



---

Kass.-Nr. AC040018/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Viktor Lieber

## **Sitzungsbeschluss vom 10. Mai 2004**

in Sachen

**Hans M.**,

...,

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

gegen

1. **Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich**,

8001 Zürich,

Anklägerin, Drittappellantin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. Ulrich Weder

2. **Manuela M.**,

...,

Geschädigte, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend

**mehrfache Vergewaltigung etc. und Widerruf**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Ober-gerichts des Kantons Zürich vom 25. November 2003 (SB030301/U/jv)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 1. April 2003 der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB, des mehrfachen Inzestes im Sinne von Art. 213 Abs. 1 StGB, der Drohung im Sinne von Art. 180 StGB, des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG und des mehrfachen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage im Sinne von Art. 179<sup>septies</sup> StGB schuldig gesprochen. Er wurde freigesprochen vom Vorwurf der mehrfachen Vergewaltigung, der sexuellen Nötigung (gemäss Anklageziffer 1.1) und des mehrfachen Diebstahls. Das Gericht bestrafte den Beschwerdeführer mit 30 Monaten Zuchthaus, abzüglich 58 Tage Untersuchungshaft. Sodann ordnete es den Vollzug einer vom Bezirksgericht Neutoggenburg am 14. Oktober 1999 ausgefallten Strafe von zehn Monaten Gefängnis, abzüglich zehn Tage Untersuchungshaft, an.

Auf Berufungen des Beschwerdeführers und der Geschädigten Manuela M. (Beschwerdegegnerin 2) hin - die Staatsanwaltschaft zog die von ihr erhobene Berufung zurück - sprach das Obergericht den Beschwerdeführer mit Urteil vom 25. November 2003 von den Vorwürfen mehrfacher Vergewaltigung, mehrfacher sexueller Nötigung und mehrfachen Diebstahls frei; im übrigen bestätigte es den erstinstanzlichen Entscheid im Schuldpunkt. Es bestrafte den Beschwerdeführer mit sechs Monaten Gefängnis, abzüglich 59 Tage Untersuchungshaft; der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben. Ebenso erklärte es das Urteil des Bezirksgerichts Neutoggenburg vom 14. Oktober 1999 für vollziehbar.

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende - rechtzeitig angemeldete und begründete - Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der (allein mit Bezug auf das Fahren in angetrunkenem Zustand geständige) Beschwerdeführer beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 3). Vorinstanz und Staatsanwaltschaft haben auf

Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9 und 10). Seitens der Beschwerdegegnerin 2 ist keine Stellungnahme eingegangen.

## II.

1. Als erstes rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 5, 9, 29 Abs. 2 und 32 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 EMRK, indem die Vorinstanz seinen Antrag auf Beizug der Akten aus früheren Verfahren der Geschädigten Manuela M. zu Unrecht abgewiesen habe (Beschwerde Ziff. III., S. 5 ff.).

a) Der Beschwerdeführer hatte sowohl vor erster wie vor zweiter Instanz unter Hinweis auf frühere Strafanzeigen der Geschädigten betreffend Vergewaltigung den Beizug der damaligen Akten beantragt; dabei handelt es sich einerseits um eine angebliche Vergewaltigung durch albanische Mitschüler während der Schulzeit der Geschädigten, andererseits um eine Strafanzeige der Geschädigten gegen Ruedi P. aus dem Jahr 2001, ebenfalls wegen angeblicher Vergewaltigung auf einem Rastplatz bei \_\_\_\_\_. Der Antrag sei vom Beschwerdeführer gestellt worden, weil er gehofft habe, diesen Akten weitere Anhaltspunkte für die Unglaubwürdigkeit der Geschädigten Manuela M. im vorliegenden Fall entnehmen zu können (vgl. HD act. 29 S. 28 und 33).

Das Bezirksgericht hatte dazu erwogen, der Vorfall mit dem albanischen Mitschüler liege mehr als zehn Jahre zurück, weshalb ein Aktenbeizug schon deswegen nicht gerechtfertigt sei. Bei der Strafuntersuchung betreffend Vergewaltigung durch Ruedi P. handle es sich um einen Vorfall, welcher nichts Wesentliches zur Erhellung des vorliegend zur Beurteilung stehenden Sachverhaltes beitragen könne, weil daraus - unabhängig vom Ausgang des Verfahrens - nichts Massgebendes über die Glaubwürdigkeit der Geschädigten beziehungsweise die Glaubhaftigkeit ihrer Schilderung im vorliegenden Fall abgeleitet werden könne (OG act. 43 S. 17/18). Das Obergericht pflichtete diesen Erwägungen vollumfänglich bei (Urteil S. 11, Erw. 3.2) und hielt zusätzlich fest, ein Aktenbeizug rechtfertige sich auch deshalb nicht, weil die Verteidigung damit einzig nachweisen wolle,

dass die Geschädigte zu ungerechtfertigten Strafanzeigen betreffend Vergewaltigung neige; der diesbezügliche Freispruch der ersten Instanz sei aber unangefochten geblieben, womit sich weitere Ausführungen erübrigten.

b) Der Beschwerdeführer begründet seine Rüge damit, dass sich aus den zur Diskussion stehenden Akten unter Umständen sehr wohl Wesentliches gegen die Glaubwürdigkeit der Geschädigten ergeben könne, insbesondere dann, wenn sie in einem jener Verfahren falsch ausgesagt hätte. Es komme nicht von ungefähr, dass bei Zeugeneinvernahmen der Zeuge häufig zuerst gefragt werde, ob gegen ihn schon einmal eine Strafuntersuchung wegen falschen Zeugnisses, falscher Anschuldigung oder Irreführung der Rechtspflege geführt worden sei, wobei es grundsätzlich nicht auf die Art des betreffenden Verfahrens ankomme; auch der Zeitpunkt einer solchen falschen oder irreführenden Aussage könne dabei keine Rolle spielen.

Der Anklagebehörde - so der Beschwerdeführer weiter - stehe es bekanntlich frei, belastende Akten aus anderen Verfahren beizuziehen. Indem das Obergericht verhindere, dass die Akten der Strafverfahren gegen den albanischen Mitschüler und gegen P. zur Entlastung des Beschwerdeführers beigezogen würden, verletze es das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Prinzip der Waffengleichheit und den allgemeinen Grundsatz des fair trial. Die Verweigerung des Beizugs eines tauglichen Beweismittels stelle sodann eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und fundamentaler Verteidigungsrechte dar; insoweit erfülle das Vorgehen der Vorinstanz den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Unbehelflich sei in diesem Zusammenhang das Argument des Obergerichts, wonach es hinsichtlich der Anklage wegen Vergewaltigung zu einem Freispruch gekommen sei: Aus den (im einzelnen wiedergegebenen) Ausführungen der Verteidigung vor den Vorinstanzen ergebe sich klar, dass mit dem Beizug der fraglichen Akten die Glaubwürdigkeit bzw. Glaubhaftigkeit der Geschädigten und deren Aussagen *insgesamt* - also auch betreffend weiterer Anklagepunkte, in denen es zu Schuldsprüchen gekommen war - in Frage gestellt werden sollte. Die Feststellung der Vorinstanz, der Antrag beschränke sich auf die Glaubwürdigkeit hinsichtlich des Vorwurfs der Vergewaltigung, verletze wiederum den Anspruch des Be-

schwerdeführers auf rechtliches Gehör und stelle zudem überspitzten Formalismus dar.

c) Zum letzten Punkt ist vorab einzuräumen, dass der Beweisantrag der Verteidigung kaum so verstanden werden kann, dass er sich *ausschliesslich* auf eine allfällige Verurteilung wegen Vergewaltigung beziehe. Würde die Glaubwürdigkeit der Geschädigten durch ihre früheren Aussagen in Frage gestellt, so träfe dies nicht nur für den Anklagepunkt der Vergewaltigung, sondern wohl auch für weitere mit Manuela M. in Zusammenhang stehende Delikte zu. Im Plädoyer vor Bezirksgericht hatte der Verteidiger denn auch unter dem Aspekt des Inzestes auf die Unzuverlässigkeit der Aussagen der Geschädigten hingewiesen (HD act. 29 S. 33), und im übrigen hätte bei der angefochtenen Betrachtungsweise die (zumindest sinngemässe, vgl. OG Prot. S. 6 Ziff. 2) Erneuerung des Beweisantrags durch die Verteidigung vor Obergericht (wo nach erfolgtem Berufungsrückzug der Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen Vergewaltigung nicht mehr zur Diskussion stand) keinen Sinn gemacht.

Ob das Obergericht dadurch, dass es den Vorbringen der Verteidigung insofern einen möglicherweise zu engen Sinn beigelegt hat, einen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat, kann indessen offen bleiben. Das Obergericht hat im Sinne von § 161 GVG auf die erstinstanzlichen Erwägungen verwiesen und diese damit zu seinen eigenen gemacht; dem zusätzlichen Argument der fehlenden Erheblichkeit kommt insofern keine ausschlaggebende Bedeutung zu, weshalb sich ein Nichtigkeitsgrund nicht auf den Entscheid ausgewirkt hätte. Zu prüfen bleibt damit, ob die Hauptbegründung an einem Nichtigkeitsgrund leidet.

d) Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt die Pflicht zur Berücksichtigung rechtzeitig und formrichtig gestellter Beweisanträge, soweit die Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt nicht ohnehin schon von Amtes wegen abzuklären haben. Das bedeutet indessen nicht, dass sämtliche angebotenen Beweise abgenommen werden müssen. Auf die Abnahme von (weiteren) Beweisen darf das Gericht verzichten, wenn es um offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen, rechtlich nicht erhebliche Tatsachen oder um solche Tatsachen geht, die als wahr unterstellt werden; ferner wenn das angerufene Beweismittel offen-

sichtlich untauglich ist (DONATSCH, in DONATSCH/SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000, N 8 ff. zu § 149; HAUSER/SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Auflage, Basel u.a. 2002, § 55 N 7 ff., je mit Hinweisen). Nach der Praxis des Kassationsgerichtes kann eine Beweisabnahme unterbleiben, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass sie auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (ZR 87 Nr. 125 Erw. 4a; RB 1985 Nr. 54; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 42). Dabei prüft das Kassationsgericht im Rahmen von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO nur, ob die sachrichterliche Annahme der Gewissheit willkürlich ist oder nicht (RB 1990 Nr. 77 und seitherige Praxis).

Hinsichtlich der in Frage stehenden Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen wurde entschieden, dass insbesondere dann ein Anspruch auf Aktenbeizug besteht, wenn es sich um (frühere) Verfahren gegen den Zeugen wegen falschen Zeugnisses, falscher Anschuldigung oder Irreführung der Rechtspflege handelt (vgl. ZR 87 Nr. 123; DONATSCH, a.a.O., § 142 N 13). Vorliegend hat jedoch der Beschwerdeführer selber nicht behauptet, die Geschädigte Manuela M. sei jemals als Angeschuldigte in ein solches Verfahren verwickelt gewesen oder gar wegen eines der genannten Delikte verurteilt worden. Allein der Umstand, dass sie in früheren Verfahren Anschuldigungen betreffend Vergewaltigung erhoben haben soll, ohne dass es in der Folge zu einer Verurteilung der damaligen Angeschuldigten kam, würde aber noch nicht bedeuten, dass sie als Zeugin nachgewiesenermassen falsch ausgesagt habe. Für die Frage der Glaubwürdigkeit der Geschädigten wäre eine derartige Konstellation somit bedeutungslos. Unter diesen Umständen kann kein Nichtigkeitsgrund darin erblickt werden, dass die Vorinstanz dem Antrag auf Beizug jener Akten nicht stattgegeben hat.

2. Der Beschwerdeführer macht weiter Unverwertbarkeit der ihn belastenden Aussagen von Manuela M. geltend (Beschwerde Ziff. IV., S. 9 ff.).

a) Zur Begründung führt der Beschwerdeführer aus, er habe bereits vor Bezirksgericht geltend gemacht, dass vor der ersten (polizeilichen) Befragung der

Geschädigten am 24. Juli 2001 ein nicht protokolliertes *Vorgespräch* stattgefunden habe. Gerade im vorliegenden Fall, wo die Anklagebehörde geneigt sei, zentrale Passagen der ersten protokollierten Aussagen der Geschädigten zum Nachteil des Beschwerdeführers zu ignorieren, sei von grossem Interesse, was jene anlässlich des nicht protokollierten Vorgesprächs gesagt habe; dieses Vorgespräch schein(e) zudem recht detailliert ausgefallen zu sein, sei doch dort über die Waffe des Beschwerdeführers gesprochen worden, welcher absolut keine zentrale Bedeutung zukomme.

Gemäss §§ 144 ff. GVG und § 32 Abs. 1 StPO seien - so der Beschwerdeführer weiter - alle prozessual relevanten Vorgänge in geeigneter Form festzuhalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Akten zu integrieren (Dokumentationspflicht). Dies müsse auch für ein sogenanntes Vorgespräch mit der einvernehmenden Polizeibeamtin gelten. Durch das - von den Vorinstanzen geschützte - Vorgehen seien die Dokumentationspflicht, Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK sowie Art. 29 Abs. 2 BV verletzt und der Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO erfüllt worden.

b) Auf Grund der Akten ergibt sich, dass Manuela M. zusammen mit zwei weiteren Personen am 24. Juli 2001, 15.20 Uhr im Detektivbüro der Stadtpolizei Zürich erschien (HD act. 1/1 S. 5 unten). Die Einvernahme durch Kb Patricia Gmür begann um 16.05 Uhr, wobei im Verlauf dieser Einvernahme zweimal ein Vorgespräch erwähnt wird, welches offenbar in der Zeitspanne zwischen Eintreffen auf dem Polizeiposten und Beginn der Einvernahme stattgefunden hatte und wo von einer Waffe des Beschwerdeführers sowie von verschiedenen Tatorten die Rede gewesen sei (HD act. 2/4 S. 1 und S. 5). Weitere Aufzeichnungen über den Inhalt dieses Vorgesprächs liegen nicht vor.

Das Bezirksgericht hielt dazu fest (OG act. 43 S. 19/20), es sei Pflicht des Dienst habenden Beamten, zunächst in einem Vorgespräch abzuklären, was das Anliegen einer Bürgerin sei, um dann entscheiden zu können, ob überhaupt eine Untersuchung, und wenn ja, mit welchen Schritten, einzuleiten sei. Demnach handle es sich beim beanstandeten Vorgespräch nicht um einen prozessual relevanten Vorgang im Sinne der §§ 144 ff. GVG und § 32 Abs. 1 StPO. Es sei auch

nicht ersichtlich, weshalb ein kurzes Vorgespräch vor der ersten polizeilichen Befragung, welchem keine zentrale Bedeutung in einer ausführlichen Untersuchung zukomme, sämtliche Aussagen der betreffenden Zeugin unverwertbar machen solle. Das Obergericht pflichtete diesen Erwägungen bei und hielt ergänzend fest (Urteil S. 11, Ziff. 3.3.), es habe sich ohnehin nicht um ein recht detailliertes Vorgespräch gehandelt, sei doch die Geschädigte am 24. Juli 2001 um 15.20 Uhr im Detektivbüro erschienen, worauf um 16.05 Uhr die (protokollierte) Einvernahme begonnen habe.

c) Gemäss § 32 Abs. 1 StPO sind über alle Verhandlungen und Verfügungen im Rahmen einer Strafuntersuchung Protokolle zu führen. Indessen ist zu berücksichtigen, dass es im vorliegenden Fall nicht um die untersuchungsrichterliche Einvernahme eines Zeugen geht, sondern um *erste Abklärungen im polizeilichen Ermittlungsverfahren*. Nach gefestigter Praxis des Kassationsgerichts gilt die Bestimmung von § 32 Abs. 1 StPO erst im Untersuchungsverfahren, während die Protokollierung im polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist (Kass.-Nr. 398/86, Entscheid vom 17. August 1987 i.S. W., Erw. 2; Kass.-Nr. 2000/002 S, Entscheid vom 17. Mai 2000 i.S. H., Erw. II./3c; Kass.-Nr. 2001/221 S, Entscheid vom 29. September 2001 i.S. B., Erw. II./4.1b; Kass.-Nr. 2001/218 S, Entscheid vom 11. November 2001 i.S. St., Erw. 5 [best. durch BGer v. 5. Februar 2002, E. 4b]; Kass.-Nr. AC020073, Entscheid v. 26. September 2003 i.S. Z., Erw. II/3.3; ebenso SCHMID, in DONATSCH/SCHMID, a.a.O., § 32 N 2 a.E.); in § 32 Abs. 2 und 3 StPO wird denn auch ausdrücklich der *Untersuchungsbeamte* als Normadressat genannt. Dementsprechend wurde entschieden, dass weder die Protokollierung eines Vorgesprächs, welches der *polizeilichen* Einvernahme vorausgeht, noch eine entsprechende Aktennotiz über den Inhalt dieses Gesprächs Gültigkeitserfordernis des Einvernahmeprotokolls darstellt (Entscheid v. 11. November 2001 i.S. St., Erw. 5). Das Bundesgericht hat in seinem bestätigenden Urteil erwogen, diese Auslegung von § 32 Abs. 1 StPO sei nicht zu beanstanden und von Verfassung wegen müssten nicht sämtliche Äusserungen, die ein Zeuge im Verlaufe eines Verfahrens mache, sondern nur deren wesentlicher Inhalt zu Protokoll genommen werden, so dass der Beschuldigte in der Lage sei, sich zum

Ergebnis des Zeugenbeweises zu äussern (BGer v. 5.2.2002 [Proz.Nr. 6P. 199/2001], E. 4b).

d) Im Lichte dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass die Dokumentationspflicht nicht verletzt wurde. Zwar macht der Beschwerdeführer geltend, die Nichtaufzeichnung des Vorgesprächs benachteilige ihn in zweifacher Hinsicht: Zum einen könne er sich damit nicht auf ihn allenfalls entlastende Passagen des Vorgesprächs berufen, zum anderen sei nicht ausgeschlossen, dass die Geschädigte im Vorgespräch zu seinem Nachteil beeinflusst worden sei. Dass gerade diese Möglichkeit nicht nur abstrakt bestanden habe, werde durch die vom Beschwerdeführer gerügten (und vom Bezirksgericht als solche anerkannten) Suggestivfragen belegt, welche der Geschädigten von den Untersuchungsbehörden gestellt worden seien.

Abgesehen davon, dass es der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang unterlässt, konkret aufzuzeigen, an welchen Stellen die Vorinstanzen entscheidend auf die Aussagen der Zeugin Manuela M. abgestellt haben, vermag der Beschwerdeführer mit diesen Vorbringen keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Zwar hat das Bezirksgericht eine im polizeilichen Ermittlungsverfahren an die Geschädigte gestellte Frage als tatsächlich suggestiv bezeichnet (OG act. 43 S. 20); dabei handelt es sich aber um eine anlässlich einer *späteren* Einvernahme (HD act. 2/12; Einvernahme vom 11. August 2001) gemachte Aussage, welche das Bezirksgericht zudem ausdrücklich als für den Ausgang des Verfahrens unerheblich bezeichnet (was in der Beschwerde nicht in Frage gestellt wird). Dass während der Einvernahme vom 24. Juli 2001 gegenüber der Geschädigten irgendwelche Beeinflussungs- oder Druckversuche gemacht worden seien, behauptet der Beschwerdeführer selber nicht, sondern macht lediglich geltend, dies könne nicht ausgeschlossen werden. Nachdem es die Geschädigte war, die von sich aus die Polizei aufgesucht hatte (vgl. HD act. 1/1 S. 5), können Druckversuche der geschilderten Art ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.

e) Die anschliessende Bezugnahme des Beschwerdeführers auf die kassationsgerichtliche Rechtsprechung zu (unzulässigen) Vorverhören bei Zeugen (ZR

98 Nr. 63 Erw. 3) geht an der Sache vorbei, da es sich, wie schon erwähnt, nicht um eine formelle (untersuchungsrichterliche) Zeugeneinvernahme, sondern um eine bloss polizeiliche Vernehmung handelt. Ebenso wenig lässt sich aus ZR 86 Nr. 93 (Parteiöffentlichkeit von Untersuchungshandlungen) etwas ableiten: Hier hatte das Kassationsgericht entschieden, dass der Bezirksanwalt gegen § 14 Abs. 1 StPO verstosse, wenn er sich im Verlaufe einer Zeugeneinvernahme mit dem Zeugen entferne, um unter Ausschluss des Angeschuldigten ein geheimes (nicht protokolliertes) Gespräch zu führen; auch dies lässt sich nicht auf die vorliegende Konstellation übertragen, weil es sich nicht um eine förmliche Zeugeneinvernahme, sondern um eine polizeiliche Vernehmung im Zuge erster Abklärungen handelt (so schon Entscheid v. 11. November 2001 i.S. St., Erw. 5c).

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Polizei bei der Entgegennahme von Anzeigen Privater das Recht zustehen muss, ohne formalisierte Ermittlungshandlungen zunächst abzuklären, ob die *Anschuldigungen nicht offensichtlich aus der Luft gegriffen sind*; in diesem Fall sind sie nicht weiter zu verfolgen und brauchen auch nicht rapportiert zu werden (vgl. SCHMID, in DONATSCH/SCHMID, a.a.O., § 22 N 8). Erst wenn sich ein gewisser Anfangsverdacht konkretisiert, d.h. die erhobenen Anschuldigungen nicht offensichtlich haltlos oder gegenstandslos sind, sind sie förmlich entgegenzunehmen und ist entsprechend zu protokollieren bzw. zu rapportieren, was hier auch geschehen ist.

f) Zusammenfassend ist das Vorgehen der Ermittlungsbehörde in diesem Punkt nicht zu beanstanden. Die Rüge ist unbegründet.

3.a) Der Beschwerdeführer beanstandet weiter (Beschwerde Ziff. V., S. 12/13) die unterbliebene gutachterliche Abklärung der Frage, weshalb der Beschwerdeführer, obschon er angeblich zahlreiche Male ohne Kondom mit Manuela M. geschlafen und diese an einem nicht kurierbaren Scheidenpilz gelitten habe, im Gegensatz zu anderen Männern, mit denen Manuela M. geschlechtlich verkehrte, nicht von diesem Pilz befallen worden sei.

Der Beschwerdeführer hatte vor Obergericht die Befragung der betreffenden Männer als Zeugen beantragt, wozu das Obergericht ausführte (Urteil S. 20), zum

einen ergebe sich aus den Akten nicht klar, ob Manuela M. die in Frage stehenden Männer tatsächlich mit einem Scheidenpilz angesteckt habe bzw. wann dies der Fall gewesen wäre; diese Frage könne aber offen bleiben, weil selbst dann, wenn dies zuträfe, nicht ausgeschlossen werden könnte, dass der Beschwerdeführer gegen den fraglichen Pilz resistent sei oder eine Ansteckung aus anderen Gründen nicht erfolgt sei. Der Beschwerdeführer macht geltend, ob Resistenz gegen den fraglichen Scheidenpilz überhaupt möglich sei, ob der Beschwerdeführer resistent sei und ob trotz mehrfachen Beischlafs ohne Kondom der Beschwerdeführer allenfalls "aus anderen Gründen" nicht angesteckt worden sei, sei nicht vom Obergericht, dem entsprechendes Fachwissen abgehe, zu beurteilen gewesen, sondern durch einen Arzt. Mit der Ablehnung des Beweisantrages habe das Obergericht den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie Verteidigungsrechte gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verletzt.

b) Gemäss § 109 Abs. 1 StPO werden Sachverständige beigezogen, wenn es zur Feststellung oder tatsächlichen Würdigung eines Sachverhaltes besonderer Kenntnisse bedarf. Entscheidet das Gericht ohne Beizug eines Sachverständigen, so liegt ein Nichtigkeitsgrund vor, wenn es sich um eine Feststellung oder Würdigung von Tatsachen handelt, die es schlechterdings nicht selber feststellen oder würdigen kann, was grundsätzlich anhand objektiver Kriterien zu beurteilen ist (DONATSCH, a.a.O., § 109 N 29/30; Kass.-Nr. 2002/030 S v. 30.9.2002 i.S. D. M., Erw. II/4e). Denkbar ist auch die Abklärung eines abstraktwissenschaftlichen Sachverhaltes anhand von *allgemein zugänglicher Fachliteratur* (vgl. DONATSCH, a.a.O., § 109 N 23; Kass.-Nr. AC030030 v. 1. Dezember 2003 i.S. P. F., Erw. II/5.1a; so etwa zur Frage, ob die Unversehrtheit des Jungfernhäutchens einen Beweis gegen die Vollendung des Beischlafs bildet, vgl. Kass.-Nr. 95/343 S v. 18. November 1996 i.S. H., Erw. III/7).

Bei der in Frage stehenden Feststellung handelt es sich um einen medizinischen Sachverhalt. Dabei stützte sich die Vorinstanz für ihre Annahme, mit welcher sie den Beweisantrag abwies, weder auf Fachliteratur, noch zog sie ein Sachverständigengutachten bei. Die Kenntnis darüber, ob Resistenz gegenüber einem Scheidenpilz (dessen Existenz von der Vorinstanz nicht Abrede gestellt

wird) möglich ist bzw. ob trotz mehrfachen ungeschützten Beischlafs eine Ansteckung "aus anderen Gründen" (welchen?) unterbleiben könne, entzieht sich jedoch klarerweise der Beurteilung durch einen medizinischen Laien; die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz sind denn auch bloss, nicht weiter begründete Mutmassungen. Damit versties die Vorinstanz gegen § 109 Abs. 1 StPO, was einer Verletzung gesetzlicher Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO) gleichkommt. Die Beschwerde ist insoweit begründet.

4. Der Beschwerdeführer beanstandet weiter (Beschwerde Ziff. VI., S. 13 ff.), dass Manuela M. ihre Aussagen als Zeugin und unter Hinweis auf die strenge Strafandrohung von Art. 307 StGB gemacht hatte. Er rügt eine Verletzung der §§ 128 ff. StPO sowie weiterer Verfassungs- und Konventionsnormen.

a) Zur Begründung macht der Beschwerdeführer geltend, betreffend Inzest sei die zur Tatzeit 23-jährige Manuela M. nicht Geschädigte, sondern Mittäterin gewesen; insoweit habe sie nicht als Zeugin befragt werden dürfen. Erst recht habe damit das Bezirksgericht - und diesem folgend das Obergericht - nicht deren Aussagen die erhöhte Beweiskraft einer Zeugenaussage beimessen dürfen, was jedoch geschehen sei. Der "Kunstgriff" der Bezirksanwaltschaft, Manuela M. betreffend Inzest wegen angeblicher Unzumutbarkeit gesetzeskonformen Verhaltens einen diesbezüglichen Rechtfertigungsgrund zuzubilligen, um keine Strafuntersuchung einleiten zu müssen und sie als Zeugin befragen zu können, sei generell unstatthaft. Zudem verletze ein solches Vorgehen den Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 und 29 Abs. 1 BV.

b) Manuela M. wurde zunächst mehrfach polizeilich (HD act. 2/4, 2/9, 2/10, 2/12) und sodann erstmals am 20. September 2001 unter Hinweis auf die Folgen einer wissentlich falschen Zeugenaussage gemäss Art. 307 StGB als Zeugin befragt (HD act. 2/21); zwei weitere untersuchungsrichterliche Befragungen - ebenfalls als Zeugin - fanden am 21. September und 3. Oktober 2001 statt (HD act. 2/22, 2/23). Bezirks- und diesem folgend Obergericht haben weitgehend zulasten des Beschwerdeführers auf diese Zeugenaussagen abgestellt (vgl. OG act. 43 S. 7 ff., 12 ff., 15 ff.; angefochtenes Urteil S. 16 Ziff. 6).

Zur hier aufgeworfenen Frage haben sich beide Vorinstanzen geäußert. Das Bezirksgericht hat vorab festgehalten (OG act. 43 S. 21 f.), dass gegen Manuela M. keine Strafuntersuchung betreffend Art. 213 StGB eröffnet worden sei, da ihr vom Bezirksanwalt insofern der Rechtfertigungsgrund der Unzumutbarkeit gesetzeskonformen Handelns zugebilligt worden sei (unter Hinweis auf BG act. 28 S. 7). Bereits in formaler Hinsicht sei sie somit nicht Mitangeschuldigte gewesen. Des weiteren schütze § 149a StPO nicht die Verfahrensstellung des Hauptangeschuldigten, sondern diejenige der Mitangeschuldigten, weshalb aus einer fälschlichen Einvernahme einer Mitangeschuldigten als Zeugin statt als Auskunftsperson nichts zugunsten des Hauptangeschuldigten abgeleitet werden könne. Analoges gelte für den Umstand, dass der Beschwerdeführer gegen Manuela M. Strafanzeige wegen falschen Zeugnisses gestellt habe. Das Obergericht hat den erstinstanzlichen Erwägungen auch in diesem Punkt vollumfänglich beigegeben und ergänzend ausgeführt (Urteil S. 13, Ziff. 3.6.), die Untersuchungsbehörde habe immer wegen Vergewaltigung und nicht primär wegen Inzestes ermittelt, weshalb sie Manuela M. zu Recht als Zeugin einvernommen habe. Wenn die Untersuchungsbehörde nach Würdigung dieser Aussagen zum Schluss gekommen sei, dass sich der Vorwurf der Vergewaltigung nur in zwei Fällen erhärtet habe und in den übrigen Fällen allein die Voraussetzungen von Art. 213 Abs. 1 StGB erfüllt seien, könne dies nicht dazu führen, dass die Zeugeneinvernahmen unverwertbar seien.

c) Soweit der Beschwerdeführer die unterbliebene strafrechtliche Verfolgung von Manuela M. (wegen Inzestes) zu beanstanden scheint und darin einen Verstoß gegen das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) erblickt, kann auf die Rüge nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer kann im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens einzig die ihn betreffende Verurteilung anfechten und ist grundsätzlich dadurch, dass Manuela M. ihrerseits nicht strafrechtlich verfolgt wurde, nicht beschwert im Sinne von § 395 StPO (vgl. auch ZR 88 Nr. 6; kein Anspruch auf "Gleichbehandlung im Unrecht").

d) Wie erwähnt haben die Vorinstanzen die Auffassung vertreten, der Beschwerdeführer sei gar nicht legitimiert, eine allfällige Verletzung von § 149a

StPO geltend zu machen, weil diese Bestimmung allein den Schutz der betreffenden Auskunftsperson, nicht aber des Angeschuldigten gewährleiste. Mit dieser - insoweit tragenden - Auffassung setzt sich der Beschwerdeführer in keiner Weise auseinander, weshalb sie im Rahmen des geltenden Rügeprinzips auch nicht auf ihre Rechtsbeständigkeit hin überprüft werden kann (vgl. immerhin ZR 102 Nr. 56). Erweist sich aber eine von mehreren Begründungen als unanfechtbar bzw. bleibt sie unangefochten, so hat der angefochtene Entscheid insoweit auf jeden Fall Bestand (vgl. BGE 121 IV 94 E. 1b; Pra 2002 Nr. 113, je m.H.). Es erübrigt sich damit mangels Rechtsschutzinteresses, auf die Rüge der Verletzung von § 149a StPO materiell weiter einzutreten.

5. Der Beschwerdeführer rügt weiter (Beschwerde Ziff. VII., S. 15/16) die Verwertung von Passagen aus seiner Agenda, welche Manuela M. aus seinem Auto entwendet hatte; er beruft sich auf Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 und Art. 8 EMRK.

a) Das Obergericht stellt zur Frage, ob es zu intimen Kontakten mit Manuela M. gekommen sei, in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht auf Einträge des Beschwerdeführers in seiner Agenda ab (Urteil S. 18/19; ebenso betreffend Zurechnungsfähigkeit, Urteil S. 47). In Anbetracht der Tatsache, dass Manuela M. die Agenda eingestandenermassen aus dem Auto des Beschwerdeführers entwendet und der Untersuchungsbehörde zur Verfügung gestellt hatte (vgl. HD act. 2/12 S. 20/21), führt das Obergericht zur Verwertbarkeit dieser Passagen aus, die Geschädigte sei angesichts sämtlicher Umstände zur Entwendung berechtigt gewesen, woran nichts ändere, dass der Beschwerdeführer auch zweitinstanzlich vom Vorwurf der Vergewaltigung freizusprechen sei (Urteil S. 13/14). Die erste Instanz, auf deren Erwägungen wiederum verwiesen wird, hatte überdies erwogen, die Entwendung der Agenda sei das mildeste mögliche Mittel gewesen, welches der Geschädigten zur Verfügung gestanden habe, um ihr berechtigtes Interesse an einer vollständigen und gründlichen Untersuchung der Sachverhalte durchzusetzen, da der Beschwerdeführer die Sicherstellung der Agenda andernfalls problemlos hätte vereiteln können. Es habe sich sodann um die Abklärung schwerer Straftaten gehandelt, weshalb auch das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfin-

dung höher zu gewichten sei als das Interesse des Beschwerdeführers an der Geheimhaltung der Agenda. Unter diesen Umständen sei die Einschränkung des verfassungsmässigen Rechts des Beschwerdeführers als verhältnismässig anzusehen (OG act. 43 S. 34).

b) Diese Auffassung wird vom Beschwerdeführer nicht widerlegt. Er beruft sich zwar darauf, dass Beweismittel, welche in Verletzung materiellen Strafrechts erlangt worden sind, prozessual nicht verwertet werden dürfen. Diese Argumentation geht insofern an der Sache vorbei, als das Obergericht klar zum Ausdruck gebracht hat, das Verhalten der Geschädigten Manuela M. sei durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt (folglich nicht widerrechtlich) und insbesondere verhältnismässig gewesen. Inwiefern diese Auffassung an einem Nichtigkeitsgrund leidet, wird in der Beschwerde nicht näher belegt. Entsprechend ist auf die Rüge nicht einzutreten.

6. Der Beschwerdeführer erhebt sodann die Rüge der Verletzung des Anklagegrundsatzes, weil hinsichtlich des Anklagepunktes der Drohung und des Missbrauchs einer Fernmeldeanlage die angerufene Telefonnummer nicht in die Anklageschrift aufgenommen worden sei (Beschwerde Ziff. VIII., S. 16). Die Rüge ist unbegründet. Indem in der Anklage zu diesem Punkt (Anklage-Ziff. 2) festgehalten wird, der Beschwerdeführer habe am 29. Januar und am 1. Februar 2002 zu verschiedenen (im einzelnen genannten) Zeitpunkten seine Schwester Margot M. an ihrem Wohnort in Sissach angerufen und beschimpft bzw. ihr gedroht, vorbeizukommen und das Haus in die Luft zu jagen, ist hinreichend bestimmt genannt, was dem Beschwerdeführer zum Vorwurf gemacht wird; einer Nennung der betreffenden Telefonnummer bedurfte es nicht.

Im gleichen Zusammenhang beanstandet der Beschwerdeführer, dass die von ihm beantragte Teilnehmeridentifikation nicht angeordnet wurde; durch diese hätte sich ergeben, dass es zu den fraglichen Zeiten überhaupt keine telefonischen Kontakte zwischen ihm und Margot M. gegeben habe. Die Vorinstanzen haben in diesem Zusammenhang auf die von ihnen als glaubhaft bezeichneten Aussagen der Geschädigten Margot M. abgestellt (angefochtenes Urteil S. 44; OG act. 43 S. 50); dass diese Beweiswürdigung willkürlich sei bzw. die Vorinstanz

durch Unterlassung weiterer Abklärungen in unzulässige (willkürliche) antizipierte Beweiswürdigung verfallen sei, behauptet bzw. belegt der Beschwerdeführer nicht näher.

7. Abschliessend beanstandet der Beschwerdeführer (Beschwerde Ziff. IX., S. 17/18), dass die Vorinstanz seinem aktenmässig dokumentierten unmässigen Alkoholkonsum bei der Bemessung der Strafe nicht (hinreichend) Rechnung getragen habe. Von der Verteidigung sei beantragt worden, dem Beschwerdeführer wegen seines permanent übermässigen Alkoholkonsums der "Strafmilderungsgrund der in mittlerem Grad eingeschränkten Zurechnungsfähigkeit" zuzugestehen. Indem die Vorinstanz dem nicht gefolgt sei, habe sie willkürlich und in Verletzung von Art. 9 und 29 Abs. 1 BV entschieden.

Das Obergericht hat im Rahmen der Strafzumessung auf den Alkoholkonsum des Beschwerdeführers Bezug genommen; es hat hinsichtlich des Inzestes die Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit abgelehnt, jedoch dem Beschwerdeführer beim Tatbestand der Drohung eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zugebilligt (Urteil S. 47). Ob es damit die für die Strafzumessung massgebenden Kriterien zutreffend gewichtet hat, ist eine Frage der Auslegung von Art. 63 ff. StGB und unterliegt insoweit nicht der Überprüfung durch das Kassationsgericht (§ 430b StPO). Dass das Obergericht in diesem Zusammenhang willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen habe, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Auf die Rüge ist somit nicht einzutreten.

8. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in einem Punkt (Erw. 3 vorstehend) als begründet. Demgemäss ist in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde das angefochtene Urteil des Obergerichts vom 25. November 2003 aufzuheben; die Sache ist zur Behebung des Mangels und anschliessender Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. November 2003 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich und das Amt für Justizvollzug, Bewährungs- und Vollzugsdienste, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Sekretär: