 2 oben) gehe hervor, dass der Experte seinen Befund auf sämtliche Akten abgestützt habe. Es sei daher davon auszugehen, dass die unverwertbaren Unterlagen den Gutachter auf welche Art und Weise auch immer in seinem Befund beeinflusst hätten und für ihn somit doch von Belang gewesen seien (KG act. 1 S. 3). Die unterlassene Prüfung der Verwertbarkeit der Beweismittel stelle eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (KG act. 1 S. 5 oben und S. 10 oben). Die geltend gemachte Unverwertbarkeit der Aussagen begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen mit der Verletzung der §§ 22, 25 und 14 f. StPO (dazu nachfolgend im Einzelnen unter Erw. III.2.1-2.4) und macht gestützt darauf Willkür geltend: Die Feststellung der Vorinstanz, die von der Verteidigung als unverwertbar bezeichneten Beweismittel seien für den Gutachter ohne Belang gewesen, erweise sich als willkürlich. Hätte die Vorinstanz diese Frage geprüft, hätte sie nicht nur die

Unverwertbarkeit dieser Beweismittel, sondern, weil sich der Gutachter für seinen Befund darauf abgestützt habe, auch die Unverwertbarkeit des Gutachtens feststellen und ein neues Gutachten einholen müssen (KG act. 1 S. 10 oben). Sodann rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe sich mit ihrem Einwand, es liege mit Bezug auf das Elektroschockgerät untauglicher Versuch vor, nicht auseinandergesetzt und somit die ihr obliegende Begründungspflicht verletzt (KG act. 1 S. 10 f., Ziff. 3).

- 4 - 2. In ihrer Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2007 beantragt die Staatsanwaltschaft die Abweisung der Beschwerde und äussert sich zu den Fragen der Verwertbarkeit der beanstandeten Aussagen (KG act. 10). III.

E. 3.1

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz begründe weder ausdrücklich noch sinngemäss, aus welchen Gründen den Behauptungen der Verteidigung zum Vorliegen eines untauglichen Versuchs bzw. zur begründeten tatsächlichen Behauptung, wonach die von ihr erhoffte Wirkung des Elektroschockgeräts gar nicht habe eintreten können, nicht gefolgt werden könne. Indem die Vorinstanz diesen tatsächlichen und durch weitere Beweismittel belegten Behauptungen lediglich entgegne, dass dies nicht zutrefte bzw. dass es sich keineswegs um einen untauglichen Versuch handle, habe sie die ihr obliegende Begründungspflicht verletzt (KG act. 1 S. 10 f., Ziff. 3).

E. 3.2

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232, E. 3/2). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid we-

- 14 - sentlichen Gesichtspunkte ergeben. Es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind. Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (BGE 119 Ia 269 E. d mit Hinweisen; ZR 81 Nr. 88 E. 2; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., Bern 1999, S. 535 ff.). Das Mass an Begründungstiefe und -dichte hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalls ab. Bringt die Verteidigung zu einer bestimmten Rechtsfrage – etwa der Frage, ob untauglicher Versuch vorliege – konkrete Ausführungen vor, sind an die Begründungsdichte höhere Anforderungen zu stellen, als wenn der Angeschuldigte seinen rechtlichen Einwand nicht näher begründet bzw. einen solchen gar nicht vorgebracht hat (vgl. Beschluss KassGer vom 12. Februar 2007 S. 5 f. in Sachen K. G., Kass.-Nr. AC060012).

E. 3.3

Im Zusammenhang mit der rechtlichen Qualifikation (Mord oder vorsätzliche Tötung) zitierte der Verteidiger vor Obergericht aus dem Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich, wonach umstritten bzw. nicht erwiesen sei, ob ein Todeseintritt aufgrund Herzkammerflimmern oder neurologisch bedingter Folgeerscheinungen auftreten könne (KG act. 1 S. 10 unter Verweis auf OG act. 57 S. 16). Dass die Beschwerdeführerin deswegen wegen untauglichen Tötungsversuchs schuldig zu

sprechen wäre, machte die Verteidigung bei der rechtlichen Würdigung mit keinem Wort geltend. Vielmehr führte sie dazu zusammenfassend aus: „Sie hat die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt, das heisst sie hat alles getan, was sie nach ihrem Tatplan zu Herbeiführung des tatbestandmässigen Erfolges für notwendig hielt, ohne dass der ‚Erfolg‘ dann tatsächlich auch eingetreten ist. Demnach ist X. der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen“ (OG act. 57 S. 24). Im Zusammenhang mit der Strafzumessung wollte der Verteidiger strafmildernd berücksichtigt haben, dass hinsichtlich des Elektroshockers (also nicht hinsichtlich der gesamten Tat) ein untauglicher Versuch vorgelegen habe: „Strafmildernd ist auch die versuchte Tatbegehung zu berücksichtigen, wobei es mit Bezug auf den Elektroschocker bei einem untauglichen Versuch geblieben ist“ (KG act. 1 S. 10 mit Verweisung auf OG act. 57 S. 26).

- 15 -

E. 3.4

Das Obergericht hielt in seinen Erwägungen zum Gefahrenpotenzial des Elektroschockers zunächst fest, dass gemäss Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich (OG act. 6/4) das Gerät bezüglich Herzkammerflimmern gefährlich werden könne (KG act. 2 S. 10 oben). Sodann wies es darauf hin, dass auch gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin (OG act. 7/1) ein Angriff mit einem Elektroschockgerät durch Induktion von Herzrhythmusstörungen ein tödliches Kammerflimmern auslösen könne (KG act. 2 S. 11 oben). Bei der Strafzumessung ging es davon aus, es lasse sich aufgrund des Untersuchungsergebnisses nicht zuverlässig feststellen, inwiefern sich die Gefahr einer tödlichen Wirkung des Einsatzes des Elektroschockgeräts konkretisiert habe. Immerhin stehe aber fest, dass das Drücken des Kissens gegen das Gesicht gemäss Gutachten als potentiell lebensgefährlich einzustufen sei. Die körperlichen Verletzungen seien nicht lebensbedrohlich gewesen. Aufgrund dieser Umstände sei die versuchte Tatbegehung deutlich strafmildernd zu berücksichtigen. Abschliessend stellte das Obergericht fest, dass „das objektive Gefährdungspotenzial nicht besonders hoch“ gewesen sei, es sich jedoch keineswegs um einen untauglichen Versuch handle (KG act. 2 S. 48). Die Vorinstanz setzte sich mit der Frage des Gefährdungspotenzials des Elektroschockgeräts sehr wohl auseinander und gelangte zum Schluss, dass „das objektive Gefährdungspotenzial nicht besonders hoch“ gewesen sei. Diesem Umstand trug das Gericht bei der Strafmilderung gemäss Art. 48a StGB Rechnung. Die Verteidigung berief sich bei der Strafzumessung auf untauglichen Versuch nur in Bezug auf das Elektroschockgerät im Sinne einer diesbezüglichen Strafmilderung. Da gemäss unangefochten gebliebener Sachverhaltsfeststellung die Beschwerdeführerin ihre Mutter nicht nur mit dem Elektroschockgerät umzubringen versuchte, sondern ihr auch das Kissen gegen das Gesicht gedrückt hat, was gemäss Obergericht als potentiell lebensgefährlich beurteilt werden müsse, kam untauglicher Tötungsversuch ohnehin nicht in Betracht; es genügt nicht, wenn eines der Tatmittel untauglich ist. Davon ging auch die Verteidigung aus, stellte sie

- 16 - doch in ihren Ausführungen zur rechtlichen Qualifikation keine diesbezügliche Behauptungen auf und beantragte nicht Schuldigsprechung wegen untauglichen Versuchs (OG act. 57 S. 24). Das Obergericht stellte gestützt auf die bei der Strafzumessung vom Verteidiger gemachte Bemerkung, mit Bezug auf den Elektroschocker sei es bei einem untauglichen Versuch geblieben, klar, dass kein untauglicher Versuch vorliege und wertete das nicht als besonders hoch angesehenes Gefährdungspotenzial zu Gunsten der Beschwerdeführerin. Weiterer Erwägungen bedurfte es diesbezüglich bei der klaren

Rechtslage und den Anträgen der Verteidigung nicht. Der Schuldspruch wegen vollendeten Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB (jedoch des Mordes und nicht der vorsätzlichen Tötung) erfolgte im Einklang mit den Anträgen (und den Ausführungen zur rechtlichen Qualifikation) der Verteidigung. Eine Verletzung der Begründungspflicht liegt - soweit im kantonalen Kassationsverfahren überprüfbar - nicht vor. Auch in diesem Zusammenhang vermochte die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen.

E. 4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde als unbe- gründet erweist und abzuweisen ist. IV. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdever- fahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, jedoch in Anwendung von § 190a StPO zufolge offensichtlicher Un- erhältlichkeit sofort definitiv abzuschreiben.

- 17 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.