



Kass.-Nr. AC100018-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und Paul Baumgartner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Sitzungsbeschluss vom 4. April 2011

in Sachen

X.,

Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. A. Knauss,
Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

betreffend

Mordversuch etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2010 (SE100003/U/eh)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

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.

II.

1. Mit Urteil vom 23. April 2009 sprach das Obergericht des Kantons Zürich (dessen I. Strafkammer) den Beschwerdeführer erstinstanzlich schuldig des versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, des mehrfachen Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 140 Ziff. 4 StGB (bezüglich der ND 2, 4, 7 und 8), des mehrfachen Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 140 Ziff. 3 StGB (bezüglich der ND 3, 5 und 6) sowie weiterer Delikte, bestrafte ihn mit 11 ½ Jahren Freiheitsstrafe, wies ihn im Sinne von Art. 61 StGB in eine Einrichtung für junge Erwachsene ein und entschied über verschiedene Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen von Geschädigten (KG act. 2 S. 5 - 7). Auf eine Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft hob das Bundesgericht dieses Urteil am 28. Januar 2010 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurück (OG act. 75). Mit Urteil vom 10. Juni 2010 (= angefochtenes Urteil

KG act. 2) sprach das Obergericht den Beschwerdeführer schuldig des versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, des mehrfachen Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 140 Ziff. 4 StGB (bezüglich der ND 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 8) sowie weiterer Delikte (Dispositiv Ziffer 1), bestrafte ihn mit 13 Jahren Freiheitsstrafe (Dispositiv Ziffer 3), sah von der Anordnung einer Massnahme für junge Erwachsene im Sinne von Art. 61 StGB ab (Dispositiv Ziffer 4), ordnete eine ambulante Behandlung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 63 StGB ohne Aufschub des Strafvollzuges (Dispositiv Ziffer 5) sowie den Vollzug einer mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 10. April 2006 gegen den Beschwerdeführer ausgefallten bedingten Strafe von 60 Tagen Gefängnis an (Dispositiv Ziffer 9) und entschied wiederum über verschiedene Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen von Geschädigten (Dispositiv Ziffern 11 - 17) (KG act. 2 S. 33 - 36).

2. Gegen das gleichentags mündlich eröffnete obergerichtliche Urteil vom 10. Juni 2010 (OG Prot. S. 4, S. 33) meldete der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 107 = KG act. 6). Mit Verfügung vom 12. Juli 2010 bewilligte der Präsident der I. Strafkammer des Obergerichts dem Beschwerdeführer den vorzeitigen Strafantritt (OG act. 114). Mit Eingabe vom 20. September 2010 und damit innert der ihm vorinstanzlich angesetzten Frist von 30 Tagen (OG Prot. S. 38, act. 119) begründete der Beschwerdeführer die Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Damit beantragt er, die Dispositiv Ziffern 4 und 5 des obergerichtlichen Urteils vom 10. Juni 2010 seien aufzuheben und die Sache sei zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

3. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2010 teilte das Kassationsgericht den Geschädigten mit, dass der Beschwerdeführer eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht hat, mit welcher er ausschliesslich die Aufhebung der Ziffern 4 und 5 des Dispositivs des angefochtenen Urteils beantragt. Die Zivilansprüche der Geschädigten seien davon nicht betroffen. Das Kassationsgericht führe deshalb die Geschädigten nicht als Parteien des Beschwerdeverfahrens. Es

stehe ihnen aber frei, beim Kassationsgericht Einsicht in die Akten zu nehmen (KG act. 9).

4. Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11), die Staatsanwaltschaft auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 12).

5. Mit Eingabe vom 10. Dezember 2010 ersuchte der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers unter Hinweis auf die fragliche Massnahme für junge Erwachsene im Sinne von Art. 61 StGB um möglichst beförderliche Behandlung (KG act. 15).

III.

1. Das Bundesgericht hielt im Urteil vom 28. Januar 2010 fest, dass die Vorinstanz (auch) die vom Beschwerdeführer begangenen Raubdelikte gemäss Nebendossiers 3, 5 und 6 im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 4 StGB hätte qualifizieren müssen. Es wies die Sache deshalb "zur bundesrechtskonformen Verurteilung" sowie zur schuldangemessenen Festsetzung der neu auszufällenden Strafe an die Vorinstanz zurück und erwog, ebenso werde die Vorinstanz die Anordnung der gegen den Beschwerdeführer verhängten Massnahme im Sinne von Art. 61 StGB überprüfen müssen, "und zwar im Lichte des aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleiteten Untermassverbots". Ein Aufschub des Strafvollzugs (i.c. zugunsten einer solchen Massnahme) komme in Fällen, bei denen die maximale Dauer der Massnahme nicht einmal zwei Dritteln der Strafzeit gleichkomme, nur in Betracht, wenn die Erfolgsaussichten besonders günstig seien bzw. ein Resozialisierungserfolg erwartet werden dürfe, der sich durch den Vollzug der Freiheitsstrafe mit ambulanter Behandlung von vornherein nicht erreichen lasse (OG act. 75 S. 5 f. Erw. 2).

2. Die Vorinstanz erwog, gemäss dem bundesgerichtlichen Urteil sei neu zu überprüfen, ob die Freiheitsstrafe von 13 Jahren durch die Anordnung einer Massnahme für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) aufgeschoben werden könne (KG act. 2 S. 18 f. Erw. 4.2.8.2). Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Ver-

teidigung hätten die Anordnung einer solchen Massnahme beantragt (KG act. 2 S. 20 f.). Der Beschwerdeführer sei (im Rahmen eines vorzeitigen Massnahmeantritts; vgl. OG act. 33) am 5. Januar 2009 in die geschlossene Abteilung des Massnahmenzentrums Uitikon eingetreten. Der Verlauf der Massnahme bis zum angefochtenen Urteil könne als durchaus erfreulich bezeichnet werden. Vom Massnahmenzentrum Uitikon werde die Fortsetzung der Massnahme befürwortet (KG act. 2 S. 23 Erw. 4.2.8.3). Der Bericht über den Massnahmeverlauf erscheine durchaus positiv. Andererseits liessen verschiedene Umstände aufhorchen. So werde im Bericht erwähnt, der Beschwerdeführer habe ein starkes Problem mit seinem Bedürfnisaufschub gehabt. Wenn er etwas gewollt habe, dann habe er es sofort gewollt. Bei der Deliktsverarbeitung habe sich eine klare Tendenz zur Externalisierung gezeigt. Gemäss dem Massnahmebericht nehme er seine Umwelt äusserst feindlich und sich selbst als Opfer wahr. Bagatellisierungstendenzen und Neutralisierungsstrategien hätten nach der ersten Verhandlung beim Obergericht vom 23. April 2009 nicht nachgelassen. Der Beschwerdeführer habe während des rund eineinhalbjährigen Massnahmevollzugs 9 Disziplinarverfügungen erwirkt, denen jedoch weitgehend keine schwerwiegenden Verfehlungen zugrunde lägen. Schliesslich habe sich das strukturelle Rückfallrisiko nicht verändert. Dieses sei bezüglich Raub deutlich bis sehr hoch und bezüglich Tötung moderat. Die Beeinflussbarkeit bezüglich beider Deliktsarten sei moderat. Auch wenn gemäss dem Psychiater von einem erfreulichen Behandlungsverlauf gesprochen werden könne, liessen sich die "Fortschritte" noch nicht im FOTRES ("Forensisches Operationalisiertes Risiko-Evaluations-System"; s. www.fotres.ch) abbilden (KG act. 2 S. 24 f.). Schliesslich sei in diesem Zusammenhang noch einmal auf das über den Beschwerdeführer eingeholte Gutachten vom 31. Oktober 2008 zurückzukommen. Der Gutachter habe beim Beschwerdeführer schon im Jahre 2008 eine niedrige Frustrationstoleranz, eine eingeschränkte Fähigkeit zum Bedürfnisaufschub und eine verminderte Stressresilienz festgestellt. Auf beruflicher Ebene sei der Beschwerdeführer imstande, seine Impulsivität zurückzunehmen und sich unterzuordnen. Hingegen sei er im Freizeitbereich deutlich weniger bemüht, seinen emotionalen Schwankungen zu begegnen. Diese Einschätzung werde - so die Vorinstanz - offensichtlich gestützt durch den bisherigen

Massnahmeverlauf. Der Gutachter sei zum Schluss gekommen, dass sich die akzentuierten dissozialen, selbstunsicheren und impulsiven Persönlichkeitszüge bzw. die Störung des Sozialverhaltens und hieraus resultierende Defizite wie Reizbarkeit, geringe Frustrationstoleranz, geringe Stressresilienz, mangelnde Fähigkeit zum Bedürfnisaufschub, Verslossenheit und ein Geltungsbedürfnis als legalprognostisch ungünstig erwiesen. Weiterhin prognostisch belastend gemäss Gutachter seien eine Waffenaffinität, eine ausgeprägte Risikoprogredienz und eine bis dahin unzureichende Beeindruckbarkeit durch Sanktionen sowie ausgeprägte Denkverzerrungen wie Bagatellisierungen und Externalisierungen. Daran habe sich bis zum vorinstanzlichen Entscheid kaum etwas geändert. Die Rückfallgefahr für einschlägige Tathandlungen wie bewaffneten Raubüberfall habe der Gutachter damals als erheblich eingestuft. Die Rückfallgefahr für dem beurteilten ähnliche Tötungsversuche hingegen als moderat. Auch am strukturellen Rückfallrisiko habe sich nichts geändert. Gemäss Gutachter seien die prognostisch belastenden Merkmale einer längerfristigen deliktpräventiven Therapie zugänglich. Der Gutachter habe eine Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB empfohlen. Diese Massnahmevariante bringe (so der Gutachter gemäss Vorinstanz) neben den psychotherapeutisch deliktpräventiven Ansichten auch den notwendigen sozialpädagogischen Einfluss mit. Eine solche Massnahme erweise sich der möglichen Alternative eines Art. 63 StGB im Sinne einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme als überlegen. Letztlich komme der Gutachter zum Schluss, die Alternative einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme nach Art. 63 StGB würde sich zwar auch als erfolgversprechend erweisen, sei aber einer solchen nach Art. 61 StGB aufgrund des die Reifung günstig beeinflussenden milieutherapeutischen und sozialpädagogischen Settings unterlegen (KG act. 2 S. 25 f.). Gestützt auf diese Ausführungen des Gutachters sei aus therapeutischer Sicht eine Massnahme für junge Erwachsene im Sinne von Art. 61 StGB der Anordnung einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB vorzuziehen (KG act. 2 S. 26). Eine Anordnung der Massnahme nach Art. 61 StGB wäre aber nur dann möglich, wenn keine Alternativen zur Verfügung ständen, welche Aussichten auf Erfolg böten. M.a.W. müsse die besondere Notwendigkeit der Anordnung einer Massnahme gestützt auf Art. 61

StGB begründbar sein. Zwar wären die Erfolgsaussichten einer Massnahme für junge Erwachsene günstig zu beurteilen, aber nicht ohne weiteres als "besonders günstig". Gemäss Gutachten lasse sich der Resozialisierungserfolg auch durch den Vollzug der Freiheitsstrafe verbunden mit einer ambulanten Behandlung während des Vollzugs erreichen. Insoweit liege kein Fall vor, bei welchem von vornherein nur eine Massnahme nach Art. 61 StGB aussichtsreich wäre. Überdies sei auch die Deliktsreihe, für welche die lange Freiheitsstrafe ausgesprochen werde, nicht ausser Acht zu lassen. Aus diesen Gründen bestehe im vorliegenden Fall in Nachachtung des Untermassverbots keine Möglichkeit, den Strafvollzug zugunsten einer Massnahme nach Art. 61 StGB aufzuschieben. Stattdessen sei eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB ohne Aufschub des Strafvollzugs anzuordnen (KG act. 2 S. 27).

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, für die Prüfung der Anordnung einer Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB seien vorab zwei Beweismittel von ausschlaggebender Bedeutung gewesen, nämlich der Massnahmebericht vom 5.1.2009 bis 22.4.2010 des Massnahmezentrums Uitikon über den Massnahmeverlauf und das psychiatrische Gutachten von Dr.med. A. vom 31.10.2008 (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 14 und 15). Die Vorinstanz habe die negativen Aussagen im Massnahmebericht ausführlich gewürdigt, während der positive Verlauf nur zur Kenntnis genommen worden sei. Der äusserst positive Verlauf sei gar nicht thematisiert, scheinbar sogar in Frage gestellt worden (KG act. 1 S. 9 f. Ziff. 18 - 20, S. 11 Ziff. 23). Die von der Vorinstanz zitierten, zulasten des Beschwerdeführers verwendeten Aussagen (aus dem Massnahmebericht) seien im Rahmen des zeitlichen Massnahmeverlaufes nur schwer einzuordnen und zeigten kein aktuelles Bild des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt des zweiten obergerichtlichen Urteils (KG act. 1 S. 10 f. Ziff. 22). Keine Bedeutung habe, dass die Fortschritte des Beschwerdeführers noch nicht im FOTRES abgebildet seien (KG act. 1 S. 11 Ziff. 24). Alle involvierten Fachleute seien der festen Überzeugung des Bestehens einer produktiven Phase gewesen. Indem die Vorinstanz bei der Würdigung des Berichts des Massnahmezentrums die Entwicklung des Beschwerdeführers und die Bedeutung des Erreichten nicht gewürdigt habe, stattdessen aber sämtliche negativen Bemerkungen, welche primär zu Beginn der

Massnahme hätten zutreffen können, zum Anlass genommen habe, den Wert der Massnahme für den Beschwerdeführer zu verneinen, habe sie den Bericht willkürlich gewürdigt und die eigene Laiensicht in psychologischen Belangen an die Stelle der Auffassung aller involvierten Fachpersonen gestellt (KG act. 1 S. 12 Ziff. 25 f.). Überdies habe die Vorinstanz die richtige Kernfrage gar nicht beantwortet (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 27). Zunächst hätte - so der Beschwerdeführer - dazu eine Prognose über den weiteren zu erwartenden Verlauf der Massnahme gemäss Art. 61 StGB abgegeben werden müssen, und zwar durch Fachleute (offensichtlich gemeint: medizinischer Fachrichtung). Das sei nicht gemacht worden. Allein schon dieses Vorgehen sei willkürlich (KG act. 1 S. 13 Ziff. 28). Weiter hätte der prognostizierte Verlauf mit einer Prognose der vollzugsbegleitenden Massnahme verglichen werden müssen. Auch das habe die Vorinstanz nicht getan (KG act. 1 S. 13 Ziff. 29). Es sei unerfindlich, wie die Vorinstanz ohne die nötigen fachlich abgestützten Prognosen und ohne einen solchen Vergleich willkürfrei zum Schluss gekommen sei, dass die Massnahme nach Art. 61 StGB keinen Resozialisierungserfolg erwarten lasse, der bei einer vollzugsbegleitenden Massnahme nicht auch erreichbar sei (KG act. 1 S. 13 Ziff. 30). Auch das Gutachten von Dr. A. aus dem Jahre 2008 habe die Vorinstanz willkürlich ausgelegt und zu Unrecht nicht ergänzen lassen (KG act. 1 S. 14 Ziff. 31). Irreführend sei die vorinstanzliche Auffassung, eine Anordnung der Massnahme nach Art. 61 StGB sei nur dann möglich, wenn keine Alternativen zur Verfügung ständen, welche Aussicht auf Erfolg böten. Die Frage sei ja, welche Art von Erfolg eine Alternative bieten müsse. Das Bundesgericht knüpfe das Argument genau anders herum an. Der Erfolg der Alternative müsste dem Erfolg der Massnahme nach Art. 61 StGB gleichwertig sein, sonst liege ein Erfolg der Massnahme nach Art. 61 StGB vor, der mit der Alternative nicht erreichbar sei (KG act. 1 S. 14 Ziff. 32). Der Gutachter habe schon 2008 klar die Massnahme gemäss Art. 61 StGB bevorzugt. Dass er ohne Begründung die Meinung vertreten habe, dass auch eine vollzugsbegleitende Massnahme nach Art. 63 StGB erfolgversprechend sei, könne nicht als Entscheidungsgrundlage gegen eine Massnahme nach Art. 61 StGB genügen (KG act. 1 S. 14 Ziff. 33). Der Gutachter habe von einer Massnahme nach Art. 61 StGB Resozialisierungserfolge erwartet, welche mit einer Massnahme nach

Art. 63 StGB nicht erreichbar seien. Offenbar habe er auch die Auffassung vertreten, dass eine vollzugsbegleitende Massnahme nach Art. 63 StGB immer noch besser wäre als gar keine Massnahme. Mehr sage das Gutachten diesbezüglich nicht aus. Es sei insofern aber zumindest unklar gewesen. Die Vorinstanz hätte daher vom Gutachter eine Erläuterung einholen müssen, wenn sie schon von seinen Empfehlungen habe abweichen wollen (KG act. 1 S. 15 Ziff. 34). Bei Kenntnis des ausserordentlich guten Verlaufs der Massnahme wäre die Beurteilung des Gutachters beim Vergleich zwischen einer Massnahme nach Art. 61 StGB und einer vollzugsbegleitenden Massnahme nach Art. 63 StGB noch wesentlich deutlicher zugunsten der ersteren ausgefallen (KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 35). Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung sei insgesamt davon auszugehen, dass die Erfolgsaussichten der Massnahme für junge Erwachsene im Vergleich zu allen möglichen Alternativen besonders günstig seien. Die diesbezügliche Beurteilung der Vorinstanz stehe im Widerspruch zur Auffassung aller anderen am Verfahren beteiligten Personen und Behörden (KG act. 1 S. 16 Ziff. 36). Die Entwicklung des Beschwerdeführers in der Zeit zwischen dem Gutachten und dem Urteil vom 10. Juni 2010 hätte Anlass sein müssen, ein Ergänzungsgutachten einzuholen. Es hätten sich neue Tatsachen ergeben, welche vom ursprünglichen Gutachten nicht abgedeckt gewesen und daher nicht berücksichtigt worden seien. Insofern sei das Gutachten veraltet gewesen. Indem die Vorinstanz trotzdem kein Ergänzungsgutachten beigezogen habe, habe sie § 127 StPO ZH verletzt (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 38 und 39).

4. Die vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage der Massnahme sind auf den ersten Blick nicht einfach nachzuvollziehen. Einerseits schilderte die Vorinstanz den Verlauf der bisherigen Massnahme und die Entwicklung des Beschwerdeführers (KG act. 2 S. 23 f.). Sie bezeichnete den Verlauf der Massnahme als durchaus erfreulich (KG act. 1 S. 23), wenn sie auch auf verschiedene problematische Umstände hinwies (KG act. 1 S. 24). Sie stützte sich auf das psychiatrische Gutachten vom 31. Oktober 2008 (KG act. 1 S. 25 f.) und stellte fest, dass demnach aus therapeutischer Sicht eine Massnahme für junge Erwachsene im Sinne von Art. 61 StGB der Anordnung einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB vorzuziehen sei (KG act. 1 S. 26). Andererseits gelangte

sie schliesslich zu folgendem Ergebnis: Eine Anordnung der Massnahme nach Art. 61 StGB wäre nur dann möglich, wenn keine Alternativen zur Verfügung ständen, welche Aussichten auf Erfolg böten. Gemäss Gutachten lasse sich der Resozialisierungserfolg auch durch den Vollzug der Freiheitsstrafe, verbunden mit einer ambulanten Behandlung während des Vollzugs, erreichen. Insoweit liege kein Fall vor, bei welchem von vornherein nur eine Massnahme nach Art. 61 StGB aussichtsreich wäre. Überdies sei auch die Deliktsreihe, für welche die lange Freiheitsstrafe auszusprechen sei, nicht ausser Acht zu lassen. Aus diesen Gründen bestehe in Nachachtung des Untermassverbots keine Möglichkeit, den Strafvollzug zugunsten einer Massnahme nach Art. 61 StGB aufzuschieben (KG act. 1 S. 27).

a) Entscheidend für die Vorinstanz war demnach schliesslich, dass sich der Resozialisierungserfolg gemäss Gutachten auch durch den Vollzug der Freiheitsstrafe verbunden mit einer ambulanten Behandlung während des Vollzugs erreichen lasse. Obwohl die Vorinstanz den bisherigen Verlauf der Massnahme für junge Erwachsene geschildert (und als positiv beurteilt) hatte, war dieser für ihren Entscheid schliesslich gar nicht relevant, weil eine Alternative mit Aussichten auf Erfolg vorhanden war. Die Ausführungen und Rügen des Beschwerdeführers zur vorinstanzlichen Beachtung und Würdigung seiner Entwicklung im vorzeitigen Massnahmevollzug gehen deshalb am angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl. Sie sind irrelevant.

Abgesehen davon treffen die Rügen unter Ziff. 16 - 26 der Beschwerde auch nicht zu. Die Vorinstanz nahm im Gegensatz zu diesen Ausführungen den bisherigen positiven Verlauf der Massnahme durchaus als solchen zur Kenntnis, stellte ihn in keiner Weise in Frage, blendete ihn nicht aus und verneinte keineswegs den Wert der Massnahme für den Beschwerdeführer. Sie mass diesem Verlauf der Massnahme aber aus rechtlichen Gründen keine Bedeutung bei - eben weil eine Alternative mit Aussichten auf Erfolg vorhanden sei; selbst wenn die Massnahme für junge Erwachsene aus therapeutischer Sicht dieser Alternative vorzuziehen wäre.

Überdies stellte die Vorinstanz weder fest, dass die Massnahme nach Art. 61 StGB bis zum Urteilszeitpunkt im Wesentlichen wirkungslos geblieben sei (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 27), nach dass diese Massnahme keinen Resozialisierungserfolg erwarten lasse, der bei einer vollzugsbegleitenden Massnahme nach Art. 63 StGB nicht auch erreichbar sei (KG act. 1 S. 13 Ziff. 27 und 30). Auch diese Rügen gehen am angefochtenen Urteil vorbei.

b) Ob die Vorinstanz zu Recht dem bisherigen Verlauf des vorzeitigen Massnahmevollzugs keine Bedeutung beimass oder ob sie diesen hätte beachten müssen, ob sie nicht bereits wegen des Vorhandenseins einer Alternative eine Massnahme nach Art. 61 StGB hätte verwerfen dürfen, sondern ob sie vorab (unter Beizug eines psychiatrischen Experten) einen Vergleich zwischen den verschiedenen Alternativen bzw. deren Erfolgsaussichten hätte vornehmen müssen (und bei deutlich grösseren Erfolgsaussichten einer Massnahme für junge Erwachsene im Vergleich zu einer Alternative erstere hätte anordnen müssen), wie der Beschwerdeführer postuliert (KG act. 1 S. 12 - 14 Ziff. 27 - 30, Ziff. 32), sind Fragen der Anwendung des materiellen Bundesrechts. Diesbezüglich ist die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht möglich (Art. 78 ff. BGG i.V. mit Art. 95 lit. a BGG), was die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde insoweit ausschliesst (§ 430b StPO ZH; vgl. z.B. Kass.-Nr. AC090014 vom 6.12.2010 Erw. II.2). Das ist dem Beschwerdeführer grundsätzlich bewusst (KG act. 1 S. 7 Ziff. 12). Auf diese Rügen und Ausführungen des Beschwerdeführers kann nicht eingetreten werden.

c) Im Zusammenhang mit der Anordnung einer Massnahme wäre bei der vorinstanzlichen Begründung einzig eine Rüge zulässig, dass die Vorinstanz willkürlich oder unter Verletzung einer gesetzlichen Prozessform angenommen hätte, es sei eine Alternative mit Aussichten auf Erfolg vorhanden.

5. Die Vorinstanz verwies für diese Feststellung auf das psychiatrische Gutachten, gemäss welchem sich der Resozialisierungserfolg auch durch den Vollzug der Freiheitsstrafe verbunden mit einer ambulanten Behandlung während des Vollzugs erreichen lasse (KG act. 2 S. 27). Der Beschwerdeführer wendet dazu (lediglich) ein, der Umstand, dass der Gutachter ohne Begründung die Meinung

vertreten habe, auch eine vollzugsbegleitende Massnahme nach Art. 63 StGB würde sich als erfolgversprechend erweisen, könne nicht als Entscheidungsgrundlage gegen eine Massnahme nach Art. 61 StGB genügen (KG act. 1 S. 14 Ziff. 33). Der Gutachter habe offenbar die Auffassung vertreten, dass eine vollzugsbegleitende Massnahme nach Art. 63 StGB immer noch besser wäre als gar keine Massnahme. Mehr sage das Gutachten diesbezüglich nicht aus. Es sei insofern zumindest unklar (KG act. 1 S. 15 Ziff. 34).

a) Dem Gutachter wurden (neben anderen) die Fragen gestellt, ob die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 - 60 StGB, einer ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB oder mehrerer Massnahmen im Sinne von Art. 56a StGB zweckmässig sei, ob nur eine stationäre Behandlung geeignet sei, der Gefahr weiterer Straftaten zu begegnen oder ob auch eine ambulante Behandlung genüge, und ob der Art der Behandlung auch bei gleichzeitigem oder vorherigem Strafvollzug Rechnung getragen werden könne (OG act. HD 13/14 S. 3 Ziff. 4.4 und 4.5). Der Gutachter gelangte nach eingehender Darstellung seiner Untersuchungen, Befunde und Beurteilung (OG act. HD 13/14 S. 5 - 59) zu den Schlüssen, dass aus forensisch-psychiatrischer Sicht die Anordnung einer Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB zu empfehlen sei. Dadurch bestehe "eine relevante Aussicht, die erhebliche Rückfallgefahr" signifikant zu reduzieren. Beim Beschwerdeführer bestehe eine Behandlungsbedürftigkeit bei gegebener Therapiefähigkeit und überwiegend gegebenem Problembewusstsein (OG act. HD 13/14 S. 60). Andere oder zusätzliche Massnahmen seien aus forensisch-psychiatrischer Sicht nicht indiziert. Insbesondere erweise sich auch der dargelegte Interventionsansatz gegenüber der möglichen Alternative eines Art. 63 StGB im Sinne einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme aufgrund der sozialpädagogischen Förderung in Kombination mit der reifungsunterstützenden psychotherapeutischen Einbettung als überlegen (OG act. HD 13/14 S. 61). Es sei zu erwarten, dass mit einer Massnahme nach Art. 61 StGB die Legalprognose günstig beeinflusst werden könne. Neben einer deliktpräventiven psychotherapeutischen Behandlung sei auch die sozialpädagogische Förderung nötig, um ein konstruktives Selbstbild aufzubauen und zu verfestigen, die prognoserelevanten Problembereiche günstig zu beeinflussen und ein nach-

haltiges Rückfallmanagement beim Beschwerdeführer erwirken zu können. Die Alternative einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme nach Art. 63 StGB würde sich zwar auch als erfolgversprechend erweisen, sei aber einer solchen nach Art. 61 StGB unterlegen aufgrund des die Reifung günstig beeinflussenden milieu-therapeutischen und sozialpädagogischen Settings (OG act. HD 13/14 S. 63).

b) Tatsächlich fehlt dabei einerseits eine Begründung für die Aussage, dass auch eine strafvollzugsbegleitende Massnahme nach Art. 63 StGB erfolgversprechend wäre. Andererseits scheinen die gutachterlichen Aussagen diesbezüglich als widersprüchlich, jedenfalls kaum nachvollziehbar (dies wurde zwar in der Beschwerde nicht gerügt, war indes bei der Prüfung der Rüge der fehlenden Begründung bzw. Unklarheit der gutachterlichen Aussage festzustellen): Der Gutachter erachtet neben einer deliktpräventiven psychotherapeutischen Behandlung (welche der Gutachter wohl bei der Bezeichnung einer strafvollzugsbegleitenden ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB als mögliche Alternative im Auge hatte) auch die sozialpädagogische Förderung als *nötig*, um ein konstruktives Selbstbild aufzubauen und zu verfestigen, die prognoserelevanten Problem-bereiche günstig zu beeinflussen und ein nachhaltiges Rückfallmanagement beim Beschwerdeführer erwirken zu können (OG act. HD 13/14 S. 63; Kursivschrift zur Verdeutlichung durch das Kassationsgericht). Weshalb auch eine vollzugsbegleitende ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB erfolgversprechend wäre, obwohl doch gemäss Gutachter eine sozialpädagogische Förderung (welche der Gutachter offenbar als Bestandteil einer Massnahme im Sinne von Art. 61 StGB, nicht aber einer solchen im Sinne von Art. 63 StGB sah) *nötig* wäre, um "ein nachhaltiges Rückfallmanagement" erwirken zu können - d.h. wohl der Gefahr weiterer mit der Störung der Persönlichkeitsentwicklung im Zusammenhang stehender Taten wirksam auf längere Sicht zu begegnen -, erklärt der Gutachter nicht und ist nicht nachvollziehbar.

Hinzu kommt, dass eine Voraussetzung einer Massnahme für junge Erwachsene ist, dass der Täter in seiner Persönlichkeitsentwicklung "erheblich gestört" war (Art. 61 Abs. 1 StGB), während Voraussetzung einer Massnahme nach Art. 63 StGB ist, dass der Täter "psychisch schwer gestört" ist. Der Gut-

achter erklärte, der Beschwerdeführer leide unter einer Störung des Sozialverhaltens im Rahmen einer Adoleszenzkrise und weise akzentuierte dissoziale, impulsive, narzisstische und selbstunsichere Persönlichkeitszüge auf, welche sich im Rahmen der Störung des Sozialverhaltens zeigten, aber noch unter der Diagnoseschwelle einer Persönlichkeitsstörung lägen (OG act. HD 13/14 S. 62). Das deutet auf die Erfüllung der genannten Voraussetzung von Art. 61 Abs. 1 StGB hin, aber eher nicht auf die vorstehend genannte von Art. 63 StGB. Jedenfalls kann der psychiatrische Laie ohne weitere Erläuterung aus dem Gutachten keine psychisch schwere Störung im Sinne von Art. 63 StGB entnehmen.

Das Gutachten erweist sich damit tatsächlich im Sinne von § 127 StPO ZH als ungenügend als Basis einer Feststellung, dass auch die tatsächlichen Voraussetzungen einer ambulanten Massnahme im Sinne Art. 63 StGB (psychisch schwere Störung; Erwartung, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit dem Zustand des Beschwerdeführers in Zusammenhang stehender Taten wirksam begegnen) erfüllt seien. Indem die Vorinstanz trotzdem nicht etwa das Gutachten bezüglich spezifischer Fragen nach den tatsächlichen Voraussetzungen von Art. 63 StGB im Sinne von § 127 StPO ZH ergänzen liess, sondern feststellte, gemäss Gutachten lasse sich der Resozialisierungserfolg auch durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe verbunden mit einer ambulanten Behandlung erreichen, setzte sie einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH. Die darauf beruhenden Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Urteils sind aufzuheben, und die Sache ist insoweit an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 435 StPO ZH; vgl. zur teilweisen Aufhebung ZR 95 [1996] Nr. 23, Kass.-Nr. AC060031 vom 5.2.2008 Erw. II.20 und Kass.-Nr. AC050125 vom 2.4.2007 Erw. VIII). Gemäss Art. 453 Abs. 2 StPO ist für die neue Beurteilung das neue Recht (StPO) anwendbar und hat die neue Beurteilung durch die Behörde zu erfolgen, die nach StPO für den aufgehobenen Entscheid zuständig gewesen wäre. Es obliegt dem Obergericht zu prüfen, ob es selber für die neue Beurteilung der aufgehobenen Dispositiv-Ziffern zuständig ist oder ob es die Sache dazu an ein Bezirksgericht zu überweisen hat.

IV.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2010 aufgehoben und die Sache insoweit an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive 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.
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie zur Orientie-

zung an das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär