



Kass.-Nr. AC100012/U/ys

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

Zirkulationsbeschluss vom 27. September 2010

in Sachen

X.

....

Zustelladresse: Anstalten in Hindelbank, Von Erlachweg 2, 3324 Hindelbank,

Verwahrte und Beschwerdeführerin

bisher amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

neu amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin ...

....

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Oberstaatsanwalt lic.iur. Martin Bürgisser,

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

betreffend

Verwahrungsüberprüfung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. März 2010 (UG080040/U/gk)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil vom 18. Dezember 2001 sprach die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Beschwerdeführerin des mehrfachen Mordes im Sinne von Art. 112 StGB, des versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 aStGB, des versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB i.V.m. Art. 21 Abs. 1 aStGB und der strafbaren Vorbereitungshandlungen zu mehrfachem Mord im Sinne von Art. 260^{bis} Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 112 StGB sowie zahlreicher weiterer Delikte schuldig und bestrafte sie mit lebenslänglichem Zuchthaus, abzüglich Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug. Die Beschwerdeführerin wurde im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB verwahrt und der Strafvollzug zu diesem Zweck aufgeschoben.

Mit Schreiben vom 14. Februar 2007 überwies der Sonderdienst des kantonalen Amtes für Strafvollzug die Akten in Anwendung von Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest des revidierten AT StGB dem Obergericht zur Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen für eine therapeutische Massnahme nach Massgabe der Artikel 59 bis 61 oder 63 des neuen Rechts erfüllt seien. Der Sonderdienst wie auch die Oberstaatsanwaltschaft empfahlen bzw. beantragten die Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht, die Beschwerdeführerin liess die Anordnung einer stationären Massnahme beantragen.

2. Mit Beschluss vom 21. Februar 2008 ordnete das Obergericht (III. Strafkammer) keine therapeutische Massnahme, sondern die Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht an. Dagegen gelangte die Beschwerdeführerin an das Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 10. Oktober 2008 (= BGE 134 IV 315) guthiess, den Beschluss des Obergerichts vom 21. Februar 2008 aufhob und die Sache zur Einholung eines ergänzenden Gutachtens und zu neuer Entscheidung zurückwies.

3. In der Folge holte die Vorinstanz ein psychiatrisches Gutachten über die Behandlungsfähigkeit, die Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Behandlung sowie die Möglichkeiten des Vollzugs einer solchen Massnahme ein und bestellte Dr. med. Z. als Gutachter. Nach Eingang des Gutachtens am 26. August 2009 (OG act. 22) wurde den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Auf Antrag der Beschwerdeführerin fand am 28. Februar 2010 eine mündliche Verhandlung statt.

Mit Beschluss vom 15. März 2010 (KG act. 2) ordnete das Obergericht wiederum keine therapeutischen Massnahmen im Sinne von Art. 59 bis 61 oder 63 StGB an.

4. Mit Eingabe vom 22. April 2010 ersuchte der bisherige amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt _____ im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Ziff. 3 GVG, es sei für das Verfahren vor Kassationsgericht Rechtsanwältin _____ zur amtlichen Verteidigerin der Beschwerdeführerin zu bestellen (KG act. 1). Mit Verfügung vom 27. April 2010 wurde Rechtsanwalt _____ als amtlicher Verteidiger entlassen und Rechtsanwältin _____ als amtliche Verteidigerin bestellt.

5. Mit (rechtzeitiger, vgl. KG act. 12) Eingabe vom 17. Mai 2010 reichte die amtliche Verteidigerin die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ein. Damit beantragt sie, es sei der Beschluss des Obergerichts vom 15. März 2010 vollumfänglich aufzuheben (KG act. 6 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 14). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9).

Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt; diese hat auf Gegenbemerkungen verzichtet (KG act. 17).

II.

1. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen Erledigungsentscheid in einem sogenannten Nachverfahren (SCHMID, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 f., N 5 zu § 428 StPO). Dieser Beschluss wurde von der III. Strafkammer des Obergerichts als *erster* Instanz gefasst (Ziff. 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Änderung des StGB vom 13. Dezember 2002 i.V.m. § 17 Abs. 1 StJVG [LS 331]). Daraus folgt, dass die Nichtigkeitsbeschwerde nach § 428 StPO zulässig ist (vgl. RB 2005 Nr. 114; ZR 105 Nr. 47 E. II a.E.).

2.1a) In seinem zur Rückweisung an die Vorinstanz führenden Urteil hat das Bundesgericht erwogen (BGE 315 IV 315, Regeste):

"Gegenüber einem altrechtlich verwahrten, psychisch schwer gestörten gefährlichen Straftäter hat der Richter an Stelle der Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht eine stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch eine solche Massnahme über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Straftaten im Sinne von Art. 64 StGB deutlich verringert wird. Nicht erforderlich ist hingegen, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bereits nach fünf Jahren die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung aus der stationären Massnahme erfüllt sind (E. 3-5)."

b) Nach Eingang des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides beschloss das Obergericht am 28. November 2008 (OG act. 6), über die Behandlungsfähigkeit, die Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Behandlung sowie die Möglichkeiten des Vollzugs einer solchen Massnahme ein Gutachten einzuholen und bestellte gleichzeitig Dr. Z. zum Gutachter. Mit Schreiben gleichen Datums erläuterte es den Gutachtensauftrag und formulierte die konkret zu beantwortenden Fragen (OG act. 7 S. 3 f.). Das Gutachten von Dr. Z. datiert vom 26. August 2009 (OG act. 22). Der Verteidiger nahm mit Eingabe vom 18. Februar 2010 dazu Stellung und beantragte, es sei im Hinblick auf verschiedene Mängel ein (weiteres) Ergänzungsgutachten einzuholen (OG act. 37 S. 2); anlässlich der Verhandlung vom 26. Februar 2010 hielt der Verteidiger an seiner Kritik am Gutachten fest (OG act. 39 S. 5 ff.).

c) Mit ihrer Beschwerde lässt die Beschwerdeführerin wiederum geltend machen, das Gutachten von Dr. Z. erfülle die gesetzlichen Anforderungen nicht. Indem die Vorinstanz die Einholung eines Ergänzungsgutachtens verweigerte und stattdessen auf das vorliegende Gutachten abstellte, habe sie § 127 StPO verletzt und einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO gesetzt (KG act. 6 S. 10).

2.2 Zur Begründung der Beschwerde verweist die Beschwerdeführerin vorab auf die dem Gutachter von der Vorinstanz unter Ziff. 7a gestellte Frage:

"Ist zu erwarten, dass sich durch die empfohlene Behandlung der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung von X. im Zusammenhang stehender Taten begegnen lässt?"

Auf diese Frage gebe der Gutachter folgende Antwort (OG act. 22 S. 116):

"Es ist m.E. nicht zu erwarten, dass mit einer Behandlung der Expl. die sehr schwere legalprognostische Belastung soweit gesenkt werden kann, dass ein deliktfreies Leben der Expl. in Freiheit möglich erscheint."

Es ist aber zu erwarten, dass mit einer angemessen intensiven (s.u.) Behandlung die Bewährung der Expl. in Haft und ihre Vollzugsfähigkeit weiter verbessert werden kann (s.u.)."

Damit sei, so die Beschwerdeführerin, evident, dass der Gutachter die ihm gestellte Frage nicht beantworte. Vielmehr gebe er Antworten auf zwei Fragen, die ihm nicht gestellt worden seien und die – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – im vorliegenden Kontext nicht massgeblich seien, nämlich auf die Fragen, ob (1) die Behandlung (über die deutliche Verringerung der Rückfallgefahr hinausgehend) ein deliktfreies Leben in Freiheit als möglich erscheinen lasse, und (2) ob sich mit der Behandlung die "Vollzugsfähigkeit" verbessern lasse. Mit seiner Art der Darstellung bringe der Gutachter zum Ausdruck, dass er ganz bewusst die Fragestellung auf die beiden – ihm offenbar massgeblich erscheinenden – Aspekte beschränkt habe. Mit anderen Worten unterlasse er es bewusst, die ihm gestellte Frage zu beantworten, ob und in welchem Ausmass sich – losgelöst von der Perspektive einer Entlassung – durch eine therapeutische Behandlung der Rückfallgefahr *während des Massnahmevollzugs* begegnen lasse.

Dabei könne – so die Beschwerdeführerin weiter – dahingestellt bleiben, welche Überlegungen den Gutachter zur selektiven Beantwortung bewogen hätten. Allerdings liege es nahe, dass er die Frage in der - rechtlich unzutreffenden – Annahme beantwortete, relevante Erfolgsaussichten einer Behandlung im Sinne von Art. 59 StGB seien nur dann zu bejahen, wenn dadurch ein deliktfreies Leben in Freiheit ermöglicht werde. Das Fehlverständnis des Gutachters sei möglicherweise durch die nicht optimale Fragestellung der Vorinstanz begünstigt worden: So habe die Verteidigung mit Schreiben vom 4. Dezember 2008 darauf hingewiesen, dass der Gutachter möglicherweise eine stationäre Behandlung nach Art. 59 Abs. 3 StGB (sc. in einer Strafanstalt) empfehlen könnte, mit den Fragen 4/5 aber lediglich eine stationäre Behandlung in einer spezialisierten Einrichtung thematisiert werde. Trotz dieser Anregung sei eine auf den Art. 59 Abs. 3 Satz 2 StGB fokussierte Fragestellung unterblieben.

2.3 Ist ein Gutachten unvollständig, ungenau oder undeutlich oder ergeben sich erhebliche Zweifel in die Richtigkeit des Gutachtens, so kann die Untersuchungsbehörde bzw. das Gericht das Gutachten durch die gleichen Sachverständigen verbessern lassen oder neue Sachverständige ernennen (§ 127 StPO). Unvollständig ist ein Gutachten u.a. dann, wenn der Gutachter eine ihm gestellte Frage nicht beantwortet (DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, a.a.O., N 9 zu § 127 StPO).

Leidet das Gutachten an formellen Mängeln – als solche gelten Unvollständigkeit, Ungenauigkeit und Undeutlichkeit –, so wird ein Parteirecht tangiert, dessen wesentliche Beeinträchtigung eine Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO bedeutet. Ob eine solche Verletzung vorliegt, wird vom Kassationsgericht in ständiger Praxis frei geprüft (vgl. DONATSCH, a.a.O., N 19 zu § 127 und N 22 zu § 430 StPO; zuletzt Kass.-Nr. AC090005, Beschluss vom 27. Juli 2010 i.S. Sch., Erw. II/5.1c).

2.4 Die Rüge, der Gutachter lasse die ihm gestellte Frage 7a unbeantwortet, ist begründet. Diese Frage zielt (wenn auch nicht wörtlich, so doch sinngemäss) auf die oben (Erw. 2.1a) wiedergegebene, rechtlich massgebliche Thematik, ob sich – losgelöst von der Frage einer späteren bedingten Entlassung aus der sta-

tionären Massnahme – durch eine stationäre Massnahme mit hinreichender Wahrscheinlichkeit über die Dauer von fünf Jahren eine deutliche Verringerung der Rückfallgefahr erwarten lasse. Es steht zunächst ausser Zweifel, dass mit dem gutachterlichen Passus, wonach nicht zu erwarten sei, dass mit einer Behandlung die legalprognostische Belastung insoweit gesenkt werden könne, "dass ein deliktfreies Leben der Expl. in Freiheit möglich erscheint", eine nicht gestellte Frage beantwortet wird. Die Frage, ob als Folge einer Behandlung im Sinne eines Fernziels ein späteres deliktfreies Leben der Beschwerdeführerin in Freiheit möglich sein werde, wurde dem Gutachter nicht gestellt und war in diesem Zusammenhang rechtlich irrelevant, geht es doch hier bloss um die Frage einer deutlichen *Verringerung der Rückfallgefahr* (also nicht um ein deliktfreies Leben) und auch (noch) nicht darum, ob dereinst die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung erfüllt sein werden.

Mit dem weiteren hier zur Debatte stehenden Passus wird die dem Gutachter gestellte (und aus rechtlicher Sicht massgebliche) Frage ebenfalls nicht beantwortet. Vielmehr wird hier festgehalten, dass durch eine angemessen intensive Behandlung die Bewährung in Haft und die Vollzugsfähigkeit weiter verbessert werden könne. Das ist keine Antwort auf die Frage, ob sich durch eine stationäre Massnahme (Behandlung) der Rückfallgefahr begegnen lasse; wenn schon, dann müsste in dieser Feststellung umgekehrt die Bejahung der Therapierbarkeit und damit einer Verringerung der Rückfallgefahr gesehen werden (so auch Beschwerde Ziff. 6.3, S. 5), was aber wiederum in Widerspruch dazu steht, dass der Gutachter dies wiederum an anderer Stelle auszuschliessen scheint (nachfolgend lit. c).

2.5a) Das Obergericht bezieht sich in diesem Zusammenhang allerdings auf einen weiteren Passus des Gutachtens (Beschluss S. 21 f.). So halte der Experte an anderer Stelle explizit fest, er vermöge die Möglichkeit nicht zu erkennen, in einem übersehbaren Zeitraum von fünf oder zehn Jahren eine legalprognostisch Erfolg versprechende stationäre Behandlung bei der Beschwerdeführerin durchzuführen (Gutachten S. 115). Gestützt darauf erachtet das Obergericht das Gutachten auch in diesem Punkt als nachvollziehbar und schlüssig begründet, indem

die Frage, ob sich durch eine stationäre Behandlung über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr weiterer mit der psychischen Störung der Beschwerdeführerin in Zusammenhang stehender Taten deutlich verringern lasse, "klar" verneint werde (Beschluss S. 22).

Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen (Beschwerde S. 5 ff., Ziff. 7), von einer "klaren" Beurteilung könne von vornherein keine Rede sein, nachdem der Gutachter die ihm explizit gestellte Frage 7a an der massgeblichen Stelle überhaupt nicht bzw. nicht in dem für das Gericht relevanten Sinn beantworte; überdies mache der Gutachter durch seine graphische Darstellung sehr deutlich, welche Aspekte der Frage er beantworte (nämlich: Verneinung der Erfolgsaussichten mit der Perspektive der Entlassung in Freiheit; Bejahung der Erfolgsaussichten mit Blick auf eine Verbesserung der Vollzugsfähigkeit), womit es nicht angehe, dass das Gericht anstelle des Gutachters die Beantwortung der Frage 7a durch Heranziehung einer einzigen Bemerkung, die in einem anderen Kontext gemacht werde, selbst beantworte. Eine solche richterliche Lückenfüllung sei nur dann zulässig, wenn im Gutachten an der fraglichen Stelle zwar ein Lücke bestehe, sich der Gutachter aber vorher zur entsprechenden Frage absolut klar und einlässlich geäußert habe. Von einer solchen Konstellation könne hier keine Rede sein.

b) Tatsächlich kann nicht gesagt werden, dem Gutachten lasse sich entnehmen, dass die gestellte Frage nach einer Verringerung der Rückfallgefahr klar verneint werde. Die dafür von der Vorinstanz angerufene Stelle steht in einem anderen Kontext (nämlich Frage 5, ob es Einrichtungen gebe, in denen die Behandlung durchgeführt werden könne, und wenn ja, welche), und der Antwort auf die hier interessierende Frage 7a lässt sich, wie bereits dargetan, eine solche klare Äusserung eben gerade nicht entnehmen.

Für fehlende Klarheit (bzw. für Unvollständigkeit hinsichtlich der massgeblichen Frage) spricht überdies, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt (Beschwerde Ziff. 7.3, S. 6 f.), dass der Gutachter in anderem Zusammenhang (nämlich auf die Frage, ob die psychische Störung der Beschwerdeführerin therapeutisch behandelt werden könne) ausführt (OG act. 22 S. 109):

"An dieser Stelle soll die Frage hinsichtlich einer legalprognostisch Erfolg versprechenden Behandelbarkeit mit dem Ziel einer Bewährung in Freiheit diskutiert werden. Zur Frage der Erfolgsaussichten (und Notwendigkeit) einer Therapie mit Blick u.a. auf eine bessere Vollzugsfähigkeit der Expl. soll weiter unten Stellung genommen werden."

Aus diesem Passus folgt wiederum, dass der Gutachter einen legalprognostischen Erfolg offenbar nur dann als gegeben erachtet, wenn die Behandlung eine Bewährung in Freiheit als möglich erscheinen lässt, womit er sowohl im Lichte des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides wie auch der hier massgeblichen Frage 7a von einem unzutreffenden Verständnis dieses Begriffs ausgeht. Auch insofern kann jedenfalls die isolierte Feststellung auf Seite 115 des Gutachtens nicht als hinreichende Beantwortung von Frage 7a verstanden werden.

3. Mit einer weiteren Rüge macht die Beschwerdeführerin geltend, das Gutachten Z. erweise sich überdies wegen fehlender Nachvollziehbarkeit als mangelhaft im Sinne von § 127 StPO (Beschwerde Ziff. 8, S. 7 ff.). Einerseits bejahe der Gutachter eine Erfolg versprechende Behandlung in dem Sinne, als damit das Risiko von Vollzugszwischenfällen gemindert werden könne, wobei unter Vollzugszwischenfällen Straftaten zu verstehen seien. Dies bedeute, dass nach Auffassung des Gutachters mit der (Wieder-)Aufnahme einer therapeutischen Behandlung dem Risiko von Straftaten (intramural) mit Erfolg begegnet werden könne; umgekehrt sei bei Ausbleiben der therapeutischen Behandlung eine Erhöhung des Risikos von Vollzugszwischenfällen zu erwarten (Beschwerde Ziff. 8.2 am Ende, S. 9). Diese Lesart des Gutachtens lasse sich – so die Beschwerdeführerin – allerdings nicht explizit dem Gutachten entnehmen. Da der Gutachter offensichtlich das Risiko intramuraler Straftaten als legalprognostisch irrelevant einstufte, blieben die Ausführungen zur Frage, ob sich mit einer therapeutischen Behandlung der Rückfallgefahr intramural begegnen lasse, unklar; auf jeden Fall erscheine die Verneinung der legalprognostischen Relevanz nicht nachvollziehbar in Anbetracht der Feststellungen, wonach die frühere Therapie zu einer Abnahme von Aggressionshandlungen geführt habe und eine Wiederaufnahme der Therapie das Risiko von Vollzugszwischenfällen mindern würde.

Ob in diesem Zusammenhang Nachvollziehbarkeit vorliegt oder nicht, kann offen bleiben. Nach dem oben Gesagten steht jedenfalls fest, dass das vorliegende Gutachten die Frage, ob (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) zu erwarten sei, dass durch die empfohlene Behandlung der relevanten Rückfallgefahr (im Sinne des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides) begegnet werden könne, nicht beantwortet, was zur Gutheissung der Beschwerde genügt. Die Vorinstanz wird insoweit eine Ergänzung des Gutachtens anzuordnen haben.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird im Sinne von § 127 StPO vorzugehen und hernach neu zu entscheiden haben.

5. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Über die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin wird nach Eingang der Honorarnote mit separater Präsidialverfügung entschieden werden.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. März 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
3. Die übrigen Kosten, einschliesslich diejenigen 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.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: