



Kass.-Nr. AC100014-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 3. August 2011

in Sachen

X.

...

...,

Angeklagter und Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt...

...

gegen

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

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

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

2. **Y.**

...,

Geschädigte und Beschwerdegegnerin 2

vertreten durch Rechtsanwältin ...

...

betreffend
Mordversuch etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Dezember 2009 (SE090030/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Anklageschrift vom 30. Juni 2008 an die Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich warf die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich dem Beschwerdeführer u.a. vor, am 19. April 2007 versucht zu haben, seine frühere Freundin Y. (Beschwerdegegnerin 2) zu vergewaltigen und zu töten. Ferner soll er dieselbe Geschädigte am 26. Februar 2006 geschlagen, in der Wohnung festgehalten, mit einer Waffe bedroht und von ihr die schriftliche Anerkennung von Schulden erzwungen haben. Entsprechend lautete die Anklage auf Schuldigsprechung wegen versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie wegen versuchter Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 und 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, ferner Gefährdung des Lebens, Nötigung, Freiheitsberaubung, mehrfache Drohung, einfache Körperverletzung und mehrfache Widerhandlung gegen das Waffengesetz erhoben. Mit Eingaben vom 7. und 10. November 2008 wurde die Anklage hinsichtlich der Tatbestände der Nötigung, Drohung und einfacher Körperverletzung berichtigt, was hier nicht weiter von Belang ist.

2. Nach Durchführung des Anklagezulassungsverfahrens (dazu angefochtenes Urteil S. 6 ff.) liess die Anklagekammer des Obergerichts mit Beschluss vom 5. September 2008 die Anklage zu und überwies den Beschwerdeführer gestützt auf § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b StPO ZH (Wahlerklärung) dem Obergericht des Kantons Zürich zur Beurteilung (OG act. 35 in Proz.-Nr. SE080016).

Mit Beschluss vom 28. Oktober 2008 gelangte die I. Strafkammer des Obergerichts zum Schluss, es liege seitens des Beschwerdeführers keine Anerkennung des eingeklagten Sachverhaltes vor, weshalb die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts entfalle. Der Beschwerdeführer wurde zuständigkeitshalber an das Geschworenengericht zur Aburteilung überwiesen (OG act. 41 in Proz.-Nr. SE080016).

3. Gegen den Überweisungsentscheid erhob der Beschwerdeführer eine erste Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht. Mit Beschluss vom 20. Mai 2009 hiess dieses die Nichtigkeitsbeschwerde gut und hob den angefochtenen Entscheid auf (OG act. 53 in Proz.-Nr. SE080016; Kass.-Nr. AC090002). Das Kassationsgericht erwog, dass dann, wenn die Sache aufgrund der Erklärung des Angeklagten im Zulassungsverfahren dem Obergericht überwiesen werde, dieses zwar das Recht und die Pflicht habe, seine sachliche Zuständigkeit gestützt auf diese (und allenfalls nachfolgende) Erklärungen des Angeklagten selbständig zu beurteilen. Hingegen dürfe es seine Zuständigkeit nicht aufgrund von Aussagen, die der Angeklagte bereits in der Untersuchung gemacht hatte, verneinen.

In der Folge gingen die Akten zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurück, welches auf den 14. Dezember 2009 zur Hauptverhandlung vorlud.

4. Mit Urteil vom gleichen Tag sprach das Obergericht (nachdem es seine sachliche Zuständigkeit bejahte, Urteil S. 12) den Beschwerdeführer schuldig des versuchten Mordes, der versuchten Vergewaltigung, der mehrfachen Gefährdung des Lebens, der Freiheitsberaubung, der mehrfachen Drohung und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Waffengesetz. Es bestrafte ihn mit 18½ Jahren Freiheitsstrafe, wovon 971 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind. Das Gericht ordnete eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB ohne Aufschub des Strafvollzugs an. Weiter befand es über Genugtuungsansprüche der Geschädigten (KG act. 2).

5. Der bis anhin durch RA lic.iur. A. amtlich verteidigte Beschwerdeführer liess in der Folge durch seinen neuen (erbetenen) Verteidiger RA lic.iur. B. die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde einreichen, mit welcher er beantragt, das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Dezember 2009 sei aufzuheben und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Mit Eingabe vom 28. Mai 2010 liess sich die Vorinstanz zur Beschwerde vernehmen und beantragte deren Abweisung, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 7). Die Vernehmlassung wurde den Parteien zu freigestellter Stellungnahme (innert laufender Frist für die Beantwortung der Beschwerde) zugestellt (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin 1 hat

sich ihrerseits mit Eingabe vom 3. Juni 2010 geäussert und Abweisung der Beschwerde beantragt (KG act. 13), während der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. Juni 2010 an seinen Anträgen festhält (KG act. 14). Die Beschwerdegegnerin 2 beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 15).

Mit Verfügung vom 25. Juli 2010 wurden die Beschwerdeantworten bzw. sonstigen Stellungnahmen den je betroffenen Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 16). Weitere Rechtsschriften sind nicht eingegangen.

6. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) in Kraft. Art. 453 Abs. 1 StPO bestimmt, dass Rechtsmittel, die sich gegen einen Entscheid richten, der vor Inkrafttreten der StPO gefällt wurde, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt werden. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen StPO vom 4. Mai 1919 (StPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 430 StPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

II.

1. Als erstes rügt der Beschwerdeführer unter Berufung auf § 430 Abs. 1 Ziff. 3 StPO ZH die Mitwirkung einer unfähigen Gerichtsperson (Beschwerde Ziff. I., S. 3 ff.).

1.1 Zur Begründung der Rüge führt der Beschwerdeführer aus, Oberrichterin lic. iur. L. Chitvanni habe sowohl am Beschluss des Obergerichts vom 28. Oktober 2008 (betreffend Überweisung der Sache an das Geschworenengericht) wie auch am hier angefochtenen Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts vom 14. Dezember 2009 mitgewirkt. Gemäss § 95 Abs. 2 GVG ZH sei von der Mitwirkung beim Geschworenengericht oder beim Obergericht ausgeschlossen, wer zuvor an einem Entscheid der Anklagekammer beteiligt gewesen sei. Diese Bestimmung gehe auf ein Urteil des Bundesgerichts zurück, wonach die sachliche Unabhängigkeit des Richters auch dann fehle, wenn dieser sich bereits im Rahmen des Anklagezulassungsverfahrens nach § 198a GVG ZH mit der Schuldfrage zu befassen hatte und demgemäss der Ausgang des Gerichtsverfahrens nicht mehr als offen erscheine (BGE 114 Ia 50).

Zwar seien – so der Beschwerdeführer weiter – die am erwähnten Beschluss des Obergerichts vom 28. Oktober 2008 mitwirkenden Justizpersonen nicht an einem Entscheid der Anklagekammer beteiligt gewesen; sie hätten aber materiell die Anklageschrift gleich wie die Anklagekammer beurteilt und darüber mit Beschluss vom 28. Oktober 2008 entschieden, indem sie die Zuständigkeit des Obergerichts verneinten, die Anklage nicht zuliessen und die Sache an das Geschworenengericht überwiesen. Der Beschluss vom 28. Oktober 2008 habe sich insbesondere nicht auf eine rein formelle Prüfung der Anklageschrift beschränkt; vielmehr sei auch geprüft worden, ob gestützt auf das bisherige Untersuchungsergebnis (und nicht nur gestützt auf die Erklärungen des Beschwerdeführers im Anklagezulassungsverfahren) von einem Geständnis ausgegangen werden könne. Damit sei aber eine sehr ähnliche Frage geprüft worden wie im Hauptverfahren. Letztlich sei dabei der Nachweis der tatsächlichen Prüfung nicht einmal entscheidend, denn unter dem Gesichtspunkt des Anscheins der Befan-

genheit komme es in erster Linie auf die zustehenden Kompetenzen und weniger darauf an, in welchem Umfang davon Gebrauch gemacht worden sei. Bereits im Umstand, dass in beiden Verfahrensabschnitten über eine sehr ähnliche Frage aufgrund umfassender Würdigung des Untersuchungsergebnisses entschieden werde, sei ein Grund dafür zu erblicken, dass der Ausgang des Hauptverfahrens im Falle der Mitwirkung derselben Richter nicht mehr als offen erscheine. Aus objektiver Sicht sei zu befürchten, der Strafrichter habe sich wegen seiner früheren Mitwirkung bereits in einem Ausmass eine Meinung gebildet, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen erscheinen lasse (u.H.a. BGE 114 Ia 50 E. 5a/bb, S. 69).

In der Mitwirkung von Oberrichterin lic.iur. L. Chitvanni am hier angefochtenen Urteil erblickt der Beschwerdeführer einen Verstoss gegen Art. 58 Abs. 1 BV (recte: Art. 30 Abs. 1 BV) sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Nachdem der Beschwerdeführer bis heute auf den Ausstand der genannten Richterin nicht verzichtet habe und auch keine Verwirkung gelten lassen wolle, stelle deren Mitwirkung einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 3 StPO ZH dar.

1.2 In seiner Vernehmlassung (KG act. 7) räumt das Obergericht ein, es treffe zu, dass Oberrichterin Chitvanni sowohl am Beschluss vom 28. Oktober 2008 als auch am Urteil vom 14. Dezember 2009 mitgewirkt habe. Es erscheine indessen mehr als fraglich, ob § 95 Abs. 2 GVG ZH auf die vorliegende Konstellation anwendbar sei, wie der Beschwerdeführer annehme.

Nicht richtig sei, dass im Beschluss vom 28. Oktober 2008 materiell die Anklageschrift beurteilt worden sei. Zwar möge zutreffen – was in der Beschwerde auch so formuliert werde – dass sich dem Spruchkörper am 28. Oktober 2008 eine ähnliche Aufgabe gestellt habe, wie sie der Anklagekammer zustehe. Bei Lichte besehen würden im Beschluss vom 28. Oktober 2008 jedoch die verschiedenen Aussagen des Beschwerdeführers (im Rahmen des Untersuchungsverfahrens) betreffend Messerstiche wiedergegeben. Der Spruchkörper habe diese Aussagen jedoch weder auf Plausibilität noch auf Glaubhaftigkeit hin überprüft. Er habe sich insbesondere auch nicht mit anderen Beweismitteln auseinandergesetzt, mithin keine – auch keine antizipierte – Beweiswürdigung vorgenommen. Eine materielle Auseinandersetzung betreffend Schuld/Nichtschuld (oder betref-

fend andere Punkte) habe somit entgegen der Sichtweise der Verteidigung im Zusammenhang mit dem Beschluss vom 28. Oktober 2008 nicht stattgefunden.

Wenn schon von der Verteidigung der "Anschein der Befangenheit" ins Spiel gebracht werde, so sei die Mitwirkung von Oberrichterin Chitvanni an beiden Entscheidungen entschieden näher bei jener Konstellation anzusiedeln, in der ein Richter zunächst an einem Urteil mitwirke und sich in der Folge nach Rückweisung der Sache durch eine obere Instanz die Frage stelle, ob er bei einer "Wiederholung" erneut mitwirken dürfe. Rechtsprechung und Lehre gingen davon aus, dass in diesem Fall kein Ausschlussgrund vorliege. Es sei auch mit dem Anspruch auf einen unbefangenen und unparteiischen Richter nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich vereinbar, wenn der Richter im Abwesenheitsverfahren bei der späteren Neubeurteilung im ordentlichen Verfahren erneut mitwirke.

Halte man sich vorliegend – so das Obergericht (KG act. 7 S. 3, Ziff. 2.5) – vor Augen, dass der Spruchkörper in seinem Beschluss vom 28. Oktober 2008 in keiner Weise eine Beweiswürdigung vorgenommen, weder über Schuld noch Unschuld entschieden und auch keine Sanktion ausgefällt habe, dann sei nicht ersichtlich, inwiefern sich Oberrichterin Chitvanni bezüglich der Beweislage und damit betreffend Schuld oder Nichtschuld in irgendeiner Weise bereits festgelegt haben sollte. Vielmehr sei sie bei der Urteilsfällung – genauso wie die übrigen Mitglieder des Spruchkörpers – trotz früherer Befassung mit dem Fall völlig offen gewesen.

1.3 Die Beschwerdegegnerin 1 weist in ihrer Beschwerdeantwort (KG act. 13) darauf hin, dass die Positionen der Anklagekammer im Anklagezulassungsverfahren und der I. Strafkammer beim Beschluss vom 28. Oktober 2008 keineswegs gleichzusetzen seien. Während die Anklagekammer auch den Tatverdacht zu prüfen gehabt habe, sei es der I. Strafkammer lediglich um die Prüfung der Frage gegangen, ob und in welchem Rahmen ein Geständnis vorliege oder nicht. Im Schrifttum werde denn auch festgehalten, dass die sachliche Unabhängigkeit des Richters nur dann fehle, wenn er im Rahmen der Anklagezulassung als Mitglied der Anklagekammer gewirkt habe, nicht aber dann, wenn er als Bezirksgerichtspräsident oder als Einzelrichter entschieden habe, weil eben nur die Ankla-

gekammer den Tatverdacht zu prüfen und sich mithin mit der Schuldfrage zu befassen habe (u.H.a. auf Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, N 135 m.H.). Wenn sogar bei einem im Rahmen des Anklagezulassungsverfahrens entscheidenden Bezirksgerichtspräsidenten die sachliche Unabhängigkeit zu bejahen sei, müsse dies umso mehr für die genannte Oberrichterin gelten, die beim besagten Beschluss mitwirkte, wo es lediglich um die Frage ging, ob ein Geständnis vorliegt oder nicht bzw. darum, welche Art von Geständnis ausreichend sei für die Begründung der obergerichtlichen Zuständigkeit (KG act. 13 S. 1/2).

Die Beschwerdegegnerin 1 weist sodann darauf hin, dass bis anhin kein Ablehnungsbegehren gegen Oberrichterin Chitvanni gestellt worden sei, so dass auch nicht von einer abgelehnten Gerichtsperson die Rede sein könne.

1.4 Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2010 (KG act. 14) ist nachfolgend, soweit erforderlich, einzugehen.

1.5 Nach der ursprünglichen, bis 1992 geltenden Fassung von § 95 Abs. 2 GVG ZH war der Richter, der an einem Entscheid der Anklagekammer mitwirkte, von der späteren Mitwirkung beim Obergericht *nicht* ausgeschlossen. In der Folge des bundesgerichtlichen Urteils vom 16. März 1988 (BGE 114 Ia 50) beantragte der Regierungsrat die ersatzlose Streichung dieser Bestimmung (ABI 1988, S. 199, 207), worauf im Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten die bis Ende 2010 geltende (hier massgebliche) Fassung beschlossen wurde. Danach ist von der Mitwirkung beim Geschworenengericht oder beim Obergericht ausdrücklich ausgeschlossen, wer an einem Entscheid der Anklagekammer beteiligt war.

Aus den Akten folgt in Übereinstimmung mit den Vorbringen des Beschwerdeführers, dass vorliegend nicht die Konstellation von § 95 Abs. 2 GVG ZH gegeben ist, sondern dass die in Frage stehende Oberrichterin zunächst an einem Beschluss des Obergerichts mitwirkte, durch welchen (in Abweichung vom vorangehenden Beschluss der Anklagekammer) die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts verneint und stattdessen die Zuständigkeit des Geschworenengerichts festgestellt wurde. Der Beschwerdeführer macht geltend, in diesem Fall müsse die Regelung von § 95 Abs. 2 GVG gleichermassen bzw.

analog zur Geltung kommen, was den Ausschluss der betreffenden Richterin von der Mitwirkung am Urteil in der Sache bedeute.

1.6.1 § 95 Abs. 2 GVG stellt einen Ausschlussgrund dar. Liegt er vor, so hat der betreffende Richter von sich aus in den Ausstand zu treten (vgl. § 97 GVG ZH). Unterlässt er dies, kann der Mangel auf dem Rechtsmittelweg (durch Anrufung von § 430 Abs. 1 Ziff. 3 StPO ZH) geltend gemacht werden. Die Rüge ist somit nicht als verwirkt zu betrachten.

1.6.2 Im Hinblick auf die Tragweite von § 95 Abs. 2 GVG ZH lässt eine Analyse des zugrundeliegenden Urteils BGE 114 Ia 50 ff. erkennen, dass massgebend für die Statuierung eines Ausschlussgrundes der Gesichtspunkt war, dass die Anklagekammer im Rahmen ihrer Prüfung gemäss § 166 Abs. 2 StPO ZH u.a. auch zu prüfen hat(te), ob der Angeschuldigte *eines strafbaren Verhaltens hinreichend verdächtig erscheine*. Diese Prüfung – welche über diejenige bei der Anklagezulassung im Falle bezirksgerichtlicher Zuständigkeit hinausgehe – schliesse, so das Bundesgericht, in sich die Tatfrage, ob die Akten Anhaltspunkte dafür enthielten, dass der Angeschuldigte die eingeklagte Tat wirklich begangen habe, d.h. ob wirklich genügend Verdachtsgründe vorlägen. Damit werde im Anklagezulassungsverfahren (durch die Anklagekammer) u.a. eine sehr ähnliche Frage geprüft wie im Hauptverfahren, nämlich ob der Angeschuldigte als Täter des ihm vorgeworfenen Delikts in Frage komme. Der Strafrichter habe sich zwar im Hauptverfahren von der definitiven Schuld des Angeklagten zu überzeugen, während der Zulassungs- und Überweisungsrichter den hinreichenden Tatverdacht lediglich provisorisch bejahe. Die Terminologie sei indessen für sich allein genommen nicht entscheidend. Es komme vielmehr darauf an, dass in beiden Verfahrensabschnitten eine ähnliche oder qualitativ gleiche Frage geprüft werde. Diese Prüfung könne zudem aufgrund einer umfassenden Würdigung des Untersuchungsergebnisses erfolgen. Dabei sei nicht wesentlich, ob im Anklagezulassungs- und Überweisungsverfahren diese umfassende Würdigung tatsächlich vorgenommen werde; denn unter dem Gesichtswinkel des Anscheins der Befangenheit komme es in erster Linie auf die zustehenden Kompetenzen und weniger darauf an, in welchem Umfange davon Gebrauch gemacht worden sei (u.H.a. EuGRZ 1986 S. 674

E. c am Ende, sowie BGE 112 Ia 300 f.). Bereits im Umstand, dass damit in beiden Verfahrensabschnitten über eine sehr ähnliche Frage aufgrund umfassender Würdigung des Untersuchungsergebnisses entschieden werde, möge ein Grund dafür erblickt werden, dass der Ausgang des Hauptverfahrens im Falle der Mitwirkung derselben Richter nicht mehr als offen erscheine. Aus objektiver Sicht sei zu befürchten, der Strafrichter habe sich wegen seiner früheren Mitwirkung bereits in einem Ausmasse eine Meinung gebildet, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen erscheinen lasse (BGE 114 Ia 50 E. 5b/bb, S. 69 m.H.; zum Ganzen auch ZR 93 Nr. 68 und dazu Bundesgericht in ZR 93 Nr. 96, S. 308 ff.).

1.6.3a) Das bisherige kantonal-zürcherische Verfahren vor Anklagekammer betreffend Zulassung von Anklagen in geschworenengerichtlicher Zuständigkeit war geprägt durch eine *Zweiteilung*, nämlich die Anklagezulassung (§§ 161 ff. StPO ZH) einerseits und das Vorverfahren zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit andererseits (§§ 198 ff. StPO ZH). In einem *ersten Schritt* (Anklagezulassung) prüfte die Anklagekammer dabei die allgemeinen Voraussetzungen, insbesondere Mängel in der Form oder in der Sache, Inhalt der Anklage, örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts, Verjährung, abgeurteilte Sache sowie gegebenenfalls das Vorliegen eines Strafantrags (§ 166 Abs. 1 StPO ZH); darüber hinaus war die besondere Voraussetzung des hinreichenden Tatverdachts im Sinne von § 166 Abs. 2 StPO ZH zu prüfen.

Gelangte die Anklagekammer zur Auffassung, die Voraussetzungen von § 166 GVG ZH (einschliesslich des hinreichenden Tatverdachts) seien erfüllt und die Anklage sei zuzulassen, hatte sie in einem *zweiten Schritt* darüber zu entscheiden, *welchem* Gericht die zugelassene Anklage zu überweisen sei (sachliche Zuständigkeit): § 198a Abs. 1 StPO ZH bestimmte, die Anklagekammer habe "bei Zulassung der Anklage" zu beschliessen, ob der Angeklagte dem Obergericht oder dem Geschworenengericht zur Aburteilung überwiesen wird. In diesem zweiten Verfahrensstadium kam das Kriterium der Anerkennung (oder Bestreitung) des eingeklagten Sachverhaltes durch den Angeklagten zum Zuge. Überwies die Anklagekammer die Sache dem Obergericht, weil sie davon ausging, es liege eine Anerkennung des Sachverhaltes vor, und gelangte in der Folge das Oberge-

richt zum Schluss, es liege keine die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts begründende Sachverhaltsanerkennung vor, so überwies dieses seinerseits die Sache dem Geschworenengericht, ohne dass damit aber die Frage der Anklagezulassung selbst nochmals thematisiert wurde. So ist denn auch das Obergericht hier vorgegangen, d.h. es hat (entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers) ausschliesslich die Frage der sachlichen Zuständigkeit, *nicht aber die Frage Anklagezulassung* neu entschieden.

b) Entscheidend für die nachfolgend zu beantwortende Frage ist, ob das Obergericht, wenn es abweichend von der Anklagekammer zur Auffassung gelangte, die Sache sei dem Geschworenengericht zu überweisen, in jeder Hinsicht die identischen Funktionen wie zuvor die Anklagekammer ausübte, was der Beschwerdeführer geltend macht. Dem ist nicht so. Aus dem Vorstehenden folgt, dass das Obergericht in diesem Fall einzig die Frage des Geständnisses bzw. der Sachverhaltsanerkennung im Sinne von § 198a Abs. 1 StPO ZH neu beurteilte. Zur Frage der bereits von der Anklagekammer beschlossenen Anklagezulassung und zum insoweit bejahten hinreichenden Tatverdacht hatte sich das Obergericht nicht mehr zu äussern und hat es sich auch nicht geäussert. Insoweit stellt sich somit die Frage eines Ausschlussgrundes analog § 95 Abs. 2 GVG ZH nicht.

1.6.4a) Fragen kann sich nur noch, ob das Obergericht im Rahmen der Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit, d.h. bei Prüfung der Frage, ob eine Anerkennung des Sachverhaltes bzw. ein Geständnis vorliege, Annahmen getroffen hat, die bezüglich der dabei mitwirkenden Justizpersonen den Anschein begründeten, sie seien im Hinblick auf das nachfolgende Urteil in der Sache nicht mehr offen und unvoreingenommen.

Diese Frage ist schon in grundsätzlicher Hinsicht zu verneinen. Die vorliegende Konstellation weist, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, eine gewisse Nähe zu derjenigen auf, in welcher die untere Instanz nach Rückweisung durch die obere Instanz neu zu entscheiden hat: Das Obergericht hat zunächst seine sachliche Zuständigkeit verneint und in der Folge, nach Rückweisung durch das Kassationsgericht, neu (nunmehr unter Bejahung seiner Zuständigkeit, Urteil S. 12 oben) und damit in der Sache entschieden. Zwar können im Falle von Rück-

weisungen ausnahmsweise (insbesondere bei antizipierter Beweiswürdigung) Konstellationen vorliegen, in welchen der bisherige Richter nicht mehr als offen erscheint und die nochmalige Befassung mit der Sache daher auszuschliessen ist (vgl. Pra 2006 Nr. 74 E. 3). Dieser Fall liegt hier nicht vor, weil mit der vorgängigen Verneinung der sachlichen Zuständigkeit offensichtlich noch kein Präjudiz in der Sache gefällt wird, selbst wenn in diesem Zusammenhang auch das Aussageverhalten des Angeklagten mit eingeschränkter Sichtweise (nachfolgend b) zu beurteilen war.

b) Konkret lässt denn auch der Beschluss der I. Strafkammer des Obergerichts vom 28. Oktober 2008 keine Anzeichen erkennen, die mit Blick auf die Beurteilung der Schuldfrage den Anschein von Voreingenommenheit erwecken. Das Obergericht hatte hier von den im Rahmen des Verfahrens vor der Anklagekammer abgegebenen Erklärungen des Beschwerdeführers im Sinne von § 198a Abs. 1 StPO ZH auszugehen, jedoch nicht auf weitere Aussagen oder sonstige Beweismittel in der Untersuchung abzustellen (OG act. 41 [Proz.-Nr. SE80016] S. 6 unten). Diese Aussagen des Beschwerdeführers rekapitulierte es im Einzelnen (a.a. O., S. 7 ff.), wobei, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, an dieser Stelle keine Beweiswürdigung im Sinne eines (auch nur provisorischen) Schuldnachweises vorzunehmen war und auch nicht vorgenommen wurde, sondern einzig die Frage zu beantworten war, ob der Beschwerdeführer den eingeklagten Sachverhalt anerkenne. Anders als im Erkenntnisverfahren war ein solches Geständnis hier nicht auf seine Glaubhaftigkeit (bzw. auf seine Übereinstimmung mit der übrigen Beweislage) hin zu überprüfen.

Zwar weist der Beschwerdeführer in der Beschwerde wie auch in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2010 (KG act. 14 S. 4 Rz 8) darauf hin, dass sich die I. Strafkammer an zwei Stellen ihres Beschlusses auch konkret mit der Anklageschrift und mit einzelnen ihr zugrundeliegenden Aussagen auseinandersetzt. An diesen Stellen (OG act. 41 S. 7 Ziff. 4 bzw. S. 8 Ziff. 4.4) zitiert das Obergericht Aussagen des Beschwerdeführers in der Untersuchung, aber nicht, um damit deren Beweiskraft bzw. Plausibilität zu thematisieren (und insoweit Beweise zu würdigen), sondern einzig im Hinblick auf die Frage, *ob ein Geständnis vorliege*. Es

ging also in diesem Zusammenhang nur um die Frage "Anerkennt oder bestreitet der Angeklagte den Sachverhalt?", und nicht um die - für den späteren Sachrichter massgebliche – Frage "Sind die Bestreitungen bzw. das allfällige Geständnis plausibel und wie wirken sie sich damit auf die Beurteilung des Anklagevorwurfes aus?".

Wenn somit das Obergericht (entgegen der Anklagekammer) zum Schluss gelangte (OG act. 41 S. 8 f.), der Beschwerdeführer habe bestimmte Einzelheiten, die konstitutiv für die Anklage waren, bestritten, legte es sich damit für ein späteres Erkenntnisverfahren in keiner Weise fest.

1.6.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass in der vorliegenden Konstellation die Ausschlussregelung von § 95 Abs. 2 GVG ZH nicht greift. Diese beruht auf dem Gedanken, dass (nur) derjenige Richter von der Mitwirkung am Urteil in der Sache ausgeschlossen ist, der sich bereits in einem früheren Verfahrensstadium mit Aspekten der mutmasslichen Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten (bzw. mit einem hinreichenden Tatverdacht) zu befassen hatte. Das trifft mit Bezug auf den Beschluss der I. Strafkammer des Obergerichts vom 28. Oktober 2008 nicht zu.

1.7 Die Rüge erweist sich damit als unbegründet.

2. Nach Auffassung der Verteidigung verletzt der angefochtene Entscheid den Anspruch des Angeklagten auf Fürsorge für gehörige Verteidigung im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH (Beschwerde Ziff. II., S. 6 ff.).

2.1 Ausgehend von der Tatsache, dass bei einer Freiheitsstrafe von 18½ Jahren ohne jeden Zweifel ein Fall von notwendiger Verteidigung vorliege, fasst der Beschwerdeführer zunächst die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Anspruch nicht nur auf formelle, sondern auch auf wirksame Verteidigung und auf die gerichtliche Fürsorgepflicht im Falle ungenügender Verteidigung zusammen.

Konkret zitiert er zur Begründung seiner Rüge sodann eine Aktennotiz im vorinstanzlichen Protokoll, wonach der Vorsitzende der I. Strafkammer die dama-

lige amtliche Verteidigerin darauf hingewiesen hatte, das Gericht habe festgestellt, "dass ungefähr die ersten 25 Seiten ihres Plädoyers nicht nötig gewesen seien, weil lediglich Einvernahmen der befragten Personen wiedergegeben worden" seien. Dieses Plädoyer – so der Beschwerdeführer weiter – umfasse insgesamt 37 Seiten und sei wie folgt aufgebaut: Nach dem Rubrum und den Anträgen (Antrag auf Schuldigsprechung wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung, in allen anderen Punkten Antrag auf Freispruch; Bestrafung mit nicht mehr als sechs Jahren) folgten auf Seiten 4 bis 7 verschiedene formelle Rügen, u.a. bezüglich des Anklagevorwurfes ND 1 (Vorfall vom 26. Februar 2006) der Hinweis auf den Grundsatz "ne bis in idem"; weitere Vorbringen zu diesem Punkt der Anklage fänden sich auf Seite 31 sowie in einem Einschub. Mit dem Hauptanklagepunkt des versuchten Mordes sowie der versuchten Vergewaltigung setze sich die Verteidigung auf Seiten 8 bis 31 des Plädoyers auseinander, wobei, wie vorstehend erwähnt, das Gericht der Auffassung gewesen sei, die ersten 25 Seiten seien nicht nötig gewesen. Damit verblieben noch die Seiten 26 bis 31. Dabei sei jedoch darauf hinzuweisen, dass die Verteidigung sich nur noch auf den Seiten 26 und 27 Mitte und unter dem Titel "Verhalten nach der Tat" auf den Seiten 29 und 30 zum Vorwurf des versuchten Mordes äussere. Ab Seite 27 Mitte bis Seite 29 oben fänden sich Ausführungen zum Vorwurf der versuchten qualifizierten Vergewaltigung und auf Seite 30/31 solche zum Vorwurf der Drohung. Bei dieser Ausgangslage könne von einer ernsthaften und effektiven Auseinandersetzung der Verteidigung mit den Vorwürfen des versuchten Mordes und der versuchten Vergewaltigung keine Rede sein (Beschwerde S. 8, Rz 29).

Nachdem die Verteidigung im Hauptpunkt auf Schuldigsprechung wegen versuchter eventualvorsätzlichen Tötung plädiert hatte, habe sie die Vorinstanz darauf hingewiesen, sich für den Eventualfall einer Verurteilung wegen versuchten Mordes nochmals zu diesem Punkt äussern, worauf sich die amtliche Verteidigerin nur noch rudimentär geäußert habe. Zudem habe sich die Verteidigung nicht oder dann völlig unklar dazu geäußert, wie die Strafe zu lauten habe, sofern das Gericht auch in jenen Punkten schuldig sprechen sollte, in denen sie einen Freispruch beantragt hatte; entsprechende Eventualanträge seien denn auch nicht protokolliert worden.

Zusammenfassend liege damit kaum eine substantiierte Auseinandersetzung mit den Anklagevorwürfen vor. Damit wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, der ihr obliegenden Fürsorgepflicht nachzukommen, die Verhandlung zu unterbrechen und diese auf Bestellung eines neuen Verteidigers hin zu wiederholen. Indem sie dies nicht tat, habe sie gesetzliche Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH verletzt.

2.2a) Die Vorinstanz nimmt dazu Stellung (KG act. 7 S. 4 f.) und weist zunächst darauf hin, die Bemerkung des Vorsitzenden, wonach die ersten 25 Seiten des Plädoyers nicht nötig gewesen seien, sei nichts anders als ein Konter auf den Vorwurf der Verteidigung gewesen, das Gericht kenne wohl die Akten nicht. Der Hinweis auf "nicht nötige" Ausführungen habe in keiner Weise mit der Qualität der Arbeit der Verteidigerin gestanden, sondern sei einzig ein Hinweis darauf gewesen, dass das Gericht die Akten durchaus kenne. Im Übrigen habe sich die damalige Verteidigerin durchaus engagiert, mit viel Herzblut und auch intensiv mit der Beweislage auseinandergesetzt. Dass sich die Kammer nicht ihrer Sichtweise angeschlossen habe, heisse nicht, dass die Verteidigung nicht wirksam und ausreichend gewesen sei. Unbegründet sei auch der Vorwurf, die Verteidigerin habe sich nur rudimentär mit dem Eventualstandpunkt (Schuldspruch wegen Mordversuchs statt wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung) befasst, denn diese Vorbringen dürften nicht losgelöst von den vorangehenden Ausführungen betrachtet werden. Die Verteidigerin habe zuvor durchaus bedenkenswerte Ausführungen zur Strafe gemacht und habe auch eine Gewichtung vorgenommen, wie die zusätzlichen Delikte einzustufen seien. Dabei sei grundsätzlich stets heikel, dass eine Verteidigung – quasi gegen den eigenen Willen – Stellung zu einer Situation nehmen solle, obschon sie dies bewusst nicht wolle; dadurch könne durchaus die eigene Verteidigungsposition geschwächt werden.

Entgegen den Insinuationen der jetzigen Verteidigung hänge sodann die Frage einer wirksamen Verteidigung nicht von der Seitenzahl des Plädoyers ab. Eine Verteidigung könne allenfalls auch mit wenigen, aber "träfen und des Pudels Kern treffenden Worten" das Wesentliche und Entscheidende vorbringen.

2.2b) Auch die Beschwerdegegnerin 1 erachtet die Rüge als unbegründet (KG act. 13 S. 2/3). Insbesondere seien die ersten 25 Seiten des Plädoyers keineswegs unnötig gewesen, denn durch die Auswahl bestimmter Einvernahmestellen sei versucht worden, den Sachverhalt zugunsten des Beschwerdeführers zu beleuchten, was durchaus Sinn gemacht habe. Zudem seien aber in diesem Teil des Plädoyers keineswegs einfach Aussagen wiedergegeben worden, sondern es sei bereits in den Vorbemerkungen auf Seiten 3 bis 7 versucht worden, dem Bild eines eiskalten Mörders etwas entgegen zu setzen und damit die Vorbringen des Staatsanwaltes zu entschärfen. In der Folge sei eine würdigende bzw. interpretierende Zusammenfassung der Aussagen vorgenommen worden, wobei es stets darum gegangen sei, bestimmte Sachverhaltspunkte in Zweifel zu ziehen und darzulegen, dass alle fünf Stiche schon in der Wohnung der Geschädigten ausgeführt worden seien, was eine erhebliche Entlastung des Beschwerdeführers zur Folge gehabt hätte.

Schliesslich seien auch die auf Hinweis des Gerichts vorgenommenen Ergänzungen der Verteidigerin keineswegs unklar gewesen. Für den Fall der Einstufung als Mordversuch sei eine Freiheitsstrafe von 9 Jahren beantragt worden, für den Fall der Einstufung als versuchte Tötung inklusive Schuldspruch wegen versuchter Vergewaltigung seien 6 bis 7 Jahre beantragt worden, wobei hinsichtlich der rechtlichen Würdigung nochmals geltend gemacht worden sei, dass die Tat emotionsgesteuert gewesen sei, dass sich "etwas zusammengebraut" habe.

2.3 Neben dem Anspruch auf formelle hat der Angeklagte Anspruch auf materielle, d.h. effiziente (wirksame) Verteidigung. Wird – zumal im Falle (hier gemäss § 11 Abs. 2 StPO ZH) notwendiger Verteidigung – von den Behörden entgegen der ihnen obliegenden Fürsorgepflicht untätig geduldet, dass ein privat oder amtlich bestellter Verteidiger seine anwaltlichen Berufs- und Standespflichten zum Schaden des Angeschuldigten in schwerwiegender Weise vernachlässigt, kann darin eine Verletzung der grundrechtlich gewährleisteten Verteidigungsrechte liegen (zum Ganzen BGE 131 I 185 E. 3.2.3, 124 I 185 E. 3b; ZR 100 Nr. 43 Erw. 3 m.H.; LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur StPO

ZH, Zürich 2006, § 11 Abs. 2 N 65 ff., 68 ff.; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 762 f.).

2.4 Von einer schwerwiegenden Vernachlässigung der anwaltlichen Berufspflichten in dem Sinne, dass der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren nicht effektiv verteidigt gewesen wäre, kann nicht gesprochen werden.

Vorab lässt sich, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, aus dem Hinweis des Vorsitzenden der Vorinstanz, dass ungefähr die ersten 25 Seiten des Plädoyers der Verteidigung nicht nötig gewesen seien (Prot. OG S. 79 unten), nicht ableiten, dieser Teil des Plädoyers erfülle von vornherein die Anforderungen einer genügenden Verteidigungsleistung nicht. Zum einen handelt es sich dabei offensichtlich um eine (eher fragwürdige) Reaktion auf den Vorwurf mangelnder Aktenkenntnis des Gerichts; zum anderen trifft bei Lichte besehen auch nicht zu, dass dieser Teil des Plädoyers bloss eine (unnötige) Auflistung von Aktenzitate ohne Bezug auf die seitens der Verteidigung zu erbringende Auseinandersetzung mit der Anklage darstellt. Allein schon in der Auswahl bzw. Gewichtung der Zitate kann eine beachtliche Verteidigungsleistung liegen, wenn dadurch Schwachstellen der gegnerischen Beweisführung aufgedeckt werden sollen. Effektiv beliess es die Verteidigerin nicht beim blossen Zitieren von Aussagen, sondern sie wählte und kommentierte diese Aussagen jeweils mit Blick auf eine mögliche Entlastung des Beschwerdeführers, sei es im Hinblick auf die rechtliche Qualifikation der Tat, sei es im Hinblick auf die Strafzumessung (vgl. OG act. 63 S. 8 ff.). Es mag zwar zutreffen, dass im Plädoyer die rechtlichen Schlussfolgerungen nicht überall akzentuiert herausgearbeitet werden, sondern zuweilen eher zwischen den Zeilen zu lesen sind (vgl. etwa betreffend die Vorgeschichte Plädoyer S. 16 unten, wonach sich aus den zitierten Aussagen des Beschwerdeführers wie auch verschiedener Zeugen feststellen lasse, dass es sich um eine turbulente Beziehung gehandelt habe und dass der Beschwerdeführer offensichtlich Mühe gehabt habe, die Beendigung dieser Beziehung durch die Geschädigte zu akzeptieren). Dies ändert nichts daran, dass eine auf die möglichst weitgehende Entlastung des Angeklagten gerichtete Verteidigungsleistung vorliegt.

Was die eigentliche Tathandlung betrifft, verweist die Verteidigerin u.a. auf die vorangegangenen Suizidgedanken des Beschwerdeführers (OG act. 63 S. 18) und macht weiter geltend, ein bewusste Planung, das Messer einzusetzen, könne dem Beschwerdeführer nicht nachgewiesen werden. Sodann setzt sie sich mit der Frage auseinander, ob der Beschwerdeführer Gummihandschuhe und Handschellen mit sich getragen habe oder nicht. Hinsichtlich der Frage nach dem eigentlichen Tathergang und insbesondere nach der Anzahl bzw. den Umständen der Messerstiche verweist die Verteidigerin nach Wiedergabe der verschiedenen Aussagen (S. 19 ff.) auf die immerhin angeschlagene Glaubwürdigkeit der Geschädigten und nennt weitere Gründe, weshalb deren Aussagen mit Vorsicht zu würdigen seien (S. 24 f.). Mit all dem begründet sie, weshalb zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen sei, dass er alle fünf Messerstiche schon in der Wohnung der Geschädigten zugefügt haben müsse (S. 27). Auch mit Bezug auf den Vergewaltigungsversuch verweist die Verteidigerin über mehrere Seiten auf Ungereimtheiten, welche den der Anklage zugrundeliegenden Sachverhalt als unbewiesen erscheinen lassen sollen (S. 27 ff.). Weiter schildert bzw. würdigt sie das Verhalten des Beschwerdeführers nach der Tat und versucht daraus abzuleiten, dass der Tatbestand der Drohung in subjektiver Hinsicht nicht erfüllt sei (S. 31 mit Einschub gemäss Prot. OG S. 77). Über zwei Seiten äussert sie sich zur rechtlichen Würdigung (S. 31 ff.) und abschliessend über weitere drei Seiten zur Strafzumessung (S. 33 ff.), wobei sie entgegen den Vorbringen in der Beschwerde auf entsprechenden Hinweis durch den Vorsitzenden auch eventualiter zur Strafzumessung bei vollumfänglicher Verurteilung Stellung nimmt (Prot. OG S. 80).

2.5 Aus dem Gesagten folgt, dass von einer ungenügenden Verteidigungsleistung der früheren amtlichen Verteidigerin nicht gesprochen werden kann. Die Rüge ist unbegründet.

3.1 Als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör rügt der Beschwerdeführer (Beschwerde Ziff. III., S. 10), dass sich die Vorinstanz mit seinem (zumindest sinngemäss auch im vorinstanzlichen Hauptverfahren gestellten) Antrag auf Spurensuche an den in seiner Wohnung sichergestellten Handschellen nicht

geäussert hat. Die Rüge ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass das Obergericht bei der Feststellung des Sachverhaltes aufgrund der Aussagen der Geschädigten, jedoch entgegen den Bestreitungen des Beschwerdeführers davon ausging, dass der Beschwerdeführer am Tag der Tat Handschellen und Gummihandschuhe mit sich führte (Urteil S. 33).

Einen ausdrücklichen Beweisantrag auf Spurensuche hat der Beschwerdeführer vor Vorinstanz jedenfalls nicht stellen lassen (vgl. OG act. 63 S. 5 Mitte), womit unter formellen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist, dass das Obergericht sich dazu auch nicht ausdrücklich äusserte. Die Rüge ist unbegründet.

3.2 Wenn der Beschwerdeführer zudem weiter ausführt, für den Fall, dass man auf den in der Schublade seines Nachttisches sichergestellten Handschellen tatsächlich keine Spuren festgestellt hätte, hätte nicht ohne weiteres gesagt können, es handle sich dabei um diejenigen Handschellen, welche der Beschwerdeführer gemäss Anklage am 19. April 2007 bei sich getragen habe, ist zu entgegnen, dass die Frage des Mitführens von Handschellen *bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes unter dem Gesichtspunkt Mord* für die Vorinstanz ohnehin von *offensichtlich untergeordneter* (wenn nicht gar völlig unmassgeblicher) Bedeutung war: Nach eingehender Schilderung der massgeblichen Tatumstände (Mitführen des Messers, Anzahl bzw. Art und Weise der Messerstiche, Urteil S. 58 ff.) über mehrere Seiten wird lediglich am Schluss beiläufig in einem Satz auf die "übrigen mitgenommenen Utensilien (Handschellen und Gummihandschuhe)" Bezug genommen, welche ebenfalls auf die diesbezügliche Vorbereitung hinwiesen (Urteil S. 65 Mitte). Spielte somit die Frage der Mitführung der Handschellen für die Vorinstanz letztlich keine entscheidende Rolle, ist auch die Unterlassung der näheren Abklärung von diesbezüglichen Spuren nicht zu beanstanden.

4. Erneut wird in der Beschwerde auch eine Verletzung von § 31 StPO ZH geltend gemacht (Beschwerde Ziff. IV., S. 10 f.).

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil auf die entsprechende Rüge hin die allgemeine Tragweite von § 31 StPO ZH zutreffend dargestellt (Urteil S. 20 f.),

worauf verwiesen kann. Im Zusammenhang mit den entsprechenden konkreten Ausführungen der Vorinstanz beanstandet der Beschwerdeführer was folgt:

4.1 Entgegen den Feststellungen im angefochtenen Urteil treffe nicht zu, dass die Untersuchungsbehörde *erste* Erkenntnisse über das behauptete Tatgeschehen am Tattag zwischen 13.05 und 13.20 Uhr von der Geschädigten selbst erlangt habe. Vielmehr habe sich die Geschädigte schon um ca. 10.20 Uhr im Krankenwagen vor dem Haus Zeughausstr. 10 gegenüber Wm S. zur Tat und zum Täter geäußert. Weshalb Wm S. dazu nie als Zeuge befragt worden sei, sei völlig unklar.

Es ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer nicht dargetan, inwiefern die Tatsache, dass die Untersuchungsbehörde nicht (wie von der Vorinstanz versehentlich angenommen, Urteil S. 22) zwischen 13.05 und 13.20 Uhr, sondern bereits um ca. 10.20 Uhr erste Erkenntnisse erhielt (HD act. 1.1 S. 9), von entscheidenderheblicher Bedeutung sein soll.

4.2 Richtig sei jedenfalls – so der Beschwerdeführer –, dass die Geschädigte eine Woche später, d.h. am 26. April 2007, erstmals Handschellen und Gummihandschuhe erwähnte. In diesem Zusammenhang erachtet es der Beschwerdeführer aber als nicht ersichtlich, weshalb es – wie die Vorinstanz annehme – bei dieser Ausgangslage höchst fraglich gewesen sein sollte, dass diese Gegenstände noch hätten gefunden werden können, zumal es sich dabei weder um flüchtige noch um sonst rasch verschwindende Gegenstände handle.

Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang von einem Ermessensspielraum der Behörde hinsichtlich der Frage, ob sie den Einsatz von Spürhunden anordnen wolle oder nicht, ausgeht, setzte sie keinen Nichtigkeitsgrund, zumal sie darauf hinweist, dass Ermittlungen im Zusammenhang mit der Herkunft der behaupteten Handschellen angestellt worden waren (vgl. HD act. 1.6 bis 1.9). Sodann ist auch in diesem Zusammenhang zu beachten, dass dem Aspekt der Mitführung von Handschellen für den Ausgang des Verfahrens (konkret die rechtliche Qualifikation der Tat) höchstens untergeordnete Bedeutung zukommt (oben Ziff.

3.2), was erst recht gegen eine Verletzung der sich aus § 31 StPO ZH ergebenden Pflichten spricht.

4.3 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, er sei im ganzen Untersuchungsverfahren und auch vor der Vorinstanz nie danach gefragt worden, auf welchem Weg er am Tattag nach Hause gegangen sei; andernfalls hätte diese Strecke nach den Handschellen und den Gummihandschuhen abgesucht werden können. Indem sich die Untersuchungsbehörde weder nach dem konkreten Heimweg erkundigt noch wenigstens ansatzweise Bemühungen unternommen habe, auf dieser Strecke nach den fraglichen Gegenständen zu suchen, habe sie ebenfalls gegen § 31 StPO ZH verstossen. Wären nämlich die genannten Utensilien gesucht, aber nicht gefunden worden, hätte nicht mehr ohne weiteres von der Richtigkeit der entsprechenden Aussagen der Geschädigten ausgegangen werden können, was sich wiederum auf die Beurteilung deren Glaubhaftigkeit hätte auswirken müssen.

Diese Argumentation verliert sich im Spekulativen. Wären entsprechende Bemühungen unternommen worden und wären dabei die genannten Gegenstände nicht gefunden worden, hätte diese keineswegs die Glaubwürdigkeit der Geschädigten in Zweifel gezogen. Wie der Beschwerdeführer selbst einräumt, erwähnte die Geschädigte diese Gegenstände erst eine Woche nach der Tat, und die Suche auf einem Gebiet von 1,7 km Durchmesser (KG act. 13 S. 3) hätte damit von vornherein nur geringe Erfolgsaussichten gehabt. Dabei hätte der – für den Beschwerdeführer günstigste – Fall, dass man sie nicht gefunden hätte, jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass sie eben zunächst doch dort gewesen wären. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Geschädigten hing jedenfalls nicht von dieser Frage ab. Lediglich am Rande sei vermerkt, dass die Vorinstanz die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Geschädigten sehr sorgfältig geprüft hat (Urteil S. 28 ff., insbesondere 31/32).

5. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, es seien vorliegend unzulässigerweise Geheimakten angefertigt worden (Beschwerde Ziff. V., S. 12).

5.1 Der Beschwerdeführer bezieht sich auf einen Hinweis im Zusammenhang mit der Mobiltelefonauswertung (Auslesen von Daten) mit folgendem Wortlaut (HD act. 13/4, Blatt nach S. 18, Mitte): *"Nur fallrelevante Daten an die Untersuchungsbehörden weitergeben!"*

Aus dem Grundsatz der Dokumentationspflicht folge, so der Beschwerdeführer, dass das Anlegen bzw. Zurückbehalten von Akten unzulässig sei. Aus dem erwähnten Hinweis sei zu schliessen, dass die Polizei noch weitergehende Daten erhoben und angelegt, jedoch nicht ins Dossier aufgenommen und damit zugänglich gemacht habe. Damit könne auch nicht beurteilt werden, ob diese Daten für das vorliegende Verfahren – allenfalls entlastend – relevant gewesen wären. Jedenfalls verstosse dieses Vorgehen gegen den erwähnten Grundsatz und stelle einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO ZH dar.

5.2 Die Beschwerdegegnerin 1 bestreitet das Vorliegen von Geheimakten (KG act. 13 S. 3 f.). Dass nur fallrelevante Telefondaten verwendet werden, diene dem Schutz von Dritten sowie dem Datenschutz. Für die Strafuntersuchung seien solche Daten gerade nicht relevant, weshalb die Polizei auch von "nicht fallrelevanten Daten" spreche. Bekanntlich werde auch im Falle von Telefonabhörungen eine Triage verlangt, d.h. die Polizei müsse von Gesetzes wegen die fallrelevanten von den nicht fallrelevanten Gesprächen trennen und dürfe letztere nicht an die Untersuchungsbehörde weiterleiten.

5.3 Die Rüge der Verletzung der Dokumentationspflicht war im vorinstanzlichen Verfahren nicht erhoben worden. Dessen ungeachtet kann darauf im Beschwerdeverfahren eingetreten werden, weil die Strafbehörden zur Anwendung der gesetzlichen Form- und Verfahrensvorschriften von Amtes wegen verpflichtet sind und nach kassationsgerichtlicher Rechtsprechung in der blossen Nichtgeltendmachung eines Mangels noch kein Verzicht erblickt werden kann, welcher die nachträgliche Geltendmachung als treuwidrig erscheinen lässt.

5.4 Die Dokumentationspflicht, die dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt, beinhaltet die Pflicht der Behörde bzw. des Gerichts auf vollständige Aktenführung (Dokumentation). Das Parteirecht auf

Akteneinsicht entfaltet nur dann volle Wirksamkeit, wenn Gewähr dafür besteht, dass tatsächlich *alle prozessrelevanten Vorgänge* aktenkundig gemacht, also in der Regel schriftlich, allenfalls in sonstwie geeigneter Form (fotografisch, magnetophonisch, elektronisch) festgehalten werden und damit Bestandteil des Dossiers bilden. Insofern lässt sich sagen, dass spiegelbildlich zum Akteneinsichtsrecht der Parteien eine Aktenführungspflicht der Behörde besteht (BGE 129 I 85 E. 4.1, 130 II 473 E. 4.1 m.H.; ZR 107 Nr. 1 Erw. 4d). Die Verletzung der Dokumentationspflicht bedeutet allenfalls eine Verletzung von Partei- bzw. Verteidigungsrechten (ZR 106 Nr. 31; zum Ganzen LIEBER/DONATSCH, a.a.O., § 17 N 5 ff.).

Aus diesen Grundsätzen folgt, dass nur prozessrelevante Daten aktenkundig zu machen sind, d.h. nur solche Daten, die einen sachlichen Zusammenhang mit dem Fall aufweisen oder zumindest aufweisen können. Werden im Rahmen einer Überwachung bzw. wie hier einer nachträglichen Auswertung Daten gesichtet, die von vornherein keinen derartigen Zusammenhang aufweisen (hier beispielsweise SMS-Verkehr mit Drittpersonen ohne jeglichen Bezug zur Sache), verstösst es daher von vornherein nicht gegen die Dokumentationspflicht, wenn diese nicht ins Dossier übernommen werden, denn sie können in diesem Fall auch keine entlastende Funktion haben. Regelungen betreffend vorzeitige Aussonderung von bestimmten Akten (triage) kommen denn auch allgemein bei Durchsuchungs- bzw. Untersuchungs sowie Überwachungsmassnahmen zum Zuge (vgl. jetzt etwa Art. 247, 248, 271 StPO CH; zur Grobtriage, d.h. Aussonderung von offensichtlich irrelevanten Akten, KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 247 N 3 ff.). Die Rüge erweist sich damit als unbegründet.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig.

Die unentgeltliche Geschädigtenvertretung wird nach Eingang ihrer Honorarnote aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung) werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 14. Dezember 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

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

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Generalsekretär