



Kass.-Nr. AC090002/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie der juristische Sekretär Titus Graf

Zirkulationsbeschluss vom 20. Mai 2009

in Sachen

X.,

Angeklagter und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin ...

gegen

1. Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Imholz, Molkenstr. 15/17, Postfach, 8026 Zürich

2. A.,

vertreten durch Rechtsanwältin ...

3. B.,

4. C.,

2 - 4 Geschädigte und Beschwerdegegner

betreffend **Mordversuch etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Oktober 2008 (SE080016/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Rahmen des Verfahrens vor der Anklagekammer des Obergerichtes wurde mit Beschluss vom 5. September 2008 die gegen X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) gerichtete Anklage der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 1) vom 30. Juni 2008 zugelassen und er gestützt auf § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b StPO dem Obergericht zur Beurteilung überwiesen (OG act. 35).

2. Die I. Strafkammer des Obergerichtes beschloss am 28. Oktober 2008 (OG act. 41 bzw. KG act. 2) unter anderem, dass der Beschwerdeführer zuständigkeithalber an das Geschworenengericht zur Aburteilung überwiesen (Disp.-Ziff. 1) und das obergerichtliche Verfahren als erledigt abgeschlossen werde (Disp.-Ziff. 3).

3. Der (sich in Sicherheitshaft befindende) Beschwerdeführer liess durch seine amtliche Verteidigerin gegen den Beschluss der I. Strafkammer vom 28. Oktober 2008 rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (OG act. 43) und begründen (KG act. 1). In der Beschwerdebegründung wird die Aufhebung der Disp.-Ziff. 1 und 3 des Beschlusses und die Rückweisung der Sache zur Aburteilung des Beschwerdeführers durch die I. Strafkammer des Obergerichtes beantragt (KG act. 1 S. 2/3).

4. Mit Verfügung vom 22. Januar 2009 ordnete der Vizepräsident des Kassationsgerichtes (unter anderem) die Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft an (KG act. 7).

5. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Die Geschädigten 2-4 (Beschwerdegegner 2-4) äusserten sich innert Frist nicht zur Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin 1 reichte eine Beschwerdeantwort ein (KG act. 10); darin stellt sie formell zwar keinen Antrag, doch schliesst sie sich der in der Beschwerde vertretenen Auffassung im Ergebnis an. Die Be-

schwerdeantwort wurde den übrigen Parteien und der Vorinstanz zugestellt (KG act. 11). Es gingen keine weiteren Eingaben ein.

II.

1. Vorerst ist festzuhalten, dass gegen den vorinstanzlichen Überweisungsbeschluss, der im Rahmen eines erstinstanzlichen obergerichtlichen Verfahrens erging, kantonale Nichtigkeitsbeschwerde geführt werden kann (§ 428 StPO; ZR 89 Nr. 92 Erw. 2 m.H.).

2. In der Anklage vom 30. Juni 2008 (welche nachträglich im Rahmen des obergerichtlichen Verfahrens hinsichtlich des Nebendossiers teilweise berichtigt wurde, vgl. OG act. 42A) wird dem Beschwerdeführer bezüglich des Hauptdossiers (HD) unter anderem versuchter Mord und versuchte Vergewaltigung zum Nachteil von A. (Beschwerdegegnerin 2) vorgeworfen (OG act. 28). Hinsichtlich des versuchten Mordes wird ihm zusammengefasst - soweit für die Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde wesentlich - folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

Nachdem der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin 2 auf dem Sofa in deren Wohnung an der ...-Strasse ... in ... einen ersten Messerstich in die Halsvorderseite versetzt habe, wobei ihm klar gewesen sei, dass er die Beschwerdegegnerin 2 mit dem Stich tödlich verletzen könnte und er deren Tötung in Kauf genommen habe, sei es der Beschwerdegegnerin 2 gelungen, sich vom Sofa zu erheben und in Richtung Türe zu rennen. Sie habe sich gegen den Beschwerdeführer zur Wehr gesetzt und versucht, aus der Wohnung zu flüchten; in diesem Zeitpunkt sei der Beschwerdeführer entschlossen gewesen, die Beschwerdegegnerin 2 zu töten. Zu diesem Zweck habe er im Wissen um die möglichen Todesfolgen zweimal mit voller Wucht in den Rücken der Beschwerdegegnerin 2 zugestochen. Gleichwohl sei ihr vorerst die Flucht gelungen. Sie sei zum an der ...-Strasse ... wohnhaften Nachbar B. gerannt, habe das Haus betreten und sei auf der Treppe zusammengebrochen. Der Beschwerdeführer habe sie verfolgt und das Haus des Nachbarn ebenfalls betreten. Er habe sich der auf der Treppe sitzenden Beschwerdegegnerin 2 genähert und ihr zweimal mit dem Messer in die rechte Halsseite gestochen, wobei er um die möglichen tödlichen Folgen der Sti-

che gewusst habe und die Beschwerdegegnerin 2 auch habe töten wollen.

Dem Beschwerdeführer wird somit in objektiver Hinsicht vorgeworfen, der Beschwerdegegnerin 2 insgesamt fünf Messerstiche versetzt zu haben.

3. Im Verfahren vor der Anklagekammer des Obergerichtes gab die amtliche Verteidigerin des Beschwerdeführers bezüglich des eingeklagten Mordversuches - soweit für das vorliegende Kassationsverfahren wesentlich - folgende (schriftliche, vom 16. August 2008 datierte und auch vom Beschwerdeführer unterzeichnete) Erklärung ab (OG act. 33): Der Beschwerdeführer erkläre sich der eventualvorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig, nicht jedoch des versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB. Er bestreite, der Beschwerdegegnerin 2 im Haus (des Nachbarn) B. weitere Messerstiche versetzt zu haben; er erkläre sich jedoch geständig, der Beschwerdegegnerin 2 fünf Stichverletzungen mit dem Messer zugefügt und damit deren Tod in Kauf genommen zu haben. Anschließend führte die amtliche Verteidigerin aus, der Beschwerdeführer lasse erklären, dass er vom Obergericht beurteilt werden wolle.

Die Beschwerdegegnerin 1 führte gegenüber der Anklagekammer aus, sie nehme davon Kenntnis, dass der Grundtatbestand der versuchten (eventual-) vorsätzlichen Tötung und der dem Grundtatbestand zugrunde liegende Sachverhalt bzw. ein für die Erfüllung des Grundtatbestandes ausreichender Sachverhalt vom Beschwerdeführer und seiner Verteidigerin anerkannt würden, weshalb sie mit einer Beurteilung der Sache durch das Obergericht einverstanden wäre (OG act. 34).

Die Anklagekammer fällte in der Folge den eingangs unter Erw. I/1 genannten (unbegründeten) Beschluss.

4.1 Die Vorinstanz wiederholte im angefochtenen Beschluss vom 28. Oktober 2008 zuerst (auch) die genannte Erklärung des Beschwerdeführers bzw. seiner amtlichen Verteidigerin und hielt fest, der Beschwerdeführer habe mitteilen lassen, er wünsche vom Obergericht beurteilt zu werden (KG act. 2 Erw. I/3.1 und 3.3).

4.2 Anschliessend gab die Vorinstanz die Bestimmung von § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b StPO wieder und legte deren Inhalt bzw. Anwendungsbereich unter Hinweis auf Praxis und Lehre dar (KG act. 2 Erw. II/1-2). Dabei hielt sie unter anderem fest, ein Bestreiten nur nebensächlicher, nicht die Tatbestandsmerkmale des eingeklagten Deliktes stützender Behauptungen, etwa zur präzisen Tatzeit, Tatort, Tathergang etc. sei unwesentlich und ein allfälliges Bestreiten derselben allein führe nicht zur Überweisung an das Geschworenengericht (KG act. 2 Erw. II/2 a.E.). In der Folge führte die Vorinstanz aus, für den Entscheid, ob die Voraussetzungen für die Überweisung an das Geschworenengericht oder an das Obergericht erfüllt seien, sei grundsätzlich allein von den im Rahmen des Zulassungsverfahrens vor der Anklagekammer abgegebenen Erklärungen auszugehen; unerheblich seien die Aussagen in der Untersuchung. Der Anklagekammer obliege diesbezüglich nur eine summarische Prüfungspflicht (KG act. 2 Erw. II/3).

4.3 In Erw. II/4 prüfte die Vorinstanz, ob sie im vorliegenden Fall zuständig ist. Sie erwähnte zuerst, dass dem Beschwerdeführer unter anderem vorgeworfen werde, der Beschwerdegegnerin 2 nach deren Flucht aus der eigenen Wohnung im Haus des Nachbarn B. zwei (weitere) Messerstiche in den Hals versetzt zu haben, und hielt fest, der Beschwerdeführer habe im Anklagezulassungsverfahren vor Anklagekammer und auch im Untersuchungsverfahren diesen Anklagesachverhalt ausdrücklich bestritten. Anschliessend erwog die Vorinstanz, zwar habe der Beschwerdeführer vor Anklagekammer eingeräumt, der Beschwerdegegnerin 2 fünf Stichverletzungen mit dem Messer zugefügt und damit deren Tötung in Kauf genommen zu haben. Wie und wo die fünf Stichverletzungen erfolgt seien, gebe er jedoch nicht an, mache er doch gemäss seinen Aussagen im Untersuchungsverfahren für die eingeklagten Tathandlungen nach dem ersten Messerstich eine Erinnerungslücke geltend. Die beiden Stiche in den Rückenbereich habe er in der Folge doch als von ihm stammend und insofern einen Tötungsvorsatz anerkannt. Was jedoch die bestrittenen Stichverletzungen im Hause B. betreffe, habe der Beschwerdeführer in einer untersuchungsrichterlichen Einvernahme nur gemutmasst, dass "dies dort passiert sein müsse"; in derselben Einvernahme habe er fünf Stiche zugegeben, aber keine davon im Hause B. Die Vorinstanz hielt weiter fest, losgelöst vom Tathergang habe der Beschwerdeführer eingeräumt,

dass diese (letzten) beiden Stiche auch tödlich hätten ausgehen können, und er habe anerkannt, auch mit diesen Stichen wie mit den anderen drei Stichen die Tötung der Beschwerdegegnerin 2 in Kauf genommen zu haben.

Die Vorinstanz erwog anschliessend, es sei vorerst evident, dass diese bestrittenen Stichverletzungen im Hause B. für sich allein die geschworenengerichtliche Zuständigkeit begründeten. Dieses Haus liege in etlicher Distanz zum Haus der Beschwerdegegnerin 2; es könne daher nicht die Rede davon sein, der Beschwerdeführer bestreite nur eine nebensächliche, die Tatbestandsmerkmale des eingeklagten Delikts stützende Behauptung, wenn er bestreite, der Beschwerdegegnerin 2 über diese längere Strecke gefolgt und ihr in Tötungsabsicht am neuen Ort zwei Stichverletzungen in den Hals versetzt zu haben. Dazu komme, dass er mit seiner diesbezüglichen Bestreitung in der Untersuchung hinsichtlich dieser Phase des Geschehens auch den Tötungsvorsatz, den die Anklage ihm vorwerfe, in Frage stelle. Seine Bestreitung des eingeklagten Sachverhaltes beschlage damit nicht nur die rechtliche Qualifikation der Tat, sondern die Tat überhaupt.

Die Vorinstanz führte danach aus, die Anklage habe alle Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehörten sowie andere Einzelheiten aufzunehmen. Solche Einzelheiten seien z.B. (wie sich aus RKG 1997 Nr. 114 ergebe), an welchem Körperteil das Opfer vom Messerstich getroffen worden sei und ob der Angeklagte zugestochen habe, als das Opfer geflüchtet sei. Würden solche Einzelheiten bestritten, liege kein Geständnis im Sinne von § 198a Abs. 1 Ziff. 1 StPO und damit auch keine Anerkennung des eingeklagten Tatbestandes im Sinne von § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b. StPO vor.

4.4 In Erw. II/5 hielt die Vorinstanz abschliessend fest, mangels Anerkennung des eingeklagten Sachverhaltes entfalle die sachliche Zuständigkeit des Obergerichtes für die Beurteilung der Anklage, weshalb der Beschwerdeführer an das Geschworenengericht zu überweisen sei.

5.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe im angefochtenen Beschluss zu seinem Nachteil gesetzliche Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO verletzt, indem sie sein Wahlrecht im Sinne von § 198a Abs. 1 Ziff. 3

lit. b StPO nicht beachtet habe (bzw. sie zu Unrecht von ihrer Unzuständigkeit ausgegangen sei). Zur Begründung bringt er zusammengefasst vor, die Vorinstanz verkenne vorab, dass sich der Entscheid des Kassationsgerichtes, auf welchen sie verweise, ausschliesslich auf § 198a Abs. 1 Ziff. 1 lit. b StPO und nicht auf das in § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b StPO stipulierte Wahlrecht eines Angeklagten beziehe. Zudem habe er gegenüber der Anklagekammer in seiner Erklärung vom 16. August 2008 klarerweise den Grundtatbestand der versuchten Tötung anerkannt, und er bestreite lediglich die Qualifikation des eingeklagten Tatbestandes als versuchter Mord. Er habe in der Erklärung auch eindeutig anerkannt, der Beschwerdegegnerin 2 die ihm in der Anklage vorgeworfenen fünf Messerstiche versetzt zu haben; von zwei bestrittenen Hals-Stichverletzungen, von welchen die Vorinstanz ausgehe und woraus sie alleine die geschworenengerichtliche Zuständigkeit ableite, könne keine Rede sein. Seine Bestreitung des eingeklagten Sachverhaltes hinsichtlich der Verfolgung der Beschwerdegegnerin 2 in das Haus des Nachbarn B., um dieser dort zwei weitere Stichverletzungen am Hals in Tötungsabsicht zuzufügen, beschlage nicht die Tatbestandsmerkmale des Grundbestandes der versuchten vorsätzlichen Tötung; beim eingeklagten "Tatort B." handle es sich um eine nebensächliche, nicht die Tatbestandsmerkmale des eingeklagten Deliktes stützende Behauptung. Die Anklagekammer sei denn auch aufgrund der Erklärung des Beschwerdeführers bzw. seiner Verteidigerin in ihrem Beschluss vom 5. September 2008 von der Zuständigkeit des Obergerichtes ausgegangen. Aus diesen Gründen hätte die Vorinstanz aufgrund seiner Erklärung bzw. seines ihm zustehenden Wahlrechts das Verfahren durchführen müssen (KG act. S. 3-6).

5.2 Die Beschwerdegegnerin 1 führt in der Beschwerdeantwort zusammengefasst aus, sie halte an ihrem gegenüber der Anklagekammer geäusserten Standpunkt fest und beschränke sich auf die Feststellung, dass der Beschwerdeführer (gegenüber der Anklagekammer) anerkannt habe, der Beschwerdegegnerin 2 fünf Messerstiche versetzt und in bezug auf jeden dieser Stiche deren Tod in Kauf genommen zu haben, womit er den Grundtatbestand der versuchten (eventual-)vorsätzlichen Tötung eingestanden habe. Die vom Beschwerdeführer bestrittenen Tatumstände spielten primär bei der Frage der rechtlichen Qualifikation eine Rolle; würde man bei diesen Tatumständen ebenfalls eine Anerkennung vor-

aussetzen, wäre das in § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b StPO statuierte Wahlrecht des Angeklagten obsolet. Einer Beurteilung der eingeklagten Taten durch das Obergericht stehe somit nichts entgegen (KG act. 10).

6.1 Wie erwähnt, geht die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass der Beschwerdeführer im Rahmen des Verfahrens vor der Anklagekammer zugegeben hat, der Beschwerdegegnerin 2 insgesamt fünf Stichverletzungen mit dem Messer zugefügt und damit deren Tötung in Kauf genommen zu haben. Sie hat nach der Überweisung der Sache durch die Anklagekammer im angefochtenen Beschluss ihre Zuständigkeit geprüft. Dazu war sie sowohl berechtigt wie auch verpflichtet (ZR 84 Nr. 101 Erw. 4.b; ZR 90 Nr. 30 Erw. 4; Kass.-Nr. 94/519, Beschluss vom 15.5.1995 i.S. S. Erw. II/4); das Obergericht darf auf den Entscheid der Anklagekammer zurückkommen und die Zuständigkeitsfrage neu beurteilen (ZR 89 Nr. 92 Erw. 3.a m.H.), wobei ihm (anders als der Anklagekammer; ZR 89 Nr. 92 Erw. 3.c S. 213; RKG 1997 Nr. 114) eine umfassende Kognition zusteht. Damit ist eindeutig, dass das Obergericht aufgrund seiner Prüfungspflicht die Erklärung des Angeklagten, die er gegenüber der Anklagekammer abgegeben hat, im Hinblick auf die Zuständigkeitsfrage (neu) beurteilen darf. Ebenfalls hat es eine im Rahmen des obergerichtlichen Verfahrens von der gegenüber der Anklagekammer abgebenen Erklärung abweichende Aussage des Angeklagten zu beachten und gegebenenfalls die Sache aufgrund des dazumal fehlenden Geständnisses an das Geschworenengericht zu überweisen (ZR 84 Nr. 101 Erw. 4.b, ZR 89 Nr. 92 Erw. 3.c a.E. und ZR 90 Nr. 30 Erw. 3).

6.2 Die Vorinstanz hat ihre Auffassung, es sei nicht von einer Anerkennung des eingeklagten Sachverhaltes auszugehen, nicht allein auf die gegenüber der Anklagekammer abgegebene Erklärung des Beschwerdeführers abgestützt, sondern (wie erwähnt) mehrfach und massgebend auch auf seine in der Untersuchung deponierten Aussagen. Indem der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz hätte aufgrund seiner gegenüber der Anklagekammer abgegebenen Erklärung von einer Anerkennung des (wesentlichen) Anklagesachverhaltes ausgehen müssen, rügt er zumindest sinngemäss auch, die Vorinstanz hätte nicht auf seine davon abweichenden Aussagen in der Untersuchung abstellen dürfen. Es

ist daher vorab zu prüfen, ob das Mitberücksichtigen dieser Aussagen durch die Vorinstanz zulässig war. (Hingegen ist mangels entsprechender Rüge nicht zu prüfen, ob die Vorinstanz vom Entscheid der Anklagekammer abweichen durfte, ohne dem Beschwerdeführer zuvor Gelegenheit zur Äusserung einzuräumen; vgl. zur Thematik aber immerhin ZR 87 Nr. 4 Erw. 4 S. 7 Mitte).

6.3 Aufgrund Praxis und Doktrin ist eindeutig, dass der Grundsatz, dass für den Entscheid, ob die Voraussetzungen für die Überweisung der Sache an das Geschworenengericht oder das Obergericht erfüllt sind (bzw. welches dieser Gerichte zuständig ist), allein von den im Rahmen des Zulassungsverfahrens vor der Anklagekammer abgegebenen Erklärungen (soweit sie in einem späteren Zeitpunkt nicht revidiert werden) auszugehen ist, auch für das Obergericht nach erfolgter Überweisung der Sache gilt (ZR 84 Nr. 101 Erw. 4.a-b, 89 Nr. 92 Erw. 3.c S. 213; Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur zürcherischen Strafprozessordnung, Zürich 1996 ff. N 3 und 17 zu § 198a StPO). Dies hat das Kassationsgericht auch in einem mit dem vorliegenden vergleichbaren Fall festgehalten, in welchem sich der damalige Angeklagte vor Anklagekammer hinsichtlich des eingeklagten Sachverhaltes geständig erklärte und vom Obergericht beurteilt werden wollte und das Obergericht nach erfolgter Überweisung der Sache und nach teilweiser Durchführung der Hauptverhandlung seine Zuständigkeit überprüfte und verneinte (Kass.-Nr. 94/519, Beschluss vom 15.5.1995 i.S. S. Erw. II/4). Vom genannten Grundsatz geht denn auch die Vorinstanz aus, und sie hält ausdrücklich fest, die Aussagen in der Untersuchung seien für die Zuständigkeitsfrage unerheblich (KG act. 2 Ziff. II/3). Auch wenn der Angeklagte in der Untersuchung (allenfalls noch in der Schlusseinvernahme) den ihm vorgeworfenen Sachverhalt ganz oder teilweise bestritten hat, kann es ihm nicht verwehrt sein, im Anklagezulassungsverfahren ein Geständnis abzulegen mit der Folge, dass dadurch die Zuständigkeit des Obergerichtes bzw. das Wahlrecht gemäss § 198a Abs. 1 Ziff. 3 StPO begründet wird (ZR 89 Nr. 92 Erw. 3.c S. 213; Kass.-Nr. 94/519, Beschluss vom 15.5.1995 i.S. S. Erw. II/4 a.E.; Schmid, a.a.O., N 17 zu § 198a StPO). Gerade in denjenigen Konstellationen, in denen dem Angeklagten bei einem Geständnis das Recht auf Wahl des Gerichtes zusteht, muss seine Erklärung gegenüber der Anklagekammer, welche danach die Sache dem zuständigen

Sachgericht zu überweisen hat, massgebend sein. Es würde einer Verweigerung des gesetzlich statuierten Wahlrechts gleichkommen, wenn beim Vorliegen der Voraussetzungen der in § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. a und lit. b StPO genannten Konstellationen das Obergericht unter Zugrundelegung von den gegenüber der im Zulassungsverfahren abgegebenen Erklärung abweichenden Aussagen in der Untersuchung ihr Zuständigkeit verneinen würde. Die gesetzliche Regelung würde diesfalls auch keinen Sinn machen, wenn die Anklagekammer nach Eingehen der Erklärung des Angeklagten und Ausübung seines Wahlrechts bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen gestützt auf § 198a Abs. 1 Ingress StPO die Überweisung an das Obergericht vorzunehmen hätte, das Obergericht danach gestützt auf die Aussagen des Angeklagten in der Untersuchung ihre Zuständigkeit jedoch verneinen dürfte. Soweit die Erklärung des Angeklagten im Zulassungsverfahren nach Auffassung des Obergerichtes nicht ernstgemeint oder nicht eindeutig bzw. auslegungsbedürftig ist, darf ebenfalls nicht auf die früheren Aussagen des Angeklagten abgestellt werden, sondern das Gericht muss in Ausübung seiner entsprechenden Pflicht auf geeignete Weise abklären, ob von einem Geständnis des Angeklagten auszugehen ist oder nicht (ZR 84 Nr. 101 Erw. 4.b S. 246; ZR 89 Nr. 92 Erw. 3.c a.E.; Kass.-Nr. 94/519, Beschluss vom 15.5.1995 i.S. S. Erw. II/5.c-d).

6.4 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Vorinstanz im vorliegenden Fall die in der Untersuchung deponierten Aussagen des Beschwerdeführers nicht berücksichtigen durfte, sondern sie ausschliesslich die gegenüber der Anklagekammer abgegebene (und später nicht revidierte) Erklärung des Beschwerdeführers zu beurteilen hatte; daran ändert nichts, dass der Vorinstanz gegenüber der Anklagekammer bezüglich der Zuständigkeitsfrage eine weitergehende Prüfungspflicht zukam. Da die Vorinstanz nach dem Gesagten jedoch mehrfach und massgebend auch auf die vom Beschwerdeführer in der Untersuchung gemachten Aussagen abstellte, verletzte sie gesetzliche Prozessformen und setzte den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO.

6.5 Es kann dem angefochtenen Beschluss nicht - jedenfalls nicht klar - entnommen werden, dass die Vorinstanz bei ausschliesslicher Berücksichtigung

bzw. Auslegung der gegenüber der Anklagekammer abgegebenen Erklärung des Beschwerdeführers ihre Zuständigkeit verneint hätte. Auch in den abschliessenden Erwägungen in Ziff. II/4.4 hat die Vorinstanz massgebend auf die Aussagen des Beschwerdeführers in der Untersuchung abgestellt. Zudem geht sie dort (unter anderem) davon aus, der Beschwerdeführer bestreite, der Beschwerdegegnerin 2 in das Haus des Nachbarn B. gefolgt zu sein. Dies kann der Erklärung des Beschwerdeführers gegenüber der Anklagekammer jedoch nicht (jedenfalls nicht eindeutig) entnommen werden, da er sich dazu nicht äusserte; er bestritt (explizit) einzig, der Beschwerdegegnerin 2 im Hause B. zwei Messerstiche versetzt zu haben.

Die letzte Erwägung, dass bei Bestreiten von Einzelheiten, an welchem Körperteil das Opfer vom Messerstich getroffen worden sei und ob der Angeklagte zugestochen habe, als das Opfer geflüchtet sei, nicht von einem Geständnis im Sinne von § 198a Abs. 1 Ziff. 1 StPO auszugehen sei (KG act. 2 Erw. II/4.4 a.E.), hat nicht die Bedeutung einer den vorinstanzlichen Entscheid selbsttragenden Begründung. Abgesehen davon kann der entsprechenden Erklärung des Beschwerdeführers nicht entnommen werden, er habe gegenüber der Anklagekammer in Abrede gestellt, dass er die Beschwerdegegnerin 2 an denjenigen Körperstellen verletzt hat, welche in der Anklageschrift aufgeführt sind; dazu hat er sich in der Erklärung nicht geäussert. Seiner Bestreitung in der Erklärung, der Beschwerdegegnerin 2 im Haus des Nachbarn B. zwei Messerstiche versetzt zu haben, kann im Lichte von RKG 1997 Nr. 114 für die Zuständigkeitsfrage nicht eine derart absolute Bedeutung zugemessen werden, wie es die Vorinstanz tat. In der Anklage wird - wie erwähnt - dem Beschwerdeführer nämlich nicht vorgeworfen, er habe auf die Beschwerdegegnerin 2 (erneut) zugestochen, als bzw. während diese geflüchtet sei, sondern, er habe sie verfolgt und ihr - als sie im Treppenhaus auf einer Stufe gesessen sei - zweimal in die rechte Halsseite gestochen. Abgesehen davon lag dem entsprechenden Entscheid des Kassationsgerichtes eine andere Konstellation zugrunde. Im damaligen Fall wurde dem Angeklagten in der Anklage vorgeworfen, er habe nach einer vorgängigen verbalen und tätlichen Auseinandersetzung mit dem Geschädigten zu einem Messer gegriffen und sei dem flüchtenden Geschädigten nachgejagt und habe diesem von hinten das Mes-

ser in die linke Flanke gestossen; im Verfahren vor der Anklagekammer erklärte sich der Angeklagte für nicht schuldig und führte aus, der Anklagesachverhalt gebe den Tathergang unzutreffend wieder, denn der Angriff des Geschädigten auf ihn habe angedauert und eine Flucht des Geschädigten sei nicht erfolgt, als er mit dem Messer im Sinne einer Abwehrhandlung zugestochen habe. Der Angeklagte wurde aufgrund dieser Erklärung an das Geschworenengericht überwiesen. Im Kassationsverfahren machte er (unter anderem) geltend, seine gegenüber der Anklagekammer abgegebene Erklärung hätte richtigerweise als Anerkennung des eingeklagten Sachverhaltes gewertet werden müssen, da er nur gewisse Aspekte des eingeklagten Sachverhaltes habe präzisieren wollen. Das Kassationsgericht erachtete diese Rüge als unbegründet. Es führte zunächst aus, gemäss § 162 Abs. 1 Ziff. 2 StPO seien in die Anklage nebst aller Umstände, welche zu gesetzlichen Straftatbestand gehörten, auch "andere Einzelheiten" aufzuführen, damit der Angeklagte daraus ersehen könne, was Gegenstand der Anklage bilde; deshalb sei in die Anklage im Sinne einer "anderen Einzelheit" zu Recht der Vorwurf aufgenommen worden, dass der Angeklagte dem flüchtenden Geschädigten das Messer von hinten in die linke Flanke gestossen habe. Anschliessend erwog das Kassationsgericht, indem der Angeklagte in seiner Erklärung gegenüber der Anklagekammer ausgeführt habe, entgegen der Anklage habe der Angriff des Geschädigten auf ihn noch angedauert bzw. dieser sei im Zeitpunkt der eingeklagten Tathandlung nicht geflüchtet, habe er einen massgebenden Teil des Anklagesachverhaltes bestritten, weshalb die gestützt auf § 198a Abs. 1 Ziff. 1 StPO erfolge Überweisung der Sache zur Beurteilung an das Geschworenengericht mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet sei (Kass.-Nr. 96/457, Beschluss vom 2.10.1997 i.S. E. Erw. II/2.3). Im damaligen Fall machte der Angeklagte somit geltend, der Geschädigte habe ihn angegriffen und er habe diesen Angriff abgewehrt, während die Anklage ihm vorwarf, der Geschädigte sei geflüchtet und er sei diesem nachgeeilt und habe danach zugestochen. Im vorliegenden Fall kann jedenfalls insofern nicht von einer Bestreitung des massgebenden Anklagesachverhaltes ausgegangen werden, als der Beschwerdeführer in seiner Erklärung gegenüber der Anklagekammer eingestand, der Beschwerdegegnerin 2 fünf Messerstiche versetzt zu haben und dadurch deren Tötung in Kauf genommen zu ha-

ben.

7. Abschliessend ist festzuhalten, dass die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen, der angefochtene Beschluss (als Ganzes) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen ist. Die Vorinstanz wird hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage nach dem Gesagten von der vom Beschwerdeführer gegenüber der Anklagekammer abgegebenen Erklärung auszugehen haben; mithin davon, dass er den (Kern-)Anklagevorwurf (vgl. auch Anklage S. 3 oben) betreffend des Tötungsdelikts im Verfahren vor Anklagekammer insofern anerkannt hat, als er ausführen liess, er sei geständig, der Beschwerdegegnerin 2 insgesamt fünf Messerstiche zugefügt und damit deren Tötung in Kauf genommen (bzw. eventualvorsätzlich versucht) zu haben. Zu bemerken ist, dass - worauf die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat (KG act. 2 Erw. II/1 m.H.) - es keine Rolle spielt, dass der Beschwerdeführer nur den (eventual-)vorsätzlichen Tötungsversuch anerkennt, den Anklagevorwurf des Mordes jedoch bestritten hat, denn die Praxis billigt dem Angeklagten in Auslegung von § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b StPO auch in einer solchen Konstellation das Wahlrecht zu. Sollte die Vorinstanz die erwähnte Erklärung des Beschwerdeführers als nicht eindeutig werten, müsste sie nach dem Gesagten ihrer Abklärungspflicht nachkommen (vorne Erw. II/6.3 a.E. m.H.).

8. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers, werden auf die Gerichtskasse genommen. Die anwaltliche Entschädigung wird nach Eingang der Honorarnote mit Präsidialverfügung festzusetzen sein.

9. Beim vorliegenden (Rückweisungs-)Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid. Gegen solche Entscheide ist die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt wären, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der Beschluss der I. Strafkammer des Obergerichtes vom 28. Oktober 2008 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 93 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, die I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, das Geschworenengericht des Kantons Zürich und das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Bewährungs- und Vollzugsdienste, Sonderdienst), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: