



Kass.-Nr. AC040096/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2004

in Sachen

Gerardo S,

...,

Rekurrent und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich,

Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Staatsanwalt ...

betreffend **Vollstreckung aufgeschobener Strafen**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Juni 2004 (UK030029/U/T)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil vom 5. Mai 1999 bestrafte das Bezirksgericht ... Gerardo S wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und weiteren Delikten mit 22 Monaten Gefängnis. Es schob den Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 und 6 StGB auf. Weiter widerrief es den bedingten Strafvollzug einer vom gleichen Gericht am 2. April 1997 ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 18 Monaten Gefängnis und schob deren Vollzug ebenfalls zugunsten der ambulanten Massnahme auf (BG act. 17/38).

Mit Verfügung vom 26. Mai 1999 regelte das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug (heute Amt für Justizvollzug, AJV) den Vollzug der ambulanten Massnahme (AJV act. 2/4). Mit weiteren Verfügungen vom 3. Januar 2000 und 10. Mai 2000 schob das AJV den Vollzug zahlreicher Bussenverhaftsbefehle über insgesamt 171 Tage Haft auf (AJV act. 2/5 und 2/8).

Am 4. April 2001 beschloss das Bezirksgericht ..., nachdem das AJV den Vollzug der ambulanten Massnahme eingestellt und die Anordnung des Vollzugs der Freiheitsstrafen beantragt hatte, es werde erneut eine ambulante Massnahme angeordnet und der Vollzug der bisher aufgeschobenen Freiheitsstrafen weiterhin zugunsten der Massnahme aufgeschoben (BG act. 17/40).

Das AJV ordnete in der Folge erneut den Vollzug der ambulanten Massnahme an und schob den Vollzug weiterer Bussenverhaftsbefehle und einer Gefängnisstrafe zugunsten der Massnahme auf (vgl. Verfügung vom 25. Juli 2002, Dispositiv Ziff. 1, AJV act. 44 S. 4).

2. Mit Verfügung vom 25. Juli 2002 stellte das AJV den Vollzug der ambulanten Behandlung per Datum der Verfügung ein und beantragte dem Bezirksgericht ..., die Vollstreckung sämtlicher zugunsten der Massnahme aufgeschobener Freiheitsstrafen anzuordnen (AJV act. 44 = BG act. 1).

Mit Beschluss vom 17. Dezember 2002 ordnete das Bezirksgericht den Vollzug sämtlicher Strafen an (BG act. 15 = OG act. 2). Diese Anordnung betrifft 26 Freiheitsstrafen im Gesamtumfang von 40 Monaten und 223 Tagen, also etwas weniger als vier Jahre. Gegen diesen Beschluss erhob Gerardo S Rekurs beim Obergericht (OG act. 1). Diesen Rekurs wies das Obergericht mit Beschluss vom 21. Juni 2004 ab (OG act. 11 = KG act. 2). Dagegen führt Gerardo S sowohl kantonale wie eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1, OG act. 18/2).

3. Mit seiner kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt Gerardo S, es sei der angefochtene Entscheid des Obergericht aufzuheben (KG act. 1). Die Staatsanwaltschaft und das Obergericht verzichteten auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung (KG act. 13 und 14).

Es ist unklar, ob die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde fristgerecht erhoben wurde. Nachdem aber ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt und ein allfälliges Fristversäumnis des amtlichen Verteidigers Gerardo S jedenfalls nicht anzurechnen wäre, weil sonst keine effiziente Verteidigung gegeben wäre, sah das Kassationsgericht von weiteren Abklärungen zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung ab und stellte die Frist zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde von Amtes wegen wieder her (Beschluss vom 20. Oktober 2004, KG act. 8). Der amtliche Verteidiger äusserte sich mit Eingabe vom 25. Oktober 2004 zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerdebegründung und stellte vorsorglich ein Wiederherstellungsgesuch (KG act. 10 S. 2 unten). Nachdem das Kassationsgericht die entsprechende Frist bereits von Amtes wegen wiederherstellte, ist das vorsorgliche Wiederherstellungsgesuch gegenstandslos und es muss auf dieses nicht weiter eingegangen werden.

II.

1. Der Beschwerdeführer erklärt, er halte dem angefochtenen Entscheid ausschliesslich entgegen, dass die kantonalen Instanzen den vor erster und zweiter

Instanz vorgebrachten Antrag, ein neues Gutachten einzuholen, abgewiesen hätten (KG act. 1 S. 2 Ziff. 1).

Das Obergericht hält fest, auf eine erneute Begutachtung könne vorliegend entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers verzichtet werden. Wie das Bezirksgericht zutreffend ausgeführt habe, könne das Gericht die Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Anordnung einer erneuten Behandlung (ambulant oder stationär, mit oder ohne Aufschub des Strafvollzugs) stellten, aufgrund des früheren Gutachtens von Frau Dr. St vom 11. März 1999 (BG act. 17/35) und der Berichte der beiden behandelnden Psychiaterinnen Dr. St und Dr. W über den Therapieverlauf (AJV act. 2, 10A, 11-18, 25-34) selbst beantworten, nachdem sich entgegen den Ausführungen der Verteidigung keine Anhaltspunkte für eine veränderte Persönlichkeitsstruktur oder Entwicklung des Beschwerdeführers fänden, die eine Neubeurteilung verlangen würden. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung habe Frau Dr. St das von ihr erstellte Gutachten später auch nicht widerrufen. Sie habe vielmehr ihre Beurteilung des Verlaufs der Therapie geändert, nachdem ihr gewisse Diskrepanzen zwischen ihrer Schilderung und dem andernorts erlebten Verhalten des Beschwerdeführers zur Kenntnis gebracht worden seien. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass das von ihr im März 1999 erstellte Kurzgutachten nicht oder nicht mehr zutreffen sollte (KG act. 2 S. 8 Erw. II/2a). Das Obergericht zeichnet in der Folge ausführlich die Beurteilungen durch die beiden Fachärztinnen sowie den Verlauf der Therapie nach und nimmt eine Würdigung vor (KG act. 2 S. 8 - 14 Erw. II/2a - c).

2. Der Beschwerdeführer rügt die Ansicht des Obergerichts, es könne die Fragen, die sich im sachbezüglichen Zusammenhang stellten, aufgrund des früheren Gutachtens von Frau Dr. St und der Berichte der behandelnden Ärztinnen über den Therapieverlauf selber beantworten, als willkürlich. Das Gutachten aus dem Jahr 1999 sei schlicht ungesichert und möglicherweise auch unzutreffend und beschreibe die Krankheit des Beschwerdeführers nicht richtig. Komme ein Gutachter auf Grund seiner eigenen späteren Behandlungsversuche im Ergebnis klar zum Schluss, dass seine Behandlungsbeurteilung auf Täuschungen beruht habe, so mache er im Nachhinein sein früheres Gutachten unbrauchbar, weil er den nämli-

chen Täuschungen schon beim ersten Gutachten erlegen sein müsse. Der Gutachter dürfte sich aber nicht täuschen lassen: lasse er sich während einer nach der Gutachtenserstellung übernommenen Behandlungen täuschen, könne nicht ausgeschlossen werden, dass ihm dies schon anlässlich der Erstattung des Gutachtens und den zugehörigen Erhebungen widerfahren sei (KG act. 1 S. 5 Ziff. 7).

Der Beschwerdeführer setzt sich an dieser Stelle nicht mit konkreten Ausführungen im Gutachten von Frau Dr. St und in ihren späteren Berichten über den Therapieverlauf bzw. späteren Einschätzungen auseinander. Vielmehr argumentiert er sehr allgemein, was sich bereits daran zeigt, dass er die männliche Form („der Gutachter“, „er“) verwendet, obwohl das fragliche Gutachten und die nachfolgenden Therapieberichte von einer Ärztin geschrieben wurden. Damit weist der Beschwerdeführer an dieser Stelle keinen Nichtigkeitsgrund nach.

3. Als willkürlich rügt der Beschwerdeführer die Feststellung des Obergerichts, Frau Dr. St habe ihr früheres Gutachten nicht widerrufen, sondern vielmehr ihre Beurteilung im Verlauf der Therapie geändert. Damit stelle sie ihre frühere gutachterliche Beurteilung direkt in Zweifel. Dazu komme, dass auch die Person der Gutachterin in Bezug auf den Beschwerdeführer nachträglich als höchst suspekt erscheine, nachdem sie der Massnahmevollzugsbehörde innert kurzer Zeit zweimal in offensichtlich und nicht sachlich begründbarer Weise gegensätzlich rapportiert habe, nämlich am 10. August 2000 äusserst positiv, eine Rückfallgefahr bezüglich Drogen praktisch ausschliessend, drei Monate später ohne weiteren Kontakt zum Patienten und ohne Einholung einer Stellungnahme desselben, schlicht auf Grund bestimmter Vorhaltungen seitens der Vollzugsbehörde dann komplett negativ und dahingehend, getäuscht worden zu sein. Damit erweise sich die Gutachterin und nachmalige Therapeutin im nachhinein als bezüglich des Beschwerdeführers beurteilungsunsicher und nicht vertrauenswürdig. Auch das Bezirksgericht habe den nachträglichen Meinungsumschwung der Gutachterin als geradezu abenteuerlich bezeichnet. Mit all diesen Hinweisen befasse sich der angefochtene Entscheid nicht (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 8 - 11).

Ein Gutachten gibt immer nur die Beurteilung wieder, wie sie sich aufgrund der Aktenlage und den tatsächlichen Feststellungen im Moment der Begutachtung er-

gibt. Ändert sich das Bild aufgrund neuer Erkenntnisse - diese könne auf nachmalige therapeutische Tätigkeit der Gutachterin oder auch auf Informationen, welche die Gutachterin von dritter Seite erfahren hat, beruhen -, so kann die Gutachterin zu neuen Beurteilungen kommen, ohne dass darin ein Widerruf des ursprünglichen Gutachtens zu erblicken wäre. Von Bedeutung ist, dass solche neuen Beurteilungen der Gutachterin aktenkundig werden, so dass das Gericht diese würdigen kann. Eine Neubeurteilung der Lage aufgrund neuer Erkenntnisse lässt nicht ohne weiteres auf eine Beurteilungsunsicherheit oder mangelnde Vertrauenswürdigkeit der Gutachterin schliessen. Die Rüge ist somit unbegründet.

4. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die später behandelnde Ärztin Dr. W habe sich zwar auch fachärztlich über ihn geäussert. Als zur Behandlung berufene ärztliche Person habe sie jedoch kein wirksames Gutachten erstatten können. Hiezu habe sie nie einen Auftrag erhalten, ebenso sei sie nie als Gutachterin an ihre Pflichten ermahnt worden. Insofern allenfalls ein unrichtiges Gutachten seitens von Frau Dr. St vorliege, wäre Frau Dr. W auch ein falscher Anknüpfungspunkt für ihre Behandlung vorgegeben gewesen (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 12/13).

Wie der Beschwerdeführer zutreffend festhält, wurde Frau Dr. W nie ein Gutachtenauftrag erteilt. Ob sie als zur Behandlung berufene Person ein solches Gutachten hätte erstatten können, ist daher vorliegend nicht zu prüfen. Der Umstand, dass die Gutachterin, Frau Dr. St, aufgrund eigener Behandlungstätigkeit und Drittinformationen ihre im Gutachten getroffenen Beurteilungen teilweise revidieren musste, bedeutet nicht, dass das Gutachten „unrichtig“ war. Somit ist auch nicht davon auszugehen, die Behandlung des Beschwerdeführers durch Frau Dr. W beruhe auf einem falschen Anknüpfungspunkt und ihre Behandlungsberichte seien deshalb ohne Belang. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Gericht beim Entscheid über die Anordnung des Vollzugs zugunsten einer Massnahme aufgeschobener Strafen die Behandlungsberichte der behandelnden Ärztinnen beizieht und diese zusammen mit dem ursprünglichen Gutachten würdigt. Ein Nichtigkeitsgrund ist nicht nachgewiesen.

5. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Verteidigung habe im Rekurs darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer bei im Übrigen anscheinend aktuell

fehlender Delinquenz wohl zur Zeit immer noch ein Übermass an Widerstand und Angst überwinden müsse, um eine Therapie der bisherigen Art zuverlässig wahrzunehmen, hingegen bei geeigneter Therapie - die erst eingeleitet werden könne, wenn ein vernünftiges und objektives Gutachten bestehe - möglicherweise zum Nutzen der Öffentlichkeit durch eine dannzumal sinnreiche Behandlung so weit zu bringen wäre, dass die Gefahr weiterer Delikte mit langfristiger Wirksamkeit erheblich reduziert oder gar beseitigt werden könne. Der Beschwerdeführer habe auch während des Rekursverfahren die von der Verteidigung in Aussicht gestellten Dokumente nicht beigebracht, und das Obergericht habe lange auf solche Zeugnisse gewartet. Der Beschwerdeführer sage dazu selber, dass er nun lange Zeit auch gegenüber der Verteidigung wegen seines Versagens in der ambulanten Massnahme in einer eigentlichen Erstarrung blockiert gewesen sei. Mit dem Rekurs an das Obergericht sei aber genau auf diesen Punkt hingewiesen worden, dass der Beschwerdeführer von sich aus vielleicht erst längere Zeit nach dem Anfang einer geeigneten Behandlung die gerügte Unzuverlässigkeit in der Therapie und in den Rechtsverfahren überwinden könne. Es sei nicht auszuschleissen, dass ein neues Gutachten die Unzulänglichkeiten des Beschwerdeführers in der Massnahme, aber auch im Rekursverfahren erklären und neue Behandlungsimpulse aufzeigen würde. Somit sei es nicht gleichgültig, ob ein taugliches Gutachten erstellt werde (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 14 - 18).

Der Umstand allein, dass ein Gutachten und die nachfolgenden Behandlungsberichte sowie der sich aus den Akten ergebende Verlauf der bisherigen Massnahme in ihrer Gesamtwürdigung, was Zuverlässigkeit und Massnahmewilligkeit bzw. -fähigkeit des Beschwerdeführers angeht, nicht günstig lauten, ruft nicht zwingend nach einer Neubegutachtung. Dass eine erneute Anordnung einer Massnahme aufgrund von Impulsen, die sich aus einer Neubegutachtung ergeben könnten, die auch vom Beschwerdeführer eingestandenen Unzulänglichkeiten und Unzuverlässigkeiten in der bisherigen Massnahme beheben könnten, ist spekulativ. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass sich aus den vorinstanzlichen Akten entsprechende Anhaltspunkte ergeben. Somit setzt das Obergericht keinen Nichtigkeitsgrund, wenn es von einer erneuten Begutachtung des Beschwerdeführers absieht.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahrens kostenpflichtig (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 282.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht ... und das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Bewährungsdienst Zürich III) sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: