



---

Kass.-Nr. AC100002-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 15. April 2011**

in Sachen

**X.**

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer  
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Appellatin, Anschlussappellantin und Beschwerdegegnerin 1  
vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr.iur. Ulrich Weder,  
Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2. **A.**

vertreten durch Rechtsanwältin

3. **B.**

4. **C.**

5. **D.**

2, 3, 4, 5 Geschädigte und Beschwerdegegnerinnen 2 - 5

3, 4, 5 vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend **mehrfache Vergewaltigung etc.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2009 (SB070191/U/eh)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Urteil vom 21. November 2005 sprach das Obergericht des Kantons Zürich (dessen I. Strafkammer) den Beschwerdeführer in einem Berufungsverfahren gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Dezember 2004 schuldig der mehrfachen Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB, der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB, bestrafte ihn mit 6 Jahren Zuchthaus, ordnete eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ohne Aufschub des Strafvollzuges an und regelte die finanziellen Folgen des Strafurteils (OG act. 98). In teilweiser Gutheissung einer dagegen gerichteten kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde strich das Kassationsgericht mit Beschluss vom 21. Dezember 2006 einen Satz aus den obergerichtlichen Urteilserwägungen und wies die Nichtigkeitsbeschwerde im Übrigen ab, soweit darauf eingetreten werden konnte (OG act. 110). Mit Urteil vom 30. März 2007 hob das Bundesgericht das obergerichtliche Urteil vom 21. November 2005 auf und wies die Sache zur neuerlichen Beurteilung an das Obergericht zurück (6S.99/2006; OG act. 113). Mit Urteil vom 27. Oktober 2009 sprach das Obergericht den Beschwerdeführer derselben Delikte schuldig wie bereits mit dem Urteil vom 21. November 2005, bestrafte ihn mit 5 Jahren und 3 Monaten Freiheitsstrafe, ordnete eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB ohne Aufschub des Strafvollzuges an und regelte die finanziellen Folgen des Strafurteils im Wesentlichen so wie bereits im Urteil vom 21. November 2005 (KG act. 2).

2. Gegen das obergerichtliche Urteil vom 27. Oktober 2009 meldete der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 183, act. 186) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an und begründete diese (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) ebenfalls innert Frist mit Eingabe vom 24. Januar 2010 (OG act. 188, KG act. 1). Er beantragt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ergänzung des

Verfahrens und zu neuer Entscheidung (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9), die Staatsanwaltschaft als Beschwerdegegnerin 1 auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 10). Die Geschädigten und Beschwerdegegner 2 - 5 liessen sich im Beschwerdeverfahren nicht vernehmen.

## II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) in Kraft. Art. 453 Abs. 1 StPO bestimmt, dass Rechtsmittel, die sich gegen einen Entscheid richten, der vor Inkrafttreten der StPO gefällt wurde, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt werden. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen StPO vom 4. Mai 1919 (StPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung.

2. Gemäss § 428 StPO ZH ist die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht nur gegen erstinstanzliche Entscheide des Obergerichts zulässig. Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen zweitinstanzlichen obergerichtlichen Entscheid. Allerdings werden nach § 3 Abs. 1 der Schlussbestimmungen (SchIB) zur Revision der StPO ZH vom 27. Januar 2003, in Kraft getreten am 1. Januar 2005, Rechtsmittel nach dem früheren Recht beurteilt, wenn der Entscheid vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens gefällt worden ist, und wurde diese Regel bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 3 Abs. 2 SchIB insofern erweitert, als dieses Rechtsmittel auch dann zulässig ist, wenn die Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision erklärt worden ist (Andres Donatsch/Ulrich Weder/Cornelia Hürlimann, Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005, S. 75). Der Beschwerdeführer erklärte mit Eingabe vom 14. Dezember 2004 Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Zürich (OG act. 57). Entsprechend ist die Nichtigkeitsbeschwerde in Anwendung von § 3 Abs. 2 SchIB in Verbindung mit § 428 Ziff. 2 alt StPO ZH in dieser Hinsicht

zulässig (Beschluss des Kassationsgerichts vom 21. Dezember 2006 bezüglich der Parteien des vorliegenden Verfahrens [OG act. 110] Erw. II.1).

### III.

1. Die Vorinstanz erwog, der Schuldspruch sei bereits im ersten Berufungsverfahren nicht mehr angefochten worden. Dazu verwies sie auf die entsprechenden Erwägungen im ersten Berufungsentscheid und im erstinstanzlichen Entscheid (KG act. 2 S. 26 Erw. III.1 und 2) und fällte ohne weitere Erwägungen dazu denselben Schuldspruch (KG act. 2 S. 53 Dispositiv Ziffer 1) wie bereits im Urteil vom 21. November 2005 (OG act. 98 S. 35 Dispositiv Ziffer 1). Dagegen wendet der Beschwerdeführer nichts ein. Eingehend befasste sich die Vorinstanz mit der Strafzumessung (KG act. 2 S. 27 - 50). Auch dagegen wendet der Beschwerdeführer in seiner kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nichts ein. Bezüglich der Frage der Massnahme und des Aufschubes der Strafe zugunsten einer Massnahme erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, nachdem der Beschwerdeführer mit seinen Rügen in Bezug auf die eingeholten Gutachten im ersten Beschwerdeverfahren vor dem Kassationsgericht nicht durchgedrungen sei und im Übrigen den verweigerten Aufschub des Strafvollzuges zu Gunsten der anzuordnenden Massnahme im kantonalen Beschwerdeverfahren (soweit von der Kognition her zulässig) nicht thematisiert habe, müsse es im kantonalen Rechtsmittelverfahren gestützt auf § 104a GVG damit sein Bewenden haben (KG act. 2 S. 13 - 17). Die Verweigerung des Aufschubs des Strafvollzugs zu Gunsten der ambulanten Massnahme sei vor Bundesgericht nicht angefochten worden. Dementsprechend habe sich das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 20. März 2007 mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt, sondern sich einzig und allein mit der Frage der Strafzumessung befasst und eine unrichtige Anwendung von Art. 64 Abs. 5 aStGB festgestellt. Die Kassation des obergerichtlichen Urteils vom 21. November 2005 durch das Bundesgericht sei ausschliesslich wegen Mängeln in der Strafzumessungsbegründung erfolgt und an die Vorinstanz zurückgewiesen worden, um im Sinne der Erwägungen des Bundesgerichtsurteils eine Neuurteilung vorzunehmen. Für eine erneute Überprüfung der Frage, ob die Strafe zugunsten

einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei, bestehe demnach grundsätzlich kein Raum. Anders verhielte es sich nur, wenn ein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG vorläge (KG act. 2 S. 20). Das sei nicht der Fall (KG act. 2 S. 25). Die Vorinstanz verwies im Zusammenhang mit den Fragen einer Massnahme und eines Strafaufschubes zugunsten einer Massnahme auf die Erwägungen im aufgehobenen Urteil vom 21. November 2005. Diese Erwägungen und das entsprechende Urteil seien beim Bundesgericht nicht angefochten worden. Die Rügen im Zusammenhang mit der Begutachtung des Beschwerdeführers seien durch das Kassationsgericht allesamt abgewiesen worden. Da zudem kein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG vorliege, sei in Anwendung der neuen, materiell nicht geänderten Bestimmungen des Strafgesetzbuches eine ambulante Behandlung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB während des Strafvollzuges anzuordnen (KG act. 2 S. 52 Erw. 3).

2. Der Beschwerdeführer wendet sich in seiner Nichtigkeitsbeschwerde ausschliesslich dagegen, dass die Vorinstanz die Frage des Strafaufschubes zugunsten der Massnahme gar nicht mehr geprüft, sondern sich diesbezüglich an das Urteil vom 21. November 2005 gebunden gesehen habe (vgl. den Titel "A. Ueberprüfungsumfang gemäss unzutreffender Auffassung der Vorinstanz" [KG act. 1 S. 15]). Damit habe sie seinen Gehörsanspruch verletzt (KG act. 1 S. 25 f.). Im Wesentlichen sieht er den Grund für diese Verletzung darin, dass die Vorinstanz zu Unrecht einen geänderten Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG verneint habe (KG act. 1 S. 16 - 26).

3. Es stellt sich vorab nicht die Frage, ob ein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG vorliegt oder nicht, sondern ob § 104a GVG überhaupt auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Diese Bestimmung regelt Wirkungen bei einer Rückweisung der Sache durch eine Rechtsmittelinstanz an deren Vorinstanz (vgl. den Randtitel). Dabei kann sich diese Regelung nur auf die Wirkung einer Rückweisung innerhalb des kantonalen Rechtsmittelverfahrens beziehen. Die Wirkungen einer Rückweisung durch das Bundesgericht regelt nämlich nicht das kantonale Recht und insbesondere nicht das GVG, sondern das

eidgenössische Recht, nämlich im vorliegenden Fall das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) (bzw. das Bundesgerichtsgesetz), in deren Anwendung das Bundesgericht das obergerichtliche Urteil vom 21. November 2005 aufgehoben hat (OG act. 113 S. 3 Erw. 1).

Das Kassationsgericht hat das Urteil vom 21. November 2005 nicht aufgehoben, und es hat die Sache nicht an das Obergericht zurückgewiesen. § 104a GVG gelangt deshalb im vorliegenden Fall gar nicht zur Anwendung.

Das zeigt sich auch bei folgender Überlegung: Mit dem Beschluss vom 21. Dezember 2006 strich das Kassationsgericht einen Satz aus den Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils vom 21. November 2005 und wies die Nichtigkeitsbeschwerde im Übrigen ab. Hätte auch das Bundesgericht die bei ihm eingereichte eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, wäre es beim vorinstanzlichen Urteil vom 21. November 2005 geblieben und hätte deshalb kein Anlass zu einer Anwendung von § 104a GVG bzw. zur Frage bestanden, ob und ggfs. inwieweit die Frage des Strafaufschubes zugunsten einer Massnahme zu prüfen ist. Aufgrund der kassationsgerichtlichen Entscheidung hatte die Vorinstanz überhaupt nichts mehr zu prüfen. Das Bundesgericht hob aber das obergerichtliche Urteil vom 21. November 2005 auf. Was die Vorinstanz deswegen inwieweit zu prüfen hat, bestimmt sich nach den bundesrechtlichen Vorschriften. Hat die Vorinstanz die Frage des Aufschubs zugunsten der Massnahme aufgrund dieser Vorschriften zu prüfen, kann § 104a GVG einer solchen Prüfung nicht entgegenstehen. Hat die Vorinstanz hingegen nach den bundesrechtlichen Vorschriften aufgrund der bundesgerichtlichen Rückweisung die Frage des Aufschubs zugunsten der Massnahme gar nicht zu prüfen, verlangt auch das kantonale Recht keine solche Prüfung und gelangt § 104a GVG nicht zur Anwendung.

Indem die Vorinstanz § 104a GVG auf den vorliegenden Sachverhalt anwandte und ihre Prüfungsbefugnis gestützt darauf beschränkte, verletzte sie eine gesetzliche Prozessform im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH. Die Beschwerde ist insoweit begründet.

4. Zwar begründete der Beschwerdeführer seine Rüge, die Vorinstanz hätte ihre Überprüfungsbefugnis nicht gestützt auf § 104a Abs. 2 GVG beschränken dürfen, nicht damit, dass § 104a GVG im vorliegenden Fall gar nicht anwendbar sei, sondern damit, dass im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG ein geänderter Sachverhalt vorliege. Die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Beschwerdeführer aber nach dem Grundsatz *iura novit curia* nicht. Aus den Ausführungen des Nichtigkeitsklägers muss nur (dies aber mindestens) durch Angabe der entsprechenden tatsächlichen Grundlagen zu schliessen sein, welcher Nichtigkeitsgrund sinngemäss angerufen wird (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 32 zu § 430, mit Verweisungen). Der Beschwerdeführer rief den Nichtigkeitsgrund der Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO an; die Vorinstanz habe § 104a GVG verletzt, indem sie von einer falschen Überprüfungsbefugnis ausgegangen sei (KG act. 1 S. 14 Ziff. III.1), und er nannte die tatsächlichen Grundlagen dieser Rüge, nämlich die vorinstanzlichen Erwägungen. Das genügt zur Prüfung und vorstehenden Feststellung, dass die Vorinstanz eine gesetzliche Prozessform verletzte, indem sie § 104a GVG auf den vorliegenden Sachverhalt anwandte und ihre Prüfungsbefugnis gestützt darauf beschränkte.

5. Die weiteren Rügen haben keine davon unabhängige Bedeutung. Die Ausführungen des Beschwerdeführers dazu, dass die Vorinstanz ein Beweisanspruchsrecht verkannt und verletzt habe (KG act. 1 S. 26 - 35), betreffen ebenfalls die Frage des Aufschubs der Strafe zugunsten der Massnahme (vgl. insbes. KG act. 1 S. 31 Ziff. 5) und sind nur von Bedeutung, wenn die Vorinstanz diese Frage überhaupt prüfen muss. Ist der Vorinstanz entsprechend ihrer Auffassung eine (neue) Prüfung dieser Frage verwehrt (sei es aufgrund von § 104a GVG [welche Bestimmung aber entgegen der vorinstanzlichen Auffassung einer solchen Prüfung nicht entgegensteht; vgl. vorstehend Erw. 3], sei es aufgrund bundesrechtlicher Vorschriften [vgl. KG act. 2 Erw. II.1.2-1.5 und nachfolgend Erw. 6]), bestehen in diesem Themenbereich auch keine prozessualen Rechte der Parteien mehr und gehen diese Ausführungen am Thema vorbei. Die Rüge der unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 35 - 39) ist ungenügend substantiiert, indem es der Beschwerdeführer unterlässt zu sagen, was für eine

tatsächliche Annahme denn die Vorinstanz aufgrund der behaupteten unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung getroffen habe. Der Beschwerdeführer visiert aber auch damit das Thema Aufschub der Strafe zugunsten der Massnahme an. Dazu kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden. Die Ausführungen des Beschwerdeführers wären nur von Belang, wenn die Vorinstanz diese Frage prüfen müsste. Im angefochtenen Urteil ging sie vom Gegenteil aus. Die Rüge geht daran vorbei.

6. Der festgestellte Nichtigkeitsgrund (vorstehend Erw. 3) führt indes nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Wie vorstehend dargelegt, entscheidet sich ausschliesslich nach Bundesrecht, ob die Vorinstanz nach der bundesgerichtlichen Rückweisung auch die Frage des Strafaufschubes zugunsten der Massnahme neu prüfen muss oder nicht. Die Vorinstanz erwog dazu, müsse die kantonale Behörde nach einer Rückweisung durch das Bundesgericht neu entscheiden, dürfe sie nur in jenen Punkten auf ihr Urteil zurückkommen, welche zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides durch den Kassationshof geführt hätten, selbst wenn aus formellen Gründen das ganze Urteil aufgehoben worden sei. Es sei auf die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Urteils abzustellen und folglich danach zu fragen, ob damit der kantonale Entscheid insgesamt oder nur teilweise aufgehoben worden sei. Die Frage des Aufschubs des Strafvollzuges zugunsten der ambulanten Massnahme sei vor dem Bundesgericht (gemeint: Im Verfahren 6S.99/2006, Nichtigkeitsbeschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil vom 21. November 2005) kein Thema gewesen, obwohl diese Frage dem Bundesgericht nach dem vorinstanzlichen Urteil vom 21. November 2005 und dem kassationsgerichtlichen Beschluss vom 21. Dezember 2006 durchaus hätte unterbreitet werden können. Die Verweigerung des Aufschubs des Strafvollzuges zu Gunsten der ambulanten Massnahme sei vor Bundesgericht nicht angefochten worden. Dementsprechend habe sich das Bundesgericht in seinem Urteil vom 30. März 2007 mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Das Bundesgericht habe sich einzig und allein mit der Frage der Strafzumessung befasst und eine unrichtige Anwendung von Art. 64 Abs. 5 aStGB festgestellt. Die Kassation des vorinstanzlichen Urteils sei ausschliesslich wegen Mängeln in der Strafzumessungsbegründung erfolgt, und die Sache sei an die Vorinstanz zurück-

gewiesen worden, um im Sinne der Erwägungen des Bundesgerichtsurteils eine Neu Beurteilung vorzunehmen. Für eine erneute Überprüfung der Frage, ob eine Strafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei, bestehe "nach dem Ausgeführten" (damit offenbar gemeint: bezüglich § 104a GVG sowie bezüglich der Wirkung der bundesgerichtlichen Rückweisung) grundsätzlich kein Raum (KG act. 2 S. 19 f.).

Die Vorinstanz stellte damit sinngemäss fest, dass aus der bundesgerichtlichen Rückweisung mit dem Urteil vom 30. März 2007 nicht folge, dass die Frage des Aufsches der Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme neu zu prüfen wäre.

Zwar handelt es sich dabei nicht eigentlich um eine Alternativ- oder Eventualbegründung zur Begründung, dass auch aus § 104a GVG folge, dass diese Frage nicht mehr zu prüfen ist. Die Vorinstanz bekundete nicht die Auffassung, sowohl aufgrund von § 104a GVG als auch (unabhängig davon) aufgrund der bundesrechtlich bestimmten Wirkung der bundesgerichtlichen Rückweisung ergebe sich, dass diese Frage nicht mehr zu prüfen sei. Vielmehr bekundete die Vorinstanz die Auffassung, dass diese Frage aufgrund von § 104a GVG nicht mehr zu prüfen sei, an welchem (mithin aus dem kantonalen Recht gewonnenen) Ergebnis auch die bundesgerichtliche Rückweisung nichts ändere. Doch wirkt sich diese Auffassung mit dem Umstand, dass sich diese Frage allein nach Bundesrecht bestimmt, für den kassationsgerichtlichen Entscheid wie eine Alternativbegründung aus. Entfällt die vorinstanzliche auf § 104a GVG gestützte Begründung, weil sie auf einem Nichtigkeitsgrund beruht, bleibt es doch beim angefochtenen Urteil, dass die Frage des Strafaufsches zugunsten der Massnahme nicht mehr zu prüfen sei, weil die bundesgerichtliche Rückweisung für eine solche keinen Raum lasse. Deshalb ist das angefochtene Urteil nicht aufzuheben, sondern die auf die unrichtige Anwendung von § 104a GVG gestützte vorinstanzliche Begründung ist aus dem angefochtenen Urteil zu streichen. Es handelt sich um eine analoge Konstellation zu derjenigen einer Alternativ- bzw. Eventualbegründung nach Bundesrecht (vgl. dazu ZR 79 [1980] Nr. 78, Donatsch/Schmid,

a.a.O., N 3 und 4 zu § 435 mit Verweisungen, sowie bereits Erw. II.4 des kassationsgerichtlichen Beschlusses vom 21. Dezember 2006 OG act. 110).

7. Ohne Berücksichtigung der Möglichkeit, dass das angefochtene Urteil aus bundesrechtlichen Gründen auch dann Bestand hat, wenn die vorinstanzliche Abstützung auf § 104a GVG entfällt (nämlich, wenn die Vorinstanz auch aus bundesrechtlichen Gründen nach der bundesgerichtlichen Rückweisung die Frage des Strafaufschubs zugunsten der Massnahme nicht mehr zu prüfen hatte), wäre das angefochtene Urteil aufzuheben, und zwar vollumfänglich, so insbesondere auch mit den Erwägungen unter dem Titel II."2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens" (KG act. 2 S. 21 - 26). Die zu diesen Erwägungen vorgetragenen Rügen (KG act. 1 S. 26 ff.) wären nicht mehr zu prüfen. Denn diese Erwägungen wären nur von Bedeutung, wenn § 104a Abs. 3 GVG anwendbar wäre (vgl. KG act. 2 S. 20 zweiter Absatz). Das ist aber - wie § 104a GVG insgesamt - nicht der Fall. Aufgrund der Möglichkeit, dass es aus bundesrechtlichen Gründen beim angefochtenen Urteil bleibt, ist dieses aber nicht aufzuheben, sondern sind die Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts daraus zu streichen, welche (den nicht auf den vorliegenden Fall anwendbaren) § 104a GVG auf den vorliegenden Fall anwenden (die allgemeinen vorinstanzlichen Erwägungen zu § 104a GVG [KG act. 2 Erw. II.1.2 S. 13 - S. 17 erster Absatz] werden in der Beschwerde nicht beanstandet und sind nicht zu streichen). Konsequenterweise sind deshalb auch die Erwägungen unter II."2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens" zu streichen.

Demnach sind in teilweiser Gutheissung der Beschwerde folgende Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts aus dem angefochtenen Urteil zu streichen:

- KG act. 2 S. 13 Erw. II.1.1. letzter Satz ("In einem zweiten Schritt (Ziffer 2) wird sodann zu prüfen sein, ob konkret ein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104" [recte: 104a] "Abs. 3 GVG vorliege und was nun genau Prozessthema ist.").

- KG act. 2 Erw. II.1.2 S. 17 zweiter Absatz ("Nachdem der Angeklagte mit seinen Rügen ..." bis "... damit sein Bewenden haben.").
- KG act. 2 Erw. II.1.4 S. 20 zweiter Absatz zweiter Satz bis zum Ende dieses Absatzes ("Anders verhält es sich nur, ..." bis "... besteht für eine erneute Überprüfung der Frage, ob die Strafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei, kein Raum.").
- KG act. 2 Erw. II.2 S. 21 - 26 ("2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens ..." bis "Im Übrigen darf in diesem Zusammenhang ohne Weiteres auf die Ausführungen im Zirkulations-Beschluss vom 25. Mai 2009 verwiesen werden (Urk. 170 S. 14ff).").
- KG act. 2 S. 52 Erw. V.3 vierter Satz erster Halbsatz ("Da zudem wie gesehen kein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG vorliegt,").

Die weiteren vom Beschwerdeführer zu diesen gestrichenen Erwägungen vorgetragenen Rügen brauchen damit nicht mehr geprüft zu werden. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### IV.

Der Beschwerdeführer beanstandete im Wesentlichen die unrichtige Anwendung von § 104a GVG durch die Vorinstanz. Die Beschwerde ist insoweit begründet und der Beschwerdeführer obsiegt damit grundsätzlich, auch wenn die Sache entgegen seinem Antrag nicht an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, sondern lediglich die auf dem Nichtigkeitsgrund beruhenden vorinstanzlichen Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts aus dem angefochtenen Urteil gestrichen werden. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind deshalb nicht dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Die Beschwerdegegner 2 - 5 äusserten sich im Beschwerdeverfahren nicht, stellten keine Anträge und veranlassten auch die nun zu streichenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht. Auch ihnen sind deshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen. Diese sind bei

diesem Ausgang des Verfahrens vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen. Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. In teilweiser Guttheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden folgende Erwägungen aus dem Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2009 zuhanden des Bundesgerichts gestrichen:
  - a) KG act. 2 S. 13 Erw. II.1.1. letzter Satz ("In einem zweiten Schritt (Ziffer 2) wird sodann zu prüfen sein, ob konkret ein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104 Abs. 3 GVG vorliege und was nun genau Prozessthema ist.").
  - b) KG act. 2 Erw. II.1.2 S. 17 zweiter Absatz ("Nachdem der Angeklagte mit seinen Rügen ..." bis "... damit sein Bewenden haben.").
  - c) KG act. 2 Erw. II.1.4 S. 20 zweiter Absatz zweiter Satz bis zum Ende dieses Absatzes ("Anders verhält es sich nur, ..." bis "... besteht für eine erneute Überprüfung der Frage, ob die Strafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben sei, kein Raum.").
  - d) KG act. 2 Erw. II.2 S. 21 - 26 ("2. Konkretes zum Prozessthema des zweiten Berufungsverfahrens ..." bis "Im Übrigen darf in diesem Zusammenhang ohne Weiteres auf die Ausführungen im Zirkulations-Beschluss vom 25. Mai 2009 verwiesen werden (Urk. 170 S. 14ff).").
  - e) KG act. 2 S. 52 Erw. V.3 vierter Satz erster Halbsatz ("Da zudem wie gesehen kein geänderter Sachverhalt im Sinne von § 104a Abs. 3 GVG vorliegt,").

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie allenfalls der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Prozessentschädigungen werden für das Beschwerdeverfahren keine zugesprochen.
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 Urteils des Obergerichts vom 27. Oktober 2009 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, an die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an die 6. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (ad DG040268) sowie an das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär