



---

Kass.-Nr. AC090004/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## **Zirkulationsbeschluss vom 15. Februar 2010**

in Sachen

X.,

...

Verwarther und Beschwerdeführer

vertreten durch ...

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

**Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Ulrich Weder,  
Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

betreffend

**Verwahrungsüberprüfung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2008 (UG070017/U/bee)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als Berufungsinstanz vom 30. Mai 1997 der Vergewaltigung, des Raubes sowie der Anstiftung zu falschem Zeugnis schuldig gesprochen und mit sieben Jahren Zuchthaus bestraft. Anstelle des Strafvollzugs wurde die Verwahrung im Sinne von Art. 42 aStGB angeordnet.

Mit Eingabe vom 14. Februar 2007 überwies der Sonderdienst des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich gestützt auf Ziff. 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Änderung des StGB vom 13. Dezember 2002 die Vollzugsakten dem Obergericht zur Überprüfung der Verwahrung, d.h. zur Frage, ob eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 ff. StGB anzuordnen oder aber die Verwahrung nach neuem Recht weiterzuführen sei. Während die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich die Weiterführung der Verwahrung beantragte, liess der Beschwerdeführer – nachdem auf seinen Antrag hin zunächst bei Dr. med. A. (PPD des Amtes für Justizvollzug) ein Gutachten über seine Massnahmebedürftigkeit, Massnahmefähigkeit und Behandlungsbereitschaft eingeholt worden war – den Antrag stellen, es sei eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anzuordnen.

2. Mit Beschluss vom 1. Dezember 2008 (KG act. 2) ordnete das Obergericht (III. Strafkammer) an, es werde keine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59-61 oder 63 StGB angeordnet und die mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts vom 30. Mai 1997 nach Art. 42 aStGB angeordnete Verwahrung werde nach neuem Recht weitergeführt.

3. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt (KG act. 1 S. 2), es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache sei zu neuer Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9, 11).

## II.

1. Einziges Thema der Beschwerde ist die Frage der Verwertbarkeit des von der Vorinstanz eingeholten psychiatrischen Gutachtens von Dr. med. A. und lic. phil. I B. vom 8. Mai 2008 (OG act. 23). Diesbezüglich, d.h. in Zurückweisung des von der Verteidigung bereits damals erhobenen Einwandes war die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass auch unter Berücksichtigung von Art. 369 Abs. 7 StGB die Verwertbarkeit des fraglichen Gutachtens zu bejahen sei, obschon darin auf Delikte Bezug genommen werde, die nach der genannten Bestimmung dem Beschwerdeführer nicht mehr entgegengehalten werden dürften (vgl. Beschluss Ziff. II.5, S. 16 ff.).

Vorab stellt sich die Frage, ob auf die Rüge im Hinblick auf § 430b StPO eingetreten werden kann.

2. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde wiederum geltend, die Berücksichtigung des genannten Gutachtens, welches auf die fraglichen Urteile abstelle, verletze Art. 369 Abs. 7 StGB. Indem die Vorinstanz zu Unrecht auf dieses Gutachten abgestellt habe, habe sie aber auch gegen § 127 StPO verstossen. Diese Bestimmung untersage die Verwertung von mangelhaften Gutachten, und somit sei gestützt auf kantonales Recht zu entscheiden, ob das in Frage stehende Gutachten mangelhaft sei. Mangelhaft sei ein Gutachten insbesondere dann, wenn es sich zum Befund auf unverwertbare Beweismittel stütze. Die Frage der Verwertbarkeit sei im vorliegenden Zusammenhang eine bundesrechtliche Vorfrage, welche vom Kassationsgericht zu entscheiden sei (Beschwerde S. 6/7, Rz 5 und S. 9, Rz 15).

2.1 Hängt die Frage der Verletzung kantonalen Rechts vom Entscheid über eine Vorfrage eidgenössischen Rechts ab, so prüft die kantonale Kassationsin-

stanz auch diese Frage (§ 430b Abs. 2 Satz 2 StPO). Der vom Beschwerdeführer als primär verletzt angerufene § 127 StPO bezieht sich auf gewisse formelle und inhaltliche Mängel des Gutachtens selbst (Unvollständigkeit, Ungenauigkeit, Undeutlichkeit), bzw. auf Divergenzen zwischen mehreren Sachverständigen sowie allgemein auf "erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens". Nicht ohne weiteres klar ist, ob auch ein Mangel wie der hier geltend gemachte (Abstellen des Gutachters auf von Bundesrechts wegen unbeachtliche Tatsachen) unter § 127 StPO fällt.

Eine Verletzung von § 127 StPO war im Verfahren vor Obergericht weder Thema der Vorbringen der Verteidigung (vgl. OG act. 41), noch wurde diese Frage im angefochtenen Entscheid aufgeworfen. Ob eine Missachtung des bundesrechtlichen Verwertungsverbotes von Art. 369 Abs. 7 StGB einen Anwendungsfall von § 127 StPO darstellen würde, erscheint denn auch fraglich, kann aber, wie sich aus dem folgenden ergibt, hier offen bleiben.

2.2 Leitlinie der Auslegung von § 430b StPO ist der Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Das Kassationsgericht tritt daher auf Rügen nicht ein, welche ihrem Gehalt nach im Rahmen des zulässigen Rechtsmittels (früher eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, heute Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 ff. BGG; § 430b Abs. 1 StPO) dem Bundesgericht unterbreitet werden können und die das Bundesgericht mit freier Kognition beurteilt. Massgebend ist in diesem Zusammenhang in erster Linie die bundesgerichtliche Rechtsprechung selbst.

Die vorliegend kontroverse Frage, ob nämlich im Rahmen der Erstattung eines psychiatrischen Gutachtens auch auf frühere Urteile abgestellt werden darf, die gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB aus dem Strafregister entfernt sind und dem Angeklagten daher nicht mehr entgegengehalten werden dürfen, oder ob ein solches Vorgehen unmittelbar und von Bundesrechts wegen Unverwertbarkeit des Gutachtens zur Folge hat, wird vom Bundesgericht frei überprüft, wie sich ohne weiteres aus BGE 135 IV 87 E. 2.5 ergibt. Hier hat das Bundesgericht in einer vergleichbaren Konstellation (ebenfalls den Kanton Zürich betreffend) erwogen, aus dem Umstand, dass den Betroffenen aus dem Strafregister entfernte Verurteilun-

gen nicht entgegengehalten werden dürften, könne nicht geschlossen werden, dass auch medizinische Sachverständige solche Umstände nicht mehr berücksichtigen dürften. Es hat dies, wie sich aus dem Kontext ohne weiteres ergibt, nicht etwa als kantonale rechtliche Frage unter dem Aspekt von § 127 StPO, sondern unmittelbar als Frage des Bundesrechts und entsprechend mit freier Kognition entschieden.

Daran ändert auch nichts, dass im erwähnten Fall BGE 135 IV 87 gegen den dort angefochtenen Entscheid eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wegen § 428 StPO ausgeschlossen war und der dortige Beschwerdeführer somit sämtliche Rügen mit Beschwerde in Strafsachen dem Bundesgericht zu unterbreiten hatte. Wie bereits ausgeführt prüfte das Bundesgericht die (mit der vorliegenden Rüge sachlich identische) Rüge ausschliesslich unter dem Aspekt von Art. 369 Abs. 7 StGB und nicht etwa unter dem Aspekt der Verletzung kantonalen Verfahrensrechts. Insoweit steht fest, dass auch im vorliegenden Fall die Geltendmachung einer Verletzung von Art. 369 Abs. 7 StGB unmittelbar vor Bundesgericht möglich ist, mit dem Resultat, dass bei Gutheissung der Rüge durch das Bundesgericht die Unverwertbarkeit des in Frage stehenden Gutachtens verbindlich festgestellt wäre.

2.3 Daraus folgt, dass auf die vorliegende Rüge und damit auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten ist.

3. Analog dem Entscheid der Vorinstanz ist keine Gerichtsgebühr zu erheben und sind die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. 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 Obergerichtes vom 1. Dezember 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.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (SB970015), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: