



Kass.-Nr. AC050116/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Titus Graf

Zirkulationsbeschluss vom 12. September 2006

in Sachen

X.

Verurteilter, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Y.

gegen

1. **Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich,**
Bewährungsdienst Winterthur, Tellstr. 4, 8401 Winterthur,
Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin 1
2. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**
Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin 2

2 vertreten durch den Sonderstaatsanwalt Dr. iur. Pius Schmid, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

betreffend **Vollstreckung aufgeschobener Strafen**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 20. Juli 2005(UG030051/U/ml)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde mit Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. September 1997 zweitinstanzlich wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes mit 12 Monaten Gefängnis, abzüglich 30 Tagen erstandener Untersuchungshaft, bestraft. Es wurde eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 6 StGB in Verbindung mit Art. 43 Ziff. 2 StGB angeordnet und der Vollzug der Freiheitsstrafe zu diesem Zweck aufgeschoben (OG act. 3). Mit Verfügung des damaligen Amtes für Straf- und Massnahmenvollzug (ASMV) vom 13. Oktober 1997 wurde der Vollzug der gerichtlich angeordneten Massnahme geregelt (OG act. 2/5).

2. Am 25. März 1998 verurteilte das Bezirksgericht Winterthur den Beschwerdeführer erneut wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes und bestrafte ihn mit 12 Monaten Gefängnis, abzüglich 14 Tagen erstandener Untersuchungshaft, als Zusatzstrafe zum vorstehend erwähnten Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. September 1997. Wiederum wurde eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 6 StGB angeordnet und der Vollzug der Freiheitsstrafe zwecks Durchführung dieser Massnahme aufgeschoben, wobei das Gericht vormerkte, dass sich der Beschwerdeführer bereits im Massnahmenvollzug befand (OG act. 4). Mit Verfügung vom 17. April 1998 schob das ASMV den Vollzug dieser Massnahme zu Gunsten der bereits laufenden ambulanten Massnahme auf (OG act. 2/10).

3. Nach Ablauf der gesetzlich bestimmten 2-jährigen Höchstdauer der Massnahme ersuchte das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 1; JuV, vormals ASMV) mit Verfügung vom 3. November 1999 das Obergericht des Kantons Zürich um einen Folgeentscheid (OG act. 2/16). Obwohl

gegen den Beschwerdeführer erneut ein Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz hängig war, jedoch der Massnahmeverlauf insgesamt als positiv bewertet und der Massnahmepurpose als nach wie vor nicht erreicht erachtet wurde, ordnete die III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich mit Beschluss vom 16. Mai 2000 erneut eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 und 6 StGB an und schob den Vollzug der mit den vorstehend erwähnten Urteilen ausgefallten Strafen von je 12 Monaten Gefängnis in Anwendung von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB erneut auf (OG act. 7). Mit Schreiben des JuV an den Beschwerdeführer vom 25. Januar 2001 wurde der Vollzug dieser Massnahme angeordnet und in einer Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und dem JuV vom 4. September 2001 geregelt (OG act. 2/24 und act. 2/32), wobei ausdrücklich festgehalten wurde, dass eine erneute Verurteilung wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz die Einstellung des Massnahmenvollzuges nach sich ziehen könnte.

4. Am 3. März 2000 und 19. September 2000 wurde der Beschwerdeführer mit Strafbefehlen der Bezirksanwaltschaft Winterthur u.a. wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes bzw. mehrfachen Vergehens und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes mit einem Monat bzw. 14 Tagen Gefängnis bestraft, der Vollzug der ausgesprochenen Strafen jedoch nicht aufgeschoben (OG act. 5 und act. 6). Mit Kollisionsentscheid des JuV vom 14. Februar 2003 wurde der Vollzug dieser beiden Strafen rückwirkend zu Gunsten der laufenden ambulanten Massnahme aufgeschoben (OG act. 2/38).

5. Nach erneutem Ablauf der Massnahmehöchstdauer am 25. Januar 2003 und nachdem gegen den Beschwerdeführer am 11. Juli 2002 ein neues Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz eröffnet worden war (OG act. 28) und er sich seit 8. Mai 2003 in Untersuchungshaft befand (OG act. 28/19/2), stellte das JuV mit Verfügung vom 11. Juli 2003 den Vollzug der mit Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. Mai 2000 angeordneten ambulanten Massnahme ein und beantragte, den Vollzug der vorstehend erwähnten vier Gefängnisstrafen von insgesamt 25 ½ Monaten

anzuordnen (OG act. 1). Mit Beschluss vom 1. September 2003 ernannte die III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich dem Beschwerdeführer einen amtlichen Verteidiger und stellte das vorliegende Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des bei der Bezirksanwaltschaft Winterthur bzw. beim Bezirksgericht Winterthur hängigen Strafverfahrens ein unter Hinweis darauf, dass im neuen Strafverfahren in einem psychiatrischen Gutachten vom 9. Juli 2003 direkt im Anschluss an die Untersuchungshaft eine stationäre Behandlung empfohlen wurde, der zuständige Bezirksanwalt den vorzeitigen Massnahmenvollzug verfügt hatte und der Beschwerdeführer am 4. September 2003 aus der Untersuchungshaft in die Klinik Frankenthal in Zürich einzutreten beabsichtigte (OG act. 14 und KG act. 2 S. 5). Nach mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 8. Oktober 2003 rechtskräftiger Erledigung des neuen Strafverfahrens wurde das vorliegende Verfahren mit Verfügung vom 5. November 2003 wieder aufgenommen und der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (nachfolgend Beschwerdegegnerin 2) und dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, zur Verfügung des JuV vom 11. Juli 2003 Stellung zu nehmen (OG act. 16 in Verbindung mit Prot. S. 6 und act. 17). Die Beschwerdegegnerin 2 beantragte die Einholung eines Berichtes von der zuständigen Behörde über den bisherigen Verlauf der vorzeitig angetretenen stationären Massnahme, um die Erfolgsaussichten eines nochmaligen Therapieversuches beurteilen zu können und mit der weiteren Begründung, der Beschwerdeführer sei bis anhin wenig massnahmewillig gewesen und habe insbesondere eine stationäre Massnahme abgelehnt (OG act. 19). Der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers schloss sich diesem Antrag an, ersuchte jedoch mit der Einholung eines Berichtes noch zuzuwarten, da gestützt auf einen Bericht des Bewährungsdienstes Winterthur vom 16. Februar 2004 der Massnahmenvollzug noch gar nicht habe beginnen können (OG act. 22 und act. 23). Da nach Mitteilung des Bewährungsdienstes Winterthur sich die Suche nach einer geeigneten Institution als schwierig erwies und die III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich dem Beschwerdeführer Gelegenheit geben wollte, seinen Willen, sich stationär behandeln zu lassen, zu belegen, wurde, bevor ein Bericht einzuholen war, das Verfahren mit Beschluss vom 25. März 2004 erneut, einstweilen bis 30. Juni 2004, eingestellt (OG act. 29 in Verbindung mit Prot. S. 9

und 10). Mit Verfügung vom 21. Juli 2004 stellte der Bewährungsdienst Winterthur die mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 8. Oktober 2003 angeordnete stationäre Massnahme ein, weil sie nicht vollzogen werden konnte (OG act. 31 in Verbindung mit Prot. S. 12). Das vorliegende Verfahren wurde danach mit Verfügung vom 23. Juli 2004 wieder aufgenommen und der Beschwerdegegnerin 2 und dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um zur Verfügung des JuV vom 11. Juli 2003 und zur aktuellen Situation Stellung zu nehmen (OG act. 34). Die Beschwerdegegnerin 2 beantragte den Vollzug der vier erwähnten Gefängnisstrafen (OG act. 36), der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers stellte nach verpasster Frist ein Wiederherstellungsgesuch, welches bewilligt wurde (OG act. 38 und act. 39). In der Folge musste dem amtlichen Verteidiger, weil der Beschwerdeführer unbekanntes Aufenthalts war, die Frist zur Stellungnahme viermal erstreckt werden (OG act. 41 - act. 44 in Verbindung mit Prot. S. 15 - S. 17). In seiner Eingabe vom 1. Dezember 2004 stellte der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers den Antrag, die integrierte Psychiatrie Winterthur sei anzufragen, ob die Anordnung einer therapeutischen Massnahme angezeigt und anstelle des Strafvollzuges eine ambulante Behandlung anzuordnen sei. Gleichzeitig gab er die Adresse des Beschwerdeführers bekannt; dieser sei nun bei seinem Bruder Z. wohnhaft (OG act. 46). Mit Eingabe vom 13. Dezember 2004 ergänzte der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers seine Stellungnahme, gab das Ergebnis der Urinprobe vom 24. November 2004 bekannt und teilte gleichzeitig mit, der Beschwerdeführer sei wieder unbekanntes Aufenthalts (OG act. 49).

Mit Beschluss vom 23. Dezember 2004 ordnete das Bezirksgericht Winterthur den Vollzug der gemäss seinem Urteil vom 8. Oktober 2003 zu Gunsten der stationären Massnahme aufgeschobenen Strafe von 12 Monaten Gefängnis, abzüglich 119 Tage Untersuchungshaft, an, und stellte fest, dass die Strafe durch den Massnahmenvollzug, zusammen mit der Untersuchungshaft erstanden sei (OG act. 50). Dieser Entscheid wurde am 1. Februar 2005 rechtskräftig.

6. Mit Beschluss vom 20. Juli 2005 ordnete die III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (Vorinstanz) den nachträglichen Vollzug der mit Urteilen des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. September 1997 bzw. des

Bezirksgerichtes Winterthur vom 25. März 1998 und der mit Strafbefehlen der Bezirksanwaltschaft Winterthur vom 3. März 2000 und 19. September 2000 ausgesprochenen Strafen an (OG act. 53 bzw. KG act. 2).

7. Der Beschwerdeführer hat gegen den vorinstanzlichen Beschluss rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 55) und begründet (KG act. 1). Er beantragt, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 1). Die Beschwerdegegnerin 2 verzichtete ausdrücklich auf Beschwerdeantwort (KG act. 13), ebenso die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 12). Die Beschwerdegegnerin 1 liess sich nicht vernehmen. Eine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht erhoben (KG act. 6).

II.

1. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, der angefochtene Beschluss beruhe auf einer aktenwidrigen tatsächlichen Annahme. Die von ihm am 19. August 2004 abgegebene Urinprobe sei bezüglich Kokain und Morphin, was das Schreiben der integrierten Psychiatrie Winterthur vom 29. November 2004 (OG act. 7) belege, negativ gewesen. Das Gleiche gelte für die am 24. November 2004 vom Beschwerdeführer abgegebene Urinprobe, auch hier sei die Überprüfung auf Kokain und Opiate negativ ausgefallen, wie dem der Vorinstanz vom Beschwerdeführer eingereichten Bericht des chemischen Zentrallabors des Kantonsspitals Winterthur (OG act. 49 Blatt 2) zu entnehmen sei. Die Feststellung der Vorinstanz auf S. 9 ihres Beschlusses, entgegen den Annahmen des Therapeuten A., die beiden Urinproben vom 19. August 2004 und vom 24. November 2004 seien negativ ausgefallen, habe das chemische Zentrallabor des Kantonsspitals Winterthur bezüglich einer Urinprobe einen auf Kokain und Heroin positiven Befund erhoben, beruhe auf einem Irrtum. Es sei zwar zutreffend, dass der Bericht des chemischen Zentrallabors des Kantonsspitals Winterthur (OG act. 49 Blatt 2) einen auf Kokain und Heroin positiven Befund enthalte; dieser Befund beziehe sich jedoch nicht auf die beiden Heroinproben vom 19. August 2004 bzw. 24. November 2004, sondern, wie dem Laborbericht eindeutig zu entnehmen sei, auf ei-

ne am 2. Oktober 2003 beim Labor eingegangene Urinprobe. Diese irrtümliche Feststellung habe sich auf den vorinstanzlichen Entscheid ausgewirkt, auch wenn die Vorinstanz auf S. 9 festhalte, diese zwei Urinproben seien nicht entscheiderelevant. Die Vorinstanz halte auf S. 9 ihres Beschlusses gestützt auf eine Auskunft des Therapeuten A. fest, der Beschwerdeführer unterziehe sich, seit er am 23. Juli 2005 (recte: 2004) aus der psychiatrischen Universitätsklinik entlassen worden sei, wieder regelmässig einer Gesprächstherapie. Gleichwohl spreche die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Massnahmefähigkeit ab und stelle fest, eine ambulante Massnahme sei nachgewiesenermassen nicht Erfolg versprechend. Ob diese Feststellungen zutreffen, könne anders zu beurteilen sein, wenn beide Urinproben negativ waren, als wenn eine von ihnen positiv war. Negative Ergebnisse beider Proben sprächen für längere Abstinenz des Beschwerdeführers von Heroin und Kokain und damit eher für einen Erfolg der bisherigen und die Erfolgsaussicht einer weiteren Gesprächstherapie, als wenn der Beschwerdeführer laut einem der beiden Urintests wieder Heroin und/oder Kokain eingenommen hätte (KG act. 1 S. 1 und 2).

2. Zutreffend ist, dass sich die vorinstanzliche Annahme auf S. 9, welche als aktenwidrig gerügt wird, auf die beiden Heroinproben vom 19. August 2004 bzw. 24. November 2004 bezieht, jedoch der dafür von der Vorinstanz angerufene Befund des chemischen Zentrallabors des Kantonsspitals Winterthur (OG act. 49 Blatt 2) und der Bericht der integrierten Psychiatrie Winterthur vom 29. November 2004 (OG act. 47) bezüglich dieser beiden Heroinproben ausdrücklich ein negatives Ergebnis festhalten. Die Vorinstanz hat offensichtlich übersehen, dass der positive Laborbefund sich auf eine Heroinprobe, wie der Beschwerdeführer zu Recht feststellt, vom 2. Oktober 2003 bezieht. Die Rüge ist an sich begründet. Die falsche Annahme der Vorinstanz hat sich jedoch auf ihren Beschluss offensichtlich nicht ausgewirkt, wie die Vorinstanz selber festhält (KG act. 2 S. 9, letzter Satz, Absatz 1). Auf S. 3 - 6 schildert die Vorinstanz detailliert sowohl den Verlauf der mehrmals angeordneten ambulanten Massnahmen wie auch den Verlauf der stationären Massnahme und hält fest, dass die stationäre Massnahme nicht einmal begonnen werden konnte und die ambulante Massnahme trotz 10-jähriger Dauer und verschiedenen intensiven Bemühungen ihren Zweck, den Beschwer-

deführer von seiner Drogenabhängigkeit zu heilen, nicht zu erreichen vermochte. Gestützt darauf folgert sie, der Beschwerdeführer sei nicht massnahmefähig (KG act. 2 Ziff. 3.a S. 9 unten, 10 oben). Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass die Vorinstanz gleich entschieden hätte, wenn sie von einem negativen Befund beider vom Beschwerdeführer erwähnten Urinproben ausgegangen wäre. Überdies trifft nicht zu, dass der Beschwerdeführer seit seiner Entlassung aus der psychiatrischen Universitätsklinik am 23. Juli 2004 nicht mehr Drogen konsumierte und daher während längerer Zeit abstinent lebte. Er selber hat in seiner Stellungnahme (OG act. 46) ausführen lassen, er habe „vor vier Wochen eine Woche lang Heroin“ (S. 1) geraucht. Aus dem Kontext dieser Eingabe ergibt sich, dass sich der vom Beschwerdeführer selber erwähnte Heroinkonsum auf Ende Oktober Anfangs November 2004 beziehen muss. Die von ihm behauptete längere Abstinenz als Indiz für die Wirkung der Gesprächstherapie ist somit nicht zutreffend.

3. Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz stelle auf S. 9 unten fest, der Verlauf der verschiedenen intensiven Bemühungen, mit denen seit 1995 versucht worden sei, ihn von seiner Drogenabhängigkeit zu heilen, zeige mit hinreichender Deutlichkeit, dass ihm die Massnahmefähigkeit abgehe und auf S. 10 oben stelle die Vorinstanz fest, eine ambulante Behandlung sei nachgewiesenermassen nicht Erfolg versprechend. Diese Feststellungen widersprächen der vorinstanzlichen Annahme S. 9 Mitte, der Beschwerdeführer unterziehe sich seit seiner Entlassung aus der psychiatrischen Klinik am 23. Juni 2004 wieder regelmäßig einer Gesprächstherapie und der Tatsache, dass die Vorinstanz den Akten weder Konsum von Drogen noch Handel mit Drogen durch den Beschwerdeführer seit 23. Juli 2004 entnehmen könne. Dass der Beschwerdeführer sich der Behandlung unterzog, spreche für Massnahmewilligkeit, welche eng mit Massnahmefähigkeit zusammenhänge; das Fehlen von Hinweisen auf Drogenkonsum oder Drogenhandel seit dem 23. Juli 2004 spreche für positive Wirkung der Gesprächstherapie und damit auch für Erfolgchancen weiterer ambulanter Behandlungen. Jedenfalls sei es klarerweise nicht zulässig festzustellen, dem Beschwerdeführer gehe die Massnahmefähigkeit hinreichend deutlich ab und eine ambulante Behandlung sei nachgewiesenermassen nicht Erfolg versprechend. Diesen Nachweis verunmögliche der Verlauf seit dem 23. Juli 2004. Die gerügten

obergerichtlichen Feststellungen beruhen deshalb auf willkürlicher Beweiswürdigung, was zur Nichtigkeit des angefochtenen Beschlusses führe.

4. Wie oben ausgeführt, stützt die Vorinstanz ihre Annahme, der Beschwerdeführer sei nicht massnahmefähig und die ambulante Behandlung nicht Erfolg versprechend, auf die seit 10 Jahren intensiven Bemühungen, den Beschwerdeführer von seiner Drogenabhängigkeit zu heilen. Der Beschwerdeführer stellt weder in Abrede, dass seit 10 Jahren solche intensiven Bemühungen stattgefunden haben, noch dass der damit verbundene Zweck, ihn von seiner Abhängigkeit zu heilen, nicht erreicht wurde. Dass der Beschwerdeführer während kurzer Zeit, d.h. nicht einmal ein halbes Jahr, eine Gesprächstherapie absolvierte, widerspricht diesen Feststellungen nicht, um so weniger, als die angebliche Drogenabstinenz seit 23. Juli 2004, wie oben ausgeführt, nach seiner eigenen Zugabe nicht zutrifft. Die Rüge ist daher unbegründet.

5. Richtig ist, dass der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers in seiner Eingabe (OG act. 46) entgegen der vorinstanzlichen Annahme nicht eingewendet hat, es habe nie eine Behandlung im ambulanten Rahmen stattgefunden, sondern spezifiziert hat, es habe nie eine heroingestützte Behandlung stattgefunden (KG act. 1 S. 3 unten). Ob eine heroingestützte Behandlung im Sinne einer ambulanten Massnahme nach Art. 44 Ziff. 1 StGB hätte angeordnet werden sollen, ist eine Frage des Bundesrechtes, weshalb auf die entsprechende Rüge nicht einzutreten ist (§ 430b StPO).

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Dem Ausgang des Kassationsverfahrens entsprechend sind die Kosten, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO), jedoch, wie dies bereits die Vorinstanz getan hat (KG act. 2 S. 12), in Anbetracht seiner finanziellen und persönlichen Verhältnisse einstweilen abzuschreiben. Über die Höhe der Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird

unter Berücksichtigung der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 221.-- Schreibgebühren,
Fr. 114.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: