



Kass.-Nr. AC080005/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 25. September 2008

in Sachen

X.,

...,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

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

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr.iur. Ulrich Weder, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2. **A.,**

Geschädigte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

3. **B.,**

Geschädigte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

4. **C.,**

Geschädigte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

2 - 4 unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin ...,

betreffend

versuchte Vergewaltigung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. November 2007 (SB050399/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Juni 2003 der versuchten Vergewaltigung, der mehrfachen, teilweise versuchten, sexuellen Nötigung sowie der mehrfachen, teilweise versuchten, Ausnützung der Notlage für schuldig gesprochen und mit dreieinhalb Jahren Zuchthaus, abzüglich 2 Tage Untersuchungshaft, bestraft. Auf Berufung des Beschwerdeführers hin sprach ihn das Obergericht mit Urteil vom 4. Oktober 2004 lediglich in einem Fall des unvollendeten Vergewaltigungsversuchs schuldig, gleichzeitig der mehrfachen sexuellen Nötigung und der mehrfachen Ausnützung der Notlage; in weiteren Punkten wurde er von entsprechenden Anklagevorwürfen freigesprochen. Sodann setzte das Obergericht die Strafe auf 27 Monate Gefängnis fest.

2. Gegen dieses Urteil erhoben sowohl der Beschwerdeführer wie zwei der heutigen Beschwerdegegnerinnen Nichtigkeitsbeschwerde. Mit Beschluss vom 23. September 2005 hiess das Kassationsgericht beide Nichtigkeitsbeschwerden gut, hob das Urteil vom 4. Oktober 2004 auf und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Kass.-Nr. AC050002, damit vereinigt Nr. AC050008; OG act. 84 und 85).

3. In der Folge liess das Obergericht eine Ergänzung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft durchführen. Die Parteien erklärten sich mit der schriftlichen Fortsetzung des Berufungsverfahrens einverstanden. Nach Abschluss des Schriftenwechsels fällte das Obergericht am 14. November 2007 sein neues Urteil (KG act. 2). Es sprach den Beschwerdeführer schuldig der versuchten Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (zum Nachteil der Geschädigten B.), der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB (zum Nachteil der Geschädigten B.), der sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB (zum Nachteil der Geschädigten C.) und der mehrfachen Ausnützung der Notlage im Sinne von Art.

193 Abs. 1 StGB (zum Nachteil der Geschädigten A. und B.). In den weiteren Anklagepunkten wurde der Beschwerdeführer freigesprochen. Das Gericht bestrafte ihn mit 30 Monaten Freiheitsstrafe, abzüglich zwei Tage Untersuchungshaft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt; die restlichen zwölf Monate (abzüglich zwei Tage Untersuchungshaft) wurden als vollziehbar erklärt. Weiter befand das Gericht über die Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen der Geschädigten (teilweise durch Verweisung auf den Weg des Zivilprozesses).

4. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete und begründete Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat sich nicht zur Beschwerde geäußert; die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Beantwortung (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerinnen 2–4 beantragen Abweisung der Beschwerde (KG act. 10). Die Beschwerdeantwort wurde den Beteiligten zugestellt; eine weitere Stellungnahme ging nicht ein.

II.

1.1 Der Beschwerdeführer hatte in seiner ersten Nichtigkeitsbeschwerde (Beschwerdebegründung vom 28. Januar 2005; act. 8 in Kass.-Nr. AC050002) u.a. geltend gemacht, das Obergericht habe § 427 aStPO (in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung) dadurch verletzt, dass es als Berufungsinstanz die Sache nicht an die erste Instanz zurückgewiesen habe, nachdem es zur Auffassung gelangt war, der Beschwerdeführer sei vor erster Instanz ungenügend verteidigt gewesen. Der damalige amtliche Verteidiger hatte vor erster Instanz ausschliesslich auf Freispruch plädiert und hatte zur Frage des allfälligen Strafmasses nicht Stellung genommen.

In seinem Beschluss vom 23. September 2005 erachtete das Kassationsgericht diese Rüge für unbegründet, da im Lichte der zu § 427 aStPO entwickelten

Rechtsprechung und Lehre keine Rückweisung an die erste Instanz habe stattfinden müssen (Beschluss S. 5 ff., Ziff. II/1). Zwar thematisiert, aber nicht entschieden wurde damals die Frage, ob bei Anwendbarkeit des seit 1. Januar 2005 in Kraft stehenden § 424 revStPO eine Rückweisung an die erste Instanz hätte angeordnet werden müssen (Beschluss S. 7/8).

1.2 Im hier angefochtenen Entscheid führt das Obergericht in diesem Zusammenhang aus (Urteil S. 18), angesichts des kassationsgerichtlichen Entscheides bestehe kein Anlass dazu, von den Erwägungen des ersten Berufungsurteils (wonach keine Rückweisung stattzufinden habe) abzuweichen. Dies selbst dann nicht, wenn seit dem 1. Januar 2005 die Bestimmung betreffend Rückweisung im Berufungsverfahren in geänderter Fassung vorliege. Zwar sei im vorliegenden Fall der damalige amtliche Verteidiger seinen Pflichten allenfalls nicht hinreichend nachgekommen; diesbezüglich aber gleich von nicht gehöriger Verteidigung im Sinne von § 424 Abs. 1 Ziff. 2 revStPO zu sprechen und zu verlangen, dass in solchen Fällen immer eine Rückweisung zu erfolgen habe, ginge zu weit, zumal ein solcher Mangel in einem Berufungsverfahren mit voller Kognition ohne weiteres geheilt werden könne (was § 424 Abs. 1 Ziff. 3 revStPO nun auch explizit vorsehe). Schliesslich, so das Obergericht, habe der Verteidiger diese Thematik zu Recht nicht mehr aufgegriffen.

1.3 Mit der vorliegenden Beschwerde rügt der Beschwerdeführer zunächst eine Verletzung von § 424 revStPO (Beschwerde Ziff. 1, S. 3 ff.). Er macht geltend, § 424 Abs. 1 Ziff. 2 und Ziff. 3 revStPO behandelten zwei verschiedene Fälle mit je verschiedenen Voraussetzungen, welche mit Bezug auf das Erfordernis der Heilung nicht kumulierbar seien. Ziff. 2 behandle den Fall der nicht gehörigen Verteidigung; von einer möglichen Heilung des Mangels sei hier nicht die Rede. Liege ungehörige Verteidigung vor erster Instanz vor (was die Vorinstanz selber bejaht habe), sei die Sache zwingend zurückzuweisen. Indem die Vorinstanz dies nicht getan habe, sei sie bezüglich der Auslegung von § 424 revStPO nicht nur in Willkür verfallen, sondern habe dem Beschwerdeführer auch die Möglichkeit genommen, den Instanzenzug ordentlich zu durchlaufen, was einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkomme.

1.4 Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend (KG act. 10 S. 2 f.), nachdem der Beschwerdeführer in seiner Berufungsschrift vom 26. Oktober 2006 die Frage der Rückweisung an die erste Instanz nicht mehr thematisiert und daher bewusst auf die Geltendmachung des gerügten Fehlers verzichtet habe, könne er sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben heute nicht mehr auf diesen angeblichen Verfahrensmangel berufen. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer die Rüge bereits mit seiner ersten Beschwerde gegen das Urteil vom 4. Oktober 2004 erhoben, wo sie sich als unbegründet erwiesen habe. Die Beschwerdeinstanz habe also in der gleichen Sache bereits über die Rüge entschieden, weshalb sie auch aus diesem Grunde abzuweisen sei.

1.5 Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer im zweiten Berufungsverfahren die Thematik der Rückweisung an die erste Instanz von sich aus nicht aufgriff, steht der Erhebung der Rüge im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht entgegen. Nachdem § 424 revStPO im Zeitpunkt des ersten Berufungsverfahrens noch nicht in Kraft gestanden hatte, war die Frage der Anwendbarkeit dieser Bestimmung von der Vorinstanz im Rahmen des zweiten Berufungsverfahrens von Amtes wegen zu prüfen, und allein die Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer (bzw. die Verteidigung) nicht dazu geäußert hatte, kann nicht als bewusster Verzicht auf Geltendmachung eines entsprechenden Verfahrensmangels gedeutet werden, der unter dem Blickwinkel des Gebotes von Treu und Glauben die spätere Geltendmachung im Beschwerdeverfahren ausschliessen würde (ZR 86 Nr. 62; vgl. auch ZR 105 Nr. 38 Erw. II.2c; SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, § 430 N 4).

Ebenso wenig steht § 104a GVG dem Eintreten auf die Rüge entgegen. Zwar tritt nach Absatz 2 dieser Bestimmung die Kassationsinstanz auf eine in einem früheren Beschwerdeverfahren in der gleichen Sache bereits als unbegründet verworfene Rüge nicht mehr ein. § 104a Abs. 3 GVG behält jedoch ausdrücklich den Fall der Gesetzesänderung vor. Diese Konstellation ist hier insofern gegeben, als sich nach dem Gesagten die gesetzlichen Voraussetzungen einer Rückweisung im Berufungsverfahren zwischen dem ersten und dem zweiten Berufungsverfahren änderten und die Vorinstanz selber davon ausgeht, es käme

nunmehr die neue Bestimmung zur Anwendung. Somit ist auf die Rüge einzutreten.

1.6 Gemäss § 424 Abs. 1 Ziff. 2 revStPO weist das Berufungsgericht die Sache zur Neuurteilung zurück, wenn "der Angeklagte nicht gehörig verteidigt war". Darüber hinaus hat eine Rückweisung gemäss Ziff. 3 der Bestimmung immer zu erfolgen, wenn die Verteidigungsrechte so beeinträchtigt wurden, dass der Mangel nicht geheilt werden kann.

Im vorliegenden Fall besteht der (vom Obergericht im Urteil vom 4. Oktober 2004 so festgestellte) Mangel darin, dass der damalige amtliche Verteidiger in der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht auf Freispruch plädiert hatte, ohne für den Fall eines Schuldspruchs zur Frage des Strafmasses Stellung zu nehmen. Bereits im Beschluss vom 23. September 2005 war ausgeführt worden, dass nach bisheriger Praxis die Heilbarkeit des Mangels ungenügender Verteidigung im Berufungsverfahren zu bejahen sei, wenn der Mangel einzig das erstinstanzliche Verfahren (und nicht die Untersuchung) betreffe und wenn zudem die Verteidigung vor erster Instanz nur *teilweise* ungenügend gewesen sei (a.a.O., S. 7, Ziff. 1.4, mit Hinweisen). Somit ist nach wie vor davon auszugehen, dass der hier vorliegende Mangel an sich im Berufungsverfahren heilbar war und insofern auch unter § 424 Abs. 1 Ziff. 3 revStPO keine Rückweisung zu erfolgen hatte.

Dem Beschwerdeführer ist jedoch darin zu folgen, dass es (entgegen der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung) bei der Frage, ob ungehörige Verteidigung im Sinne von § 424 Abs. 1 Ziff. 2 revStPO gegeben ist, nicht auf die Frage der Heilbarkeit ankommt bzw. dass der Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, dass bei ungehöriger Verteidigung jeder Art eine Heilung im Berufungsverfahren ausgeschlossen ist, weshalb immer eine Rückweisung zu erfolgen hat. Damit stellt sich die Frage, was unter "gehöriger Verteidigung" im Sinne von § 424 Abs. 1 Ziff. 2 revStPO zu verstehen ist. Im Antrag des Regierungsrates vom 4. April 2001 zum Gesetz über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung (Vorlage 3845) war ausgeführt worden, der Berufung werde kassatorischer Charakter für diejenigen Fälle verliehen, wo es um Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 1–4 StPO gehe; als Beispiel wird etwa der Fall genannt, wo die Verteidi-

gung einer Zeugin oder einem Zeugen keine Fragen stellen konnte (Antrag [Separatdruck] S. 137; s. auch DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005, S. 70 f.). Den Beratungen in der Kommission sowie im Kantonsrat lassen sich keine Anhaltspunkte dazu entnehmen, was unter "nicht gehörig verteidigt" zu verstehen ist. Geht man nach dem Gesagten davon aus, dass nach neuem Recht grundsätzlich jeder Verfahrensmangel, der einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 StPO bildet, Anlass für eine Rückweisung geben soll, so ist schwer einzusehen, weshalb unter "nicht gehöriger Verteidigung" nur der Fall erfasst werden sollte, in welchem ein Angeklagter zu Unrecht (d.h. bei notwendiger Verteidigung) überhaupt unverteidigt geblieben ist, zumal in diesem Fall wohl eher die Formulierung "zu Unrecht nicht anwaltlich verteidigt" gewählt worden wäre. Weiter steht fest, dass im Zusammenhang mit § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO der Anspruch auf "gehörige Verteidigung" umfassend verstanden wird, also ein Nichtigkeitsgrund schon dann vorliegt, wenn der Verteidiger seinen anwaltlichen Pflichten ungenügend nachkommt und das Gericht nicht eingreift (SCHMID, a.a.O., § 430 N 13). Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass sich der Mangel der Verteidigung vor erster Instanz auf einen sehr erheblichen Komplex, nämlich die Strafzumessung insgesamt, bezieht. Somit ist davon auszugehen, dass – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – vorliegend bei Anwendbarkeit von § 424 Abs. 1 Ziff. 2 revStPO die Voraussetzungen für eine Rückweisung an die erste Instanz erfüllt wären, indem ein Fall von "nicht gehöriger Verteidigung" vorliegt. Die Rüge ist insoweit begründet.

2. Im Rahmen des Rückweisungsverfahrens liess das Obergericht ein psychiatrisches Gutachten über den Beschwerdeführer einholen. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, das von Dr. med. H. am 3. Juli 2006 erstattete Gutachten (vom Beschwerdeführer unzutreffend als act. 66 zitiert; recte OG act. 96/105 [redaktionell bereinigte Fassung]) sei nicht verwertbar (Beschwerde Ziff. 2a, S. 6 ff.). Hinsichtlich des auch hier erhobenen Einwandes der Beschwerdegegnerinnen betreffend Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben kann auf das vorstehend (Ziff. 1.5) Ausgeführte verwiesen werden.

2.1 Im angefochtenen Urteil wird im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit auf das psychiatrische Gutachten Bezug genommen (Urteil S. 121 ff.). Konkret

werden die Ausführungen zur Frage des Vorliegens einer psychiatrischen Störung oder sonstigen Erkrankung mit möglichen Auswirkungen auf die geistigen und psychischen Funktionen des Beschwerdeführers referiert; für solche Störungen lägen keine Anhaltspunkte vor, und die vom Beschwerdeführer ins Feld geführte "Wahrnehmungsstörung" lasse sich jedenfalls nicht psychiatrisch erfassen; es lasse sich dabei auch nicht ausschliessen, dass es sich um eine Schutzbehauptung aus prozesstaktischen Gründen handle.

Zusammenfassend gelangt das Obergericht (in Abweichung vom Urteil vom 4. Oktober 2004) zum Schluss, es liege keine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers vor, womit auch keine Strafmilderung zu veranschlagen sei (Urteil S. 123 unten).

2.2 Zur Begründung seiner Rüge lässt der Beschwerdeführer geltend machen, er sei vom Gutachter nicht über sein Aussageverweigerungsrecht bzw. darüber belehrt worden, dass seine Aussagen gegenüber dem Gutachter als Beweismittel gegen ihn verwendet werden könnten. Indem die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid trotzdem auf dieses Gutachten abgestellt und dem Beschwerdeführer gestützt darauf keine Verminderung der Schuldfähigkeit attestiert habe, seien gesetzliche Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO zu seinem Nachteil verletzt worden.

Das Recht, die Aussage zu verweigern – so der Beschwerdeführer weiter – beziehe sich nicht nur auf den Schuld- und Strafpunkt, sondern grundsätzlich auf sämtliche Bereiche eines Strafverfahrens, welche sich zuungunsten des Angeeschuldigten auswirken könnten. Das vorliegende Gutachten basiere – nebst den Verfahrensakten – auf den Aussagen, welche der Beschwerdeführer anlässlich der Untersuchungen vom 20., 21. und 24. April 2006 sowie am 8. und 15. Mai 2006 gegenüber dem Gutachter gemacht habe. Anhaltspunkte dafür, dass er vor diesen Untersuchungen vom Gutachter auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen wurde, liessen sich weder dem Gutachten noch den übrigen Akten entnehmen. Umgekehrt habe sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid für die Beurteilung des Ausmasses der Einschränkung der Schuldfähigkeit u.a. entscheidend auf die Äusserungen des Gutachters gestützt, und diese wiederum

stützten sich u.a. auf Äusserungen des Beschwerdeführers . Mit dem Gutachter sei die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass eine wie auch immer geartete Verminderung der Schuldfähigkeit zu verneinen sei (u.H.a. auf angefochtenes Urteil S. 123 unten). Somit habe das Obergericht auch Aussagen (und deren Interpretation durch den Gutachter) des Beschwerdeführers zu dessen Nachteil verwendet.

Der Beschwerdeführer ruft sodann ZR 102 (2003) Nr. 30 in Erinnerung; danach werde zwischen Befundtatsachen einerseits und Zusatztatsachen andererseits unterschieden. Während Befundtatsachen für die Urteilsfindung ohne weiteres verwertbar seien, gehe es bei den Zusatztatsachen um das Tatgeschehen betreffende Aussagen (wie etwa ein Geständnis), deren Verwertung problematisch sein könne. Als Richtschnur gelte nach dem erwähnten Entscheid und den dort zitierten Lehrmeinungen, dass der Angeschuldigte verfahrensmässig nicht dadurch schlechter gestellt werden dürfe, dass die fraglichen Zusatztatsachen statt von den Justizorganen durch einen Experten erhoben würden. Eingeräumt werde jedoch gleichzeitig, dass die Abgrenzung zwischen Befund- und Zusatztatsachen heikel sein könne, weshalb im medizinischen wie im juristischen Schrifttum postuliert werde, dass der Explorand jedenfalls zu Beginn der Untersuchung darauf hingewiesen wird, dass alle seine Aussagen im Gutachten aufgeführt und später im Gerichtsverfahren (gegen ihn) verwendet werden können.

Unter Hinweis auf weitere Lehrmeinungen zu diesem Thema vertritt der Beschwerdeführer schliesslich die Auffassung, die Unterscheidung zwischen Befund- und Zusatztatsachen könne nicht entscheidend sein, zumal sich der wirkliche Charakter einer Tatsache zuweilen überhaupt erst nachträglich herausstelle. Weiter sei er vom Gutachter nicht darauf hingewiesen worden, dass dieser nicht als Arzt, sondern als Gehilfe des Gerichts tätig sei und somit diesem gegenüber grundsätzlich zur Aussage über seine Wahrnehmungen verpflichtet sei und sich nicht auf das ärztliche Schweigegebot berufen könne; auch deshalb dürfe auf Aussagen des Beschwerdeführers, welche er gegenüber dem Gutachter gemacht habe und die er nicht zuvor (nach dort erfolgter Belehrung über sein Aussageverweigerungsrecht) bereits gegenüber den Strafverfolgungsbehörden gemacht habe, nicht zu seinen Ungunsten abgestellt werden.

2.3 Gemäss ausdrücklichem Vermerk im fraglichen Gutachten steht – entgegen den Vorbringen der Beschwerde – fest, dass der Beschwerdeführer vor Durchführung der Explorationen über die Rolle des Sachverständigen im Rahmen der vorliegenden Strafuntersuchung aufgeklärt worden war (OG act. 96/105 S. 17). Dies bedeutet zunächst, dass sich der Beschwerdeführer im Klaren darüber war, dass Dr. H. ihm nicht als behandelnder Arzt unter ärztlichem Schweigegebot, sondern als Gehilfe der Strafverfolgungsbehörde entgegentrat und er somit davon auszugehen hatte, dass seine gegenüber dem Gutachter gemachten Aussagen Eingang in das Strafverfahren finden würden. Ob er in diesem Zusammenhang auch auf das ihm zustehende Aussageverweigerungsrecht hingewiesen bzw. ob im erwähnten Hinweis auf die Rolle des Sachverständigen auch ein zumindest konkludenter Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht zu erblicken ist, steht auf Grund des Gutachtens selbst nicht fest. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Exploration nicht bereit war, über mögliche sexuelle Schwierigkeiten in der Endphase seiner Ehe Auskunft zu geben (vgl. OG act. 96/105 S. 49); auf diesen Punkt angesprochen, gab der Beschwerdeführer in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 25. Juli 2006 ausdrücklich zu Protokoll, er sei vom Gutachter informiert worden, dass er ein Schweigerecht habe, wovon er in diesem Punkt Gebrauch gemacht habe (OG act. 96/113 S. 3 unten). Somit steht auf Grund der eigenen Aussage des Beschwerdeführers mit hinreichender Klarheit fest, dass er vom Gutachter (auch) über sein Schweigerecht informiert worden war. Damit erweist sich die Rüge als unbegründet.

2.4 Der Beschwerdeführer beanstandet (Beschwerde S. 10, lit. b und c), das vorliegende Gutachten lasse nicht erkennen, wie lange die Untersuchungen dauerten; auch deshalb dürfe darauf nicht abgestellt werden.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Das Gutachten gibt auf Seite 3 Aufschluss über die Dauer der Untersuchungen (1.75, 2, 2, 2, 1.25 sowie 0.75 Stunden).

3. Im Hinblick auf das weitere Vorgehen ergibt sich folgendes:

3.1 Geht man von der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung aus, wonach im zweiten Berufungsverfahren § 424 revStPO zur Anwendung gelangte,

müsste die Sache gemäss Ziff. 1 vorstehend erneut an das Obergericht zurückgewiesen werden zur daran anschliessenden Rückweisung an die erste Instanz. In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, ob § 424 revStPO vorliegend überhaupt zur Anwendung gelangen durfte. Weil es sich dabei um eine Frage im Zusammenhang mit dem weiteren Vorgehen nach Gutheissung der Beschwerde handelt, prüft das Kassationsgericht diese Frage von Amtes wegen.

3.2 § 3 Abs. 1 SchIBest zum Gesetz vom 27. Januar 2003 lautet (OS 59, 49):

"Rechtsmittel werden nach bisherigem Recht beurteilt, wenn der Entscheid, gegen den sie sich richten, vor dem Inkrafttreten gefällt worden ist."

Dies bedeutet zunächst, dass sich die Zulässigkeit und materielle Beurteilung eines Rechtsmittels nach altem Recht richtet, wenn das angefochtene Urteil noch unter altem Recht ergangen ist. Darüber hinaus richtet sich in diesem Fall aber auch das *Rechtsmittelverfahren* nach altem Recht; wenn daher ein bezirksgerichtlicher Entscheid bis Ende 2004 erging, war die damals geltende Ordnung des Berufungsverfahrens als Ganzes anwendbar und blieb es auch bis zur definitiven Erledigung des Berufungsverfahrens. Das vorliegende Berufungsverfahren SB050399 ist materiell identisch mit dem ersten Berufungsverfahren SB040323, weshalb auch wiederum die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zulässig war (was nach revidierten Verfahrensrecht in einem neuen Berufungsverfahren nicht der Fall gewesen wäre); Anfechtungsobjekt war in beiden Fällen dasselbe, noch vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision gefällte bezirksgerichtliche Urteil (zur Identität der beiden Berufungsverfahren in der hier gegebenen Konstellation vgl. analog BGer 6B_799/2007 v. 19.6.2008, E. 3.3.2). Dies bedeutet, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz § 424 revStPO vorliegend gar nicht hätte zur Anwendung gebracht werden dürfen, sondern dass sich die Voraussetzungen einer Rückweisung an die erste Instanz weiterhin nach § 427 aStPO richteten. Etwas anderes lässt sich auch dem Passus auf Seite 7 des kassationsgerichtlichen Beschlusses vom 23. September 2005 nicht entnehmen, wo es lediglich darum ging, die aufgeworfene Frage auf einer breiteren Basis zu diskutieren, ohne dass zur Frage, von welchem Zeitpunkt an die neue Bestimmung Anwendung findet, Stellung genommen wurde.

Aus dem Gesagten folgt, dass sich der festgestellte Nichtigkeitsgrund nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt hat. Zwar hat das Obergericht § 424 revStPO verletzt und hat deshalb von einer Rückweisung abgesehen. Hätte es aber anstelle von § 424 revStPO richtigerweise § 427 aStPO zur Anwendung gebracht, wäre es ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes zum gleichen Ergebnis gelangt.

3.3 Hat sich der Nichtigkeitsgrund im Ergebnis daher nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt, so ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen abzuweisen. Dem Umstand, dass sich die Beschwerde (unter Zugrundelegung der vorinstanzlichen Rechtsauffassung) hinsichtlich einer Rüge als begründet erwies, ist bei der Kostenregelung Rechnung zu tragen (§ 398a Satz 2 StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung) werden zur Hälfte dem Beschwerdeführer auferlegt und zur anderen Hälfte 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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 14. November 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (SB050399), sowie das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung (DG030066), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: