# Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AC100005-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

**Zirkulationsbeschluss vom 21. April 2011**

in Sachen

**D**,

…,

**Zustelladresse:** Strafanstalt Pöschwies, 8105 Regensdorf,

Verwahrter und Beschwerdeführer

bisher amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt …
neu amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt …

gegen

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt Dr. A. Brunner,
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

betreffend

**Verwahrungsüberprüfung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Dezember 2009 (UG070014/U/bee)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Das Obergericht des Kantons Zürich (I. Strafkammer) sprach den Beschwerdeführer (im Berufungsverfahren) mit Urteil vom 24. Juni 2004 der mehrfachen Vergewaltigung, der mehrfachen sexuellen Nötigung, der Freiheitsberaubung und des vollendeten Versuchs der Nötigung schuldig und bestrafte ihn mit 5½ Jahren Zuchthaus. Es ordnete eine ambulante Massnahme ohne Aufschub des Strafvollzugs an (OG act. 3).

Nachdem sich der Vollzug der angeordneten ambulanten Massnahme aus Sicht des Sonderdienstes des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich als nicht durchführbar erwiesen hatte, wandelte das Obergericht (III. Strafkammer) mit Beschluss vom 5. April 2006 in Anwendung von Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 aStGB die ambulante Massnahme in eine Verwahrung im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB um und schob den Vollzug der Freiheitsstrafe zu diesem Zweck auf (OG act. 4).

Der Sonderdienst des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich stellte dem Obergericht (III. Strafkammer) mit Eingabe vom 14. Februar 2007 die Vollzugsakten zur Überprüfung der Verwahrung im Sinne von Ziffer 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Änderung des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002 zu und empfahl, die Verwahrung nach neuem Recht weiterzuführen (OG act. 1). Das Obergericht beschloss am 7. Dezember 2009, es werde keine therapeutische Massnahme im Sinn von Art. 59 - 61 und 63 StGB angeordnet und die mit Beschluss vom 5. April angeordnete Verwahrung nach neuem Recht weitergeführt. Weiter lud das Obergericht die Vollzugsbehörde ein, Behandlungsmöglichkeiten im Sinne von Erwägung 9 des Beschlusses zu prüfen (OG act. 61 = KG act. 2).

2. Der Beschwerdeführer liess durch seinen damaligen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 23. Februar 2010 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 7. Dezember 2009 erheben und beantragen, dieser Beschluss sei aufzuheben und es sei eine ambulante Behandlung anzu-

ordnen (KG act. 1). Das Kassationsgericht erachtete den Beschwerdeführer als im Kassationsverfahren durch seinen bisherigen amtlichen Verteidiger ungenügend verteidigt und entliess diesen mit Beschluss vom 8. März 2010 unter gleichzeitiger Bestellung von Rechtanwalt U zum neuen amtlichen Verteidiger (KG act. 13). Mit Verfügung vom 24. März 2010 setzte der Präsident des Kassationsgerichts dem Beschwerdeführer Frist an, um eine neue, §§ 430 ff. StPO ZH entsprechende Begründung seiner Nichtigkeitsbeschwerde einzureichen (KG act. 18).

Mit Eingabe vom 3. Mai 2010, durch den neuen amtlichen Verteidiger begründet, beantragt der Beschwerdeführer, es sei der Beschluss des Obergerichts vom 7. Dezember 2009 aufzuheben und das Verfahren an dieses zu neuer Entscheidung zurückzuweisen (KG act. 22). Die Oberstaatsanwaltschaft nimmt mit Eingabe vom 7. Juni 2010 Stellung zur Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt sinngemäss, es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne (KG act. 29). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 28).

3. 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. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 430 StPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts

[GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

**II.**

1. a) Das Obergericht ordnete im Rahmen des vorliegenden Verfahrens betreffend Verwahrungsüberprüfung die psychiatrische Begutachtung des Beschwerdeführers an. Die damit betraute Oberärztin an der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, Dr. med. C, erstattete das Gutachten am 3. Februar 2009 (OG act. 39). Zusammenfassend hielt die Gutachterin fest, der Beschwerdeführer sei an einer schizophrenen Störung erkrankt (S. 70, Frage 1). Das Tatgeschehen stehe im Zusammenhang mit dieser schweren psychischen Störung (S. 70 f., Frage 2). Es sei nicht erkennbar, dass die in der Tat zu Tage getretenen Risikofaktoren in der Zwischenzeit in positiver Weise hätten beeinflusst werden können. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer ein weiteres Sexualdelikt im sozialen Nahfeld begehen könnte, sei als mittelgradig bis hoch einzuschätzen (S. 71, Frage 3a). Prinzipiell bestünden Möglichkeiten der Behandlung. Aktuell dürfte jedoch die Minimalanforderung der prinzipiellen Bereitschaft des Beschwerdeführers zu einem Behandlungsversuch nicht gegeben sein (S. 71 f., Frage 4). Derzeit sei eine stationäre Behandlung für den Beschwerdeführer nicht geeignet. Obwohl sie prinzipiell erforderlich wäre, um langfristig eine Besserung der Prognose zu erreichen, sei sie aktuell nicht durchführbar. Sollte bei der nächsten Verwahrungsüberprüfung in zwei Jahren eine Bereitschaft des Beschwerdeführers zu einem Behandlungsversuch gegeben sein, wäre aus den im Gutachten umfangreich angeführten Gründen das Therapiezentrum „Im Schache“ anderen Einrichtungen vorzuziehen (S. 72, Frage 5). Die Gutachterin erachtet auch eine ambulante Massnahme, allenfalls während des Strafvollzugs, für weder geeignet noch ausreichend. Es sei aus den im Gutachten beschriebenen Gründen ein therapeutischer Neuanfang in einem neuen institutionellen Kontext erforderlich (S. 72, Frage 6a). In der aktuellen, ganz auf juristische Auseinandersetzungen fixierten Haltung des Beschwerdeführers sei dieser weder fähig noch bereit, sich der geeignet und erforderlich erscheinenden Behandlung zu unterziehen (S. 72, Frage 9).

Der Beschwerdeführer verweist auf Art 59 Abs. 1 StGB, wonach das Gericht eine stationäre Behandlung anordnen kann, wenn der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit der psychischen Störung in Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen. Er geht davon aus, dass er bei der vorliegenden Sachlage, wie sie sich aus dem Gutachten ergibt und von welcher auch das Obergericht ausgehe, die Grundvoraussetzungen für die Anordnung einer therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB erfüllt seien. Durch das Obergericht sei zu prüfen gewesen, ob zu erwarten sei, dass sich die Gefahr weiterer mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten mit einer Behandlung begegnen lasse (Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB). Mit Blick auf die vorliegende Ausgangslage heisse dies nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung. dass gegenüber einem gefährlichen psychisch gestörten Täter der Richter eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB an Stelle einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. b anzuordnen habe, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehe, dass durch eine stationäre therapeutische Massnahme über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Straftaten im Sinne von Art. 64 StGB deutlich verringert werde. Nicht erforderlich sei hingegen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass bereits über einen Behandlungszeitraum von fünf Jahren ein Zustand erreicht werde, der es rechtfertige, dem Täter Gelegenheit zu geben, sich in der Freiheit zu bewähren (BGE 134 IV 315 ff., 327). Gerade zu dieser zentralen Frage nehme das Gutachten keine Stellung. Die Gutachterin sei nie aufgefordert worden, zur zentralen Thematik in den erwähnten zeitlichen Dimensionen Ausführungen zu machen. Ein Behandlungshorizont von fünf Jahren werde im Gutachten nicht erwähnt und schon gar nicht, ob im Fall einer Behandlung im Sinne von Art. 59 StGB innert der genannten Zeitspanne eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer deutlichen Verringerung der Begehung weiterer, im Zusammenhang mit der psychischen Störung stehender Straftaten bestehe. Damit sei das Gutachten in einer für die Entscheidfindung zentralen Frage unvollständig. Indem das Obergericht das Gutachten nicht habe ergänzen lassen und es damit versäumt habe, eine genügende Entscheidgrundlage zu schaffen, sei ein Partei-

recht wesentlich beeinträchtigt worden. Der angefochtene Beschluss sei infolge Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Gutachtens und zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 22 S. 4 - 7 Rz 10 - 22).

b) Welches die Voraussetzungen einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB bzw. einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB sind, richtet sich nach Bundesrecht. Das Gericht stützt sich 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 Vollzug der Massnahme zu äussern (Art. 56 Abs. 3 StGB). Die vorliegende Überprüfung der Verwahrung erfolgte im Sinne von Ziffer 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Änderung des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002. Welche Anforderungen an diese Überprüfung und an ein in diesem Zusammenhang eingeholtes Gutachten zu stellen seien, richtet sich somit ebenfalls nach Bundesrecht. In dem Sinne ist auch eine Frage der Anwendung von Bundesrecht, ob ein bestimmtes Gutachten zum Entscheid über Fortführung der laufenden, unter bisherigem Recht angeordneten Verwahrung tauglich und genügend sei oder ob das Gutachten zu ergänzen sei. Die Verletzung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG).

Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist nur zulässig, soweit gegen einen Entscheid nicht die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht wegen „Verletzung materiellen Gesetzes- oder Verordnungsrechts des Bundes“ gegeben ist (§ 430b Abs. 1 StPO ZH). Dies ist die Formulierung gemäss dem Gesetz über die Anpassung der Zivil- und Strafrechtspflege an das Bundesgerichtsgesetz vom 24. September 2007 (OS 62, 591 ff. [593]). Laut der vorangegangenen Fassung war eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nur zulässig, soweit gegen einen Entscheid nicht die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts im Sinne von Art. 268 f. alt BStP wegen „Verletzung eidgenössischen Rechts“ gegeben war. Der Regierungsrat führt in seiner Weisung an den Kantons-

rat hierzu aus, die Abschaffung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde und die durch das Bundesgerichtsgesetz erfolgte Einführung und Ausgestaltung der Beschwerde in Strafsachen hätten ohne Anpassung von § 430b Abs. 1 StPO ZH zur Folge, dass die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes neu auch dort zulässig wäre, wo sie es bisher nicht gewesen sei, „also bezüglich der Prüfung materiellen Gesetzes- und Verordnungsrechts des Bundes“. Die Ausdehnung der Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde auf die Überprüfung materiellen Bundesrechts würde dem Wesen des Rechtsmittels der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht entsprechen. Die in § 3 VO BGG (Verordnung des Regierungsrates vom 29. November 2006 über die Anpassung des kantonalen Rechts an das Bundesgesetz über das Bundesgericht, OS 61, 480) erfolgte Regelung, wonach die Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde im gleichen Umfang aufrechterhalten werde, wie auf Grund des bisherigen § 430 Abs. 1 StPO ZH, sei deshalb auch formellgesetzlich vorzusehen (ABl 2007, 206 ff. [214]).

Die Formulierung „Verletzung materiellen Gesetzes- oder Verordnungsrechts des Bundes“ anstelle der bisherigen Formulierung „Verletzung eidgenössischen Rechts“ führt somit nicht zu einer Erweiterung der Kognition des Kassationsgerichts auf Überprüfung formellen Bundesrechts bzw. Bestimmungen des Bundesrechts über die Ausgestaltung des Strafverfahrens vor kantonalen Gerichten. Eine Verletzung von bundesrechtlichen Bestimmungen über die Einholung von Gutachten ist mit Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht und nicht mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, das Obergericht habe in diesem Zusammenhang kantonale Verfahrensbestimmungen verletzt, die über die Anforderungen des Bundesrechts hinausgingen. Soweit ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

2. a) Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht sei bei seiner Einschätzung, die Voraussetzungen einer stationären therapeutischen Massnahme seien im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht gegeben (KG act. 2 S. 25 unten) in Willkür verfallen. Die Gutachterin habe in Abweichung zu früheren Gutachten beim Beschwerdeführer eine schizophrene Störung diagnostiziert, welche grundsätzlich

behandelbar sei. Das Obergericht erachte mit der Gutachterin den Zeitpunkt der Behandlung des Beschwerde des Beschwerdeführers als verfrüht, weil die Minimalanforderung der prinzipiellen Bereitschaft zu einem Behandlungsversuch nicht gegeben sei: Compliance hinsichtlich Medikamenteneinnahme, Drogenabstinenz und die wirkliche Bereitschaft, sich in ein psychotherapeutisches Arbeitsbündnis einzulassen. Zentral sei, dass selbst die Gutachterin erklärt habe, der Beschwerdeführer könnte in Zukunft die erwähnten Voraussetzungen für eine Behandlung erfüllen. Exemplarisch habe sie dabei einen Zeitraum von zwei Jahren, unter Hinweis auf die gemäss Gesetz vorgesehene regelmässige Verwahrungsüberprüfung (Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB), genannt. Im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses sei seit der Begutachtung bereits rund ein Jahr verstrichen. Dieser Zeitablauf sei vom Obergericht aber unbeobachtet geblieben. Hinzu komme, dass vor Obergericht deutliche Hinweise bestanden hätten, dass beim Beschwerdeführer die von der Gutachterin vorausgesetzte „prinzipielle Bereitschaft zu einem Behandlungsversuch“ vorhanden gewesen sei. Sowohl der Zeitablauf wie auch die Bereitschaft seien vom Obergericht unberücksichtigt geblieben. Die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme sei auf Basis des Gutachtens abgelehnt worden, obwohl sich der Sachverhalt der Gutachterin und dem Obergericht nicht identisch dargestellt habe (KG act. 22 S. 7 f. Rz 23 - 27).

Der Beschwerdeführer gibt in der Folge verschiedene Stellen des Gutachtens, insbesondere auch die darin enthaltene Kritik an einem früheren Gutachten eines anderen Sachverständigen, wieder und hält fest, vor diesem Hintergrund sei die Gutachterin zum Schluss gekommen, dass für eine stationäre therapeutische Behandlung des Beschwerdeführers ein vollständiger Neuanfang in einer anderen Institution anzustreben sei. Ausgehend von der gutachterlichen Einschätzung des Beschwerdeführers (Schizophrenie, autistische Kontaktstörung) sei nicht erst die „technische“ medizinische Behandlung als Teil der Therapie anzusehen, sondern bereits die „Vorstufe“ dazu, nämlich das Hinarbeiten mit dem Beschwerdeführer auf eine eigentliche Therapie mit „unverbrauchten Therapeuten“ in einer anderen Institution. Der Beschwerdeführer weist auf einen Entscheid des Kassationsgerichts in einem aus seiner Sicht „sehr ähnlich gelagerten Fall“ hin, worin ein dort eingeholtes Gutachten mit Ausführungen, welche durchaus allgemeingültig im

Falle von diagnostizierter Schizophrenie seien, zitiert wird (Kass.-Nr. AC 080030, Zirkulationsbeschluss vom 15. April 2009, Erw. III/1d):

> „Das Problem ist, dass das in Gang kommen und ein ergiebiger Verlauf der Therapie stark von der Kunst des Therapeuten abhängen, eine positive Beziehung herzustellen, die der kritischen Aufarbeitung der Verhaltensstörungen nutzbar gemacht werden kann. […]. Gerade bei einer paranoiden Persönlichkeitsstörung, wo sich rechthaberisches und wahnhaftes Gehabe als zentrales psychopathologisches Merkmal für die Therapie anbietet, kann bei einem ungeschickten therapeutischen Vorgehen die Therapie zu einem unergiebigen Machtkampf und Zermürbungskrieg entarten, zu einer Fortsetzung des pathologischen Krieges mit therapeutischen Mitteln. [...] Die Einleitung einer ambulanten Behandlung könnte also grundsätzlich während des Strafvollzugs erfolgen. Innerhalb der Strafanstalt Pöschwies erachte ich aber aufgrund der spezifischen Situation des Expl. die Einleitung einer ambulanten Psychotherapie als nicht zweckmässig resp. erfolgversprechend. Der Grund liegt vor allem darin, dass der Expl. eine extrem negative Übertragung auf die Anstaltsleitung inkl. psychologischer Dienst entwickelt hat, genährt auch von seiner paranoiden Persönlichkeitsstörung, die einen sinnvollen Verlauf einer Psychotherapie als völlig chancenlos erscheinen lässt [...].“

Nichts anderes, so der Beschwerdeführer, habe die Gutachterin auch im vorliegenden Fall zum Ausdruck gebracht, indem sie festgehalten habe, dass es unabdingbar sei, dass der Beschwerdeführer längerfristig eine Person finde, mit der er über sein inneres Erleben und seine zwischenmenschlichen Bedürfnisse zu reden beginne, damit sich eine Möglichkeit entwickeln könne, schliesslich auch deliktsspezifisch zu arbeiten. Für ein solches Vorgehen sei gemäss Gutachterin ein vollständiger Neuanfang in einer anderen Institution anzustreben. Letztlich sei auch das Obergericht davon ausgegangen, indem es zwar aktuell eine stationäre Therapie abgelehnt, zur Unterstützung des Beschwerdeführers bei der Schaffung einer Basis für die Therapie es aber als begrüssenswert erachtet habe, wenn der Beschwerdeführer im Rahmen der im Verwahrungsvollzug gebotenen psychiatrischen Grundversorgung bzw. allenfalls darüber hinausgehender Behandlungen soweit möglich von Psychiatern bzw. Psychologen behandelt würde, die ihn bisher nicht betreut hätten, um zu verhindern, dass er in einer Ablehnungshaltung gegenüber Behandlungen verharre, die er sich teilweise bei der bisherigen Betreuung aufgebaut habe. Damit einher sei der Hinweis an die Vollzugsbehörde gegangen, entsprechende Behandlungsmöglichkeiten zu prüfen. Diese „Vorstufe“

der stationären Therapie sehe aber das Gesetz nicht vor. Vielmehr handle es sich dabei um einen ersten Schritt, den Einstieg in die stationäre Massnahme. Mit anderen Worten sei eben gerade dieses Behandlungsszenario - und wenn es nur in einem Wechsel der betreuenden Fachperson bestehe - bereits der Anfang einer (stationären) Therapie, die letztlich zum Ziel habe, der Gefahr weiterer im Zusammenhang mit der psychischen Störung stehender Taten zu begegnen (Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB) (KG act. 22 S. 8 - 11 Rz 28 - 35).

Der Beschwerdeführer fährt fort, er habe im Vorfeld des angefochtenen Entscheids seine Bereitschaft zur Behandlung aufgezeigt. Er selbst sei nämlich mit einer Behandlung - in einer anderen Anstalt als Pöschwies - einverstanden gewesen (OG act. 60a = OG Prot. S. 18). Dass die vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Institution „M“ für seine Behandlung ungeeignet sei, tue der grundsätzlichen Behandlungsbereitschaft des Beschwerdeführers keinen Abbruch. Gleiches gelte für die vom Obergericht erwähnten schriftlichen Eingaben des Beschwerdeführers, welche es unzutreffend als Anzeichen für eine Ablehnung einer Therapie werte (KG act. 2 S. 25). Die Gutachterin habe deutlich erklärt, dass ein Eingeständnis des Tatgeschehens oder auch die Annahme der psychiatrischen Diagnose als Voraussetzung eines Behandlungsversuchs nicht unabdingbar seien. Beiden wären eher Behandlungsziele als Behandlungsvoraussetzung (OG act. 39 S. 71 f.). Hinzu komme weiter die auch vom Obergericht attestierte und gemäss jüngstem Führungsbericht der Strafanstalt Pöschwies festgestellte äusserst positive Entwicklung des Beschwerdeführers im Arbeitsbereich. Mit Blick auf die Medikamenten-Compliance sowie die Minimalanforderungen der prinzipiellen Bereitschaft zu einem Behandlungsversuch sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer in den 90er Jahren während längerer Zeit und mehrfach in psychotherapeutischer Behandlung bei Dr. N gewesen sei und damit seine grundsätzliche Behandelbarkeit bzw. seine grundsätzliche Behandlungsbereitschaft dokumentiert habe. Weiter sei er auch bei Dr. P ab August 1998 und in der Anfangszeit der Untersuchungshaft erfolgreich in medikamentöser Behandlung gewesen. Zudem habe der Beschwerdeführer nach der erstmaligen Diagnose Schizophrenie durch med. pract. V von 1997 bis Oktober 2009 Zyprexa (ein Neuroleptikum) zur Behandlung eingenommen. Der Grund für das Absetzen von Zyprexa

im Oktober 2009 sei unklar geblieben. Eine prinzipielle Bereitschaft zu einem Behandlungsversuch und eine Medikamenten-Compliance könne dem Beschwerdeführer somit nicht ohne weiteres abgesprochen werden, gerade nicht vor dem Hintergrund, dass auch die Gutachterin die prinzipielle Bereitschaft zu einem Behandlungsversuch in absehbarer Zeit für möglich erachte (KG act. 22 S. 11 f. Rz 36 - 41).

Zusammenfassend hält der Beschwerdeführer dafür, unter all diesen Gesichtspunkten erscheine es als völlig haltlos und damit willkürlich und widersprüchlich, wenn das Obergericht eine stationäre Therapie als verfrüht erachte und damit die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer deutlichen Verringerung der Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Straftaten im Sinne von Art. 64 StGB durch eine stationäre therapeutische Massnahme über die Dauer von fünf Jahren verneine. Der angefochtene Beschluss stütze sich somit auf eine willkürliche Würdigung, leide an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH und sei aufzuheben (KG act. 22 S. 12 Rz 42 f.).

b) Das Obergericht stellt im angefochtenen Entscheid weder ausdrücklich noch sinngemäss fest, die Voraussetzungen für eine stationäre therapeutische Massnahme bzw. eine deutlichen Verringerung der Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Straftaten durch eine stationäre therapeutische Massnahme seien für die Dauer von fünf Jahren nicht gegeben. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass gemäss Art. 64b Abs. 1 StGB die zuständige Behörde mindestens einmal jährlich und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren zu prüfen hat, ob und wann ein Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen werden könne, und dass sie mindestens alle zwei Jahre zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für eine stationäre therapeutische Behandlung gegeben seien und beim zuständigen Gericht entsprechend Antrag gestellt werden soll. Gegenstand des vorliegenden Verwahrungsüberprüfungsverfahrens konnte also nicht die Aufrechterhaltung der Verwahrung bzw. der Ausschluss einer stationären therapeutischen Massnahme während fünf Jahren sein, da die nächste entsprechende Prüfung vorher zu erfolgen hat. Die Willkürrüge, soweit sie sich auf einen Zeitraum von fünf Jahren bezieht, geht somit fehl.

Dr. P besuchte den Beschwerdeführer gemäss den entsprechenden Angaben in ihrem Gutachten vom 3. Februar 2009 letztmals am 8. Januar 2009 (OG act. 39 S. 2 Mitte). Der angefochtene Beschluss erging am 7. Dezember 2009 (KG act. 2), also elf Monaten nach der letzten Untersuchung des Beschwerdeführers durch die Gutachterin und zehn Monate nach Erstattung des Gutachtens. Ebenfalls am 7. Dezember 2009 und damit unmittelbar vor seinem Entscheid hörte das Obergericht den Beschwerdeführer persönlich an (OG act. 60a = OG Prot. S. 12 ff.) und liess den damaligen amtlichen Verteidiger plädieren (OG Prot. S. 19 und OG act. 59). Das Gericht stützt sich beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme auf eine sachverständige Begutachtung (Art. 56 Abs. 3 StGB). Welche Anforderungen an ein solches Gutachten zu stellen sind, richtet sich nach Bundesrecht. Dies gilt auch für die Frage, wie aktuell ein Gutachten sein muss, also ob und ab wann bei einer längeren Zeitspanne zwischen Begutachtung und Entscheid eine aktualisierende Ergänzung des Gutachtens oder gar ein neues Gutachten einzuholen sei. Darüber hat sich auf entsprechende Rüge hin das Bundesgericht und nicht das Kassationsgericht zu äussern (Art. 95 Abs. 1 BGG, § 430b StPO ZH). Der Umstand allein, dass zwischen der letzten Untersuchung des Beschwerdeführers durch die Gutachterin und dem Entscheid des Obergerichts elf Monate liegen, führt nicht dazu, dass tatsächliche Feststellungen des Obergerichts, welche sich auf Äusserungen der Gutachterin stützen, zum vornherein willkürlich sind. Immerhin erfolgte, wie bereits ausgeführt, unmittelbar vor dem Entscheid des Obergerichts eine Anhörung des Beschwerdeführers und seines Verteidigers. Spätestens anlässlich dieser wäre aufzuzeigen gewesen, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse zwischen der Untersuchung durch die Gutachterin und der Entscheidfindung durch das Obergericht wesentlich geändert hätten, also beispielsweise dass die Bereitschaft des Beschwerdeführers, sich auf eine Therapie einzulassen, in dieser Zeit merklich gestiegen sei. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass er vor Obergericht einen solchen grundlegenden Wandel in den dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse geltend gemacht und begründet habe. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer in der Anhörung vor Obergericht erklärte, er hätte gerne eine „externe“ Behandlung (OG act. 60a = OG Prot. S. 18) und dass er bereits zuvor, mit Eingabe vom 31. Mai 2009 an das

Obergericht, darum ersuchte, die von ihm „längst gewünschte“ Therapie in der Institution „M“ endlich zu beginnen (OG act. 48 S. 4), genügt nicht, um eine grundlegende Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse zu begründen und ein Abstellen auf das Gutachten als willkürlich erscheinen zu lassen. Letztlich geht es somit sowohl im Verfahren vor Obergericht nach Erstattung des Gutachtens wie auch in den Vorbringen des Beschwerdeführers im heutigen Kassationsverfahren um Würdigungen derselben, dem Entscheid über die Anordnung einer therapeutischen Massnahme bzw. Weiterführung der Verwahrung zugrunde zu legenden tatsächlichen Verhältnisse, was Diagnose der Erkrankung des Beschwerdeführers, Therapierungsmöglichkeiten und Bereitschaft betrifft, sich einer solchen Therapie zu stellen.

Das Obergericht lädt die Vollzugsbehörde ein, Behandlungsmöglichkeiten zu prüfen, welche den Beschwerdeführer bei der Entwicklung hin zur nach Ansicht der Gutachterin denkbaren Anordnung einer stationären Massnahme anlässlich der nächsten Verwahrungsprüfung unterstützen (KG act. 2, Dispositiv Ziff. 2 in Verbindung mit S. 26 Erw. 9). Der Beschwerdeführer hält dafür, eine solche „Vorstufe“ einer stationären Therapie sehe das Gesetz nicht vor. Vielmehr handle es sich dabei um einen ersten Schritt, den Einstieg in die stationäre Massnahme (KG act. 22 S. 11 Rz 35). Ob das Obergericht richtig handelt, wenn es in der gegebenen Situation die Vollzugsbehörde bloss einlädt, Behandlungsmöglichkeiten zu prüfen, oder ob es die stationäre Massnahme bzw. deren Einleitung (mit der dazu nötigen Prüfung der Behandlungsmöglichkeiten) verbindlich anzuordnen hat, richtet sich nach Bundesrecht und ist nicht im vorliegenden Kassationsverfahren zu prüfen.

3. In der ursprünglichen, vom früheren amtlichen Verteidiger verfassten Beschwerdeschrift (KG act. 1) trägt der Beschwerdeführer seinen Standpunkt zur Frage der Anordnung einer therapeutischen Massnahme bzw. Fortführung der Verwahrung vor, ohne sich jedoch mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen. Wie bereits im Zwischenbeschluss des Kassationsgerichts vom 8. März 2010 dargelegt, genügen diese Vorbringen den Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht, was denn auch zur Bestellung ei-

nes neuen amtlichen Verteidigers führte. Es kann ohne Weiterungen auf die Erwägungen des genannten Beschlusses verwiesen werden (KG act. 13).

4. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

**III.**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO ZH).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

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 7. Dezember 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, die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich und das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: