



Kass.-Nr. AC080009/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Sitzungsbeschluss vom 1. Dezember 2008

in Sachen

X.,

Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

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

Anklägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Scherrer,
Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2. **A.**,

vertreten durch Rechtsanwalt

3. **B.**,

vertreten durch Rechtsanwalt

4. **C.**

2 - 4 Geschädigte und Beschwerdegegner

betreffend

mehrfache versuchte vorsätzliche Tötung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und einen Beschluss des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2007 (WG070002)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 23. Januar 2007 erhob die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich Anklage gegen den Beschwerdeführer wegen mehrfacher versuchter vorsätzlicher Tötung (GG act. 31). Der Anklage liegt eine Auseinandersetzung vom 23. Mai 2005 vor dem Nachtclub "_____" im Zürcher Niederdorf zwischen dem Beschwerdeführer auf der einen Seite und A. sowie B. auf der anderen Seite zugrunde, in deren Verlauf der Beschwerdeführer fünf Schüsse aus einem kleinkalibrigen Revolver abgab, wobei die beiden genannten Personen Verletzungen erlitten. Mit Beschluss der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 2007 wurde die Anklage zugelassen und der Beschwerdeführer gemäss § 198a Abs. 1 Ziff. 1 StPO dem Geschworenengericht des Kantons Zürich zur Aburteilung überwiesen (GG act. 38).

Ein zuvor gegen die beiden erwähnten Mitbeteiligten eröffnetes Verfahren wegen Körperverletzung war mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 19. Mai 2006 eingestellt worden (GG act. HD 17a/1). Einen dagegen erhobenen Rekurs des Beschwerdeführers wies die Einzelrichterin des Bezirkes Zürich am 18. Oktober 2006 ab (GG act. HD 17a/2).

2. Das Geschworenengericht tagte vom 25. Juni bis 5. Juli 2007. Mit Urteil vom 5. Juli 2007 sprach es den Beschwerdeführer schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung zum Nachteil des Geschädigten A., der mehrfachen einfachen Körperverletzung zum Nachteil der Geschädigten A. und B., ferner der mehrfachen einfachen Körperverletzung zum Nachteil der Geschädigten C. und D., der Drohung sowie der Widerhandlung gegen das Waffengesetz. Es sprach den Beschwerdeführer nicht schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung zum Nachteil des Geschädigten B., d.h. es sprach den Beschwerdeführer von diesem Anklagevorwurf frei. Der Beschwerdeführer wurde mit sieben Jahren Freiheitsstrafe bestraft (GG act. 122).

3. Mit Eingabe vom 5. Juli 2007 meldete der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (GG act. 124).

4. Am 24. Juli 2007 reichte der Beschwerdeführer beim Kassationsgericht des Kantons Zürich eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragte er, ein Zwischenentscheid des Gerichtshofs des Geschworenengerichts vom 2. (recte:) Juli 2007 (betreffend Ablehnung; GG Prot. S. 726, S. 733) sei aufzuheben. Sodann sei das Urteil des Geschworenengerichts vom 5. Juli 2007 aufzuheben (Kass.-Nr. AC070016 act. 1 S. 2 f.). Mit Beschluss vom 4. Februar 2008 trat das Kassationsgericht auf diese Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein (Kass.-Nr. AC070016 act. 70). Dies deshalb, weil bezüglich des angefochtenen Zwischenentscheides vom 2. Juli 2007 die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist, sondern solche Entscheide nur in Verbindung mit dem Endentscheid angefochten werden können, sowie weil bezüglich des angefochtenen Urteils noch keine schriftliche Urteilsbegründung vorlag (Kass.-Nr. AC070016 act. 70 S. 7 - 9).

5. Mit Eingabe vom 12. März 2008 stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Wechsel seines amtlichen Verteidigers (KG act. 1). Mit Verfügung vom 31. März 2008 wies das Kassationsgericht dieses Gesuch ab (KG act. 9). Am 26. Mai 2008 wurde dem Beschwerdeführer die schriftliche Begründung des geschworenengerichtlichen Urteils vom 5. Juli 2007 zugestellt und eine Frist von 30 Tagen zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde angesetzt (GG act. 188/9, act. 186 = KG act. 13, GG act. 187). Mit Eingabe vom 23. Juni 2008 und damit rechtzeitig begründete der Beschwerdeführer die Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils vom 5. Juli 2007 (KG act. 12 S. 2). Gleichzeitig reichte er beim Schweizerischen Bundesgericht eine Beschwerde in Strafsachen im Sinne von Art. 78 BGG ein, mit welcher er ebenfalls die Aufhebung des geschworenengerichtlichen Urteils vom 5. Juli 2007 beantragte (KG act. 14). Mit Eingabe vom 4. Juli 2008 beantragte er (der sich seit August 2007 im vorzeitigen Strafvollzug befindet; Kass.-Nr. AC070016 act. 13, act. 55), er sei umgehend aus der Sicherheitshaft zu entlassen (KG act. 22). Dieses Gesuch wurde nach diversen Abklärungen und Stellungnahmen (KG act. 28, 30, 33, 34/1, 34/2, 35, 39, 45, 49, 50) mit Verfügung vom 29. August 2008 abgewiesen (KG act. 51).

Die Staatsanwaltschaft (KG act. 21) und der Beschwerdegegner 2 (A.) (KG act. 38) verzichteten explizit auf eine Beschwerdeantwort. Am 3. Juli 2008 liess sich die Vorinstanz zur Nichtigkeitsbeschwerde vernehmen (KG act. 26). Diese Vernehmlassung wurde den Parteien zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (KG act. 31, act. 32/1 - 5). Der Beschwerdegegner 2 verzichtete explizit auch auf eine Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung (KG act. 38). Mit Eingabe vom 19. Juli 2008 nahm der Beschwerdeführer Stellung zur vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 3. Juli 2008 (KG act. 40). Diese Stellungnahme wurde den Parteien und der Vorinstanz zugestellt (KG act. 41, 42/2 - 6). Die Beschwerdegegner 3 und 4 äusserten sich innert angesetzten Fristen (KG act. 16, 17/4, 17/5, 31, 32/4, 32/5, 41, 42/4, 42/5) weder zur Nichtigkeitsbeschwerde noch zur vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 3. Juli 2008 noch zur Stellungnahme des Beschwerdeführers zu dieser vorinstanzlichen Vernehmlassung.

II.

1. Im Anschluss an die vorinstanzlichen Zeugeneinvernahmen und die Befragung des Beschwerdeführers, die vom 25. - 28. Juni 2007 durchgeführt wurden (GG Prot. S. 7 - 713), beantragte die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Aktenproduktion, die Einstellungsverfügung (der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 19. Mai 2006 in Sachen A. und B. betreffend Körperverletzung bezüglich des gleichen Vorfalls wie der vorinstanzlich zu beurteilende vom 23.5.2006; GG act. HD 17a/1) und die Verfügung der Einzelrichterin des Bezirkes Zürich vom 18. Oktober 2006 betreffend Rekurs von X. gegen die vorgenannte Einstellungsverfügung (GG act. HD 17a/2, Abweisung des Rekurses) seien zusätzlich zu den Akten zu produzieren (GG Prot. S. 714). Der Beschwerdeführer wandte sich gegen die Produktion dieser Aktenstücke (GG Prot. S. 714). Die Vorinstanz beschloss am 28. Juni 2007 (GG Prot. S. 649), dass diese beiden Aktenstücke zu den Akten produziert würden (GG Prot. S. 716). Am 2. Juli 2007 stellte der Verteidiger des Beschwerdeführers den Antrag, die Geschworenen seien wegen des Anscheins der Befangenheit in den Ausstand zu versetzen. Den Grund dafür sah er in der Aktenproduktion der beiden vorgenannten Dokumente (GG Prot. S. 726). Mit Beschluss vom gleichen Tag wies die Vorinstanz das

Ablehnungsbegehren ab und beschloss, den Prozess weiterzuführen (GG Prot. S. 733). Am 5. Juli 2007 fällte das Geschworenengericht nach geheimer Urteilsberatung vom 2. - 5. Juli 2005 (GG Prot. S. 820 f.) das angefochtene Urteil (GG Prot. S. 822 ff.).

1.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Aktenproduktion der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft und des Rekursentscheides der Einzelrichterin verletze den im geschworenengerichtlichen Verfahren geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatz (Beschwerde KG act. 12 S. 7 Ziff. 5). Das Geschworenengericht habe den identischen Ereignisablauf zu beurteilen gehabt wie die Einzelrichterin (Beschwerde KG act. 12 S. 8 Ziff. 7). Mit der Aktenproduktion hätten die Geschworenen entgegen dem Prinzip der Unmittelbarkeit eine Beweiswürdigung einer Richterin (der Einzelrichterin) vor sich gehabt, welche auf einer Zusammenfassung des relevanten Aktenmaterials resp. Befragungen sämtlicher Beteiligten beruhe (Beschwerde KG act. 12 S. 9 Ziff. 9). Durch die Kenntnisnahme dieser Zusammenfassung und der einzelrichterlichen ausführlichen Beweiswürdigung sei zumindest der Anschein der Befangenheit entstanden (Beschwerde KG act. 1 S. 10 Ziff. 12 f.). Die Aktenproduktion insbesondere der einzelrichterlichen Verfügung habe einen Nichtigkeitsgrund gesetzt (Beschwerde KG act. 12 S. 11 Ziff. 15), der allein schon zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen müsse (Beschwerde KG act. 12 S. 13 Ziff. 20).

1.2. Die Vorinstanz erwog, die Haltung des Staatsanwalts sei bekannt. Was in der Einstellungsverfügung und in der gerichtlichen Beurteilung erwähnt sei, sei das gleiche "Untersuchungsgut" wie im vorinstanzlichen Verfahren. Die entsprechenden Dokumente seien nicht dabei. Es sei nicht so, dass auf dem Umweg über die Einstellungsverfügung plötzlich die anderen Einvernahmen doch eingefügt würden. Die Beteiligten seien von der Vorinstanz direkt angehört worden. Insofern sei keine Gefahr einer Beeinflussung ersichtlich. Entscheidend sei, dass die Vorinstanz nicht über A. und B. zu entscheiden habe, sondern über Schuld oder Unschuld des Beschwerdeführers. Im Übrigen sei es langjährige Gerichtspraxis, dass ein vom Staatsanwalt verfasster Schlussbericht zu den Akten produziert worden wäre, wenn der Staatsanwalt dies beantragt hätte. In einem

solchen wäre mehr enthalten (offensichtlich gemeint: als in der Einstellungsverfügung) (GG Prot. S. 716 f.).

Im Geschworenengericht sei es nach Eröffnung der Verhandlung im Sinne von § 225 StPO in jedem Stadium möglich, dass das Gericht auf Antrag einer Partei zusätzliche Beweise erhebe. Angerufene Beizugsakten würden praxisgemäss auf die Endentscheide beschränkt. Mit der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 19. Mai 2006 und der diese bestätigenden Rekursverfügung der Einzelrichterin vom 18. Oktober 2006 lägen solche Endentscheide vor. Das Besondere an diesen sei, dass ihnen der gleiche Grundsachverhalt wie derjenige des vorliegenden Hauptdossiers eigen sei und in deren Erwägungen Zusammenfassungen und Würdigungen von Aussagen der im vorliegenden Fall ebenfalls befragten Personen vorgenommen würden. Das Gericht sei sich dieser Besonderheit durchaus bewusst gewesen. Das Gericht habe sich bereits anlässlich der Hauptverhandlung *unmittelbar* über die befragten Personen und deren Aussagen ins Bild setzen können. Die Geschworenen und die Beisitzer hätten ihren Entscheid nicht aufgrund der beiden strittigen Aktenstücke gefällt, sondern aufgrund der im Unmittelbarkeitsverfahren gewonnenen Erkenntnisse und aufgrund ihrer persönlichen Notizen, die über das hinausgegangen seien, was bezüglich Aussagen in den strittigen Aktenstücken vorhanden sei. Inwiefern hier eine Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips vorliegen sollte, sei nicht ersichtlich. Betreffend den in den Entscheiden aufgeführten Würdigungen handle es sich im Ergebnis nur um zwei Einzelmeinungen betreffend die Rolle der Zeugen A. und B. Das Gericht sei sich auch dieses besonderen Umstandes bewusst gewesen und habe sich dementsprechend weder im Rahmen der Aktenproduktion noch im Laufe der Urteilsberatung in irgend einer Weise an diese Meinungen gebunden gefühlt. Schliesslich sei mit den beiden Entscheiden vorab das Verhalten von A. und B. und nicht jenes des Beschwerdeführers rechtlich qualifiziert worden. Zudem entspreche es langjähriger und akzeptierter Praxis des Geschworenengerichts, dass dem Gericht im Rahmen der Aktenproduktion sämtliche Entscheide, die Wesentliches über die Person des Angeklagten und seiner Verhaltensweisen enthielten, zur Kenntnis gebracht werden müssten. Ein wesentlicher Punkt dieser Praxis sei, möglichst sämtliche Erkenntnisse über die Person des An-

geklagten im Hinblick auf die Strafzumessung zu kennen. Die beiden Aktenstücke würden aber auch keine darüber hinaus gehenden prozessrelevanten Informationen verschaffen. Sie hätten (so zumindest wird dieser Passus der vorinstanzlichen Erwägung [KG act. 13 S. 27 letzter Absatz] vom Kassationsgericht verstanden) für die Würdigung der Zeugenaussagen von A. und B. keine praktische Relevanz. Praxisgemäss würden zur Aktenproduktion zugelassene Beizugsakten zudem weder akustisch noch optisch an der Hauptverhandlung vorgetragen. Vorliegend seien diese Entscheide in der Verhandlung wohl thematisch erwähnt, aber nicht detailliert als Ganzes vorgetragen worden. Das Gericht habe betreffend diese beiden Aktenstücke die entsprechenden urteilsrelevanten Umstände durch die Einvernahme der einzelnen Personen im Rahmen der Hauptverhandlung bereits selbst und unmittelbar wahrgenommen ("Prinzip der formellen Unmittelbarkeit") und sehe aufgrund der bisherigen und (im Zeitpunkt der Aktenproduktion) noch anstehenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft den Prozessstoff durch Zulassung dieser Aktenstücke zur Aktenproduktion auch nicht als Beweisersatz eingeführt ("Prinzip der materiellen Unmittelbarkeit"). Das Gericht erachte daher durch die Zulassung dieser beiden Aktenstücke zur Aktenproduktion den dem geschworenengerichtlichen Verfahren innewohnenden Grundsatz der Unmittelbarkeit als nicht verletzt und verneine jede Beeinflussung seiner Mitglieder (angefochtenes Urteil KG act. 13 S. 24 - 28).

Die beiden fraglichen Aktenstücke enthielten eine Zusammenfassung der Aussagen des Beschwerdeführers, der beiden Geschädigten (und vormaligen Angeschuldigten) A. und B., der Zeugen C. und F. sowie eine Würdigung dieser Aussagen durch den Staatsanwalt bzw. die Einzelrichterin. Das ganze Gericht und die Parteivertreter hätten sich anhand der im Unmittelbarkeitsverfahren gewonnenen Erkenntnisse ein eigenes Bild über diese Personen (mit Ausnahme von F.) und deren Aussagen machen können. Die Geschworenen und die Beisitzer hätten sich aufgrund ihres anlässlich der Hauptverhandlung gewonnenen persönlichen Eindrucks ein weit besseres Bild über die befragten Personen machen als dies beispielsweise die Einzelrichterin habe tun können (Kass.-Nr. AC070016 act. 11 S. 13; vgl. die Verweisung darauf in KG act. 26 S. 4 Ziff. 2.3).

Die beiden Aktenstücke hätten bei der Entscheidungsfindung überhaupt keine Rolle gespielt. Sie seien (mit Ausnahme der Abhandlung der prozessualen Frage der Zulässigkeit der Aktenproduktion) denn auch nie zitiert worden. Das Geschworenengericht habe mit seinem Urteil gezeigt, dass es sich völlig unabhängig und unbeeinflusst von anderen Instanzen eine eigene Meinung gebildet habe. Sonst wäre es nicht bezüglich eines Tötungsversuchs zu einem Freispruch gelangt (KG act. 26 S. 5). Zutreffend sei, dass die Einzelrichterin den identischen Ereignisablauf zu beurteilen gehabt habe wie das Geschworenengericht. Sie habe aber nicht über Schuld oder Unschuld des Beschwerdeführers zu befinden gehabt, sondern darüber, ob die gegen die damaligen Angeschuldigten A. und B. geführte Strafuntersuchung von der Staatsanwaltschaft zu Recht eingestellt worden sei oder nicht. Wenn sie zum Ergebnis gekommen sei, das Verfahren sei zu Recht eingestellt worden, heisse dies nicht zwingend, dass der Beschwerdeführer schuldig sei (KG act. 26 S. 5 f.). Würde man der Ansicht der Verteidigung folgen, hiesse dies letztlich, dass ein vor den Schranken des Geschworenengerichts stehender Angeklagter nie mit seinem in früheren (abgeschlossenen) Verfahren an den Tag gelegten widersprüchlichen Aussageverhalten konfrontiert werden dürfte. Es hiesse auch, dass frühere (rechtskräftige) Entscheide, welche den Angeklagten betreffen (schuldig- oder freisprechende Urteile; Einstellungsverfügungen), nie zu den Akten produziert werden dürften. Es hiesse klarerweise, dass alles, was nicht ganz direkt mit der zu beurteilenden Tat zu tun habe, sondern beispielsweise "nur" Hinweise auf die Glaubwürdigkeit einer aussagenden Person geben könnte, in keiner Weise in den Prozess eingebracht werden könnte. Das widerspräche der langjährigen Gerichtspraxis (KG act. 26 S. 6).

1.3. Die Rüge der unzulässigen Aktenproduktion ist begründet:

a) Gegenstände, welche zu den Akten gebracht worden sind und die auf die eingeklagte strafbare Handlung hinweisen, sind während der Verhandlung vorzulegen. Beweisurkunden sind zu verlesen oder allenfalls zu erläutern (§ 244 StPO). Die in der Verhandlung vorgelegten Gegenstände und die dort verlesenen Schriftstücke stehen den Mitgliedern des Geschworenengerichts während der

Beratung zur Verfügung. Im Übrigen dürfen die Mitglieder des Gerichts in der Beratung nur ihre eigenen Aufzeichnungen benutzen (§ 264 StPO).

aa) In der Beweismittelliste der Staatsanwaltschaft vom 16. März 2007 waren die Dokumente vom 19.5.2006 GG act. HD 17a/1 und vom 18.10.2006 GG act. HD 17a/2 nicht aufgeführt (GG act. 46). Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass und in welcher Form diese Dokumente vor dem Antrag der Staatsanwaltschaft vom 28. Juni 2007 (GG Prot. S. 714) ins Verfahren eingeführt worden wären. Mit und vor dem Antrag der Staatsanwaltschaft wurden diese Dokumente soweit ersichtlich weder verlesen noch erläutert. Insbesondere bedeutet die unsubstantiierte Äusserung des Staatsanwalts, er sei der Meinung, dass diese Aktenstücke für den Entscheid und die Kenntnis des Gerichtshofs und der Geschworenen wichtig seien (GG Prot. S. 714), offenkundig keine Erläuterung im Sinne von § 244 StPO. Die sogenannte Aktenproduktion (vgl. Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Ausführungen zu § 244) bedeutet, dass die zu den Akten produzierten Dokumente den Geschworenen für die Beratung zur Verfügung stehen. Die Dokumente GG act. HD 17a/1 und GG act. HD 17a/2 erfüllten aber die Anforderungen an Dokumente, welche den Mitgliedern des Gerichts während der Beratung gemäss § 264 StPO zur Verfügung stehen dürfen, nicht. Es ist nicht nachvollziehbar und wurde von der Vorinstanz nicht erklärt, weshalb sie trotzdem zu den Akten produziert wurden. Die Begründung für die Gutheissung des entsprechenden Antrags der Staatsanwaltschaft liegt einzig darin, dass keine Gefahr einer Beeinflussung ersichtlich sei (GG Prot. S. 716). Einerseits ist dies lediglich eine negative Feststellung, aber keine positive Begründung, wozu der Beizug dienen sollte (vgl. dazu auch nachfolgend lit. cc) und weshalb er entgegen der formellen Vorschrift von § 264 StPO zulässig sei. Andererseits bezweckte die Staatsanwaltschaft mit ihrem entsprechenden Antrag selbstverständlich eine Beeinflussung der Mitglieder des Gerichts (in irgendeiner Hinsicht), sonst wäre unerfindlich, weshalb sie überhaupt einen solchen Antrag hätte stellen sollen (vgl. auch nachfolgend lit. b.bb).

Im Lichte von § 264 StPO war die Aktenproduktion der Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 unzulässig und verletzte eine gesetzliche Prozessform im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Das angefochtene Urteil ist schon aus diesem Grund aufzuheben.

bb) Die Vorinstanz hatte der Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 14. März 2007 Frist zur Einreichung der Beweismittelliste im Sinne von § 205 Abs. 1 und § 206 StPO angesetzt (GG act. 43). Eine solche Beweismittelliste hat alle Beweismittel, nicht nur Zeugen zu nennen (Kass.-Nr. 2002/062 vom 28.12.2002 Erw. II.3.3b; Donatsch/Schmid, a.a.O., N 1 zu § 205). Am 16. März 2007 reichte die Staatsanwaltschaft die Beweismittelliste ein (GG act. 46). Obwohl die Dokumente GG act. HD 17a/1 vom 19.5.2006 und GG act. HD 17a/2 vom 18.10.2006 zum damaligen Zeitpunkt längst erstellt waren, nahm sie sie nicht in ihre Beweismittelliste auf. Während der Verhandlung wurden sie soweit ersichtlich weder vorgelegt noch verlesen oder erläutert. Ein erst nach all dem gestellter Antrag auf Aktenproduktion hätte die Erklärungen erfordert, weshalb die Dokumente nicht bereits in die Beweismittelliste vom 16. März 2007 aufgenommen worden waren, weshalb sie in der Zwischenzeit was für eine Bedeutung erlangten, welche sie nicht bereits zum Zeitpunkt der Fristansetzung zur Einreichung der Beweismittelliste gehabt hatten, und weshalb sie nun nachträglich zulässig sein sollten. All dies unterliess die Staatsanwaltschaft. Gemäss Donatsch/Schmid, a.a.O., N 7 zu § 205 verliert eine Partei, welche es unterlässt, ein Beweismittel im Rahmen der Beweismittelliste anzurufen, grundsätzlich das Recht, sich auf den entsprechenden Beweis zu berufen. Nach der Eröffnung der Hauptverhandlung seien neue Beweise nur in den Grenzen von § 236 StPO zuzulassen. Bei absichtlichem Zuwarten, d.h. bei der unterlassenen Geltendmachung von schon bekannten Beweismitteln, sind die entsprechenden Beweisrechte verwirkt (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 3 zu § 236). Auch deshalb war die Aktenproduktion der beiden Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 unzulässig.

cc) Zwar steht es dem Geschworenengericht frei, von Amtes wegen die Abnahme weiterer Beweise (als die von den Parteien offerierten) anzuordnen (§ 206b i.V. mit § 227 StPO). Einerseits ist dies aber vorliegend nicht erfolgt,

sondern die beiden Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 wurden nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu den Akten produziert (GG Prot. S. 714 - 716). Andererseits müssen auch für Beweise, deren Abnahme das Gericht nachträglich selber anordnet, die Voraussetzungen von § 236 StPO erfüllt sein (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 7 zu § 236). Insbesondere sind gemäss dem Wortlaut von § 236 StPO nachträgliche Beweise nur abzunehmen, wenn wahrscheinlich ist, dass sie für die Entscheidung von wesentlicher Bedeutung sein werden. Diese Voraussetzung erfüllen die beiden betr. Aktenproduktion umstrittenen Dokumente nach den vorinstanzlichen Erwägungen gerade nicht. Nach diesen Erwägungen enthalten die Dokumente nichts Weiteres als dem Gericht ohnehin bereits aus den eigenen Wahrnehmungen bei den Zeugenbefragungen bekannt war (GG Prot. S. 716, KG act. 13 S. 26 - 28, Kass.-Nr. AC070016 act. 11 S. 13) und haben diese Dokumente bei der Entscheidungsfindung überhaupt keine Rolle gespielt (KG act. 26 S. 5). Es ist unerfindlich, weshalb sie denn überhaupt zu den Akten produziert wurden. Wohl mag es langjähriger und akzeptierter Praxis des Geschworenengerichts entsprechen, dass dem Gericht im Rahmen der Aktenproduktion sämtliche Entscheide, die Wesentliches über die Person des Angeklagten und seiner Verhaltensweisen enthalten, zur Kenntnis gebracht werden müssen, damit das Gericht im Hinblick auf die Strafzumessung über sämtliche Erkenntnisse über die Person des Angeklagten verfüge (KG act. 13 S. 27). Nur handelte es sich bei den fraglichen beiden Dokumenten nach den vorinstanzlichen Feststellungen nicht um solche Erkenntnisse über die Person des Angeklagten, sondern über das Verhalten und die Rollen der Zeugen A. und B. Der Hinweis auf diese Praxis des Geschworenengerichts und seine Erkenntnisse über die Person des Angeklagten geht an der Frage der Produktion der beiden streitgegenständlichen Dokumente zu den Akten vorbei.

b) Die Aktenproduktion der beiden streitgegenständlichen Dokumente war aber nicht nur aus formellen Gründen, sondern auch inhaltlich unzulässig. Das Wesen des unmittelbaren Verfahrens vor Geschworenengericht liegt darin, dass alle Beweise vor dem urteilenden Gericht selbst produziert und abgenommen werden und es unzulässig ist, die in früheren Verfahrensstadien, v.a. im Ermittlungsverfahren und in der Untersuchung erhobenen Beweise mittelbar, d.h.

durch Verlesen oder Selbstlesen durch das Gericht ins Verfahren einzuführen (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 1 zu § 240). Protokolle, Rapporte, Berichte der Untersuchungsbehörden, Untersuchungsberichte des kriminaltechnischen oder wissenschaftlichen Dienstes, Leumundsberichte etc. dürfen zur Wahrung des Unmittelbarkeitsprinzips nicht als Urkunden produziert werden (Donatsch/Schmid, N 3 zu § 244). Nach dem das geschworenengerichtliche Verfahren bestimmenden (ja es eigentlich ausmachenden) Prinzip der Unmittelbarkeit darf das Gericht bei der Urteilsfindung nur berücksichtigen, was ihm mündlich durch die Beteiligten oder durch Vorlesen aus den Akten zur Kenntnis gebracht wurde (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel Genf München 2005, § 51 Rz 7). Das entscheidende Gewicht liegt auf dem persönlichen, frischen Eindruck (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 51 Rz 9). Die Geschworenen sollen losgelöst von Untersuchungsakten entscheiden (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 51 Rz 14). Das Gericht hat die Zeugen und Sachverständigen selbst zu vernehmen, Beweisurkunden, Tatgegenstände und Augenscheinobjekte mit eigenen Augen einzusehen. Sodann sollten immer möglichst Originalbeweismittel, d.h. Zeugen, die den fraglichen Vorfall durch eigene sinnliche Wahrnehmung verfolgt haben, oder Urkunden, die ihn selbst belegen, verwendet werden. Nach dem Grundsatz sollte eine mittelbare Beweisführung die Ausnahme bilden (Max Fehr, Das zürcherische Geschworenengericht, Diss. Zürich 1975, S. 120 f. mit Hinweisen). Die Geschworenen geloben, ihren Entscheid einzig auf die Verhandlungen und das Gesetz zu gründen (§ 220 Abs. 3 StPO). Die Mitglieder des Gerichts dürfen bei der Urteilsberatung neben den in der Verhandlung vorgelegten Gegenständen und den in der Verhandlung verlesenen Schriftstücken nur ihre eigenen Aufzeichnungen benutzen (§ 264 StPO; vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 178 f.). Damit ist ihnen jeglicher Rückgriff auf die Akten verwehrt. Ihren Entscheid haben sie auf den mündlich erörterten Prozessstoff zu gründen (Fehr, a.a.O., S. 123). Der Grundsatz der Unmittelbarkeit besagt, dass das Gericht sein Urteil ausschliesslich gestützt auf das eigene, unmittelbare Wahrnehmen der Urteilsgrundlagen fällt (ZR 101 Nr. 13 Erw. III.3.c S. 56 r.Sp., mit Verweisung auf Schmid, a.a.O., N 177). Mit diesen Bestimmungen und gemäss diesem Prinzip sollen die

Mitglieder des Geschworenengerichts möglichst ohne Einfluss von Umständen, welche sie nicht selber in der Verhandlung gehört und gesehen haben, entscheiden. Dabei ist klar, dass sie auch möglichst ohne Einfluss von Drittmeinungen und -beurteilungen selber entscheiden sollen (mit "Drittmeinungen" sind selbstverständlich nicht diejenigen der Verfahrensbeteiligten gemeint). Diesen Grundsätzen widerspricht die Aktenproduktion der Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 diametral. Diese Dokumente enthalten ausschliesslich Zusammenfassungen von Aussagen verschiedener Personen im Untersuchungsverfahren und Würdigungen und Schlussfolgerungen daraus, insbesondere auch von einer Drittperson, der Einzelrichterin des Bezirkes Zürich. Solche Dokumente sollen die Mitglieder des Geschworenengerichts nach dem Gesagten gerade nicht beachten. Eine Aktenproduktion hat den Zweck, die produzierten Akten zu den zu beurteilenden Akten zu nehmen, welche den Mitgliedern des Gerichts während der Beratung zur Verfügung stehen (vgl. auch das angefochtene Urteil KG act. 13 S. 35). Die Richter haben sämtliche ihnen zur Verfügung stehenden Akten bei der Urteilsfindung zu beachten. Dokumente, welche sie nicht beachten dürfen, dürfen nicht zu den Akten produziert werden. Das trifft auf die Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 zu.

Die vorinstanzlichen Ausführungen vermögen nicht das Gegenteil, d.h. die Zulässigkeit der Aktenproduktion dieser Dokumente, zu begründen:

aa) Die Aktenproduktion der Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 bewirkt tatsächlich und entgegen der dies negierenden vorinstanzlichen Erwägung, dass auf diesem Weg ein Teil der Aussagen von Zeugen und Verfahrensbeteiligten im Untersuchungsverfahren den Mitgliedern des Gerichts zur Verfügung gestellt wird, nämlich soweit diese Aussagen in den genannten Dokumenten in Zusammenfassungen wiedergegeben werden. Dies wäre zulässig, soweit diese Aussagen während der Hauptverhandlung gestützt auf § 241 StPO befugterweise verlesen worden wären. Im Übrigen wäre dies unzulässig (§ 240 und 264 StPO). Da vorliegend nicht dargelegt wurde, dass die in den streitgegenständlichen Dokumenten enthaltenen Zusammenfassungen

während der Hauptverhandlung verlesen wurden, ist deren Aktenproduktion unzulässig.

bb) Ob eine Gefahr der Beeinflussung der Mitglieder des Gerichts durch die in den streitgegenständlichen Dokumenten enthaltenen Zusammenfassungen von Aussagen im Untersuchungsverfahren tatsächlich vorhanden ist oder nicht, ist irrelevant. Auch während der Untersuchung erhobene Protokolle über Zeugen- einvernahmen dürfen nicht zu den Akten produziert werden, selbst wenn eine Gefahr einer Beeinflussung durch solche als ausgeschlossen erscheint. Mit der gesetzlichen Regelung (von § 240 und § 264 StPO) genügt die vom Gesetz unterstellte theoretische Gefahr. Auf der Hand liegt, dass die streitgegenständlichen Dokumente die Mitglieder des Gerichts in irgendeiner Weise beeinflussen sollten, sonst wäre deren Aktenproduktion gar nicht beantragt worden; bzw. der einzige ersichtliche Zweck des entsprechenden Antrags der Staatsanwaltschaft war, dass die Mitglieder des Gerichts diese Dokumente zur Kenntnis nähmen (der Staatsanwalt bezeichnete sie denn auch als für den Entscheid und die Kenntnis des Gerichtshofs und der Geschworenen wichtig; GG Prot. S. 714), wodurch sie irgendeinen Einfluss auf die Meinungsbildung ausüben sollten. Davon ging im Übrigen auch der vorinstanzliche Gerichtshof aus (GG Prot. S. 733; allerdings ohne Unterscheidung zulässiger oder eben unzulässiger Beeinflussungsversuche).

cc) Ob ein vom Staatsanwalt verfasster Schlussbericht zu den Akten produziert werden darf, wie es gemäss Vorinstanz langjähriger Gerichtspraxis entspreche, ist vorliegend nicht zu prüfen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass dies gemäss den vorstehend zitierten Lehrmeinungen (vgl. insbes. Donatsch/Schmid, a.a.O., N 3 zu § 244) zumindest zweifelhaft ist und jedenfalls die Aktenproduktion der streitgegenständlichen Dokumente nicht zu stützen vermag.

dd) Ob die Mitglieder des Gerichts das Urteil tatsächlich aufgrund der beiden strittigen Aktenstücke (oder ausschliesslich aufgrund ihrer eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen bei den Einvernahmen der einzelnen Personen im Rahmen der vorinstanzlichen Hauptverhandlung) gefällt haben oder nicht, ist irrelevant. Es genügt zur Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips, dass diese Dokumente auf

die Meinungsbildung, die zum Urteil führte, theoretisch einen Einfluss ausüben konnten.

ee) Bereits erwähnt wurde, dass die streitgegenständlichen Dokumente keine Angaben über die Person des Beschwerdeführers enthalten und die vorinstanzliche Verweisung auf eine Praxis zum Beizug entsprechender Informationen zur Person des Angeklagten im Hinblick auf die Strafzumessung am vorliegenden Sachverhalt vorbei geht.

ff) Die Prinzipien der formellen und materiellen Unmittelbarkeit wurden bereits durch die Aktenproduktion der streitgegenständlichen Dokumente und bzw. dadurch, dass diese Dokumente durch die Aktenproduktion den Mitgliedern des Gerichts bei der Urteilsberatung zur Verfügung standen, verletzt. Ob die Mitglieder des Gerichts diese Dokumente während der Urteilsberatung tatsächlich zur Kenntnis nahmen und sich davon tatsächlich in irgendeiner Weise beeinflussen liessen oder ob diese beiden Aktenstücke bei der Entscheidungsfindung tatsächlich überhaupt keine Rolle spielten, ändert daran nichts.

gg) Nicht schlüssig sind die vorinstanzlichen Erwägungen, eine Unzulässigkeit der Aktenproduktion der streitgegenständlichen Dokumente bedeute, dass ein vor den Schranken des Geschworenengerichts stehender Angeklagter nie mit seinem in früheren (abgeschlossenen) Verfahren an den Tag gelegten widersprüchlichen Aussageverhalten konfrontiert werden dürfte und dass frühere rechtskräftige Entscheide, welche den Angeklagten betreffen, nie zu den Akten produziert werden dürften etc. Es ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern die Erkenntnis der Unzulässigkeit der Aktenproduktion der streitgegenständlichen Dokumente einer Konfrontation des Angeklagten (bei seinen Befragungen im geschworenengerichtlichen Hauptverfahren) mit seinem Aussageverhalten in früheren Verfahren und/oder dem Beizug früherer rechtskräftiger den Angeklagten betreffenden Entscheide entgegenstände. Abgesehen davon geht diese Erwägung an der von der Vorinstanz andernorts erkannten Spezialität der streitgegenständlichen Dokumente vorbei, nämlich dass diese den gleichen Prozessstoff enthalten, welchen das Geschworenengericht mit den Eigenheiten des geschworenengerichtlichen Verfahrens, insbesondere dem Unmittelbarkeits-

prinzip, erst selber zu beurteilen hatte. Daran ändert auch nichts, dass die Einzelrichterin nicht über Schuld oder Unschuld des Beschwerdeführers, sondern über die Einstellung der Untersuchung gegen A. und B. zu entscheiden hatte.

1.4. Zusammenfassend war die Aktenproduktion der Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 unzulässig. Sie verletzte eine gesetzliche Prozessform im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Die Vorinstanz sprach den Beschwerdeführer schuldig. In diesem Sinne wirkte sich die Verletzung zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Ein konkreter Nachteil muss nicht darüber hinaus nachgewiesen sein. Die unzulässige Aktenproduktion beeinträchtigte die rechtskonforme Meinungsbildung des urteilenden Gerichts und ist damit ein sogen. absoluter Nichtigkeitsgrund (vgl. dazu Donatsch/Schmid, a.a.O., N 2 f. zu § 430), ähnlich einer Berücksichtigung verbotener Beweise (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 18 zu § 430). Das mit diesem Mangel behaftete angefochtene Urteil ist aufzuheben.

1.5. Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang auch geltend, dass die vorinstanzlichen Geschworenen aufgrund der Aktenproduktion der Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 nicht mehr unbefangen hätten entscheiden können. Zumindest sei der Anschein der Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG entstanden. Er habe die Geschworenen vor Vorinstanz deshalb abgelehnt. Gleichwohl hätten diese am angefochtenen Urteil mitgewirkt. Damit habe die Vorinstanz auch den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 3 StPO gesetzt (Beschwerde KG act. 12 S. 5, S. 10 f., S. 14).

a) Der vorinstanzliche Gerichtshof fasste am 2. Juli 2007 einen separaten Beschluss über das vom Beschwerdeführer bereits vor Vorinstanz gegen die Geschworenen eingereichte Ablehnungsbegehren (GG Prot. S. 726 ff.) und wies es ab (GG Prot. S. 733). Er erwog, die Problematik sei eigentlich nicht eine solche der Befangenheit, sondern primär der zulässigen oder unzulässigen Aktenproduktion. Wenn diese zulässig sei - wovon das Gericht ausging (GG Prot. S. 716) - , könne sie per se keine Befangenheit der Geschworenen auslösen (GG Prot. S. 733).

b) Dieser Beschluss basiert mithin darauf, dass die Aktenproduktion der Dokumente GG act. HD 17a/1 und 17a/2 zulässig sei (vgl. auch das angefochtene Urteil KG act. 13 S. 35). Vorstehend wurde festgestellt, dass diese Aktenproduktion unzulässig war. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Der Gerichtshof wird damit auch neu - und unter der Vorgabe der Unzulässigkeit der Aktenproduktion - über das Ausstandsbegehren entscheiden müssen. Deshalb braucht vorliegend nicht weiter darauf eingegangen zu werden.

c) Immerhin ist im Hinblick auf den neuen Entscheid der Vorinstanz zu dieser Ausstandsfrage folgende Bemerkung angebracht:

Gemäss der bundesgerichtlichen und der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung gilt im Falle der Aufhebung eines vorinstanzlichen Entscheides durch die Rechtsmittelinstanz und Rückweisung der Sache an die untere Instanz der vorinstanzliche Richter nicht schon wegen seiner Mitwirkung am aufgehobenen Urteil als befangen bzw. vorbefasst (ZR 100 [101] Nr. 43 mit Verweisungen; BGE 131 I 113, 120 E. 3.6). Vom Richter darf diesfalls erwartet werden, dass er die Streitsache nach Aufhebung seines Entscheides objektiv und unparteiisch weiterbehandelt, zumal er sich dabei an die Auffassung der Kassationsinstanz zu halten hat (BGE 113 Ia 407, 410 E. 2.b). Nach dieser Rechtsprechung gibt es keinen Automatismus in dem Sinne, dass bei einer Aufhebung und Rückweisung der bisherige vorinstanzliche Richter allein deswegen den Anschein der Befangenheit erweckte. Analog sieht das Kassationsgericht auch keinen Automatismus in dem Sinne, dass die vorinstanzlichen Geschworenen allein wegen der hiermit als unzulässig beurteilten Aktenproduktion, von welcher die Vorinstanz nach der Rückweisung absehen und neu entscheiden muss, den Anschein der Befangenheit erweckten.

2. Weiter rügt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz auf ein mangelhaftes psychiatrisches Gutachten abgestellt und kein Obergutachten eingeholt (Beschwerde KG act. 12 S. 16 ff.) und dass sie in verschiedenen Punkten den Sachverhalt willkürlich gewürdigt habe (Beschwerde KG act. 12 S. 25 ff.). Das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Die Vorinstanz wird - allenfalls in neuer

Besetzung und dann nach neuer Durchführung der ganzen Hauptverhandlung, d.h. auf neuer Grundlage - neu zu urteilen haben. Es ist völlig offen, wie dieses neue Verfahren ablaufen und wie die Neubeurteilung ausfallen wird. Aus diesen Gründen ist auf die Willkür rügen zur bisherigen Grundlage und Würdigung nicht weiter einzugehen.

3. Zusammenfassend ist das angefochtene Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2007 in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wegen der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO aufzuheben und ist die Sache an das Geschworenengericht zurückzuweisen (§ 436 Abs. 1 StPO).

III.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird antragsgemäss gutgeheissen. Der Beschwerdeführer obsiegt im Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdegegner 2 - 4 äusserten sich im Beschwerdeverfahren nicht (mit Ausnahme der expliziten Mitteilung des Beschwerdegegners 2, auf eine Beschwerdeantwort zu verzichten) und stellten keine Anträge. Sie sind deshalb nicht unterliegende Parteien im Sinne von § 396a StPO. Unter diesen Umständen sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Über die Höhe der Entschädigung der Verteidigung wird nach Eingang der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

IV.

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

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers, werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Geschworenengericht des Kantons Zürich, an das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährung- und Vollzugsdienste), an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an das Bundesamt für Polizei in Bern und an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: