

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH130036-O/U/HEI

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, Dr. D. Schwander, der
Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie der Gerichtsschreiber
Dr. T. Graf

Beschluss vom 26. März 2013

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Rückversetzung Strafvollzug / Anordnung stationäre Massnahme /
Haftentlassung**

**Beschwerde gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom
14. November 2012, DA120008-K/UB/bb**

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 19. September 2008 (Urk. 9/3/2/2/1.2) wurde A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB, der mehrfachen versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB, der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, der mehrfachen Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 und Art. 27 WG sowie des Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 SVG schuldig gesprochen. Er wurde mit einer Freiheitsstrafe von neun Jahren bestraft, unter Anrechnung von 959 Tagen erstandener Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Das Urteil erwuchs in Rechtskraft (Urk. 9/3/2/2/1.3).

1.2 Der Beschwerdeführer verbüsste den Strafvollzug zuerst in der Justizvollzugsanstalt B._____ und anschliessend im offenen Vollzug im C._____. Mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug (JuV) vom 27. Juni 2012 wurde er per 6. Juli 2012 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen (Urk. 9/3/2/9/10.3). Für die Dauer der Probezeit bezüglich des nicht verbüssten Strafrests von 945 Tagen wurde eine Bewährungshilfe angeordnet und dem Beschwerdeführer die Weisung erteilt, auf den Konsum von Alkohol und sämtlichen Drogen zu verzichten, wobei er sich regelmässigen Blut- und Urinkontrollen zu unterziehen habe. Der Beschwerdeführer wurde darauf aufmerksam gemacht, dass er in den Strafvollzug zurückversetzt werden könnte, wenn er während der Probezeit erneut straffällig würde, sich der Bewährung entziehen oder die ihm auferlegten Weisungen missachten würde.

1.3 Mit Verfügung vom 31. August 2012 wurde der Beschwerdeführer vom JuV zufolge Verstosses gegen die auferlegten Weisungen und zum Schutz der Öffentlichkeit in Sicherheitshaft versetzt (Urk. 9/2/1/38). Gestützt auf einen Antrag des JuV (Urk. 9/2/1/39) ordnete das Zwangsmassnahmengericht Winterthur am 4. September 2012 Sicherheitshaft (bis längstens 4. Dezember 2012) für den Beschwerdeführer an (Urk. 9/2/40). Das JuV beantragte am 27. September 2012

beim Bezirksgericht Winterthur die Rückversetzung des Beschwerdeführers in den Strafvollzug, zudem ersuchte es um Prüfung, ob die Voraussetzungen für die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 60 StGB, namentlich einer suchttherapeutischen Massnahme, gegeben seien und der Vollzug der Reststrafe zugunsten der stationären Massnahme aufgeschoben werden könne (Urk. 9/1). Mit Beschluss vom 14. November 2012 des Bezirksgerichts Winterthur (Urk. 9/16 bzw. 5) wurde der Beschwerdeführer in den Vollzug der mit Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 19. September 2008 ausgefallten Freiheitsstrafe von 9 Jahren zurückversetzt; es wurde der Vollzug der Reststrafe von 945 Tagen Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von 76 Tagen Sicherheitshaft, angeordnet (Disp.-Ziff. 1). Zudem wurde eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB angeordnet und der Vollzug der Reststrafe zwecks Durchführung dieser Massnahme aufgeschoben (Disp.-Ziff. 2).

Mit Beschluss vom gleichen Tag ordnete das genannte Bezirksgericht die Fortdauer der mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 4. September 2012 angeordneten Sicherheitshaft bis zum Massnahmeantritt an (Urk. 9/17). Gestützt auf ein entsprechendes Gesuch des Beschwerdeführers bewilligte ihm die Verfahrensleitung des Bezirksgerichts Winterthur mit Verfügung vom 5. Dezember 2012 den vorzeitigen Massnahmeantritt; es wurde festgehalten, dass der Massnahmeantritt erfolgen könne, sobald das JuV eine geeignete Vollzugseinrichtung zur Aufnahme des Beschwerdeführers gefunden habe, unter dannzumaliger Entlassung des Beschwerdeführers aus der Sicherheitshaft (Urk. 9/27).

1.4 Gegen den erstgenannten Beschluss vom 14. November 2012 betreffend Rückversetzung in den Strafvollzug und Anordnung einer stationären Massnahme liess der Beschwerdeführer durch seinen Verteidiger rechtzeitig Beschwerde bei der hiesigen Kammer erheben (Urk. 2). Darin wird unter anderem die Aufhebung des Beschlusses und das Absehen von der Rückversetzung in den Strafvollzug und von der Anordnung einer stationären Massnahme beantragt (Urk. 2 S. 2 f.). Während die Vorinstanz auf Äusserung zur Beschwerde verzichtete (Urk. 11), beantragte die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde (Urk. 21). Der Be-

schwerdeführer reichte eine Replik ein (Urk. 26). Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht mehr geäußert (vgl. Urk. 28 f.).

1.5 Gestützt auf einen entsprechenden, nachträglich gestellten Antrag des Beschwerdeführers, dem sich die Beschwerdegegnerin nicht widersetzte, wurde das JuV mit Präsidialverfügung vom 25. Februar 2013 angewiesen, bis zum rechtskräftigen Entscheid über die gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. November 2012 gerichtete Beschwerde keine Vollzugshandlungen im Zusammenhang mit einer stationären Massnahme durchzuführen (Urk. 18).

1.6 In der Beschwerde wurde zudem die sofortige Entlassung des Beschwerdeführers aus der Sicherheitshaft beantragt (Urk. 2 S. 2 Antrag 3). Mit Präsidialverfügung vom 11. März 2013 wurde dieses Gesuch abgewiesen, unter dem Hinweis, dass nach dem Entscheid über die Beschwerde von der Verfahrensleitung über die Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft zu befinden sei (Urk. 24).

2.1 Vorab stellt sich in zweierlei Hinsicht die Frage der Zuständigkeit der hiesigen Kammer.

a) Der angefochtene Entscheid stützt sich auf Art. 95 Abs. 3 und Abs. 5 StGB. Während die in Art. 95 Abs. 4 StGB genannten Massnahmen vom Gericht oder der Strafvollzugsbehörde erlassen werden können, statuiert Art. 95 Abs. 5 StGB für die darin vorgesehenen Massnahmen die Zuständigkeit des Gerichts. Das JuV ging in seinem Antrag an die Vorinstanz davon aus, beim Entscheid über die Rückversetzung in den Strafvollzug im Sinne von Art. 95 Abs. 5 StGB handle sich um einen selbstständigen nachträglichen gerichtlichen Entscheid im Sinne der Art. 363 ff. StPO, den - da das Geschworenengericht nicht mehr existiert - das Bezirksgericht Winterthur zu fällen habe (Urk. 2/1 S. 6). Die Vorinstanz geht implizit ebenfalls davon aus, und der Beschwerdeführer bringt nichts anderes vor. Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2005 S. 1297 f.) enthält eine Liste derjenigen Entscheide, die als selbstständige nachträgliche gerichtliche Entscheide zu gelten haben. Darin sind Entscheide im Sinne von Art. 95 Abs. 4 und Abs. 5 StGB explizit aufgeführt. Zudem wird in der Botschaft festgehalten, das Strafrecht sehe im Kontext mit dem Strafvollzug

vor, dass das Gericht sein Urteil nachträglich ergänzen oder abändern müsse (S. 1297 unten); mit anderen Worten geht die Botschaft insofern von der Zuständigkeit eines Strafgerichts und nicht - obwohl es um den Straf- oder Massnahmenvollzug geht (vgl. Heer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 363 N 4) - eines Verwaltungsgerichts aus. Jedenfalls durch das Anordnen einer stationären Massnahme änderte die Vorinstanz das Urteil des Geschworenengerichts zumindest indirekt ab, da in jenem Urteil keine Massnahme angeordnet worden war. Die Lehre ist sich einig, dass sich das Verfahren der gestützt auf Art. 95 Abs. 5 StGB zu ergehenden Entscheide nach den Art. 363 ff. StPO richtet (Heer, a.a.O., Art. 363 N 1; Schwarzenegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 363 N 2; Riklin, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 393 N 1; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 1390; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, Rz. 2680). Im Lichte der Botschaft und der genannten Literatur war somit über den Antrag des JuV durch ein Strafgericht zu entscheiden. Art. 363 Abs. 1 StPO bestimmt, dass die einer gerichtlichen Behörde übertragenen selbstständigen nachträglichen Entscheide das Gericht trifft, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat. Nach der Abschaffung des Geschworenengerichts gelten für Nachverfahren zu geschworenengerichtlichen Urteilen - wie auch allgemein für frühere geschworenengerichtliche Verfahren, die nach der Rückweisung der Sache durch eine Rechtsmittelinstanz weiter zu führen sind - die Zuständigkeitsregeln der StPO und des GOG. Da über die vom Geschworenengericht beurteilte Anklage im heutigen Zeitpunkt das Bezirksgericht Winterthur hätte entscheiden müssen (vgl. die zutreffenden Ausführungen in Urk. 2/1 Ziff. 6), hat sich die Vorinstanz im vorliegenden Fall zu Recht als zuständig erachtet.

b) Ferner stellt sich die Frage, welches kantonale Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ergriffen werden kann. Die Art. 363 ff. StPO bestimmen nicht, ob ein gestützt auf diese Bestimmungen zu erlassender Entscheid in Urteils- oder Beschluss- bzw. Verfügungsform zu fassen ist. Die StPO spricht neutral von Entscheid (Art. 364 Abs. 1 und 3 StPO sowie die Überschrift von Art. 365

und der dortige Abs. 2). Die Vorinstanz hat den Entscheid in Form eines Beschlusses gefällt. In der genannten Botschaft wird ausgeführt, Entscheide im Sinne der Art. 363 ff. StPO könnten nicht in Form eines Urteils ergehen, da - mit Ausnahme des Widerrufs ausgesetzter Strafen oder bedingter Sanktionen sowie (des Widerrufs von) Entlassungen nach Begehung neuer Straftaten - kein neues Sachurteil anstehe (Botschaft, a.a.O., S. 1298); soweit solche Entscheide in Form einer Verfügung oder eines Beschlusses und im schriftlichen Verfahren ergingen, sei die Beschwerde zulässig (S. 1299). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug Kokain konsumiert und somit gegen das BetmG verstossen. Ob dieses Verhalten strafrechtliche Folgen hat, ergibt sich nicht aus den Akten. Jedenfalls hat die Vorinstanz nur über die Frage der Rückversetzung in den Strafvollzug entschieden und keine neuen Straftaten beurteilt.

Die Doktrin folgt mehrheitlich der in der Botschaft vertretenen Auffassung, dass Entscheide im Sinne der Art. 363 ff. StPO - jedenfalls soweit sie nicht zusammen mit neuen Straftaten in einem Urteil zu beurteilen seien - als Beschlüsse (oder Verfügungen) zu ergehen haben, und sie leitet daraus die Zulässigkeit der Beschwerde ab (Heer, a.a.O., Art. 365 N 4 und N 6; Eugster, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, a.a.O., Art. 399 N 14; Schwarzenegger, a.a.O., Art. 365 N 2; Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O. Art. 393 N 21; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 365 N 3; ders., Handbuch, a.a.O., Rz 1395; ders., Nochmals zum Rechtsmittel gegen selbstständig gefällte Entscheide nach Art. 365 StPO, *forum poenale* 2011, S. 222 ff.; Perrin, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (éd.), *Commentaire Romand Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010, Art. 365 N 11; Guidon, *Die Beschwerde gemäss Schweizer Strafprozessordnung*, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 163; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, *Strafprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 1141; Jositsch, *Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich 2009, Rz. 559; vgl. auch Stamm, *Rechtsmittel bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden nach Art. 363 ff. StPO [weitere Überlegungen]*, *forum poenale* 2012, S. 318 ff.). Ein anderer Teil der Lehre hingegen hält dafür, dass der Entscheid in Form eines Urteils zu ergehen habe und dagegen entgegen der vorherrschenden Auffassung im

Schrifttum Berufung erhoben werden könne (Riedo/Fiolka/Niggli, a.a.O., Rz. 2695 und Rz. 2697 f.; Schnell, Entscheide nach Art. 365 StPO - berufungsfähig oder nur der Beschwerde zugänglich?, *forum* 2011, S. 111 ff.; Geth, Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363 ff. StPO, *AJP* 2011 S. 313 ff.; vgl. auch Oberholzer, Das Rechtsmittelsystem der Schweizerischen Strafprozessordnung - Beschwerde, Berufung, Revision, *AJP* 2011 S. 40 f.). Goldschmid/Maurer/Sollberger (Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008) sowie Riklin (a.a.O.) äussern sich widersprüchlich; während sie zu Art. 365 StPO ausführen, gegen selbstständige nachträgliche Entscheide sei die Beschwerde zulässig (S. 360 bzw. Art. 365 N 2), halten sie zu Art. 398 StPO fest, solche Entscheide unterlägen der Berufung (S. 391 bzw. Art. 398 N 1). In mehreren Kantonen bezeichnet die Praxis die Berufung als zulässiges Rechtsmittel gegen Entscheide im Verfahren nach den Art. 363 ff. StPO (vgl. etwa AGVE Nr. 23 S. 82 ff., CAN 2013 Nr. 8 und die dortigen Bemerkungen sowie die Hinweise in Riedo/Fiolka/Niggli, a.a.O., FN 62 zu Rz. 2698, und den Sachverhalt in BGE 6B_293/2012). Zu bemerken ist ferner, dass für Entscheide im Nachgang zu einem Strafbefehl die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörden zuständig sind (Art. 363 Abs. 2 StPO); gemäss Botschaft ergeht der nachträgliche Entscheid wiederum in Form eines Strafbefehls, gegen den Einsprache erhoben werden kann (Botschaft, a.a.O., S. 1298 f.). Bei Strafbefehlen erfolgen somit Nachtragsentscheide in derselben Form und können mit dem gleichen Rechtsbehelf wie der Strafbefehl selbst angefochten werden. Damit liegt der Schluss nahe, dass der Einspracheentscheid mittels Berufung angefochten werden kann (vgl. auch Geth, a.a.O., S. 318 f.).

Die I. Strafkammer des zürcherischen Obergerichts hat sich mit der Thematik des zulässigen Rechtsmittels gegen Entscheide im genannten Sinne befasst und ist zum Schluss gelangt, es sei Beschwerde zu erheben (ZR 110 Nr. 53). Die I. Strafkammer hat im damaligen Fall die Sache zur Beurteilung der hiesigen Kammer überwiesen, und diese hat das Rechtsmittel als Beschwerde behandelt (Proz.-Nr. UH110163). Das Bundesgericht hat nunmehr in Erw. 2 des Urteils vom 21. Februar 2013 (6B_293/2012) - ohne sich allerdings mit der abweichenden Lehrmeinung und Praxis in einigen Kantonen auseinander zu setzen - ebenfalls

die Beschwerde als zulässiges Rechtsmittel gegen Entscheide im Verfahren nach Art. 363 ff. StPO bezeichnet; im vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es um die Verlängerung einer zuvor im Urteil angeordneten ambulanten Massnahme, mithin nicht um ein das Urteil abändernden Entscheid. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz - wie erwähnt - durch die (erstmalige) Anordnung einer stationären Massnahme das geschworenengerichtliche Urteil nachträglich indirekt abgeändert. Man könnte sich daher ernsthaft fragen, ob nicht in denjenigen Fällen, in denen durch einen selbstständigen nachträglichen Entscheid das ursprüngliche Urteil zufolge Anwendung materiellen Rechts abgeändert wird, der Entscheid gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO in Form eines Urteils, gegen welches Berufung zu erheben wäre, zu ergehen hat. Angesichts der (momentanen) zürcherischen Praxis und weil die Sache aufgrund der Inhaftierung des Beschwerdeführers dringlich zu behandeln ist, rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall jedoch von der Zulässigkeit der Beschwerde auszugehen.

2.2 Die Vorinstanz legte in Erw. II des angefochtenen Beschlusses dar, weshalb ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für die Rückversetzung des Beschwerdeführers in den Strafvollzug gegeben seien und der Strafreist von 945 Tagen Freiheitsstrafe zu vollziehen sei. In Erw. III begründete sie, weshalb eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB anzuordnen sei.

In der Beschwerde wird zusammengefasst im Wesentlichen geltend gemacht, die Voraussetzungen für eine Rückversetzung in den Strafvollzug seien nicht gegeben; zudem hätte ohne Einholung eines (neuen) Gutachtens eine stationäre Massnahme nicht angeordnet werden dürfen (Urk. 2 Ziff. 3 ff.).

2.3 In der Beschwerde wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Zur Begründung wird unter Hinweis auf Art. 390 Abs. 5 StPO vorgebracht, die persönlichen Umstände des Beschwerdeführers seien für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens von besonderer Bedeutung (Urk. 2 Ziff. 17).

Der Beschwerdeführer befindet sich in Sicherheitshaft, da der bewilligte vorzeitigen Massnahmenantritt noch nicht erfolgt ist. Gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid ist er in den Strafvollzug zurück zu versetzen, und er hat sich - unter Auf-

schub des Vollzugs der Reststrafe von 945 Tagen - einer stationären Massnahme zu unterziehen. Mit anderen Worten droht ihm ein längerer Freiheitsentzug. Somit ist das vorliegende Beschwerdeverfahren vergleichbar mit demjenigen, in welchem über die Zulässigkeit einer Haftanordnung oder Haftverlängerung zu entscheiden ist. Bezüglich derartigen Fällen hat die Kammer im Beschluss vom 20. Juni 2012 (ZR 111 Nr. 99 Erw. II/1) erwogen, dass sich weder aus Verfassungs- noch aus Konventionsrecht im Rechtsmittelverfahren ein Anspruch auf persönliche Anhörung ableiten lasse. Wenn der Beschwerdeführer Gelegenheit gehabt habe, sich vor Vorinstanz mündlich zu äussern, und sich im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen Rechtsfragen stellten und insofern von einer erneuten Anhörung des Beschwerdeführers keine weiteren wesentlichen Erkenntnisse zu erwarten seien, bestehe kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung bzw. mündliche bzw. persönliche Anhörung des Beschwerdeführers.

Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer vor Zwangsmassnahmengericht, das - wie erwähnt - Sicherheitshaft anordnete, angehört (vgl. Urk. 9/2/40 Ziff. 2). Vor Vorinstanz fand eine einlässliche Befragung des Beschwerdeführers zu den entscheiderelevanten Sachverhalten, einschliesslich zu seinen persönlichen Verhältnissen während des Strafvollzugs und nach seiner bedingten Entlassung, statt (Urk. 2 Prot. S. 4-17). Dabei hatte er auch Gelegenheit, sich zu den Gründen, weshalb er nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug mehrfach Kokain konsumiert und durch dieses Verhalten gegen die ihm auferlegten Weisungen verstossen hat, zu äussern. In der Beschwerde werden im Wesentlichen Rechtsfragen aufgeworfen; soweit Sachverhaltsfragen zur Diskussion stehen, wird in der Beschwerde auf die Akten verwiesen. Aus diesen Gründen ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern von einer erneuten Anhörung des Beschwerdeführers im Hinblick auf den Beschwerdeentscheid weitere wesentliche Erkenntnisse zu erwarten wären. Der Antrag ist daher abzuweisen.

2.4 Es erscheint angezeigt, zuerst auf die Rüge, die Vorinstanz hätte ohne Einholung eines (neuen) Gutachtens eine stationäre Massnahme nicht anordnen dürfen, einzugehen (vgl. auch unten Erw. 2.5).

a) Die Vorinstanz verwies in Erw. III einleitend auf Art. 65 Abs. 1 StGB, wonach das Gericht unter anderem auch während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe nachträglich eine stationäre therapeutische Massnahme anordnen kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Sie legte anschliessend dar, dass die für eine Massnahme zur Suchtbehandlung erforderlichen kumulativen Voraussetzungen gemäss Art. 56 StGB und Art. 60 StGB vorliegend erfüllt seien. In diesem Kontext erwog sie, die Massnahmewilligkeit des Beschwerdeführers sei - im Gegensatz zu früher - vorhanden. Zur Frage des Vorliegens einer Massnahmefähigkeit des Beschwerdeführers nahm sie Bezug auf das psychiatrische Gutachten der F._____ [Klinik] vom 27. Februar 2007. Die Vorinstanz führte aus, in diesem Gutachten seien noch gewisse Bedenken bezüglich der Massnahmefähigkeit geäussert worden, da es an der Integrierbarkeit des Beschwerdeführers in ein stationäres Therapie-Setting gezweifelt habe. Nachdem diese Bedenken nicht zuletzt vor dem Hintergrund der fehlenden Massnahmewilligkeit des Beschwerdeführers zu jenem Zeitpunkt geäussert worden seien, rechtfertige sich in der jetzigen Situation die Anordnung einer stationären Massnahme. Es scheine dringend geboten zu versuchen, den Beschwerdeführer mittels einer entsprechenden Therapie in ein drogenabstinentes Leben zurück zu führen und so die Gefahr der Begehung weiterer Delikte zu minimieren. Zur gleichen Schlussfolgerung sei auch die ...-Abklärung vom 19. September 2012 gelangt.

b) In der Beschwerde wird in diesem Zusammenhang zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes vorgebracht: Eine sachverständige Begutachtung sei gemäss Art. 56 Abs. 3 StGB beim Entscheid betreffend die Anordnung einer stationären Massnahme unverzichtbar. Die Vorinstanz habe eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet, ohne zuvor ein Gutachten einzuholen. Das von der Vorinstanz berücksichtigte Gutachten datiere vom 27. Februar 2007 und sei somit vor sechs Jahren erstellt worden. Das JuV habe in einem Schreiben vom 11. September 2012 an den Psychiatrisch-Psychologischen Dienst (PPD) ausgeführt, dem Gericht sei nahezu legen, dass eine erneute Begutachtung unter der aktuellen Entwicklung als angezeigt erscheine. Dennoch sei das unerlässliche Gutachten nicht eingeholt worden. Zudem sei im Gutachten vom Jahre 2007 ausdrücklich festgehalten worden, die Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Delikte gegen

die körperliche Integrität Dritter sei gering. Das Gutachten habe entsprechend die Anordnung einer stationären Massnahme nicht oder nur unter grossen Vorbehalten empfohlen. Der Beschwerdeführer sei ursprünglich mit einer stationären Massnahme einverstanden gewesen, wobei er - was sich aus seinem Schreiben vom 16. September 2012 ergebe - gedacht habe, dass er die Zeit der Sicherheitshaft im Rahmen einer stationären therapeutischen Behandlung für die Dauer von 6 - 8 Monaten nützen und die Behandlung hernach in ambulantem Rahmen weiterführen könnte. Heute sei er nicht mehr motiviert, sich einer stationären Massnahme zu unterziehen; er sei jedoch gewillt, mit Hilfe ärztlicher Unterstützung bei einer ambulanten Behandlung nach Kräften mitzuwirken und künftig auf Drogen vollständig zu verzichten (Urk. 2 Ziff. 6-12).

c) Gemäss Art. 56 Abs. 3 StGB stützt sich das Gericht beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme nach den Art. 59 - 61, 63 und 64 StGB auf eine sachverständige Begutachtung. Diese hat sich über die Notwendigkeit und Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters, die Art und Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten und die Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme zu äussern (BGE 134 IV 253 f. Erw. 4.2).

aa) Der Beschwerdeführer macht mit den genannten Vorbringen zumindest sinngemäss geltend, die Vorinstanz wäre gehalten gewesen wäre, ein neues Gutachten einzuholen, da das von ihr berücksichtigte Gutachten vor ca. sechs Jahren erstellt worden sei. Zur Beantwortung der Frage, ob ein früheres Gutachten hinreichend aktuell ist, ist nicht primär auf das formelle Kriterium des Alters des Gutachtens abzustellen. Massgeblich ist vielmehr die materielle Frage, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat. Soweit ein früheres Gutachten mit Ablauf der Zeit und zufolge veränderter Verhältnisse an Aktualität eingebüsst hat, sind neue Abklärungen unabdingbar (BGE 134 IV 254 Erw. 4.3 m.H.; BGE 6B_272/2012 vom 29. Oktober 2012 Erw. 2.3.4; vgl. auch BGE 5A_63/2013 vom 7. Februar 2013 Erw. 5.2). Entscheidend ist daher, ob die ca. sechs Jahre zurückliegende ärztliche Beurteilung mutmasslich noch immer zutrifft oder ob die Vorinstanz aufgrund der seitherigen Entwicklung gehalten gewesen wäre, eine neuerliche Begutachtung des Beschwerdeführers anzuordnen (vgl. BGE 134 IV 254 Erw. 4.3 a.E.).

bb) Vorab ist zu bemerken, dass die hiesige Kammer in einem vergleichbaren Fall (Strafvollzug mit vollzugsbegleitender ambulanter Massnahme; bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug; Rückversetzung in den Strafvollzug zufolge Verstosses gegen die auferlegten Weisungen; nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme) ein ca. viereinhalb Jahre zurückliegendes Gutachten gestützt auf die einschlägige bundesgerichtliche Praxis als nicht mehr aktuell wertete (UH110163, Zwischenbeschluss vom 2. September 2011).

Nach der im Jahre 2007 erfolgten Begutachtung befand sich der Beschwerdeführer zuerst weiterhin in Untersuchungshaft und danach in Sicherheitshaft sowie anschliessend - wie erwähnt - im geschlossen und hernach im offenen Strafvollzug. Im geschlossenen Strafvollzug, während welchem er regelmässig von seiner Ehefrau besucht wurde und er anstandslos verschiedene Urlaube und ein einwöchiges ...-Lager des Gefängnisses B._____ absolvierte, wurde er psychiatrisch grundversorgt, wobei es gelang, die anfänglich hohe Medikation abzubauen (Urk. 9/3/2/9/3 S. 3). Gemäss den Aussagen des Beschwerdeführers vor Vorinstanz wurde er im Februar 2009 in die Station für Suchtkranke verlegt und hat anschliessend jede Woche eine Therapeutin des PPD zwecks Gesprächstherapie getroffen (Urk. 2 Prot. S. 11). Während des Aufenthalts im C._____, während dem er ebenfalls psychiatrisch betreut wurde, wurde er wiederum regelmässig von seiner Ehefrau besucht und verbrachte bei ihr die Wochenendurlaube; in dieser Zeit konnte er ein Medikament absetzen, absolvierte er das risikoorientierte Interventionsprogramm RISK des Bewährungs- und Vollzugsdienstes (BVD) und trat im Rahmen eines Arbeitsexternats eine Stelle an, wobei die ersten Rückmeldungen des Arbeitgebers positiv waren (Urk. 9/3/2/9/10.3 S. 2). Der Vollzugsverlauf im offenen Strafvollzug wurde als gut bewertet (Urk. 9/3/2/9/10.1 S. 2 f.), und auch insgesamt wurde dem Beschwerdeführer attestiert, dass er im Strafvollzug insgesamt eine positive Entwicklung durchlaufen hat, wobei er während des gesamten Strafvollzugs - was sich aus regelmässigen Urin und Atemlufttestes ergab - offenbar keine Drogen (allenfalls mit Ausnahme von Cannabis) zu sich nahm (Urk. 9/3/2/9/10.2 S. 2). In der Verfügung des BVD vom 27. Juni 2012, mit welcher die bedingte Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Strafvollzug angeordnet wurde, erfuhr er insgesamt grundsätzlich eine positive Beurteilung (Urk.

9/3/2/9/10.3, insb. S. 4 f.). Auf freien Fuss gesetzt, hat der Beschwerdeführer allerdings nach kurzer Zeit die Arbeitsstelle verloren, Konflikte mit seiner Ehefrau ausgetragen und sich aus der ehelichen Wohnung wegbegeben sowie Drogen konsumiert (Urk. 2/1 S. 3-5; Urk. 2 Prot. S. 6 ff.). Im (undatierten, offenbar von Anfang Februar 2013 stammenden) Führungsbericht des Gefängnisses D. _____ wird das Verhalten des Beschwerdeführers bezüglich der seit 7. September 2012 andauernden Sicherheitshaft in jeder Hinsicht äusserst positiv beurteilt (Urk. 3/3); er hat nunmehr wieder regelmässigen Kontakt mit seiner Ehefrau und diese hält offenbar nach wie vor zu ihm (Urk. 3/5).

cc) Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug wieder mehrfach Drogen konsumiert hat, deutet darauf hin, dass er nach wie vor drogenabhängig ist. Insofern scheint das Gutachten vom 27. Februar 2007, in welchem eine langjährige Abhängigkeits- bzw. Suchterkrankung des Beschwerdeführers diagnostiziert wurde (Urk. 9/3/2/5/1 S. 42), grundsätzlich noch zuzutreffen. Da der Beschwerdeführer jedoch während des Strafvollzugs (offenbar auch während der Urlaube, des offenen Vollzugs und der Zeit des Arbeitsexternats), somit mehrere Jahre lang, keine Drogen konsumierte und Medikamente niedriger dosiert bzw. ganz abgesetzt werden konnten, erscheint es erforderlich fachkundig abzuklären, welches Ausmass die Drogenabhängigkeit im heutigen Zeitpunkt hat. In diesem Kontext kann auch von Relevanz sein, wie die Einstellung des Beschwerdeführers zu seiner Sucht heute ist; wie erwähnt, hat er während des gesamten Strafvollzugs Gespräche mit Therapeuten geführt, was allenfalls positive Auswirkungen auf seine Einstellung zu seinem Suchtverhalten gezeitigt hat. Bereits aus diesen Gründen kann nicht von unveränderten Verhältnissen im Sinne der genannten Rechtsprechung ausgegangen werden. Wie in der Beschwerde zutreffend darauf hingewiesen wird, ging im Übrigen auch das JuV im Schreiben vom 11. September 2012 an den PPD davon aus, dass eine erneute Begutachtung unter der aktuellen Entwicklung als angezeigt erscheine (Urk. 9/3/1/33 S. 1). Auch das Zwangsmassnahmengericht Winterthur hat in der Verfügung vom 4. September 2012 festgehalten, bezüglich der Frage, ob der Beschwerdeführer in den Strafvollzug zurück zu versetzen sei, erscheine seine erneute Begutachtung angezeigt (Urk. 9/2/40 Erw. 4.3). Gemäss einer Aktennotiz

des BVD vom 18. September 2012 hat Frau Dr. E. _____ vom PPD am gleichen Tag anlässlich eines Telefonats die Erstellung eines neuen Gutachtens, welches sich zur Legalprognose unter Berücksichtigung des Vollzugsverlaufs und des "Bewährungsversagens" äussert, empfohlen (Urk. 9/3/1/37). Zudem wurde in der standardisierten ROS-Abklärung der Abteilung Forensisch-Psychologische Abklärungen des BVD vom 19. September 2012 unter der Überschrift "Interventionsempfehlungen" ausgeführt, es sei allenfalls eine ergänzende Begutachtung betreffend der aktuellen Ausgangslage zwecks etwaiger Neu Beurteilung der Vollzugsgrundlage indiziert (Urk. 9/2/44 S. 16 oben).

Hinzu kommt, dass im Gutachten vom 27. Februar 2007 eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB *nicht* bzw. *nur unter grossen Vorbehalten* empfohlen wurde (Urk. 9/3/2/5/1 S. 55). Diese psychiatrische Einschätzung beruhte nicht allein darauf, dass sich der Beschwerdeführer damals wenig therapiewillig zeigte. Vielmehr wird im Gutachten auch ausgeführt, der lebensgeschichtliche Hintergrund und die Art der Abhängigkeitsentwicklung unterschieden sich beim Beschwerdeführer deutlich von der durchschnittlichen Klientel spezieller drogentherapeutischer Behandlungseinrichtungen, und schon dieser Umstand lasse eine stationäre Behandlungsdurchführung im Rahmen einer Massnahme kaum empfehlen, es sei denn im Rahmen einer Massnahmevollzugsanstalt wie G. _____ Die erwähnte gutachterliche Schlussfolgerung beruhte somit ausdrücklich auch auf der zufolge des lebensgeschichtlichen Hintergrunds und der Art der Abhängigkeitsentwicklung fraglichen Integrierbarkeit des Beschwerdeführers in ein stationäres Behandlungskonzept (Urk. 9/3/2/5/1 S. 55). Es greift daher zu kurz, wenn die Vorinstanz erwägt, die gutachterlichen Bedenken betreffend der Integrierbarkeit des Beschwerdeführers in ein stationäres Therapie-Setting seien nicht zuletzt vor dem Hintergrund der fehlenden Massnahmewilligkeit zu jenem Zeitpunkt geäussert worden, und nachdem der Beschwerdeführer nunmehr therapiewillig sei, rechtfertige sich die Anordnung einer stationären Massnahme (Urk. 5 Erw. III/2.3). Ob der Beschwerdeführer tatsächlich hinreichend willig ist, sich einer stationären Therapie zu unterziehen, kann offen bleiben.

dd) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Vorinstanz für die Beurteilung der Frage, ob eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB anzu-

ordnen ist, ein neues Gutachten bzw. eine Ergänzung des bestehenden Gutachtens hätte einholen müssen. Die standardisierte ROS-Abklärung der Abteilung Forensisch-Psychologische Abklärungen des BVD vom 19. September 2012 (Urk. 9/2/44), auf welche die Vorinstanz verwiesen hat (Urk. 2 Erw. III/2.3 a.E.), kann - ebensowenig wie z.B. Berichte des Therapeuten (BGE 134 IV 254 Erw. 4.3) - ein Gutachten nicht ersetzen. Damit ist die Beschwerde insoweit begründet, und es ist Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben.

2.5 Wie erwähnt, hat sich eine sachverständige Begutachtung über die Notwendigkeit und Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters, die Art und Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten und die Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme zu äussern. Der Sachverständige hat sich über sämtliche tatsächlichen Voraussetzungen der Massnahmen auszusprechen und sich über die voraussichtlichen Wirkungen verschiedener Sanktionen vergleichend auszulassen (BGE vom 18. Oktober 2011, 6B_438/2011, Erw. 2.3 m.H.). Gemäss bundesgerichtlicher Praxis kann der Richter im Zusammenhang mit der Abänderung von Massnahmen bzw. der Anordnung von Ersatzmassnahmen bzw. bei Abänderungsentscheiden seinen Entscheid nur gestützt auf Grundlagen treffen, wie sie ihm als Sachrichter auch bei der erstmaligen Anordnung zur Verfügung stehen müssen. Wie bei der ursprünglichen Anordnung einer stationären Massnahme sind bei einem Abänderungsentscheid sämtliche Voraussetzungen der Massnahme einer näheren Prüfung zu unterziehen (BGE 134 IV 255 Erw. 4.3 und 128 IV 246 Erw. 3.3). Im Lichte dieser Praxis liegt der Schluss äusserst nahe, dass sich das einzuholende Ergänzungsgutachten über alle genannten Aspekte aussprechen muss, doch ist diese Frage vorliegend nicht abschliessend zu erörtern, denn es ist jedenfalls ohne Weiteres davon auszugehen, dass es sich auch über die Legalprognose äussert (Art. 56 Abs. 3 lit. b StGB). Damit wird das Ergänzungsgutachten auch Aspekte beschlagen, die für die Fragen von Bedeutung sind, ob der Beschwerdeführer in den Strafvollzug zurück zu versetzen ist, weil ernsthaft zu befürchten ist, dass er neue Straftaten begeht (Art. 95 Abs. 5 StGB), oder ob Anordnungen im Sinne von Art. 95 Abs. 4 StGB in Betracht fallen. Daher ist auch Dispositiv-Ziffer 2 und sind als Folge davon auch die weiteren Dispositiv-Ziffern des angefochtenen Beschlusses aufzuheben; die Vorinstanz wird nach Eingang

des Ergänzungsgutachtens über die Frage der Rückversetzung in den Strafvollzug neu zu entscheiden haben. Auf die gegen die Anordnung der Rückversetzung in den Strafvollzug gerichteten Beschwerdevorbringen ist daher nicht einzugehen. Immerhin sei hierzu erwähnt, dass es gemäss den Erwägungen in der Verfügung vom 11. März 2013 (Urk. 24 Erw. 2.7.1 lit. f) sehr nahe liegt, die Rückversetzung erweise sich aufgrund der gegenwärtigen (jedoch nach dem Gesagten zufolge eines nicht aktuellen Gutachtens unvollständigen) Aktenlage als rechtmässig.

2.6 Abschliessend ist festzuhalten, dass der angefochtene Beschluss in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben ist. Da nach dem Gesagten ein Ergänzungsgutachten einzuholen ist, erweist sich der Sachverhalt im jetzigen Zeitpunkt als unvollständig. Zudem liess der Beschwerdeführer vor Vorinstanz darauf hinweisen, dass die Anordnung einer Massnahme eine weitere Begutachtung voraussetzen würde (Urk. 9/15 S. 10), weshalb das Nichteinholen eines Ergänzungsgutachtens auch eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bedeutet; die Gehörsverletzung, welche im Beschwerdeverfahren nicht ohne Vornahme von Weiterungen geheilt werden kann, führt in der Regel zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Beschluss der hiesigen Kammer vom 21. Juli 2011, UB110061, Erw. II/5 m.H. auf die Lehre). Hinzu kommt, dass die Fragen, ob der Beschwerdeführer in den Strafvollzug zurück zu versetzen und die Reststrafe von heute (unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich erstandenen Sicherheitshaft) ca. 740 Tagen zu vollziehen sowie ob bejahendenfalls eine stationäre Massnahme anzuordnen ist, angesichts der drohenden schwerwiegenden Konsequenzen seine Interessen in erheblichem Masse tangieren; insofern hat er Anspruch darauf, den nachträglichen selbstständigen Entscheid mit einem kantonalen Rechtsmittel anfechten zu können. Aus diesen Gründen ist die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.7 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 423 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung des Offizialanwalts wird durch die das Verfahren abschliessende Behörde festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Beschwerdeführers um Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. November 2012 (DA120088-K/UB) aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - den amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers, zweifach, für sich und den Beschwerdeführer, per Gerichtsurkunde
 - die Beschwerdegegnerin, gegen Empfangsbestätigung
 - das Amt für Justizvollzug, ..., mit A-Post
 - das Bezirksgericht Winterthur, ad DA120008, unter Rücksendung der eingereichten Akten (Urk. 9), gegen Empfangsbestätigung
5. Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 BGG **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 BGG vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 26. März 2013

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. T. Graf