



Kass.-Nr., AC050027/U/cap, d.v. AC050033

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

Sitzungsbeschluss vom 21. November 2005

in Sachen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Anklägerin, Zweitappellantin, Beschwerdegegnerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt Dr. iur. Andreas Brunner, Oberstaatsanwaltschaft
des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

gegen

1. **A.**
Angeklagter, Erstappellant, Beschwerdeführer und Beschwerdegegner
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.
2. **B.**
Geschädigte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.

betreffend **mehrfache Vergewaltigung etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2004 (SB030299/U/gk)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. Januar 2002 wurde A. (künftig: Angeklagter) unter anderem wegen mehrfacher Vergewaltigung seiner Schwester B. (künftig: Geschädigte) schuldig gesprochen und - als Zusatzstrafe zu einem früheren Urteil des Obergerichtes des Kantons Bern - mit vier Jahren und zwei Monaten Zuchthaus sowie einer Busse von Fr. 90.-- bestraft. Zudem wurde eine Verwahrung i.S.v. Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ausgesprochen (BG act. 74).

2. Sowohl die Verteidigung wie auch die Staatsanwaltschaft erklärten gegen diesen Entscheid Berufung (BG act. 68 bzw. 76A). Mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes vom 13. September 2002 wurde der bezirksgerichtliche Entscheid im Schuld- und Strafpunkt vollumfänglich bestätigt; anstelle einer Verwahrung wurde nunmehr aber lediglich eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme i.S.v. Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ausgesprochen (OG Proz.-Nr. SB020196 [künftig: OG I] act. 91).

3. In Gutheissung der von der Verteidigung ergriffenen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wurde dieser Berufungsentscheid mit Beschluss des Kassationsgerichtes vom 21. Juni 2003 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückgewiesen. Dabei zog das Kassationsgericht im Wesentlichen in Erwägung, dass nicht ohne ernsthafte Zweifel ausgeschlossen werden könne, dass die Geschädigte hinsichtlich der behaupteten Vergewaltigung einer Realitätsverkennung (Traum, Halluzination, o.ä.) zum Opfer gefallen sei (Kass.-Nr. 2002/393S act. 13). Die von der Staatsanwaltschaft gegen den Berufungsentscheid ergriffene eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. OG I act. 101 und 102) wurde vom Bundesgericht in der Folge als gegenstandslos geworden abgeschrieben (OG Proz.-Nr. SB030299 [künftig: OG II] act. 111).

4. Im Rahmen der Neubeurteilung des Falles holte die II. Strafkammer des Obergerichtes ein Ergänzungsgutachten über die Geschädigte ein - insbe-

sondere hinsichtlich der Frage, ob und allenfalls in welcher Art das potenziell haluzinogene Cannabis mit den für sich alleine bloss sedierend wirkenden Drogen und Medikamenten interagiert haben könnte (vgl. OG II act. 117 bzw. act. 123). Schliesslich wurde die Möglichkeit einer Einbildung vom Obergericht erneut ausgeschlossen. Abgesehen davon, dass auf einen der diversen Anklagepunkte (Fahren ohne Führerausweis trotz Entzug) nicht mehr eingetreten wurde, wurde der erste Berufungsentscheid mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes vom 21. Dezember 2004 vollumfänglich bestätigt (OG II act. 140B).

5. Gegen dieses Urteil haben sowohl die Oberstaatsanwaltschaft wie auch die Verteidigung rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG II act. 145A bzw. 145B) und begründet:

a) In ihrer Beschwerdeschrift vom 23. Februar 2005 verlangt die Oberstaatsanwaltschaft die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Gegenstand dieser Beschwerde bildet der Verzicht auf die Anordnung einer Verwahrung (Kass.-Nr. AC050027 act. 1). Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat, beantragt die Verteidigung die Abweisung der Beschwerde (Kass.-Nr. AC050027 act. 9 bzw. 10). Die Geschädigte hat innert Frist keine Beschwerdeantwort eingereicht.

b) Die Verteidigung verlangt in ihrer Beschwerdeschrift vom 4. März 2005 ebenfalls die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheides und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung. Gegenstand dieser Beschwerde bildet der Schuldspruch betreffend die Vergewaltigung (Kass.-Nr. AC050033 act. 1). Sowohl die Oberstaatsanwaltschaft wie auch die Vorinstanz haben auf Beantwortung der Beschwerde bzw. Vernehmlassung verzichtet (Kass.-Nr. AC050033 act. 9 und 10). Die Geschädigte hat innert Frist keine Beschwerdeantwort eingereicht.

6. Seitens der Oberstaatsanwaltschaft wurde gegen den obergerichtlichen Berufungsentscheid zudem eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen (vgl. OG II act. 154 und 155).

II. Vereinigung der Verfahren

Weil sich die beiden Beschwerden gegen denselben Entscheid richten, sind die beiden vorliegenden Nichtigkeitsverfahren zweckmässigerweise zu vereinigen und unter der Kass.-Nr. AC050027 zu erledigen. Die Akten des Verfahrens AC050033 sind als act. 11 in die Akten des anderen Verfahrens einzureihen.

III. Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft (Kass.-Nr. AC050027)

1. Die Oberstaatsanwaltschaft bringt vor, das Obergericht habe im angefochtenen Entscheid in zutreffender Weise festgehalten, dass die Gefahr der Verübung weiterer Taten mit Gefährdung schwerwiegender Rechtsgüter als massiv zu bezeichnen sei. Sodann habe es ausgeführt, dass die festgestellte Störung nicht auf bestimmte Konfliktsituationen begrenzt sei, weshalb eine Therapie der nicht im eigentlichen Sinne heilbaren Störung umso schwieriger sei. Weiter habe es zutreffend festgehalten, dass eine erfolgreiche Therapie die Bereitschaft des Angeklagten, sich aktiv mit seiner Persönlichkeit auseinanderzusetzen, voraussetze. Diese Therapiebereitschaft habe es - entgegen der Ansicht des Gutachters - unter Verweis auf die überzeugenden Argumente im erstinstanzlichen Urteil und gestützt auf die in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen verneint. Wenn es auf S. 34 dennoch zum Schluss gelange, dass die beim Angeklagten festgestellte Störung mittels ambulanter Therapie behandelbar sei, sei dieser Schluss unter den gegebenen Umständen nicht rational begründbar, mithin untragbar und willkürlich i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO (KG act. 1 S. 3-5 [Ziff. 1.1 und 1.2]). Soweit das Obergericht auf S. 35 davon ausgehe, die heute zur Diskussion stehende ambulante Massnahme unterscheide sich insofern von den Therapieversuchen der Vergangenheit, als sie im festen Rahmen einer längeren Freiheitsstrafe stattfinde, was sich positiv auf den Erfolg der Therapie auswirke, gehe es von aktenwidrigen Tatsachen i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 5 StPO aus: Der Angeklagte werde die ausgefallte Strafe nämlich am 31. Mai 2005 verbüsst haben und aus dem Strafvollzug zu entlassen sein. Der Entscheid, inwiefern die noch ausstehenden Gefängnisstrafen aus dem Kanton Bern von insgesamt 15 Monaten direkt im Anschluss vollzogen oder allenfalls mit der Anordnung einer bedingten Entlassung

verbunden würden, sei Sache der zuständigen Vollzugsbehörden und im heutigen Zeitpunkt ungewiss (KG act. 1 S. 5 [Ziff. 2]).

2. Die Oberstaatsanwaltschaft (damals: Staatsanwaltschaft) hat gegen den ersten Berufungsentscheid, in welchem bereits von einer Verwahrung abgesehen worden war, zwar wie die Verteidigung kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG I act. 93), doch reichte sie damals innert Frist beim Kassationsgericht keine begründete Beschwerde ein (vgl. OG I act. 103). Soweit sie heute geltend macht, der Verzicht auf die Anordnung einer Verwahrung beruhe auf aktenwidrigen und willkürlichen Annahmen, stellt sich somit die Frage, ob auf diese Vorwürfe aufgrund von § 104a Abs. 2 GVG überhaupt einzutreten ist. Diese Frage ist zu verneinen, denn die heute erhobenen Rügen hätten alle schon im Rahmen des ersten Verfahrens angebracht werden können. Dies gilt zunächst für den Vorwurf, wonach das Obergericht dem Beschwerdeführer zu Unrecht eine grundsätzliche Therapiebereitschaft attestiere und in willkürlicher Weise von der ambulanten Behandelbarkeit des Beschwerdeführers ausgehe. Sodann hätte auch die behauptete Ungewissheit über die Dauer der zu vollziehenden Freiheitsstrafe bereits im Rahmen des ersten Nichtigkeitsverfahrens gegen die Anordnung einer ambulanten Massnahme ins Feld geführt werden können. Eine Veränderung der Verhältnisse i.S.v. § 104a Abs. 3 GVG wird nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich; insbesondere wird auch nicht behauptet, die ambulante Massnahme sei bis anhin entgegen der Ansicht des Obergerichtes (vgl. KG act. 2 S. 35) unbefriedigend verlaufen. Ob das Obergericht - wie dies von der Verteidigung in der Beschwerdeantwort geltend gemacht wird (KG act. 10 S. 4 [Ziff. 3]) - unter den gegebenen Umständen gar nicht auf den Verzicht auf Verwahrung hätte zurückkommen dürfen, kann dabei offen bleiben (vgl. zu diesem Thema ZR 103 Nr. 49 Erw. 3.5/b und c).

IV. Beschwerde des Angeklagten (Kass.-Nr. AC050033)

1.1 Die Verteidigung bringt vor, Dr. C. habe (in seinem Erstgutachten) festgestellt, dass die von der Geschädigten konsumierten Substanzen nicht zu einer Veränderung des realitätsbezogenen Wahrnehmungsvermögens führen wür-

den. Sodann habe er im Ergänzungsgutachten ausgeführt, auch ein allfälliger Cannabiskonsum und ein vorgängiger oder gleichzeitiger Dormicumkonsum hätten keine Halluzinationen hervorgerufen. Dies - so die Verteidigung - widerspreche jedoch insofern den Feststellungen von Dr. D., als dieser in seinem Gutachten (BG act. 49/2) Cannabis als psychoaktive Substanz bezeichnet habe und das Auftreten eines Verwirrtheitszustandes bis hin zum Delirium mit dem Auftreten traumartiger Erlebnisse, welche zu groben Realitätsverkennungen führen können, als mehr als wahrscheinlich erachtet habe. Zudem habe D. der Auffassung von Dr. C., wonach die Substanzen in der erwähnten Kombination nicht zu einem Realwerden fantasierter oder befürchteter Ideen führen würden, widersprochen. Diese gegensätzliche Auffassung eines anerkannten Experten dürfe nicht einfach mit dem Hinweis, es handle sich bloss um ein Privatgutachten, übergangen werden. Vielmehr hätte die Vorinstanz ein Obergutachten durch das IRM oder ein anderes geeignetes Institut einholen müssen (KG act. 11/1 S. 5-8 [Ziff. 4]). Schliesslich sei die Einholung eines Obergutachtens schon aufgrund der Befangenheit von Dr. C. angezeigt gewesen (KG act. 11/1 S. 10 [Ziff. 6]). Indem die Vorinstanz kein Obergutachten eingeholt habe, habe sie die §§ 109 Abs. 1 und 147 StPO, mithin gesetzliche Prozessvorschriften i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO, verletzt (KG act. 11/1 S. 10/11 [Ziff. 7]).

1.2 Soweit die Verteidigung ihre Rüge mit der angeblichen Befangenheit von Dr. C. begründet, ist darauf gemäss § 104a Abs. 2 GVG nicht einzutreten, denn dieser Vorwurf wurde bereits im ersten Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren als unbegründet abgewiesen (Kass.-Nr. 2002/393S act. 13 S. 8 [Ziff. 2.3]).

Im Weiteren hat die Vorinstanz auf den S. 12-15 (Ziff. 2.d und e) des angefochtenen Entscheides dargelegt, weshalb trotz den Feststellungen von Dr. D. kein weiteres Gutachten einzuholen sei: So hat es darauf hingewiesen, dass es sich beim Gutachten von Dr. D. lediglich um ein Privatgutachten handle, weshalb die Einholung des beantragten "Obergutachtens" i.S.v. § 127 StPO nur dann angezeigt sei, wenn dieses Privatgutachten erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des amtlichen Gutachtens erwecke. Solche Zweifel verneinte es im Wesentlichen mit der Begründung, dass Dr. D. lediglich theoretische Überlegungen angestellt habe, ohne mit der Geschädigten ein Gespräch geführt zu haben. Es möge sodann sein und werde von Dr. C. in dieser allgemeinen Form auch nicht

bestritten, dass traumartige Sequenzen auftreten könnten, doch werde (von Dr. D.) nicht dargelegt, wie sich jemand eine Vergewaltigung mit solchen Details, wie sie die Geschädigte geschildert habe, einbilden sollte. Mit diesen Erwägungen setzt sich die Verteidigung in der Beschwerdeschrift nicht auseinander. Soweit die Rüge betreffend die Nichteinholung eines "Obergutachtens" mit widersprüchlichen Feststellungen von Dr. D. begründet wird, ist darauf folglich nicht einzutreten (zum Rügeprinzip gemäss § 430 Abs. 2 StPO vgl. auch Ziff. 2.2.b nachstehend).

2.1 Die Verteidigung rügt sodann eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" und beruft sich auf den Nichtigkeitsgrund i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Sie macht geltend, es sei nicht zweifelsfrei erstellt, dass die fraglichen Vergewaltigungen tatsächlich stattgefunden hätten und vertritt vielmehr die Ansicht, die Geschädigte habe sich den geschilderten Vorfall lediglich eingebildet (vgl. KG act. 11/1 S. 2/3 [Ziff. 1 und 2] und 10/11 [Ziff. 7]). Im Einzelnen bringt sie Folgendes vor:

a) Das Obergericht und Dr. C. liessen ausser acht, dass die Geschädigte sowohl durch ihren langjährigen Drogen- bzw. Cannabiskonsum als auch durch ihre Epilepsie in der Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigt worden sei. Beide Umstände könnten zu Halluzinationen und Hirnschädigungen führen. Möglicherweise sei die Geschädigte geistig zurückgeblieben und vermische - wie ein Kleinkind - Realität und Fantasie. Dies müsse Thema einer umfassenden psychiatrischen Abklärung sein. Ohne die Geschädigte auch nur einmal gesehen zu haben, setze sich das Obergericht über die genannten Umstände jedoch kritiklos hinweg (KG act. 11/1 S. 4/5 [Ziff. 3]).

b) Die Gutachten, auf welche das Obergericht abstelle, seien widersprüchlich: So habe Dr. C. in seiner Stellungnahme zum Gutachten D. ausgeführt, die halluzinogene Wirkung des Cannabis sei zum Tatzeitpunkt bereits abgeklungen gewesen. In unlösbarem Widerspruch dazu habe er in seinem Ergänzungsgutachten festgehalten, dass eine allfällige Interaktion mit den übrigen Substanzen vor allem die Sedation verstärkt hätte. Mit der Einschränkung "vor allem" werde eine mögliche andere Wirkung sodann gerade nicht ausgeschlossen. Eine verstärkte Sedation bedeute eine Verstärkung des Dämmerzustandes und Übergang in den Schlaf. Das Erwachen im Drogenkater während der Nacht oder am

anderen Morgen lasse tatsächlich Erlebtes und Geträumtes ununterscheidbar werden (KG act. 11/1 S. 6/7).

c) Im Weiteren halte Dr. C. auf S. 2 seines Ergänzungsgutachtens fest, die Geschädigte habe das Dormicum erst nach dem "Ereignis" zu sich genommen, was den Aussagen der Geschädigten vom 31. März 2001 (BG act. 6/2 S. 8) jedoch widerspreche. In Widerspruch zur Aussage der Geschädigten (BG act. 6/4 S. 19 f.) halte Dr. C. auf S. 4 (gemeint ist wohl S. 3) des Ergänzungsgutachtens sodann fest, die Geschädigte habe nie Halluzinogene konsumiert (KG act. 11/1 S. 6).

d) Die auf S. 15 f. des angefochtenen Entscheides getroffene Feststellung, wonach sich nicht der geringste Hinweis darauf ergebe, dass die Geschädigte zur Fantasiererei neige, sei sodann kein plausibles Argument. Eine generelle Neigung zur Fantasiererei sei keine Voraussetzung dafür, dass sich die Geschädigte im Zustand eines Deliriums befunden haben könne. Sodann habe die Geschädigte der Alkoholisierung des Angeklagten nicht nur "vergleichsweise wenig", sondern überhaupt keine Beachtung geschenkt. Dies sei nur dadurch erklärlich, dass sie die Tat eben fantasiert habe. Selbst wenn es im Hause der Familie generell nach Alkohol gestunken haben sollte, wie dies die Vorinstanz auf S. 21 vermute, würde eine Abstumpfung einer alkoholabstinenter Frau nicht so weit gehen, als sie den Mundgeruch eines mit Schnaps Betrunkenen, welcher auf ihr liege und sie mehrmals küsse, nicht mehr wahrnehmen würde und sich nicht davor ekeln würde. Schliesslich sei die Geschädigte mit den Orts- und Personenverhältnissen bestens vertraut gewesen, weise geschlechtliche Erfahrungen auf und sei schon einmal vergewaltigt worden. Vor diesem Hintergrund sei eine Beschreibung über den angeblichen Ablauf der Tat in plausibler Form gut möglich gewesen, so dass die von der Vorinstanz auf den S. 16 f. aufgeführten Realitätskriterien und weiteren Umstände nicht darauf schliessen lassen würden, dass die Geschädigte das relevante Erlebnis tatsächlich erlebt habe (KG act. 11/1 S. 9/10).

2.2 a) Der Grundsatz "in dubio pro reo" weist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum zwei Aspekte auf: Zum einen bezieht er sich auf die strafprozessuale Beweislast, zum anderen wirkt er sich bei der Feststellung des Sachverhaltes und der Würdigung der Be-

weise aus (BGE 120 Ia 31 ff., 127 I 38 E. 2a; vgl. Corboz, In dubio pro reo, ZBJV 1993, S. 403 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Beweiswürdigungsregel erschöpft sich der Grundsatz im Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (vgl. auch Schultz, ZBJV 1995, S. 852), während er als Beweislastregel besagt, dass es Sache des Staates ist, die Schuld des Angeklagten nachzuweisen. Da der Grundsatz unter beiden in Frage kommenden Aspekten verfassungsrechtlichen Rang hat, kann seine Verletzung vor Bundesgericht allein mit staatsrechtlicher Beschwerde (und nicht mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde) geltend gemacht werden (vgl. schon BGE 102 Ia 203, 101 Ia 67 ff.; zum Ganzen M. Forster, ZStrR 1997, S. 61 ff.), womit in beiden Fällen auf kantonaler Ebene die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Hinsichtlich der Kognition des Kassationsgerichts ist von Bedeutung, dass die Beachtung der Beweislastregel vom Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde frei geprüft wird (BGE 120 Ia 38, 127 I 38 E. 2a), womit ihr insoweit eine über das Willkürverbot hinausgehende Tragweite zukommt; dem Kassationsgericht kommt daher als vorgeschalteter Instanz sinnvollerweise ebenfalls freie Kognition zu, soweit die Verletzung der Beweislastregel gerügt wird. Bei der Frage, ob die Beweiswürdigungsregel von der Vorinstanz verletzt worden ist, kommt dem Kassationsgericht hingegen nach wie vor nur eine auf Willkür begrenzte Überprüfungsbefugnis zu (eingehend ZR 102 Nr. 12; vgl. auch BGE 127 I 38 E. 2c und 3a).

b) Sodann folgt aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 430 Abs. 2 StPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Be-

standteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben (ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 32 zu § 430; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2.3 a) Soweit die Verteidigung die Darstellung der Geschädigten mit dem Hinweis auf deren Epilepsie in Frage stellt, ist vorab festzuhalten, dass sich die Behauptung, wonach die Epilepsie möglicherweise zu (weitergehenden) Hirnschädigungen geführt habe, nicht auf das Gutachten D. stützen lässt. An der von der Verteidigung zitierten Stelle wird vielmehr die *Epilepsie als solche* als organische Hirnschädigung bezeichnet, welche im Zusammenwirken mit dem Konsum von Drogen zu den zuvor beschriebenen Zuständen führen könne (BG act. 49/2 S. 6). Weil die Epilepsie der Geschädigten seit langem stabilisiert ist (BG act. 51/1 S. 1), ist nicht ersichtlich, weshalb in dieser Hinsicht erhebliche Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Schilderung der Geschädigten bestehen sollten (vgl. KG act. 11/2 S. 15). Im Weiteren wird in der Beschwerdeschrift lediglich behauptet und in keiner Weise fundiert belegt, dass ein langjähriger Drogen- bzw. Cannabiskonsum zu einer derartigen Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentwicklung führen könne, dass Realitätsverkennungen wie bei einem Kleinkind auftreten könnten. Dem im ersten Nichtigkeitsverfahren eingereichten Sonntagszeitungs-Artikel (Kass.-Nr. 2002/393S act. 3/2), auf welchen die Verteidigung in diesem Zusammenhang verweist, lässt sich diese These jedenfalls nicht entnehmen. Damit vermag die Verteidigung auch in dieser Hinsicht keinen Verstoss gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" darzutun.

b) Dr. C. ging in seiner Stellungnahme zum Gutachten D. davon aus, dass die Geschädigte das Cannabis tagsüber konsumiert habe und hielt fest, eine allfällige Wirkung desselben sei zur Tatzeit (nach 22.30 Uhr) bereits abgeklungen gewesen (BG act. 51/1 S. 1). Mit diesen Worten hat Dr. C. nicht zum Ausdruck gegeben, dass das Cannabis bei der Geschädigten zuvor eine *halluzinogene* Wirkung entfaltet habe. Entgegen der Meinung der Verteidigung stehen diese Ausführungen damit nicht in unlösbarem Widerspruch zum Ergänzungsgutachten, in welchem eine halluzinogene Wirkung aufgrund der bisherigen Erfahrungen der

Geschädigten als äusserst unwahrscheinlich erachtet wurde (OG II act. 123 S. 3/4). Mit ihrem Hinweis auf den vermeintlichen Widerspruch in den Gutachten von Dr. C. vermag die Verteidigung deshalb keine erheblichen Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Schilderung der Geschädigten zu erwecken. Soweit geltend gemacht wird, eine Verstärkung der Sedation führe zu einem verstärkten Dämmerzustand und damit zu einer Ununterscheidbarkeit von Traum und Realität, stellt dies eine reine Behauptung dar, welche in keiner Weise belegt wird. Auf dieses Argument ist somit nicht weiter einzugehen.

c) Die Verteidigung machte bereits vor Obergericht geltend, dass Dr. C. in Widerspruch zu den Aussagen der Geschädigten angenommen habe, diese habe noch nie Halluzinogene konsumiert. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass es sich dabei lediglich um ein Zitat der Geschädigten und nicht etwa um eine Feststellung des Gutachters gehandelt habe. Zudem wurde in Erwägung gezogen, dass die Geschädigte den früheren Konsum von Halluzinogenen gegenüber Dr. C. möglicherweise zu erwähnen vergessen habe. Weil es sich um eine Stellungnahme zum Gutachten D. gehandelt habe, sei Dr. C. über den früheren LSD-Konsum der Geschädigten ohnehin im Bild gewesen, so dass aus dieser Ungenauigkeit nichts abgeleitet werden könne (KG act. 11/2 S. 14). Da sich die Verteidigung mit diesen Erwägungen nicht auseinandersetzt, ist auf ihr Vorbringen betreffend diese angebliche Aktenwidrigkeit nicht weiter einzugehen. Des Weiteren erweist sich der Vorwurf, wonach Dr. C. in Widerspruch zur Aussage der Geschädigten angenommen habe, diese habe das Dormicum erst nach der Tat zu sich genommen, als unbegründet, hat die Geschädigte an der von der Verteidigung zitierten Stelle doch nichts anderes zu Protokoll gegeben (vgl. BG act. 6/2 S. 8).

d) Der Verteidigung ist zwar zuzustimmen, dass eine allgemeine Neigung zur Fantasiererei keine zwingende Voraussetzung für die Annahme einer konkreten Realitätsverkennung darstellt. Es ist aber nicht als willkürlich zu beanstanden, wenn das Obergericht den fehlenden Hang zu Fantasierereien bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Geschädigten berücksichtigt hat (vgl. KG act. 11/2 S. 15 [lit. f]). Es mag sodann sein, dass frühere Erfahrungen einen Menschen befähigen können, einen sexuellen Missbrauch plausibel zu schildern, auch wenn ein solcher gar nicht stattgefunden hat. Die Vorinstanz hat allerdings darauf hingewiesen, dass die Aussage der Geschädigten, wonach der Angeklagte vor

der Tat die Trennung von seiner Frau erwähnt habe, nahe lege, dass die Geschädigte nicht etwa eine frühere Vergewaltigung geschildert habe, sondern eine solche aus der neueren Zeit (KG act. 11/2 S. 16 [lit. g]). Mit dieser Erwägung setzt sich die Verteidigung nicht auseinander, weshalb auf ihr Argument, wonach sich die plausible Schilderung der Tat mit einer früheren Vergewaltigung erklären lasse, nicht weiter einzugehen ist. Soweit die Verteidigung auf die Orts- und Personenkenntnisse der Geschädigten verweist, gilt es zudem zu beachten, dass die Geschädigte den Vorfall nicht bloss ein einziges Mal authentisch schilderte, sondern die Tat - inklusive verschiedener Details - wiederholt in gleicher Weise beschrieben hat (vgl. KG act. 11/2 S. 16 [lit. g]). Diesen Umstand bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage zu berücksichtigen erscheint keinesfalls willkürlich. Nicht einzutreten ist schliesslich auf das Vorbringen, wonach die Nichtbeachtung der "Alkoholfahne" des Angeklagten für das Vorliegen einer Realitätsverkennung spreche, da gar nicht dargelegt wird, woraus sich denn ergeben soll, dass der Angeklagte zur fraglichen Zeit (stark) nach Alkohol gerochen habe. Genaue Angaben über den Alkoholkonsum des Angeklagten lassen sich auch dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen (vgl. KG act. 11/2 S. 20). Aber selbst wenn der Angeklagte tatsächlich eine "Fahne" gehabt hätte und man auf das Vorbringen der Verteidigung eintreten wollte, vermöchte sich dies nicht zu Gunsten des Angeklagten auszuwirken. Die Argumentation des Obergerichtes, wonach es nachvollziehbar sei, dass die Geschädigte aufgrund des häufigen Alkoholkonsums im Haus und des verwahrlosten Zustandes, in welchem die Familie gelebt habe, trotz eigener Abstinenz für die Alkoholisierung des Angeklagten wenig sensibilisiert gewesen sei (vgl. KG act. 11/2 S. 20/21), könnte nämlich ohnehin nicht als willkürlich bezeichnet werden.

V. Kostenfolgen

Nachdem auf die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft nicht einzutreten ist und die Beschwerde des Angeklagten abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist, ergibt sich in Anwendung von § 396a StPO folgende Regelung der Kostenfolgen:

Die Bearbeitung der Beschwerde des Angeklagten gestaltete sich wesentlich aufwändiger als die Behandlung der Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, die Kosten der vereinigten Verfahren, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu einem Drittel auf die Gerichtskasse zu nehmen und zu zwei Dritteln dem Angeklagten aufzuerlegen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die beiden Kassationsverfahren AC050027 und AC050033 werden vereinigt und gemeinsam unter der zuerst genannten Nummer erledigt.
2. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Oberstaatsanwaltschaft wird nicht eingetreten.
3. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 307.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten der beiden vereinigten Verfahren, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten zu zwei Dritteln auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Winterthur (ad DG010071), das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

