



Kass.-Nr. AC080028/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Sitzungsbeschluss vom 15. Dezember 2008

in Sachen

X.,

...,

Verwarfter und Beschwerdeführer

bisher amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...,

neu amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin ...

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Leitende Staatsanwältin Dr.iur. Ursula Frauenfelder Nohl,
Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich

betreffend

Verwarungsüberprüfung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2008 (UG070036/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts vom 9. März 2004 des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG schuldig gesprochen und mit 4½ Monaten Gefängnis bestraft. Er wurde im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB verwahrt und der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde gestützt auf Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 aStGB zu diesem Zweck aufgeschoben. Eine vom Beschwerdeführer gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 27. Oktober 2004 abgewiesen (BGer 6S.196/2004).

Mit Verfügung vom 30. November 2004 ordnete der Sonderdienst im Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (nachfolgend Sonderdienst) an, dass der Beschwerdeführer zum Vollzug der Verwahrungsmassnahme in die kantonale Strafanstalt Pöschwies eingewiesen und der Vollzug der stationären Massnahme gemäss Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 3. April 1995 zu Gunsten Verwahrungsmassnahme aufgeschoben werde. Seit diesem Zeitpunkt befindet sich der Beschwerdeführer im Verwahrungsvollzug (vgl. Vollzugsakten, KG act. 10/2).

2. Am 12. März 2007 überwies der Sonderdienst gestützt auf Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest der Änderung StGB vom 13.12.2002 (nachfolgend SchlBest) dem Obergericht die Vollzugsakten zwecks Verwahrungsüberprüfung. Er verzichtete auf die Abgabe einer Empfehlung dazu, ob eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB angeordnet oder die Verwahrung nach neuem Recht weitergeführt werden solle.

In der Folge beantragte der Beschwerdeführer, die seinerzeit angeordnete Verwahrungsmassnahme sei ersatzlos aufzuheben.

3. Im Rahmen des Überprüfungsverfahrens stellte der Beschwerdeführer am 21. Mai 2008 ein (erstes) Haftentlassungsgesuch (OG act. 31). Am 30. Mai 2008 fand entsprechend dem Antrag des Beschwerdeführers eine mündliche Verhandlung vor Obergericht statt, bei welchem sich die Parteien zur Verwahrungsüberprüfung wie auch zum Haftentlassungsgesuch äusserten. Mit Beschluss vom 12. Juni 2008 trat das Gericht auf das Haftentlassungsgesuch nicht ein und überwies es zuständigkeitshalber dem Amt für Justizvollzug. Gleichzeitig sistierte es das Verfahren betreffend Verwahrungsüberprüfung bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Entlassungsgesuch (OG act. 43). Am 1. Juli 2008 wies der Sonderdienst das Haftentlassungsgesuch ab (OG act. 48).

Am 9. September 2008 stellte der Beschwerdeführer im Rahmen des hängigen Verfahrens ein weiteres Haftentlassungsgesuch (OG act. 53). Dieses wurde den Parteien zur Vernehmlassung zugestellt; der Beschwerdeführer verzichtete auf nochmalige Anhörung.

4. Mit Beschluss vom 1. Oktober 2008 (KG act. 2) trat das Obergericht auch auf das zweite Haftentlassungsgesuch (infolge fehlender Zuständigkeit) nicht ein. Es ordnete keine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59-61 oder 63 StGB an, sondern beschloss, die mit Urteil vom 9. März 2004 angeordnete Verwahrung nach neuem Recht weiterzuführen.

5. Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete und erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, es sei Dispositiv-Ziff. 2 des Beschlusses aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, dafür zu sorgen, dass die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung des Beschwerdeführers unverzüglich in einem gerichtlichen Verfahren im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK überprüft werde (KG act. 7 S. 2). Die Staatsanwaltschaft hat auf Beschwerdeantwort verzichtet (KG act. 13).

6. Mit Verfügung vom 18. November 2008 wurde der bisherige amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers für das vorliegende Beschwerdeverfahren

antragsgemäss und im Sinne von § 3 Abs. 2 Ziff. 3 GVG durch Rechtsanwältin Z. ersetzt.

II.

1. Der Beschwerdeführer strebt nach eigenen Vorbringen eine *gerichtliche* Entscheidung im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK darüber an, ob die Verwahrungsmassnahme nach Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB noch eine gesetzliche Grundlage hat oder nicht. Er macht in diesem Zusammenhang geltend, indem die Vorinstanz auf sein Haftentlassungsgesuch materiell nicht eingetreten sei, habe sie ihm – unter Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 9 Abs. 4 IPBPR – das rechtliche Gehör verweigert und damit den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO erfüllt (Beschwerde S. 6 Ziff. 8, S. 9 Ziff. 12).

Parallel dazu liess der Beschwerdeführer beim Sonderdienst die bedingte Entlassung im Sinne von Art. 64a Abs. 1 StGB beantragen. Diesen Antrag wies der Sonderdienst mit Verfügung vom 7. Oktober 2008 ab; ein dagegen erhobener Rekurs ist zur Zeit bei der Direktion der Justiz und des Inneren des Kantons Zürich hängig (Beschwerde S. 3 Ziff. 5; KG act. 8).

2. Vorab stellt sich die Frage, ob unter dem Aspekt von § 428 StPO auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Nach dieser Bestimmung ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse (u.a.) des Obergerichts als erster Instanz.

2.1 Nach Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 4 f., Ziff. 7) handelt es sich beim angefochtenen Entscheid (auch) insoweit, als auf das Entlassungsgesuch nicht eingetreten wurde, um einen Erledigungsbeschluss. Auch wenn es dabei um eine Haftprüfung gehe, handle es sich nicht (wie sonst regelmässig bei Haftprüfungsverfahren) um einen Zwischenentscheid, gegen welchen die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen wäre. Denn es gehe nicht um einen Entscheid im Rahmen einer Strafuntersuchung bzw. eines strafprozessualen Erkenntnisverfahrens, sondern um ein eigenständiges Verfahren im Sinne von Art. 5

Ziff. 4 EMRK, in welchem der Beschwerdeführer geltend mache (und bereits vor Vorinstanz geltend gemacht habe), dass keine gesetzliche Grundlage für den Freiheitsentzug mehr bestehe, weshalb die Verwahrung im Sinne von Art. 56 Abs. 6 i.V.m. Art. 64 ff. StGB aufzuheben sei, woraus sich wiederum der Anspruch auf Haftentlassung ergebe.

Ebenso wenig habe der Anspruch auf Haftprüfung nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK mit einem Haftprüfungsverfahren nach §§ 58 ff. StPO zu tun. Dieses Gesuch sei deshalb bei der III. Strafkammer gestellt worden, weil es keine gesetzliche Regelung darüber gebe, bei welcher Instanz ein derartiges Gesuch überhaupt zu stellen wäre, weshalb sich aus prozessökonomischen Gründen die Verbindung mit dem Gesuch um Verwahrungsüberprüfung aufgedrängt habe. Es sei aber – so der Beschwerdeführer weiter – ohne weiteres auch denkbar, ein solches Haftentlassungsgesuch beim seinerzeit für die Anordnung der Verwahrung zuständigen Sachgericht (hier also der II. Strafkammer) zu stellen. In diesem Fall wäre klar, dass gegen einen (ablehnenden) Entscheid die Nichtigkeitsbeschwerde unter dem Aspekt der Erledigungsnatur zulässig sein müsste, wie sich dies übrigens auch aus der Praxis zu sog. Nachverfahren ergebe.

2.2 Mit dem Beschwerdeführer ist davon auszugehen, dass es sich beim Entscheid betreffend Nichteintreten auf das Haftentlassungsgesuch um einen Erledigungsbeschluss im Sinne von § 428 StPO handelt. Dass es sich nicht um einen blossen Zwischenentscheid im Hinblick auf das Verfahren betreffend Verwahrungsüberprüfung handelt, folgt schon daraus, dass dieses Verfahren gleichzeitig (und ohne Rücksichtnahme auf den Haftentscheid) erledigt worden ist.

Da es sich beim angefochtenen Entscheid ferner um einen solchen handelt, den das Obergericht als erste Instanz gefällt hat, steht dem Eintreten auf die Beschwerde nichts entgegen.

3.1 Gemäss Art. 5 Ziff. 4 EMRK hat jedermann, dem die Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, das Recht auf ein Verfahren, in welchem durch ein Gericht raschmöglichst ("innerhalb kurzer Frist") über die Rechtmässigkeit der Haft entschieden und im Falle der Widerrechtlichkeit die Entlassung angeordnet

wird. Ein solcher Anspruch auf gerichtliche Überprüfung der angeordneten Haft besteht jedoch grundsätzlich dann nicht (mehr), wenn die Inhaftnahme am Ende eines gerichtlichen Verfahrens, d.h. als Ergebnis einer strafrechtlichen Verurteilung im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK erfolgte; in diesem Fall wird die in Ziff. 4 vorgesehene Kontrolle für die gesamte Dauer der Strafhaft von der vorangehenden gerichtlichen Verurteilung gewissermassen "absorbiert". Ziff. 4 gewährleistet insoweit keinen Anspruch auf spätere Infragestellung der *Strafhaft* (MARK E. VILLIGER, Handbuch der EMRK, 2. Auflage, Zürich 1999, N 367).

Anders ist die Rechtslage gemäss EMRK hingegen dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass bei einem andauernden Freiheitsentzug *neue Umstände* die Rechtmässigkeit der Haft *nachträglich* in Frage zu stellen vermögen. Hier entspricht es dem Zweck von Art. 5 Ziff. 4 EMRK, dass eine nachträgliche richterliche Kontrolle der Rechtmässigkeit der Haft erfolgt, dies selbst dann, wenn dieser bereits im Zeitpunkt ihrer Anordnung eine gerichtliche Kontrolle (in Urteilsform) zugrunde liegt. Diese Konstellation liegt u.a. dann vor, wenn im Falle einer gerichtlich angeordneten, zeitlich unbestimmten Verwahrung deren Weiterdauer vom *Fortbestehen besonderer Umstände* (z.B. hinsichtlich des Charakters bzw. der persönlichen Eigenschaften, wie Geisteskrankheit, Drogen- oder Alkoholsucht) abhängig gemacht wird. In solchen Fällen besteht ein Anspruch darauf, in regelmässigen Abständen die Rechtmässigkeit der freiheitsentziehenden Massnahme ("Unterbringung") gerichtlich überprüfen zu lassen, weil die Gründe, die eine solche Unterbringung anfangs erforderlich machen, nachträglich wegfallen können (VILLIGER, a.a.O., N 368; JENS MEYER-LADEWIG, EMRK-Handkommentar, Baden-Baden 2003, Art. 5 N 45, je m.H. auf die Praxis des EGMR; vgl. schon BGE 116 Ia 60). Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass dieses Recht auf regelmässige Überprüfung der tatsächlichen Voraussetzungen innerstaatlich seinen Niederschlag in den Art. 64a f. StGB gefunden hat. Hier hat der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass die zuständige Behörde (dazu unten Erw. 3.3d) mindestens einmal jährlich auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (Art. 64b Abs. 1) die Aufrechterhaltung oder Weiterführung der Verwahrung unter dem Gesichtspunkt der Gefährlichkeit der verwahrten Person zu überprüfen hat. Diese Prüfung verwirklicht insofern den Anspruch auf Haftprüfung gemäss Art. 5 Ziff. 4 EMRK im

innerstaatlichen Recht, zumal – anders als nach altem Recht – das Gesetz nunmehr ausdrücklich das jederzeitige eigene Gesuchsrecht des Betroffenen erwähnt (HEER, Basler Kommentar, StGB I, 2. Auflage 2007, Art. 64b N 27).

3.2 Im vorliegenden Fall war durch das Urteil vom 9. März 2004 gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB über den Beschwerdeführer die Verwahrung angeordnet worden. Zur Begründung dieser Massnahme war darauf hingewiesen worden, der Beschwerdeführer stelle aufgrund seiner Trunksucht und der damit zusammenhängenden langjährigen Delinquenz auch weiterhin eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar (OG act. 4, S. 24 ff., 28).

Bei der seinerzeit festgestellten Trunksucht des Beschwerdeführers (und der daraus resultierenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit) handelt es sich um eine persönliche Eigenschaft, bei welcher im Sinne des vorstehend Ausgeführten denkbar ist, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse während der Dauer der Verwahrung ändern, womit die Gründe für die Verwahrung wegfielen. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass sich die verwahrungsrelevante Gefährlichkeit seit Inkrafttreten des neuen AT StGB neu (nämlich enger) definiert, indem sie einzig unter dem Aspekt der in Art. 64 Abs. 1 StGB abschliessend aufgezählten Anlasstaten zu beurteilen ist (BGer 6B_172/2008 v. 11.9.2008, E. 2.1.2).

3.3a) Mit dem hier zur Diskussion stehenden Haftentlassungsgesuch vom 9. September 2008 hat der Beschwerdeführer zunächst allerdings nicht eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse geltend gemacht, sondern er begründet sein Gesuch nach eigenen Vorbringen primär (Beschwerde Ziff. 5, vgl. auch Ziff. 7.1, 7.3) mit der mittlerweile (durch Inkrafttreten des neuen AT StGB auf den 1. Januar 2007) eingetretenen *Veränderung der Rechtslage*. Insoweit trifft denn auch zu, dass nach heutigem Recht im Lichte der nunmehr abschliessend aufgezählten Anlassdelikte (Art. 64 Abs. 1 StGB) die Anordnung einer Verwahrung nicht möglich gewesen wäre.

Zu diesem ausschliesslich rechtlichen Aspekt hat die Vorinstanz (im zweiten Teil ihrer Begründung und insoweit hier nicht angefochten) erwogen, entgegen der Auffassung von Staatsanwaltschaft und Verteidigung habe Ziff. 2 Abs. 2

SchlBest nicht zur Folge, dass heute zu prüfen sei, ob die unter altem Recht rechtskräftig angeordnete Verwahrung auch nach neuem Recht Bestand haben könne oder aber entfalle. Eine Entlassung einzig deshalb, weil – wie im vorliegenden Fall – die neurechtlichen Voraussetzungen einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 StGB nicht erfüllt sind, stehe damit nicht zur Diskussion (Beschluss S. 11, in Übereinstimmung mit BGer 6B_144/2008 v. 9.9.2008, E. 1.1.1; 6B_172/2008 v. 11.9.2008, E. 2.1.1).

b) Mit der vorliegenden Beschwerde macht der Beschwerdeführer allerdings auch geltend (Beschwerde S. 8, Ziff. 10), er habe vor Obergericht nicht nur die heute fehlende Anlasstat (d.h. die fehlende gesetzliche Grundlage), sondern darüber hinaus auch die aktuell fehlende Gefährdung Dritter geltend gemacht; dies, indem er in seinem Haftentlassungsgesuch vom 9. September 2008 auf sein erstes Haftentlassungsgesuch verwiesen habe. Dort (im ersten Haftentlassungsgesuch) sei dargelegt worden, dass im Falle einer Entlassung eine solche Gefährdung nicht mehr gegeben wäre.

In diesem Zusammenhang kann man sich fragen, ob mit einer derartigen Verweisung auf das vor Vorinstanz eingereichte Haftentlassungsgesuch, in welchem auf ein früheres Haftentlassungsgesuch verwiesen wird, den formellen Anforderungen an den Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes Genüge getan wird. Diese Frage kann aber aus folgendem Grund offen gelassen werden.

c) Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid eine allfällige Veränderung der Sachlage unter dem Gesichtspunkt der Massnahme- bzw. Behandlungsfähigkeit des Beschwerdeführers geprüft (Beschluss S. 11 ff.) und hat in diesem Zusammenhang abschliessend eine seit Anordnung der Verwahrung *unveränderte Sachlage* konstatiert (Beschluss S. 15 unten). Es hat sich dabei nicht zur Frage einer nach wie vor weiterhin bestehenden und (insbesondere im Hinblick auf die neue Umschreibung der Anlasstaten) relevanten Gefahr für die Öffentlichkeit geäußert, wie sie darüber hinaus grundsätzliche Voraussetzung für die Weiterdauer der Verwahrung bildet. Diesbezüglich ist das Obergericht vielmehr unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts von der Zuständigkeit der Vollzugsbehörden ausgegangen (Beschluss S. 9).

Damit stellt sich die Frage, ob der im Rahmen dieser Prüfung (konkret nach Massgabe der Art. 64a f. StGB) geltende Rechtszug den Anforderungen an Art. 5 Ziff. 4 EMRK genügt, was der Beschwerdeführer bestreitet (Beschwerde S. 9, Ziff. 11). Das Bundesgericht hatte diesbezüglich (vor Inkrafttreten des revidierten AT) entschieden, der Anspruch auf regelmässige Haftkontrolle in vernünftigen Abständen sei durch die von Amtes wegen zu erfolgende Prüfung der bedingten bzw. probeweisen Entlassung aus dem Massnahmenvollzug (Art. 45 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB) gewährleistet. Der Entscheid der zuständigen Behörde (Amt für Justizvollzug) könne im Kanton Zürich zunächst verwaltungsintern weitergezogen werden, und dagegen sei die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht und hernach die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig. Damit – so das Bundesgericht – sei dem Erfordernis der regelmässigen Überprüfung des Freiheitsentzuges Rechnung getragen und es verletze Art. 5 Ziff. 4 EMRK nicht, wenn das (im damaligen Fall) angerufene Bezirksgericht seine sachliche Zuständigkeit verneint habe (Praxis 94 [2005] Nr. 2 E. 2.3.2). Diese Erwägungen haben sinngemäss für das heute geltende Recht und für die vorliegende Konstellation gleichermassen Geltung (vgl. vorstehend Erw. 3.1 a.E.). In diesem Sinn hat das Bundesgericht denn auch neuerdings mit Urteil vom 9. Oktober 2008 (6B_103/2008) in einem den Kanton Basel-Stadt betreffenden Fall entschieden, indem es einerseits den gerichtlichen Entscheid betreffend Weiterführung der altrechtlichen Verwahrung nach Massgabe von Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest bestätigte und weiter ausführte:

" 2.4 Über die bedingte Entlassung aus der Verwahrung ist entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht in dem in Ziff. 2 Abs. 2 SchlBestStGB geregelten gerichtlichen Überprüfungsverfahren zu befinden. Im Verfahren nach Ziff. 2 Abs. 2 SchlBestStGB hat das Gericht einzig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine therapeutische Massnahme erfüllt sind, und gegebenenfalls diese anzuordnen; andernfalls wird die Verwahrung nach neuem Recht weitergeführt. Über die bedingte Entlassung aus der altrechtlichen Verwahrung hat nach Art. 64b StGB - wie übrigens auch nach dem alten Recht (Art. 45 aStGB) - die zuständige Behörde zu entscheiden. Der Beschwerdeführer hat gemäss einem zutreffenden Hinweis im angefochtenen Urteil die Möglichkeit, gestützt auf Art. 64b StGB bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um bedingte Entlassung aus der Verwahrung einzureichen."

d) Damit ist davon auszugehen, dass auch im vorliegenden Fall der konventionsrechtliche Anspruch des Beschwerdeführers auf gerichtliche Haftprüfung nicht verletzt worden ist.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet und somit abzuweisen ist.

Von der Auferlegung von Kosten ist aus den von der Vorinstanz genannten Gründen abzusehen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die Kosten (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 1. Oktober 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein, ferner an die kantonale Justizdirektion (Verfahren Nr. 08587pm).

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: