



Kass.-Nr. AC050069/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 12. Mai 2006

in Sachen

1. Anton X.,
...
...,
Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer 1
bisher amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...
neu amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...
Zürich

2. ...,

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**
Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin 1
vertreten durch Oberstaatsanwalt lic. iur. Martin Bürgisser, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons
Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich
2. Francesco Y.,
...,
Geschädigter und Beschwerdegegner 2

betreffend **einfache Körperverletzung etc. und Widerruf**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und einen Beschluss der II.
Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. März 2005
(SB040529/U/gk)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Laut Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 13. Februar 2004 kam es am Nachmittag des 23. November 2002 zwischen Z., Mitangeklagter von Anton X. (künftig: Beschwerdeführer), und dem Geschädigten, Francesco Y. (künftig: Beschwerdegegner 2), zu einem kleinen Handgemenge, in dessen Verlauf Z. seinen Pfefferspray hervornahm und dem Beschwerdegegner 2 damit ins Gesicht spritzte. Dem Beschwerdeführer warf die Bezirksanwaltschaft im Hauptdossier vor, er sei noch während des Handgemenges zum Tatort gekommen. Für diesen Abend habe er von Z., für den er gearbeitet habe, einen Personenschutzauftrag erhalten und von letzterem vorgängig zu diesem Zwecke eine Schlagrute und einen Pfefferspray erhalten, obwohl weder Z. noch der Beschwerdeführer über die erforderlichen Bewilligungen für den Erwerb und das Tragen einer Waffe (Schlagrute) verfügt hätten. Der Beschwerdeführer sei aus seinem Wagen gestiegen, habe sich ins Handgemenge eingemischt und mit der Schlagrute mehrmals auf den Kopf und den Körper des Beschwerdegegners 2 eingeschlagen, wobei sich letzterer – neben den Augenverätzungen als Folge des Pfeffersprays von Z. – eine Platzwunde am Kopf, welche habe zugenäht werden müssen, sowie Blutergüsse im Bereich der linken Flanke, über dem linken Schultergelenk und am linken Vorderarm zugezogen habe. Mit diesem Verhalten habe sich der Beschwerdeführer der einfachen Körperverletzung, begangen mit einer Waffe i.S.v. Art. 123 Ziff. 1 und Ziff. 2 Abs. 1 StGB, und der Widerhandlung gegen Art. 33 Abs. 1 lit. 1 i.V.m. Art. 4 Waffengesetz (WG) schuldig gemacht. Weiter wurde ihm eine grobe Verletzung von Verkehrsregeln gemäss Art. 90 Ziff. 2 SVG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV zur Last gelegt (BG act. 31).

2. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 6. Abteilung, vom 25. Juni 2004 wurde der Beschwerdeführer der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 und Ziff. 2 Abs. 1 StGB, der Widerhandlung gegen Art. 33 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 4 WG und der Verletzung der Verkehrsregeln i.S.v. Art. 90 Ziff. 2 SVG

i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV schuldig gesprochen und mit 6 Monaten Gefängnis, abzüglich 1 Tag Untersuchungshaft, und einer Busse von Fr. 1'000.-- bestraft, wobei der Vollzug der Strafe unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren aufgeschoben wurde. Zudem wurden der Beschwerdeführer und Z. dem Grundsatz nach verpflichtet, dem Beschwerdegegner 2 Schadenersatz zu leisten und solidarisch verpflichtet, dem Beschwerdegegner 2 eine Genugtuung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen. Ausserdem ordnete die 6. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich den Vollzug einer bedingt aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 16 Monaten Gefängnis und von 4 Jahren Landesverweisung an (BG act. 57).

3. Gegen dieses Urteil erklärten sowohl der Beschwerdeführer als auch Z. Berufung (BG act. 50 und 53). Am 25. Januar 2005 fand die Berufungsverhandlung vor Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer statt (Prot. OG S. 3 ff.). Mit obergerichtlichem Beschluss vom 21. Februar 2005 wurde die Einvernahme des bis anhin nur polizeilich befragten Semsedin O. als Zeugen angeordnet (OG act. 70), was mit Datum von 8. März 2005 geschah (Prot. OG S. 22 ff.). Mit Urteil vom 8. März 2005 bestätigte das Obergericht den Schuldspruch gegen den Beschwerdeführer vollumfänglich und bestrafte ihn mit 6 Monaten Gefängnis bedingt, abzüglich 1 Tag Haft, unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren; auf die Ausfällung einer Busse verzichtete die Vorinstanz. Weiter wurde nur noch der Beschwerdeführer im Grundsatz verpflichtet, dem Beschwerdegegner 2 Schadenersatz zu leisten und ihm eine Genugtuung von Fr. 1'000.-- zu leisten. Der Vollzug einer früher bedingt angeordneten Freiheitsstrafe und Landesverweisung wurde von der Berufungsinstanz bestätigt (OG act. 77 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

4. Der Beschwerdeführer meldete gegen den Berufungsentscheid rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 80) und begründete diese mit Eingabe seines früheren amtlichen Verteidigers vom 12. Mai 2005 (KG act. 1). Mit Zwischenbeschluss des Kassationsgerichtes vom 14. Juni 2005 wurde Rechtsanwalt Dr. _____ als amtlicher Verteidiger des Beschwerdeführers entlassen und es wurde ihm neu Rechtsanwalt _____ als amtlicher Verteidiger beigegeben (KG act. 7). Mit Datum vom 26. August 2005 begründete Rechtsanwalt _____ innert der ihm neu angesetzten 30-tägigen Frist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, wies darauf hin, dass seine Eingabe diejenige von Rechtsanwalt _____

vollumfänglich ersetze und beantrage die Aufhebung des angefochtenen Urteiles und Beschlusses des Obergerichtes vom 8. März 2005 (KG act. 9 S. 2).

Die Vorinstanz und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 1) verzichteten ausdrücklich auf eine Vernehmlassung bzw. Beantwortung der Beschwerde (KG act. 12 bzw. 13); der Beschwerdegegner 2 reichte innert Frist keine Beschwerdeantwort ein.

5. Gegen den Entscheid des Obergerichtes wurde vom Beschwerdeführer sowohl eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde als auch staatsrechtliche Beschwerde erhoben und je mit Datum vom 12. Mai 2005 begründet (OG act. 87/2, 88/2 und KG act. 5).

II.

1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch betreffend einfache Körperverletzung. Er bestreitet in diesem Zusammenhang nicht, dass er sich in die tätliche Auseinandersetzung zwischen Z. und dem Beschwerdegegner 2 eingemischt und mit der Stahlrute auf den Beschwerdegegner 2 eingeschlagen und diesen verletzt habe. Er macht aber zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe bezüglich des Tatablaus durch verschiedene Tatsachenfeststellungen die Beweise zu seinen Ungunsten willkürlich oder gar nicht gewürdigt. So sei der Schlagruteneinsatz des Beschwerdeführers vor dem ersten Einsatz des Pfeffersprays erfolgt und nicht wie die Vorinstanz angenommen habe, in umgekehrter Reihenfolge. Diese Annahme der Vorinstanz sei willkürlich bzw. verstosse gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“ und habe dazu geführt, dass sie für den Zeitpunkt des ersten Schlagruteneinsatzes durch den Beschwerdeführer keine Notwehrsituation von Z. angenommen und demzufolge nicht geprüft habe, ob der Beschwerdeführer Z. Notwehrhilfe geleistet habe (Beschwerde 9 S. 2 bis 5). Zur Begründung wird im Einzelnen Folgendes vorgebracht:

1.1 Zunächst halte die Vorinstanz es unter Berufung auf die Aussagen des (einzigen unabhängigen) Zeugen O., dessen Aussagen nach Würdigung der Vor-

instanz besonderes Gewicht zukomme, für erstellt, dass der Beschwerdeführer die Schlagrute bereits aus der Tasche genommen habe, (kurz) bevor er die Streitenden (Z. und der Geschädigte) erreicht habe, nämlich ca. einen Meter vorher. Völlig unbestritten sei vor der Vorinstanz auch geblieben, dass Z. vom - physisch offensichtlich überlegenen – Geschädigten (in rechtswidriger Weise) als erstes massiv tätlich angegriffen worden sei und Z. sich vergeblich zu wehren versucht habe, was gegen aussen auch für alle Beteiligten klar erkennbar gewesen sei. Ebenso unbestritten sei geblieben, dass alles sehr schnell vor sich gegangen sei. Für die Beurteilung der Frage, ob der Beschwerdeführer – wie von ihm geltend gemacht worden sei – dem Mitangeklagten Z. mit physischer Gewalt zu Hilfe geeilt sei bzw. zu Hilfe habe eilen müssen und dürfen, sei in tatsächlicher Hinsicht der Ablauf der Geschehnisse bzw. der Wahrnehmung dieses Ablaufs durch den Beschwerdeführer von entscheidender Bedeutung. Zentral sei dabei die Frage, ob der Geschädigte im Zeitpunkt des physischen Eingreifens durch den Beschwerdeführer noch im Begriff gewesen sei, Z. zu attackieren oder ob ein solcher Angriff unmittelbar bevorstanden habe. Dazu nehme die Vorinstanz jedoch in keiner Weise Stellung, sondern begnüge sich mit dem Hinweis, dass nach eigenen Aussagen des Beschwerdeführers Z. gelungen sei, sich selber mit dem Pfefferspray zur Wehr zu setzen, bevor er (Beschwerdeführer) mit der Schlagrute auf den Geschädigten eingeschlagen habe.

Schon bezüglich des Zeitpunkts des Pfeffersprayeinsatzes hätte – so der Beschwerdeführer weiter – diese Schlussfolgerung der Vorinstanz an unüberwindbaren Zweifeln scheitern müssen: Die Feststellung werde nämlich von der Vorinstanz nicht nur in keiner Weise belegt, sondern sie widerspreche auch diametral den vom Zeugen O. gemachten Aussagen. Der Zeuge O. werde von der Vorinstanz als sehr glaubwürdiger Zeuge beschrieben, der das Geschehen genau beobachtet habe, weil er beabsichtigt habe, in das Geschehen einzugreifen. O. habe als unbeteiligter Beobachter den Ablauf in beiden vorliegenden Befragungen so geschildert, dass der Beschwerdeführer die Schlagrute gegen den Beschwerdeführer (recte: Beschwerdegegner 2) eingesetzt habe, bevor der Pfeffersprayeinsatz erfolgt sei. Unmittelbar nach dem Ereignis sei er sich dessen ganz sicher gewesen und zweieinhalb Jahre später vor der Vorinstanz noch zu 90%.

Diese klaren und konstanten Aussagen eines unbeteiligten und erhöht glaubwürdigen Beobachterzeugen begründeten unüberwindliche Zweifel an der eingeklagten Sachverhaltsschilderung, wonach sich das Geschehen in umgekehrter Reihenfolge (Pfeffersprayeinsatz vor Schlagruteneinsatz) abgespielt habe. Gemäss dem Grundsatz "in dubio pro reo" sei deshalb im Verfahren gegen den Beschwerdeführer davon auszugehen, dass er mit der Stahlrute eingegriffen habe, bevor der erste Pfeffersprayeinsatz erfolgt sei. Daran ändere nichts, dass die Vorinstanz im Verfahren gegen den Mitangeklagten zu dessen Gunsten von der umgekehrten Reihenfolge ausgegangen sei. Daran ändere auch nichts, dass die direkt Beteiligten zum Teil abweichende Aussagen gemacht hätten, komme ihren Aussagen doch grundsätzlich viel weniger Gewicht zu. Zum einen seien sie direkt in die sehr dynamischen Vorgänge involviert gewesen und zum anderen hätten sie aufgrund der konkreten Umstände ein Interesse gehabt, die Vorgänge zu ihren eigenen Gunsten notfalls wahrheitswidrig zu schildern. Der Beschwerdeführer und der Mitangeklagte Z. hätten nämlich von Berufs wegen gewusst, dass das Mitführen eines Schlagstocks illegal gewesen sei und hätten deshalb grundsätzlich ein Interesse gehabt, den Gebrauch dieser illegalen Waffe in den Hintergrund und den Gebrauch der (legalen) Waffe Pfefferspray in den Vordergrund zu rücken. Der Geschädigte wiederum habe durchaus das Interesse, sich mehr als Verteidiger und nicht als Angreifer darzustellen und es liege nahe, dass er die (unbestrittene) Erstangreiferrolle eher Z., mit dem er im Streit gelegen sei, zugeschoben habe. Jedenfalls sei ausschlaggebend, dass der auch von der Vorinstanz mit Abstand als glaubwürdigster Zeuge bezeichnete O. einen klaren Ablauf geschildert habe, und dass die Zeugenaussage vernünftige Zweifel an der anklagegemässen Sachverhaltsschilderung evoziere, welche durch keine anderen Beweismittel beseitigt würden (Beschwerde S. 3 bis 5).

1.2 Es kann offen bleiben, ob die vorliegende Beschwerde den obgenannten Anforderungen an die Begründung derselben genügt, erweist sich doch die Beschwerde aus den nachfolgend dargelegten Gründen als unbegründet.

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, son-

dern 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, a.a.O., 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, a.a.O., S. 34).

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 der 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 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).

1.3 Die Vorinstanz kam nach Würdigung der Aussagen des Zeugen O., des Mitangeklagten Z., des Beschwerdegegners 2 sowie des Beschwerdeführers zum Thema Geschehnisablauf zum Schluss, wohl habe Semsedin O. gesagt, es habe im Verlauf der Auseinandersetzung (erst) eine kleine Wolke zwischen den Streitenden gegeben, nachdem der dritte Mann – der Beschwerdeführer – schon mindestens einmal mit einem Gegenstand – der Stahlrute – auf den Kopf des Beschwerdegegners 2 eingeschlagen habe. O. sei sich in diesem Punkt allerdings nicht mehr 100% sicher gewesen und habe sich vermutlich falsch erinnert, denn die Sachdarstellung der drei unmittelbar am Streit Beteiligten würde gerade diesbezüglich übereinstimmen, indem sie immer klar ausgesagt hätten, dass der Beschwerdeführer erst (kurz) nach dem Sprayeinsatz in die Auseinandersetzung eingegriffen habe. Insbesondere der Beschwerdegegner 2, der dem Angeklagten Z. nicht eben wohlgesinnt sei, hätte keinerlei Anlass gehabt, diesen Punkt bewusst falsch darzustellen und nicht zu erwähnen, wenn er (der Beschwerdegegner 2) erst nach dem Schlagstockeinsatz vom Beschwerdeführer zusätzlich noch durch Z. mit Pfefferspray angegriffen worden wäre. Die Beteiligten – so auch O. – seien sich auch einig gewesen, dass alles sehr schnell vor sich gegangen sei. Es sei daher denkbar, dass der Pfeffersprayeinsatz resp. die „kleine Wolke“, das Hinzukommen des Beschwerdeführers und dessen Schläge auf den Beschwerdegegner 2 zeitlich derart nah aufeinander gefolgt seien, dass es für den aussenstehenden Zeugen O. nicht klar unterscheidbar gewesen sei. Zumindest sei bei dieser Situation zu Gunsten des Angeklagten Z. davon auszugehen, dass es sich eben so verhalten habe, dass er den Pfefferspray gegen Beschwerdegegner 2 eingesetzt habe, bevor ihm der Beschwerdeführer zu Hilfe geeilt sei (KG act. 2 S. 17/18). Nach dem bereits Gesagten sei zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner 2 als erster (gegenüber Z.) tätlich geworden sei. Aufgrund der offensichtlichen physischen Überlegenheit des Beschwerdegegners 2 – O. habe von einem kräftigen Mann, der einen kleinen Mann am Kragen gepackt und geschüttelt habe, gesprochen – habe Z.s Situation aus Sicht des Beschwerdeführers zunächst durchaus als bedrohlich erschienen. Nach

eigenen Aussagen des Beschwerdeführers sei es aber Z. gelungen, sich selber mit dem Pfefferspray zur Wehr zu setzen, bevor er (Beschwerdeführer) mit der Schlagrute auf den Beschwerdegegner 2 eingeschlagen habe (KG act. 2 S. 20). Das Obergericht kam mithin zum Schluss, dass Z. den Pfefferspray vor dem Gebrauch der Stahlrute durch den Beschwerdeführer eingesetzt hatte.

1.4 Als in der Anfangsphase unmittelbar an der Auseinandersetzung beteiligte Personen sagten sowohl Z. als auch der Beschwerdegegner 2 hinsichtlich der Reihenfolge des Einsatzes des Pfeffersprays und der Schlagrute durch den Beschwerdeführer übereinstimmend aus, dass zuerst der Pfefferspray durch Z. und nachher die Schlagrute durch den Beschwerdeführer zum Einsatz gelangt seien. Z. hielt hiezu in der ersten Einvernahme vor der Polizei fest, der Beschwerdegegner 2 sei auf ihn zugekommen, habe ihn an der Jacke gepackt und ihn mit dem Ellbogen gegen das Auto gedrückt. Mit der linken Hand habe er ihn gegen das Auto gedrückt und habe dann mit der rechten Faust ausgeholt und habe ihn gegen den Kopf schlagen wollen. Er selber habe seine rechte Hand in der Jackentasche gehabt und in diesem Moment einen Spray hervorgezogen. Er habe gegen das Gesicht des Geschädigten gezielt und gedrückt. Er habe keinen Faustschlag erhalten und der Geschädigte und er hätten nichts mehr gesehen. Sie seien auseinandergewandert. Plötzlich habe er seinen Kollegen Anton (Beschwerdeführer) gesehen. Er sei gekommen und habe ihm geholfen (BG act. 11/1 S. 2). In der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 21.10.2003 bestätigte Z. die bereits vor der Polizei geschilderte Reihenfolge des Einsatzes von Pfefferspray und Schlagrute und führte aus, als er zum Treffpunkt gekommen sei, sei er aus dem Auto gestiegen und habe ihn (den Geschädigten und Beschwerdegegner 2) gefragt, was los sei. Er sei mit der ausgestreckten Faust auf ihn zugekommen. Er (Beschwerdegegner 2) habe ihn schlagen wollen, habe ihn jedoch nicht getroffen, da er nach hinten habe ausweichen können. Daraufhin habe er (Beschwerdegegner 2) ihm seinen Ellbogen in seinen Hals gedrückt und ihn gegen das Auto gedrückt. Er habe seinen Pfefferspray aus der Tasche genommen und Y. (Beschwerdegegner 2) angespritzt. Der Beschwerdeführer sei mit seinem Auto hinter ihm hergefahren. Als er gesehen habe, dass er mit dem Beschwerdegegner 2 am Kämpfen gewesen sei, sei der Beschwerdeführer aus dem Auto gestiegen

und ihm zu Hilfe geeilt. Auf die Frage, ob der Beschwerdeführer beim Einsatz des Pfeffersprays schon anwesend gewesen sei, antwortete Z. mit "Nein". Ebenso hielt Z. auf entsprechende Frage hin fest, der Beschwerdeführer habe keinen Pfefferspray abbekommen, er sei erst später gekommen, der Pfefferspray sei noch in der Luft gewesen (BG act. 11/2 S. 2 mitte und 3 mitte). Bei dieser Sachdarstellung blieb Z. auch bei der zweiten bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 13.2. 2004 (BG act. 11/3 S. 2). Sowohl anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Zürich wie auch anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte Z. erneut, dass er zuerst vom Pfefferspray Gebrauch gemacht habe und erst dann die Schlagrute durch den Beschwerdeführer eingesetzt worden sei (BG Prot. S. 3/4; OG Prot. S. 17).

Der Beschwerdegegner 2 bestätigte bei beiden Befragungen durch die Polizei, wie auch als Zeuge vor der Bezirksanwaltschaft Zürich konstant den oben festgehaltenen, durch Z. geschilderten Tatablauf. So hielt er am 23.11.2002 dafür, dass er das Handgelenk von Z. gepackt habe und dieser fast gleichzeitig einen Pfefferspray genommen und ihm ins Gesicht und auf die Kleider gespritzt habe. Er habe dann plötzlich von hinten gehört, wie jemand eine Schlagrute ausgefahren und gesagt habe, er würde ihn umbringen (BG act. 10/1 S. 2). Am 29.11. 2002 bestätigte der Beschwerdegegner 2 seine mit Bezug auf den Tatablauf am 23.11.2002 gemachten Aussagen indem er dafür hielt, es sei schon möglich, dass er Z. auf sein Auto gedrückt habe, in diesem Moment habe er (Z.) in sein Lederétui am Gürtel gefasst und einen kleinen, fingerdicken, weissen Spray mit schwarzer Kappe aus dem Etui gezogen und ihm in die Augen gesprayt. Als (Z.) gesprayt habe und es ihm durch den Kopf gefahren sei, dass er (Z.) ihn reingelegt habe, habe er schon das Ausfahren einer Schlagrute gehört (BG act. 10/2 S. 1). Auch als Zeuge bestätigt der Beschwerdegegner 2, dass Z. ihn habe am Kragen halten wollen, worauf er ihn am Kragen gehalten habe. Er habe gesehen, dass er (Z.) einen Pfefferspray genommen habe und ihm alles ins Auge gespritzt habe. Er habe dann fast nichts mehr gesehen. Er habe dann noch gehört, wie eine Schlagrute aufgegangen sei. Er könne sich vorstellen, dass er (der Beschwerdeführer) etwas gesehen und zu ihnen gekommen sei und dann Pfefferspray abbe-

kommen habe. Es sei alles sehr schnell gegangen. Kurz nach dem Pfeffersprays sei nämlich der Schlagstock zum Einsatz gekommen (BG act. 10/3 S. 2/3 und 6).

Der Beschwerdeführer seinerseits schloss sich bei der Schilderung des Tatablaufes Z. und dem Beschwerdegegner 2 an. Er gab am 24.11.2002 zu Protokoll, er sei ausgestiegen und habe die beiden trennen wollen. In diesem Moment habe ihm jemand Pfefferspray in das Gesicht gespritzt. Plötzlich habe er einen Schlag gegen den Kopf bekommen. Als er mit dem Auto gekommen sei, seien die beiden voll am "Schlegeln" gewesen. Als er ausgestiegen sei, sei plötzlich der Pfefferspray gegen sein Gesicht gekommen (BG act. 12/1 S. 1 und 6). Drei Tage später ergänzte der Beschwerdeführer seine Aussagen, als er hinzugekommen sei, hätten beide miteinander einen Tränengasspray in den Händen gehabt. Dann habe es gespritzt und er habe auch etwas davon erwischt, als er zwischen die beiden getreten sei (BG act. 12/2 S. 1). Bei beiden nachfolgenden Einvernahmen vor Bezirksanwaltschaft Zürich hielt der Beschwerdeführer fest, er sei ausgestiegen und sei zwischen Z. und den Mann gegangen, mit dem er (Z.) gestritten habe. Er habe die beiden Männer trennen wollen. Plötzlich habe Z. einen Pfefferspray genommen und auf den anderen Mann gesprüht. Er habe auch davon abbekommen. Er habe die beiden auseinanderbringen wollen. Dann sei der Pfefferspray gekommen (BG act. 12/3 S. 2, BG act. 12/4 S. 2, 3). Bestätigt wurde dieser Geschehnisablauf vom Beschwerdeführer auch vor dem erstinstanzlichen Gericht; er anerkannte ausdrücklich die in der Anklageschrift geschilderte Reihenfolge Einsatz des Pfeffersprays durch Z. und dann Einsatz der Schlagrute durch ihn selber (Prot. BG S. 5).

Der vor Vorinstanz befragte Zeuge O. äusserte sich hinsichtlich des Geschehensablaufes dahingehend, er sei sich zu 90% sicher, dass die Schlagrute zuerst eingesetzt worden sei und erst nachher der Pfefferspray (Prot. OG S. 29/30). Immer wieder wies der Zeuge aber daraufhin, dass alles sehr schnell gegangen sei (Prot. OG S. 26 unten, 27 Mitte).

1.5 Dass die Vorinstanz in Würdigung der kongruenten Aussagen dreier Direktbeteiligter (Z., Beschwerdegegner 2 und Beschwerdeführer) zum eingeklagten Tatablauf (Einsatz des Pfeffersprays und anschliessender Einsatz der Schlagrute)

zum Schluss kam, dass sich der Zeuge O. in diesem Punkt geirrt hat, ist nicht zu beanstanden. Die gegenüber den drei Direktbeteiligten hinsichtlich des Tatablaufes abweichenden Aussagen des Zeugen O. lassen keine erheblichen oder unüberwindlichen Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Sachverhaltsannahme durch die Vorinstanz zu, sind mithin nicht willkürlich. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

2. Der Beschwerdeführer moniert zusammengefasst weiter, er habe mehrmals angegeben, er sei selbst stark auf den Kopf geschlagen worden und sei dabei auch verletzt worden und habe als Reaktion darauf seinerseits blind mit der Stahlrute um sich geschlagen. Die Vorinstanz habe sich dazu lediglich dahingehend geäußert, dass es richtig sei, dass der Beschwerdeführer selber ebenfalls verletzt worden sei. Wie dies genau geschehen sei, sei nicht weiter geklärt, könne aber offen bleiben. Die Vorinstanz, so der Beschwerdeführer, ver falle mit dieser Feststellung in willkürliche Beweiswürdigung. Zusammengefasst hält er dafür, wenn jemand einem Angegriffenen zu Hilfe eile und ihm im Rahmen der darauf folgenden tätlichen Auseinandersetzung Verletzungen zugeführt würden, so sei dies ein relevanter Sachverhalt. Die Frage, ob, wann und von wem der Beschwerdeführer im Laufe der tätlichen Auseinandersetzung geschlagen worden sei, sei nicht von untergeordneter, sondern von erheblicher Bedeutung. Dass diese Frage von der Vorinstanz vollständig ausgeklammert worden sei, wirke sich insofern zum Nachteil des Beschwerdeführers auf den angefochtenen Entscheid aus, als deshalb nicht geprüft worden sei, ob er selber dadurch in eine Notwehrsituation geraten sei bzw. ob sein allfälliges Verschulden bezüglich eines nachfolgenden Verhaltens anders gewichtet werden müsste. Die Vorinstanz füge (hypothetisch und summarisch) hinzu, dass auch bei Vorliegen einer Notwehrhilfesituation das mehrmalige Zuschlagen mit einer Stahlrute u.a. auf den Kopf des Geschädigten jedenfalls als völlig unverhältnismässige Gewaltanwendung bezeichnet werden müsste (Beschwerde S. 5 bis 7).

2.1 Die Frage, ob bei Vorliegen einer Notwehrhilfesituation ein mehrmaliges Zuschlagen mit einer Stahlrute u.a. auf den Kopf einer Person als völlig unverhältnismässige Gewaltanwendung qualifiziert werden muss, stellt eine solche des materiellen Bundesrechts dar, welche vom Bundesgericht im Rahmen einer eid-

genössischen Nichtigkeitsbeschwerde mit freier Kognition beurteilt werden könnte. Aufgrund der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 430b StPO) kann diese Frage im vorliegenden Nichtigkeitsverfahren folglich nicht geprüft werden.

2.2 Der Beschwerdeführer erwähnte seine von ihm erlittenen Verletzungen immer im Zusammenhang mit seinen Ausführungen betreffend Gebrauch der Stahlrute. Er hielt zusammengefasst fest, aufgrund seiner Verletzungen habe er zu seinem Schutz mit der Stahlrute einfach wild um sich geschlagen, er habe Panik bekommen und nichts mehr gesehen, er habe nicht etwa gezielt auf den Kopf oder den Körper des Beschwerdegegners 2 eingeschlagen (zuletzt in der Berufungsverhandlung, Prot. OG S. 10 und 11).

Die Vorinstanz setzte sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sehr wohl mit seinen Aussagen betreffend seinen Verletzungen auseinander und kam – wie nachfolgend ausgeführt – zum Schluss, dass die von ihm geltend gemachten Verletzungen eben nicht die von ihm behaupteten Auswirkungen (Gebrauch der Stahlrute zu seinem Schutz als Folge auf die erlittenen Verletzungen, nicht gezieltes, sondern wildes Umsichschlagen) gehabt haben. Das Obergericht hielt fest, diese Darstellung des Beschwerdeführers sei indes insbesondere durch die Aussagen des unbeteiligten Zeugen O., die sich mit Z.s Schilderungen des Tatherganges decken würden, widerlegt. O., der einen sehr glaubwürdigen Eindruck erweckt und der lebendig und detailliert ausgesagt habe, habe das Geschehen genau beobachtet, weil er beabsichtigt habe, in die Auseinandersetzung einzugreifen. Demgemäss habe er sich heute auch an den Beschwerdeführer zu erinnern vermocht, der ihm (O.) als einer der Angreifer und – mit der Stahlrute – auch als Gefahr für ihn selbst erschienen sei. Der Zeuge habe auch glaubhaft dargetan, dass der Beschwerdeführer die Stahlrute bereits aus der Tasche genommen habe, (kurz) bevor er die Streitenden erreicht habe, ca. einen Meter vorher. Damit sei dessen Behauptung, er habe erst als Reaktion auf eigene Schläge und den Pfefferspray die Rute hervorgezogen klar widerlegt. Der Zeuge habe weiter bestätigt, dass der Beschwerdeführer Schlagbewegungen von oben nach unten auf den Kopf des Geschädigten ausgeführt habe – und damit eben nicht wild und ohne zu zielen um sich geschlagen habe (KG act. 2 S. 19).

Gelangte die Vorinstanz aufgrund ihres Beweisergebnisses zum Schluss, dass der Beschwerdeführer die Stahlrute eben gerade nicht zu seiner Verteidigung und nicht wild um sich schlagend gebraucht hatte, durfte sie ohne einen Nichtigkeitsgrund zu setzen die Frage wo, wann und von wem der Beschwerdeführer seine Verletzungen erlitten hatte, offen lassen. Die Beschwerde ist auch diesem Punkt unbegründet.

2.3 Soweit der Beschwerdeführer die Würdigung der Vorinstanz seiner Behauptungen, wonach er sich aufgrund eigener erlittenen Verletzungen mit der Stahlrute nur habe schützen wollen und lediglich wild, ohne zu zielen, um sich geschlagen habe, als willkürlich rügen sollte, wäre auf diese Rüge aus formellen Gründen nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz weder konkret auseinander, noch verweist er auf Aktenstücke, aus welchen sich belegen liesse, dass von einer willkürlichen tatsächlichen Annahme ausgegangen wurde. Selbst wenn darauf eingetreten würde, wäre auf die Rüge allerdings aus den eben angeführten Gründen abzuweisen.

3. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Sie ist insoweit abzuweisen.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kostenpflichtig.

Mangels Umtrieben ist dem Beschwerdegegner 2 keine Entschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 521.-- Schreibgebühren,
Fr. 361.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 6. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich (ad DG040211), das Migrationsamt des Kantons Zürich, das Bundesamt für Polizei, Zentralstelle Waffen, die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich und das Strassenverkehrsamt des Kantons Luzern, Massnahmen, Postfach 162, 6000 Luzern 4 (00.004.134.133), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: