



Kass.-Nr. AC030107/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheweiler

Sitzungsbeschluss vom 12. Januar 2004

in Sachen

X,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt A

gegen

1. **Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich**,
8001 Zürich,
Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Staatsanwältin Dr. Ursula Frauenfelder Nohl
2. **Y**,
Geschädigte, Appellatin und Beschwerdegegnerin
2 vertreten durch Rechtsanwalt B

betreffend **einfache Körperverletzung und Widerruf**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2003 (SB030078/U/hp)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Auf Berufung hin gegen das Urteil des Einzelrichters (Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen) des Bezirksgerichts Zürich vom 25. November 2002 (ER act. 43) sprach die II. Strafkammer des Obergerichts (Vorinstanz) X (nachfolgend als Beschwerdeführer bezeichnet) mit Urteil vom 23. Mai 2003 der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 Abs. 1 StGB schuldig. Der Beschwerdeführer wurde bestraft mit 6 Monaten Gefängnis, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre angesetzt wurde. Weiter entschied die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer dem Grundsatz nach zur Schadenersatzleistung an die Geschädigte Y (Beschwerdegegnerin 2) verpflichtet werde und verwies die Geschädigte zur Festsetzung der Höhe des Schadenersatzes auf den Weg des Zivilprozesses. Zudem wurde der Beschwerdeführer zur Leistung einer Genugtuung an die Geschädigte in der Höhe von Fr. 8'000.-- verpflichtet. In einem Beschluss vom gleichen Tag entschied die Vorinstanz, die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 26. November 1999 ausgefallte Strafe von 30 Tagen Gefängnis (abzüglich 2 Tage erstandener Untersuchungshaft) werde vollzogen (OG act. 54 bzw. KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Entscheid hat der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 57 bzw. KG act. 4) und begründet (KG act. 1). Er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 9) sowie die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) auf Beschwerdeantwort (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin 2 reichte fristgemäss (vgl. act. 7; act. 8/3) eine Beschwerdeantwort ein, mit welcher sie im Wesentlichen die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt (KG act. 11).

3. Der Beschwerdeführer hat gegen das obergerichtliche Urteil keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben (OG act. 61 bzw. KG act. 6).

II.

1. In der Anklageschrift vom 4. Dezember 2001 wird dem Beschwerdeführer im Wesentlichen vorgeworfen, er habe am 26. November 2000, um ca. 02.30 Uhr, in der ____halle in Zürich der Geschädigten Y mehrere Male mit einer Flasche gegen den Kopf geschlagen, so dass sie zu Boden gekommen sei und zwei Riss-Quetschwunden am Kopf erlitten habe (ER act. 17).

2. a) Der Beschwerdeführer rügt als erstes eine Verletzung von Parteirechten bzw. eine Missachtung des Grundsatzes des "fair trial" und eine Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör, und zwar insoweit, als ihm eine Zeugeneinvernahme nur unvollständig übersetzt worden sei, weshalb diese Einvernahme nicht verwertbar sei. Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK und macht geltend, der angefochtene Entscheid leide am Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO (KG act. 1 S. 3 - 5).

b) Die Rüge des Beschwerdeführers betrifft die Zeugeneinvernahme der Geschädigten Y vom 3. Dezember 2001. Unbestrittenermassen, und aus dem entsprechenden bezirksanwaltschaftlichen Protokoll (ER act. 10) ersichtlich, waren der Beschwerdeführer und sein (damaliger) Verteidiger während der ganzen Einvernahme anwesend, währenddem der Dolmetscher erst im Laufe der Einvernahme erschien (ER act. 10 S. 3). Die Vorinstanz erachtete die Zeugeneinvernahme - in Übereinstimmung mit der Erstinstanz - als verwertbar. Sie begründete dies damit, der Beschwerdeführer habe persönlich Ergänzungsfragen zu denjenigen Aussagen der Geschädigten gestellt, die sie in Abwesenheit des Dolmetschers gemacht habe. Sodann gelte es zu berücksichtigen, dass dem Beschwerdeführer am Ende der Einvernahme die Möglichkeit offen gestanden hätte, sich den ersten Teil noch einmal übersetzen zu lassen und weitere Ergänzungsfragen zu stellen. Weder er noch sein Verteidiger hätten derlei geltend gemacht. Auch hätten sie es unterlassen, einen entsprechenden Vermerk im Protokoll anbringen zu lassen. Der Beschwerdeführer habe den Einwand erst anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorbringen lassen. Unter diesen Umständen ste-

he der grundsätzlichen Verwertbarkeit auch der in Abwesenheit des Dolmetschers gemachten Aussagen der Geschädigten nichts entgegen (KG act. 2 S. 6).

c) Der Beschwerdeführer bringt zur näheren Begründung seiner Rüge vor (KG act. 1 S. 3 ff.), aus der vom Beschwerdeführer gestellten Zusatzfrage könne nicht geschlossen werden, dass er der Zeugenbefragung vollumfänglich habe folgen können. Tatsache sei, dass sämtliche Einvernahmen mit dem Beschwerdeführer auf Englisch erfolgt seien; auch die beiden Hauptverhandlungen seien mit Übersetzungen durchgeführt worden. Ebenso sei eine Instruktion des Verteidigers auf Deutsch nicht möglich gewesen. Dass der damalige Verteidiger des Beschwerdeführers habe Zusatzfragen stellen können, ändere nichts. Es gehöre zu den elementaren Verteidigungsrechten eines jeden Angeklagten, dass er einem Zeugen direkt (Hervorhebung gemäss Beschwerde) Fragen stellen könne. Dies bedinge jedoch, dass er vom Inhalt der Zeugenaussagen restlos Kenntnis habe. Wenn der Angeklagte eine einzige Zusatzfrage zur Schilderung der Zeugin über den Tatablauf zu stellen vermochte, so bedeute dies nicht, dass er den Inhalt der gesamten Zeugenaussage verstanden habe. Er hätte unter Umständen Zusatzfragen hinsichtlich der Konsistenz der Flasche, des zeitlichen Ablaufs der Geschehnisse, der unterschiedlichen Sachdarstellungen in der polizeilichen Befragung und der untersuchungsrichterlichen Einvernahme stellen und damit Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Zeugin und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zum Ausdruck bringen können. Eine vollumfängliche (simultane) Übersetzung der Zeugenaussagen wäre unabdingbar gewesen. Wenig schlüssig, fährt der Beschwerdeführer fort, sei der Hinweis der Vorinstanz, er hätte sich den ersten Teil der Zeugenaussage noch einmal übersetzen lassen können. Da der Übersetzer zu Beginn der Zeugenbefragung gar nicht anwesend gewesen sei, sei eine nochmalige Übersetzung logischerweise nicht möglich. Dass weder der Beschwerdeführer noch sein damaliger Verteidiger auf einer Übersetzung oder einem Protokollvermerk beharrt hätten, ändere ebenfalls nichts. Dem fremdsprachigen Angeklagten stehe aus Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK der Anspruch zu, dass ihm alle jene Dokumente und Aussagen übersetzt würden, auf deren Verständnis er angewiesen sei, damit ihm ein faires Verfahren gewährleistet sei. Ein solcher An-

spruch stehe dem Angeklagten von Amtes wegen zu und es sei nicht seine Aufgabe, auf solche Mängel hinzuweisen (KG act. 1 S. 4 f.).

d) Die Vorbringen des Beschwerdeführers beschlagen einerseits seinen Anspruch auf Übersetzung, andererseits sein Fragerecht gegenüber einer Belastungszeugin.

aa) Im Untersuchungsverfahren ist ein Dolmetscher beizuziehen, wenn Angeschuldigte oder Zeugen der deutschen Sprache nicht kundig sind (§§ 139 und 158 StPO). Dies gilt auch für die Einvernahme von Zeugen und Auskunftspersonen sowie für das Verhör mit dem Angeschuldigten in der Haupt- und der Berufungsverhandlung (§§ 181 und 398 StPO). Im Übrigen bestimmt § 130 GVG für das mündliche gerichtliche Verfahren, dass auf begründetes Begehren eines Beteiligten oder wenn es der Richter für nötig erachtet, ein Übersetzer beigezogen wird. Nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK (sowie Art. 14 Abs. 3 lit. f IPBPR) hat der Angeschuldigte das Recht, die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers zu verlangen, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder sich darin nicht ausdrücken kann. Den gleichen Anspruch gewährt schliesslich Art. 32 Abs. 2 BV.

bb) Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Angeschuldigten, den Belastungszeugen zu befragen, stellt einen besonderen Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar. Entsprechende Beschwerden werden demzufolge unter dem Blickwinkel beider Bestimmungen geprüft (vgl. Urteil des EGMR i.S. Van Mechelen und andere gegen Niederlande vom 23. April 1997, R 1997-III 691, Ziff. 49; BGE 129 I 151, 153 mit weiteren Hinweisen). Der Anspruch des Angeklagten, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen, gehört zu den Grundzügen des von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie des von den Art. 29 - 32 BV garantierten rechtsstaatlichen Verfahrens, weshalb ihm nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich absoluter Charakter zukommt (BGE 129 I 154; Pra 2003 Nr. 44 mit Hinweis auf BGE 125 I 127 E. 6c/cc). Mit der Garantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK soll ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben

wird, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen (Urteil des EGMR i.S. Unterpertinger gegen Österreich vom 24. November 1986, Serie A Nr.110, Ziff. 33 [in EuGRZ 14, 1987, 147]; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 477).

Gemäss § 14 Abs. 1 StPO ist dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger Gelegenheit zu geben, den Einvernahmen von Zeugen etc. vor dem Untersuchungsbeamten beizuwohnen und an sie Fragen zu richten. Dieses Recht darf nur unter bestimmten Voraussetzungen (namentlich zum Schutze von Opfern bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität sowie bei zwingenden tatsächlichen oder rechtlichen Gründen) eingeschränkt werden. Das Kassationsgericht hat dazu festgehalten, dass in dieser Beziehung das zürcherische Strafverfahrensrecht gemäss § 14 StPO im Sinne der Parteiöffentlichkeit bei Zeugeneinvernahmen über die Mindestgarantien von Art. 6 Ziff. 3 EMRK hinaus gehe (ZR 98 Nr. 63 Erw. 3.b; Kass.-Nr. 99/433 S, Entscheid vom 19. Juni 2000 i.S. M., Erw. II.4.b). Im zuletzt genannten Entscheid erwog das Kassationsgericht, nach § 14 StPO habe der Angeschuldigte grundsätzlich Anspruch darauf, dass er (und sein Verteidiger) von Anfang an bei jeder Zeugeneinvernahme anwesend sei und Ergänzungsfragen stellen könne.

Während es nach den Bestimmungen der EMRK offenbar genügen soll, wenn entweder der Verteidiger oder der Beschuldigte das Fragerecht ausüben kann, ist nach dem Wortlaut von § 14 Abs. 1 StPO dieser Bestimmung nur dann Genüge getan, wenn das Fragerecht von beiden wahrgenommen werden kann (Stefan Trechsel, Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von Art. 6 EMRK, AJP 2000, S. 1366 ff., 1370/1371, mit weiteren Hinweisen).

Der Beschuldigte kann auf die Parteirechte gemäss § 14 StPO bzw. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verzichten (Villiger, a.a.O., Rz. 477; Stefan Trechsel, a.a.O., S. 1367).

e) Zu prüfen ist vorliegend, ob das dem Beschuldigten persönlich zustehende Befragungsrecht, wenn ihm durch das verspätete Eintreffen des Dolmetschers die ersten Aussagen des Zeugen nicht sofort übersetzt werden, in unzulässiger

Weise eingeschränkt wird. Offensichtlich ist, dass der Beschuldigte die Zeugenaussagen verstehen muss, damit er in der Lage ist, die Glaubhaftigkeit der Aussagen zu prüfen und den Beweiswert auf die Probe und in Frage stellen zu können, er mithin sein Fragerecht überhaupt wirksam ausüben kann. Dabei erweisen sich unter Umständen nicht nur die Angaben des Befragten an sich als massgebend, sondern auch das Verhalten des Aussagenden in der Befragung, seine Reaktion auf die Fragen, seine Mimik und Gestik, kann von Relevanz sein. So ist im Urteil des EGMR in Sachen Van Mechelen u.a. gegen Niederlande (a.a.O.), wo anonym gebliebene Polizeibeamte in einem abgetrennten Raum mit nur akustischer Verbindung zu Verteidigung und Beschuldigten befragt wurden, festgehalten: "The defence was thus not only unaware of the identity of the police witnesses but were also prevented from observing their demeanour under direct questioning, and thus from testing their reliability." Non-verbale Äusserungen werden nicht in jedem Fall, sondern erst bei einer gewissen Intensität in das Protokoll aufgenommen. Nur wenn dem Beschuldigten aber ein gesamthafter Eindruck des Zeugen, nämlich sein Verhalten in Verbindung mit seinen konkreten Angaben, vermittelt wird, ist er in der Lage, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und den Beweiswert auf die Probe und in Frage stellen zu können. Entsprechend genügt es nicht, wenn Zeugenaussagen oder ein Teil der Zeugenaussagen dem Beschuldigten erst am Schluss der Einvernahme übersetzt werden, selbst wenn der Beschuldigte danach noch Ergänzungsfragen stellen kann.

f) Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob dem Beschwerdeführer im konkreten Fall am Schluss der Einvernahme diejenigen Zeugenaussagen, welche die Geschädigte vor dem Eintreffen des Dolmetschers zu Protokoll gab, übersetzt wurden. Zwar bestehen dafür verschiedene Anzeichen, es lässt sich aber weder dem Einvernahmeprotokoll (ER act. 10) noch den übrigen Akten mit Sicherheit entnehmen. Dass dem Beschwerdeführer die fraglichen Aussagen von einer anderen Person als dem Dolmetscher direkt übersetzt worden wären, macht weder die Vorinstanz geltend noch ist solches aus den Akten ersichtlich. Fehlte es aber an einer direkten Übersetzung, konnte sich der Beschwerdeführer keinen für die Stellung wirksamer Ergänzungsfragen genügenden Eindruck (Aussagen in Verbindung mit dem Verhalten der Zeugin) machen. Entsprechend erweist sich auch

der Hinweis der Vorinstanz (KG act. 2 S. 6), dem Beschwerdeführer hätte die Möglichkeit offen gestanden, sich am Ende der Einvernahme den ersten Teil noch einmal übersetzen zu lassen (gemeint wohl den ersten Teil überhaupt übersetzen zu lassen) und weitere Ergänzungsfragen zu stellen, als nicht stichhaltig.

Anders wäre zu entscheiden, wenn der Beschwerdeführer auf Übersetzung verzichtet bzw. sich mit dem Beginn der Einvernahme vor dem Eintreffen des Dolmetschers einverstanden erklärt hätte. Ein solcher Verzicht geht jedoch weder aus dem Einvernahmeprotokoll noch den übrigen Akten hervor. Ebenso wie der Verzicht auf Ergänzungsfragen zu protokollieren ist (Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Weisungen für die Untersuchungsführung, Ziff. 23.10), wäre bei dem fremdsprachigen Beschuldigten, der durch seine Teilnahme an einer Zeugeneinvernahme den Willen zur (persönlichen) Wahrnehmung seiner Parteirechte manifestiert, auch ein (einstweiliger) Verzicht auf Übersetzung ausdrücklich im Protokoll festzuhalten. Zuzustimmen ist dem Beschwerdeführer sodann darin (KG act. 1 S. 4), dass entgegen der vorinstanzlichen Auffassung (KG act. 2 S. 6) aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer selber eine Zusatzfrage zu den vor dem Eintreffen des Dolmetschers gemachten Aussagen der Geschädigten stellte, nicht geschlossen werden kann, er habe alle Geschädigtenangaben ohne Übersetzung verstanden.

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Rüge der Verletzung von Parteirechten gemäss § 14 StPO begründet ist. Nachdem die Vorinstanz die Aussagen der Geschädigten als verwertbar erachtete (KG act. 2 S. 6) und sie auf diese auch massgeblich abstellte (KG act. 2 S. 6 - 10), liegt eine Verletzung gesetzlicher Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers und damit ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO vor. Das angefochtene Urteil ist demzufolge aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. a) Der Beschwerdeführer macht weiter eine Verletzung der Dokumentationspflicht geltend. Er begründet dies damit, dass im Anschluss an die polizeiliche Befragung der Geschädigten offenbar eine Fotokonfrontation stattgefunden habe, über deren detaillierten Ablauf aber nichts bekannt sei, da ein Fotodokumentati-

onsbogen in den Akten fehle. Es sei nicht ersichtlich, wieviele Personenbilder auf diesem Bogen vorhanden gewesen seien. Ebenso sei nicht bekannt, ob es sich dabei um dunkelhäutige Personen gehandelt habe und ob lediglich eine der wiedergegebenen Personen schiele. Bei der Fotodokumentation handle es sich um ein prozessual relevantes Belegstück. Nur daraus sei ersichtlich, wie die Zeugin auf den Beschwerdeführer gekommen sei. Würde sich herausstellen, dass der Zeugin neben dem Foto des Beschwerdeführers zehn andere weissshäutige Personen vorgezeigt worden seien, so müssten an der Täterschaft des Beschwerdeführers unüberwindbare Zweifel entstehen. Gleiches wäre anzunehmen, wenn der Zeugin lediglich eine einzige schielende Person gezeigt worden wäre. Einmal auf eine bestimmte Person fixiert, dürfte es schwer fallen, von einem einmal eingeschlagenen Weg abzuweichen (KG act. 1 S. 6 f.).

b) Der Grundsatz der Dokumentationspflicht besagt, dass alle prozessual relevanten Vorgänge von der handelnden Behörde in geeigneter Form festgehalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Strafakten integriert werden müssen (Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1997, N. 205; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel u.a. 2002, § 55 Rz 14). Die Aktenführungspflicht der Behörde ist das Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Partei, welche ihrerseits als Grundlage des Äusserungs- und Antragsrechts elementare Bestandteile des rechtlichen Gehörs sind. Im Strafprozess darf es zu einer Verurteilung nur aufgrund der Akten kommen, die dem Angeklagten bekannt sind (Hauser/Schweri, a.a.O., § 55 Rz 12; Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 137 ff.).

Wird zur Täteridentifikation eine Gegenüberstellung in der Form einer sogenannten Fotokonfrontation durchgeführt, ist dem Zeugen eine Auswahl von Vergleichsfotografien zu unterbreiten, wobei die Vergleichspersonen auf diesen Fotos der vorangegangenen Täterbeschreibung zu entsprechen haben. Dieser Vorgang ist zu protokollieren, und die Auswahl der dem Zeugen unterbreiteten Vergleichsfotos ist dem Dossier beizulegen (Stefan Blättler, Zur Problematik der Täteridentifikation im Rahmen einer Konfrontation aus der Sicht der polizeilichen Praxis, in: AJP 11/2000, S. 1374).

c) Aus der Formulierung des vorinstanzlichen Entscheides geht hervor, dass der Einwand des Beschwerdeführers, die Details der Fotokonfrontation seien nicht dokumentiert, zutrifft. Nicht ganz klar ist, was die Vorinstanz mit ihrem Hinweis auf Actorum 3 Seite 4 der erstinstanzlichen Akten zum Ausdruck bringen will, da eine Seite 4 des entsprechenden Aktenstückes in den dem Kassationsgericht vorliegenden Akten nicht existiert (vgl. ER act. 3). Nachdem die Erstinstanz betreffend Täteridentifikation auf Actorum 3 Seite 3 verwies (ER act. 43 S. 4), ist davon auszugehen, dass es sich im vorinstanzlichen Entscheid um ein Versehen handelt und eine Seite 4 der polizeilichen Befragung der Geschädigten und damit eine Dokumentation der Fotokonfrontation in den Akten tatsächlich fehlt. Damit liegt eine Verletzung der Aktenführungspflicht vor. Zu prüfen bleibt, ob dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt.

d) Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer könne daraus, dass den Akten nichts Näheres über die Identifizierung des Beschwerdeführers anhand einer Foto zu entnehmen sei, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es sei nämlich nicht um die Identifikation eines völlig unbekanntes Täters gegangen, sondern die Geschädigte habe vorgängig ausgesagt, den Beschwerdeführer vom Sehen her zu kennen und habe ein zutreffendes Signalement angegeben, wovon sich das Gericht anlässlich der Berufungsverhandlung habe überzeugen können. Keineswegs merkwürdig sei, dass die Geschädigte den Namen des Beschwerdeführers nicht habe nennen können, obwohl er ihr an ihrem Hochzeitsfest gratuliert habe, handle es sich beim Beschwerdeführer doch um einen Bekannten des Ehemannes der Geschädigten. Es sei deshalb durchaus denkbar, dass bei dieser Begegnung der Name nicht ausdrücklich genannt worden sei. Schliesslich sei nicht einzusehen, weshalb sie den Namen bei der Anzeige nicht genannt hätte, wenn sie diesen gekannt hätte. Gegen ein nachträgliches Konstrukt der Geschädigten hinsichtlich der Täterschaft sprächen sodann die Aussagen des Zeugen Z, welche - wie bereits dargelegt - bestätigten, dass die Geschädigte den Beschwerdeführer von Beginn weg belastet habe (KG act. 2 S. 8 f.). Ansonsten äusserte sich das Obergericht nicht zur Frage der Täteridentifikation.

e) Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass der Fotokonfrontation im vorliegenden Fall, in dem die Geschädigte den Täter kannte, jedoch seinen Namen nicht nennen konnte, nicht dieselbe Bedeutung zukommt wie in denjenigen Fällen, bei denen es sich beim Täter um eine gänzliche unbekannte Person handelt. Vorliegend ging es nicht um die Feststellung des Täters als Person, sondern (nur) um die Eruierung des Namens des der Geschädigten bereits bekannten Täters. Bei dieser Sachlage kommt der Fotokonfrontation nicht dieselbe entscheidende Bedeutung zu wie in Fällen, in denen einzig die Konfrontation Grundlage der Identifikation des Täters bildet. Nachdem die Vorinstanz feststellte, dass die Geschädigte ein zutreffendes Signalement angegeben habe und nicht nur die Zeugin D (ER act. 11 S. 2), sondern auch die Geschädigte (ER act. 10 S. 4) den Beschwerdeführer anlässlich ihrer bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme als Täter erkannten, rechtfertigt sich eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides aufgrund der festgestellten Verletzung der Dokumentationspflicht nicht. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

4. a) Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, der angefochtene Entscheid verletze den Grundsatz "in dubio pro reo", weshalb er mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Ziff. 4 StPO behaftet sei (KG act. 7 - 13).

b) Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters kann nach der Praxis des Kassationsgerichtes aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO dann mit Erfolg gerügt werden, wenn sie sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzes hält, sondern willkürlich, d.h. offensichtlich abwegig ist und einer missbräuchlichen Handhabung des richterlichen Ermessens gleichkommt (ZR 64 Nr. 54). Die Verneinung eines den Freispruch bedingenden Zweifels wird als Kassationsgrund angesehen, wenn diese bei ernsthafter Abwägung des "Für" und "Wider" schlechthin unverständlich ist (Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 21 zu § 430 StPO). Es ist zu berücksichtigen, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (BGE 124 IV 88 E. 2a mit Hinweisen; ZR 72 Nr. 80, 69 Nr. 50; von Rechenberg, Die Nichtigkeits-

beschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 34). Weiter geht auch die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV nicht, denn diese Bestimmungen schliessen einen Schuldspruch nur dann aus, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel am Tat- oder Schuldbeweis zurückbleiben (BGE 120 Ia 35 ff. mit Hinweisen).

Der in diesem Zusammenhang regelmässig angerufene 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 Beweise 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 hingegen dem Kassationsgericht – wie bereits ausgeführt – nur eine auf Willkür begrenzte Überprüfungsbefugnis zu (RB 1990 Nr. 5; vgl. auch BGE 127 I 38 E. 2c und 3a).

c) Der Beschwerdeführer wendet zunächst ein, die Vorinstanz gehe zu Unrecht von einem übereinstimmenden Kerngehalt der Aussagen der Geschädigten Y sowie denjenigen der Zeugin D aus. Währenddem die Zeugin D von höchstens zwei, drei Schlägen gesprochen habe, wolle die Geschädigte mit 20 bis 30 Schlägen gegen den Kopf eingedeckt worden sein. Eine solche Diskrepanz sei nicht geeignet, um von einer übereinstimmenden Aussage im Kerngehalt auszugehen. Die Vorinstanz versuche zwar, diese Diskrepanz damit abzutun, dass nicht sämtliche Schläge den Kopf der Geschädigten getroffen hätten. Unter diesen Umständen sei jedoch erstaunlich, dass die Geschädigte keinerlei Verletzungen am Arm, an den Händen oder an den Schultern aufgewiesen habe. Entweder erweise sich die Anzahl der von der Geschädigten geschilderten Schläge als völlig überrissen oder aber es seien lediglich Schläge mit einer Petflasche verabreicht worden. Zumindest hätten weitere medizinische Abklärungen oder nähere Abklärungen darüber, ob anlässlich jenes Anlasses in der ____halle überhaupt Glasflaschen verkauft worden seien bzw. ob sich die Personen beim Eintritt in die ____halle einer gründlichen Leibesvisitation hätten unterziehen müssen, gemacht werden müssen. Diesbezüglich hätte - wie vom Beschwerdeführer beantragt worden sei - eine gewisse E untersuchungsrichterlich befragt werden müssen (KG act. 1 S. 8 f.).

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, es hätten zusätzliche Abklärungen vorgenommen werden müssen, ist nicht ganz klar, ob er damit überhaupt einen selbstständigen Nichtigkeitsgrund geltend machen will. Wollte man davon ausgehen, erweise sich der Einwand - in Bezug auf die Frage der Art der Flasche - als zu wenig substantiiert, als dass darauf eingetreten werden könnte, da sich der Beschwerdeführer mit den entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz (KG act. 2 S. 13) nicht auseinandersetzt. Wenn der Beschwerdeführer geltend machen wollte, die Aussagen der Geschädigten seien nicht glaubhaft, weil sie nur die Verletzung am Kopf genannt habe, so erweise sich dieser Einwand als unzutreffend. Die Geschädigte hatte nämlich zum einen ausgesagt, sie habe auch blaue Flecken am Oberkörper erlitten (ER act. 10 S. 3), zum zweiten führen die ärztlichen Zeugnisse vom 7. September 2001 bzw. 5. Oktober 2001 (auch) eine Prellung/ein Hämatom am linken Ellbogen und ein Hämatom/eine Schürfung an der

Nase bzw. Nasenwurzel auf (ER act. 13/1; 13/4). Diese Verletzungen haben zwar keinen Eingang in die Anklage gefunden, weshalb sie, wie die Vorinstanz erwog, auch nicht zu dem zu erstellenden Sachverhalt gehören. Es kann aber auch nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe die Glaubwürdigkeit der Geschädigten aufgrund der geschilderten Verletzungen willkürlich beurteilt.

In Bezug auf die von der Geschädigten und der Zeugin unterschiedlich dargestellte Anzahl der Schläge lässt der Beschwerdeführer bei seiner Argumentation die konkrete Aussage der Zeugin ausser Acht. Diese hatte nämlich ausgeführt, sie habe gesehen, dass der Beschwerdeführer die Geschädigte gepackt und angefangen habe, mit einer Flasche auf ihren Kopf zu schlagen. Sie habe sich einschalten wollen und habe dann aber selbst einen Schlag gegen ihren Kopf erhalten, so dass sie einen Moment weg gewesen und zu Boden gefallen sei (ER act. 11 S. 2). Was sie gesehen habe, seien es höchstens zwei, drei Schläge gewesen. Sie habe dann hinzutreten wollen, aber selber einen Schlag erhalten (ER act. 11 S. 3). Wenn die Zeugin aber nur den Beginn der eingeklagten Handlung gesehen hat, ist es nicht unhaltbar, wenn die Vorinstanz trotz der unterschiedlich angegebenen Anzahl Schläge erwog, die Geschädigte und die Zeugin hätten den fraglichen Angriff des Beschwerdeführers mit einer Flasche übereinstimmend geschildert (KG act. 2 S. 7).

d) Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, wenn man die Schilderungen der Geschädigten unmittelbar vor den eigentlichen Schlägen der Geschädigten mit denjenigen der Zeugin vergleiche, stelle man fest, dass diese erheblich von einander abweichen würden. Derartige Abweichungen im Tatablauf würden sich nur in Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" eignen, den Beschwerdeführer eines strafbaren Verhaltens zu überführen. Hernach führt der Beschwerdeführer verschiedene, seiner Ansicht nach bestehende Ungereimtheiten auf (KG act. 1 S. 9 f.).

Die Vorinstanz hat begründet, weshalb sie in den Schilderungen der Geschädigten und der Zeugin keine relevante Diskrepanz erblickt (KG act. 2 S. 6 f.). Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander. Die Beschwerde beschränkt sich vielmehr darauf, die eigene Beweiswürdigung des

Beschwerdeführers derjenigen des Obergerichts gegenüberzustellen. Dies genügt aber den Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes nicht. Auf die Beschwerde kann deshalb in diesem Punkt nicht eingetreten werden. Ebenfalls nicht eingetreten werden kann auf die in der Beschwerde aufgeführten weiteren Ungereimtheiten, da diese als appellatorische Kritik zu qualifizieren sind.

e) Nicht einzutreten ist auch auf die Ausführungen in der Beschwerde auf den Seiten 10 und 11, Litera bb). Die Vorinstanz hat sich zu diesen Einwänden des Beschwerdeführers geäußert (KG act. 2 S. 8 ff.). Sie hat begründet, weshalb die negativen Äusserungen der Geschädigten über den Beschwerdeführer nicht auf die Unglaubhaftigkeit der belastenden Aussagen schliessen liessen (KG act. 2 S. 9). Ebenso hat sich das Obergericht mit dem bereits im Berufungsverfahren erhobenen Einwand, die Zeugin und die Geschädigte hätten ihre Aussagen miteinander abgesprochen, befasst (KG act. 2 S. 8). Auch mit diesen Überlegungen setzt sich die Beschwerde nicht auseinander.

f) Unter Litera cc) weist der Beschwerdeführer auf die Aussagen seiner Ehefrau und des Zeugen Z hin. Er führt weiter aus, die Geschädigte habe unmittelbar nach der Tat einen Mann namens "O" gesucht, bei dem es sich offenbar um den effektiven Täter handeln müsse. Der von der Vorinstanz diesbezüglich konstruierte Zusammenhang mit der Schwiegermutter des Beschwerdeführers, welche M heisse, scheine reichlich gewagt. Ohnehin wäre der entsprechende Hinweis, der vom Geschädigtenvertreter stamme, nicht verwertbar. Hinzu komme, dass gemäss Aussage des Zeugen Z ein angeblicher "P" den Beschwerdeführer gesehen habe, wie er vor dem angeklagten Vorfall die Örtlichkeiten verlassen habe. Dieser "P" hätte als Zeuge befragt werden müssen, was jedoch trotz gegenteiligen Antrags unterlassen worden sei (KG act. 11 f.).

Der Beschwerdeführer legt in der Beschwerdeschrift nicht dar, inwiefern die vorinstanzliche Würdigung der Aussagen seiner Ehefrau und des Zeugen Z als unhaltbar einzuschätzen wären. Ebenso wenig setzt sich die Beschwerde mit den Erwägungen der Vor- bzw. Erstinstanz auseinander, weshalb auf die Einvernahme von "P" verzichtet werden könne (KG act. 2 S. 7; ER act. 43 S. 12). Auch die-

se Vorbringen des Beschwerdeführers erweisen sich als zu unsubstanziert, als dass darauf eingetreten werden könnte.

g) Schliesslich begründet der Beschwerdeführer (noch einmal), weshalb es zu seinem (widerrufenen) Zugeständnis anlässlich seiner Einvernahme vom 3. Dezember 2001 (ER act. 12) gekommen sei. Von einem Geständnis aus freien Stücken könne keine Rede sein. Auch wenn der Druck kein Ausmass im Sinne von § 154 StPO angenommen habe, welcher zu einer Unverwertbarkeit der Aussage führen würde, so habe sich der Beschwerdeführer dennoch einem unausweichlichen Druck ausgesetzt gesehen (KG act. 12 f.).

Die Vorinstanz hat sich zur Würdigung der Aussagen des Beschwerdeführers, insbesondere zum widerrufenen Geständnis, geäussert (KG act. 2 S. 10 ff., insbes. S. 12). Auch mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander.

h) Es ergibt sich damit, dass sich die Vorwürfe des Beschwerdeführers der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" bzw. der willkürlichen Beweiswürdigung als unbegründet erweisen, soweit auf die Rügen überhaupt eingetreten werden kann.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde in einem Punkt begründet ist, weshalb sie gutzuheissen und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens (inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung) der Beschwerdegegnerin 2, welche sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifizierte und Abweisung der Beschwerde beantragte (KG act. 11), aufzuerlegen (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2003 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 378.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden der Beschwerdegegnerin 2 auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich (Proz.Nr. GG010830) sowie das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: