

# **BGer 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018**

Bundesgericht, 2018-05-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1005\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1005_2017)

FR: TF 6B\_1005/2017 du 9 mai 2018

IT: TF 6B\_1005/2017 del 9 maggio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Beschwerdeführer rügt die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich. Willkürfrei könne höchstens als erstellt gelten, dass er den am Boden liegenden Beschwerdegegner mehrfach getreten habe, nicht jedoch, dass er denselben mit heftigen Fusstritten auch und insbesondere am Kopf getroffen habe.

#### **E. 1.1**

Nach Art. 97 Abs. 1 BGG kann die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig (das heisst willkürlich) ist oder auf einer Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Dem Sachgericht steht im Bereich der Beweiswürdigung ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteil 6B\_800/2016 vom 25. Oktober 2017 E. 10.3.1). Willkür liegt nur vor, wenn die Beweiswürdigung offensichtlich unhaltbar ist, etwa weil die Vorinstanz erhebliche Beweise übersehen oder solche willkürlich ausser Acht gelassen hat ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 135 II 356 E. 4.2.1 S. 362).

#### **E. 1.2.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet zunächst die vorinstanzliche Würdigung von Zeugenaussagen. Für die Feststellung, er habe auf den Kopf des Beschwerdegegners eingetreten, stütze sich die Vorinstanz praktisch auf die Aussage eines einzigen Zeugen. Die Annahme, andere Personen hätten den Vorgang ebenfalls beobachtet, sei aktenwidrig. Die Vorinstanz verletze ihre Begründungspflicht und sein rechtliches Gehör, indem sie diesbezügliche Einwendungen der Verteidigung nicht behandle. So habe er im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, der Zeuge B.\_\_\_\_\_ räume ein, die Tritte nicht genau, sondern nur aus dem Augenwinkel gesehen zu haben. Seine Skizze des Vorfalls widerspreche den Aussagen anderer Personen. Folge man jedoch dessen Version, so sei davon auszugehen, dass mindestens zwei Personen gegen den Kopf des Beschwerdegegners getreten hätten. In diesem Fall könne nicht willkürfrei ausgeschlossen werden, dass die Verletzungen durch Fusstritte einer anderen Person verursacht wurden.

Die Zeugin C.\_\_\_\_\_ wiederum habe zwar angegeben, er habe versucht, das am Boden liegende Opfer gegen den Kopf zu treten. Entgegen der aktenwidrigen Feststellung der Vorinstanz habe diese Zeugin aber nicht angegeben, sie wisse nicht mehr, ob das Opfer tatsächlich am Kopf getroffen worden sei, sondern, sie habe es (von ihrem Standort in einer Bar aus) nicht gesehen. Von diesen Aussagen könne nicht willkürfrei auf ein "erfolgreiches" Eintreten auf den Kopf des Beschwerdegegners geschlossen werden.

#### **E. 1.2.2**

Die Vorinstanz hält fest, der spätere Zeuge B.\_\_\_\_\_ habe in der polizeilichen Einvernahme von zwei Männern berichtet, welche die am Boden liegende Person mit Faustschlägen und Fusstritten in Richtung des Kopfes traktiert hätten. Es sei der Fahrer des Fahrzeugs gewesen, der "auf den Kopf des bewusstlos am Boden Liegenden eingestampft" habe. Als Zeuge habe er dies sinngemäss bekräftigt. B.\_\_\_\_\_ sei keineswegs der Einzige gewesen, der einschlägige Beobachtungen gemacht habe. Auch die Zeugin C.\_\_\_\_\_ habe der Polizei gegenüber zu Protokoll gegeben, der Fahrer habe das Opfer zuerst mit der Faust geschlagen, bis es zu Boden gegangen sei, und anschliessend wiederholt mit dem Fuss gegen dessen Kopf getreten. Als Zeugin habe sie dies im Wesentlichen wiederholt und angefügt, sie habe nicht gesehen, ob er dabei auch getroffen habe. Indessen habe sie den Fusstritt als "Bewegung als ob man einen Käfer tottrampeln wolle" beschrieben.

Nachdem sie die Aussagen von zwei weiteren Personen (D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_) gewürdigt hat, erwägt die Vorinstanz, alle vier Augenzeugen seien zufällige Beobachter des Vorfalls gewesen; sie hätten keinen der Tatbeteiligten persönlich gekannt. Es sei auszuschliessen, dass vier unbeteiligte Augenzeugen unmittelbar nach der Tat sich eine "hochgradig individuelle und einprägsame Wahrnehmung wie das Treten mit Füßen gegen eine am Boden liegende Person einbilden oder - mehr noch - erfinden". Die Zeugen hätten übereinstimmend "den Fahrer", also den Beschwerdeführer, als Täter der Fusstritte bezeichnet.

### **E. 1.2.3**

Die Einwendungen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, diese Feststellungen der Vorinstanz als willkürlich (vgl. oben E. 1.1) auszuweisen. Seiner Auffassung nach kann angesichts der Aussage des Zeugen B.\_\_\_\_\_, mindestens zwei Personen hätten gegen den Kopf des Beschwerdegegners getreten, nicht willkürfrei ausgeschlossen werden, dass dessen Verletzungen durch Fusstritte einer anderen Person verursacht worden sind. Er macht jedoch selber nicht geltend, dass eine zweite Person neben ihm in gleicher Weise Gewalt ausgeübt habe. Sodann bestätigte der Zeuge B.\_\_\_\_\_ seine eigene erste Aussage, der Fahrer habe auf den Kopf des bewusstlos am Boden Liegenden "eingestampft", später mit der Aussage, sicher zu sein, dass der Beschwerdeführer den am Boden Liegenden gegen den Kopf getreten habe. Zwar decken sich gewisse aus der Erinnerung wiedergegebene Wahrnehmungen des Zeugen hinsichtlich räumlicher Gegebenheiten und der Zahl unmittelbar beteiligter Personen nicht mit denjenigen der weiteren Zeugen. Dies kompromittiert die Verwertbarkeit seines Zeugnisses hinsichtlich des Kerngeschehens aber nicht. Im Zentrum der Aufmerksamkeit stand die Gewalttat. Deren Begleitumstände mussten in dem Moment für den Beobachter zweitrangig gewesen sein, zumal die unmittelbar involvierten Akteure nicht leicht von bloss anwesenden Personen unterscheidbar gewesen sein dürften. Entscheidend ist, dass der Zeuge den Beschwerdeführer als diejenige Person identifiziert hat, welche zugetreten hat. In diesem Punkt fügt sich der Bericht des Zeugen B.\_\_\_\_\_ mit denjenigen verschiedener weiterer Augenzeugen zu einem Gesamtbild. Die Vorinstanz hat die diversen Zeugenaussagen zurecht nicht isoliert gewürdigt, sondern Lücken im Aussagegehalt des einen durch komplementäre Beobachtungen anderer Zeugen geschlossen. So durfte die Vorinstanz auf die ursprüngliche Aussage der Zeugin C.\_\_\_\_\_ abstellen, die zuerst zu Protokoll gegeben hatte, der Täter habe wiederholt mit dem Fuss gegen den Kopf des Opfers getreten (und ihn da getroffen), später aber relativierend aussagte, die Treffer als solche nicht

gesehen zu haben. Die Berichte von C. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ wiederum werden durch die Zeugnisse von D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ über den Tathergang gestützt, auch wenn diese jeweils nicht wahrgenommen haben, an welchem Teil des Körpers das Opfer genau getroffen worden ist.

Unter diesen Vorzeichen keineswegs offensichtlich unrichtig ist der vorinstanzliche Schluss, angesichts der fehlenden Möglichkeit des bewusstlosen Beschwerdegegners, Tritten auszuweichen oder diese abzuwehren, liege es auf der Hand, dass der Beschwerdeführer ihn auch am Kopf getroffen hat, wenn er gezielt dahin getreten habe. Die Kopfverletzungen waren zwar nicht allzu schwer; sie liessen nach Feststellung der rechtsmedizinischen Sachverständigen dennoch auf massive, wiederholte stumpfe Gewalteinwirkung schliessen.

### **E. 1.3.1**

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, er habe vor Vorinstanz vorgebracht, dass die im Rahmen der rechtlichen Würdigung durch das Bezirksgericht unterstellten

heftigen Tritte und Stampfbewegungen gegen den Kopf des Privatklägers weder in den sachverhaltlichen Feststellungen des Bezirksgerichts noch in der Anklageschrift erwähnt seien. Diese Rüge habe die Vorinstanz lapidar als "rabulistisch" abgetan, ohne sich näher mit ihr auseinanderzusetzen. Eine besondere Heftigkeit ergebe sich insbesondere nicht aus den Verletzungen des Privatklägers. Auch zu diesem Umstand habe die Vorinstanz keine Begründung geliefert.

### **E. 1.3.2**

Die vorinstanzliche Prämisse, Fusstritte implizierten an sich eine gewisse Heftigkeit, ist nachvollziehbar. Bezogen auf die konkreten Vorgänge erweist sich die Feststellung heftiger Tritte auch deswegen als haltbar, weil zwei Zeugen sinngemäss übereinstimmend ein spezifisches

intensives Einwirken bildhaft dokumentierten ("auf den Kopf eingestampft" resp. "Bewegung als ob man einen Käfer tottrampeln wollte"). Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf die relativ milden Verletzungsfolgen hinweist, so belegt er damit keine Willkür der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung, zumal die rechtsmedizinischen Berichtersteller selber auf eine massive, wiederholte stumpfe Gewalteinwirkung geschlossen haben (oben E. 1.2.3 a.E.).

## **E. 2**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die rechtliche Qualifikation seiner Tat als versuchte schwere Körperverletzung. Es bestehe diesbezüglich kein Eventualvorsatz.

### **E. 2.1.1**

Nach Art. 122 Abs. 1 StGB (in der bis Ende 2017 geltenden Fassung) wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft, wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt. Tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein, so kann das Gericht die Strafe mildern ( Art. 22 Abs. 1 StGB ).

### **E. 2.1.2**

Eventualvorsatz im Sinne von Art. 12 Abs. 2 zweiter Satz StGB ist gegeben, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, das heisst sich mit ihm abfindet, mag er ihm

auch unerwünscht sein ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und damit eine Tatfrage. Solche prüft das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (oben E. 1.1; BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375). Frei überprüfbare Rechtsfrage ist hingegen, ob von den tatsächlichen Voraussetzungen auf Eventualvorsatz zu schliessen ist ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4; 135 IV 152 E. 2.3.2 S. 156).

### **E. 2.2.1**

Der Beschwerdeführer argumentiert, die einschlägige bundesgerichtliche Praxis lasse eine Verurteilung wegen versuchter schwerer Körperverletzung (nur) bei

mit voller Wucht geführten Fusstritten gegen den Kopf eines Opfers zu (Urteile 6B\_208/2015 vom 24. August 2015 E. 12.2, 12.4 und 6B\_954/2010 vom 10. März 2011 E. 2.2, 3.1.2, 3.4). Selbst wenn davon ausgegangen werde, dass auch minder schwere Fusstritte gegen den Kopf des Beschwerdegegners abstrakt geeignet gewesen seien, eine schwere Körperverletzung herbeizuführen, genüge dies nicht, um ihm eventualvorsätzliches Handeln in Bezug auf eine schwere Körperverletzung nachzuweisen. Die Inkaufnahme folge nicht allein daraus, dass dem Täter dieses Risiko bewusst war und er gleichwohl handelte ( BGE 130 IV 58 E. 8.4 S. 62). Es komme darauf an, ob sich die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden könne ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4). Diese Anforderung sei vorliegend nicht erfüllt: Weder sein Vorgehen noch die Verletzungen des Beschwerdegegners legten nahe, dass er mit den (unterstellten) Fusstritten eine lebensgefährliche Verletzung für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen habe. Beide Vorinstanzen hätten eine konkrete Würdigung unterlassen und lediglich auf einen allgemeinen Erfahrungssatz abgestellt.

### **E. 2.2.2**

Die Vorinstanz hat willkürfrei festgestellt, dass die Tritte gegen den Kopf des Beschwerdegegners heftig gewesen sind (oben E. 1.3.2). Die These des Beschwerdeführers, versuchte schwere Körperverletzung komme von vornherein nur infrage, wenn die Tritte mit voller Wucht geführt würden, wird durch die Rechtsprechung nicht gestützt. Wohl hat das Bundesgericht im Urteil 6B\_208/2015 festgehalten, es entspreche allgemeiner Lebenserfahrung, dass "Gewalteinwirkungen wie mit voller Wucht geführte Fusstritte gegen den Kopf eines Opfers zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität führen können" (E. 12.4 mit Hinweisen). Diese Wendung lässt indessen nicht den Umkehrschluss zu, dass eine Gewalteinwirkung in Form von Fusstritten ausschliesslich dann für jedermann ersichtlich zu einer schweren Kopfverletzung führen kann, wenn sie mit maximalem Kraftaufwand ausgeführt wird.

### **E. 2.2.3**

Die Vorinstanz nimmt zurecht an, dass der Beschwerdeführer bei "seinem spontanen, überschüssenden und unkontrollierten Gewaltausbruch" den Eintritt schwerer, auch lebensgefährlicher, Kopfverletzungen in Kauf genommen hat. Dies gilt umso mehr noch, wenn die betroffene Person bewusstlos auf dem Boden liegt und so dem Angriff schutzlos ausgesetzt ist (vgl. Urteil 6B\_1250/2013 vom 24. April 2015 E. 3.2). Der Umstand, dass der Beschwerdegegner effektiv keine schweren Verletzungen davongetragen hat und keine konkrete Lebensgefahr eingetreten ist, bedeutet unter diesen Umständen keineswegs, dass der Beschwerdeführer nicht ohne Weiteres auch mit weit schwereren Auswirkungen seines

Handelns rechnen musste.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die vorinstanzlich ausgesprochene Art der Sanktion für die versuchte schwere Körperverletzung und das mehrfache Fahren ohne Berechtigung (Gesamtfreiheitsstrafe). Die Höhe der Freiheitsstrafe ist als solche nicht angefochten.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, zwar sei es prinzipiell möglich, bei Tatmehrheit die eine Tat mit Freiheits- und die andere mit Geldstrafe zu sanktionieren. Der Beschwerdeführer sei aber schon mehrfach mit bedingten und unbedingten Geldstrafen belegt worden. Das habe ihn nicht von weiteren SVG-Delikten abgehalten. Für das erneute Strassenverkehrsvergehen sei daher eine Geldstrafe nicht mehr sachgerecht. Zudem sei nicht davon auszugehen, dass eine Geldstrafe vollzogen werden könnte, da der Beschwerdeführer einen längeren Strafvollzug vor sich habe und er die Schweiz anschliessend aus migrationsrechtlichen Gründen wohl werde verlassen müssen. Somit sei eine Gesamtfreiheitsstrafe auszufällen.

Der Beschwerdeführer wendet ein, für die Zuwiderhandlung gegen das SVG lasse sich keine Freiheitsstrafe nach Art. 41 aStGB begründen. Die migrations- und vollzugsrechtlichen Überlegungen der Vorinstanz blieben spekulativ. Das angefochtene Urteil enthalte keine Begründung, weshalb der Vollzug einer Geldstrafe nicht möglich sein solle. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit seien nach der zürcherischen Praxis auch für Täter, die wiederholt einen Führerausweisentzug missachtet haben, nur Geldstrafen vorgesehen. Daher sei für das SVG-Delikt eine kumulative Geldstrafe festzusetzen, die Freiheitsstrafe für die (bestrittene) versuchte schwere Körperverletzung demnach auf 22 Monate festzusetzen.

#### **E. 3.2.1**

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht sie angemessen (Art. 49 Abs. 1 erster Satz StGB; Asperationsprinzip). Auf eine Gesamtfreiheitsstrafe kann das Gericht nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfällt. Ungleichartige Strafen sind zu kumulieren ( BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 122).

#### **E. 3.2.2**

Die Vorinstanzen haben die Freiheitsstrafe für die versuchte schwere Körperverletzung unter dem Titel des Strassenverkehrsdelikts um zwei Monate erhöht. Eine nur unter bestimmten Voraussetzungen verhängbare kurze unbedingte Freiheitsstrafe ( Art. 41 StGB in der bis Ende 2017 geltenden Fassung) liegt nicht vor. Die mit Art. 41 aStGB angestrebte Hintanstellung kurzfristiger Freiheitsstrafen beruhte auf der Überlegung, dass erst ab einer Vollzugszeit von mehr als einem halben Jahr von einem betreuungs- und behandlungsorientierten Vollzug gesprochen werden kann. Art. 41 aStGB bezweckte somit in erster Linie, dass kein Freiheitsentzug von weniger als sechs Monaten angeordnet wird. Dieses Problem stellt sich indessen nicht, wenn bei der Bildung einer Gesamtstrafe als Einsatzstrafe für die schwerste Straftat eine Freiheitsstrafe festgesetzt und deren Dauer für weitere Delikte angemessen erhöht wird (Urteil 6B\_849/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.3.2 mit Hinweisen).

### **E. 3.2.3**

Bei der Wahl der Sanktionsart sind die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, welche weniger stark in die persönliche Freiheit eingreift ( BGE 134 IV 97 E. 4.2 S. 100; erwähntes Urteil 6B\_849/2016 E. 1.3.3).

Die Vorinstanz durfte die Wahl der Sanktionsart für das Strassenverkehrsdelikt entscheidend davon abhängig machen, dass eine frühere Geldstrafe den Beschwerdeführer nicht genügend beeindruckt hat (vgl. Urteil 6B\_416/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 1.4.2). Die Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe ist sachgerecht. Bei den vorinstanzlichen Ausführungen über die gefährdete Vollstreckbarkeit einer hypothetischen Geldstrafe handelt es sich derweil um eine Zusatzbegründung, so dass es nicht entscheidend darauf ankommt, wie es sich hiermit verhält.

### **E. 4**

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer die pauschale vorinstanzliche Bestätigung des bezirksgerichtlichen Erkenntnisses, welches die auszufällende Freiheitsstrafe von 24 Monaten für vollziehbar erklärte.

#### **E. 4.1.1**

Das Gericht schiebt den Vollzug unter anderem einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten ( Art. 42 Abs. 1 StGB [in der bis Ende 2017 geltenden Fassung]). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (aAbs. 2).

Im Rahmen von Art. 42 Abs. 1 StGB setzt der bedingte Strafaufschub nicht die Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren; es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf ( BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6). In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung ( BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185; 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung erheblich zu gewichten; sie schliessen den bedingten Vollzug aber nicht notwendig aus (Urteil 6B\_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2.2 mit Hinweisen).

Dem Sachrichter steht bei der Prüfung des künftigen Legalverhaltens ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn er sein Ermessen über- resp. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.2 S. 143).

#### **E. 4.1.2**

Vorliegend ist in formeller Hinsicht ein bedingter Strafvollzug zulässig, weil die ausgefallte Freiheitsstrafe zwei Jahre nicht überschreitet. Da keine der Vorstrafen die in Art. 42 Abs. 2 StGB definierte Schwelle von 180 Tagessätzen erreicht, mithin keine besonders günstigen Umstände im Sinne dieser Bestimmung erforderlich sind, ist zudem weiterhin von der Regel des Strafaufschubs auszugehen. Indessen erachtet die Vorinstanz die Vermutung der günstigen Prognose, der ersten Instanz folgend, namentlich mit Blick auf die Vorstrafen als widerlegt. Auch der Umstand, dass dem Beschwerdeführer nur wenige Tage vor dem aktuellen Verkehrsdelikt die Ausdehnung des Verfahrens zur Entziehung des Führerausweises mitgeteilt worden sei, lasse krasse Uneinsichtigkeit erkennen.

#### **E. 4.1.3**

Der Beschwerdeführer wendet ein, die günstige Vermutung sei lediglich widerlegt, was die Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz angehe, nicht aber hinsichtlich der Körperverletzung. Mit diesem Unterschied habe sich die Vorinstanz indessen nicht auseinandergesetzt, ebensowenig mit seinem Einwand, der Vollzug einer Freiheitsstrafe werde ihn aus einem stabilen Arbeitsverhältnis reissen und eine Resozialisierung erheblich beeinträchtigen. Auch die Tatumstände indizierten keine schlechte Prognose. Er sei dem Streit aus dem Weg gegangen. Der Beschwerdegegner habe ihm beharrlich nachgestellt. Auch sein Nachtatverhalten sei nicht als negativ einzustufen; der Beschwerdegegner sei von Dritten betreut worden. Weiter habe die Vorinstanz die "Schock- und Warnwirkung" der 60-tägigen Untersuchungshaft nicht in ihre Gesamtwürdigung einbezogen. Die Haft habe einen bleibenden Eindruck hinterlassen. Diese Erfahrung werde ihn vor weiterer Delinquenz abhalten. Infolge Untersuchungshaft habe er seine damalige Arbeitsstelle verloren. Nach seiner Haftentlassung habe er sich erfolgreich um eine neue Arbeitsstelle bemüht und damit gezeigt, dass er gewillt und fähig sei, seine Zukunft positiv zu gestalten. Des Weiteren habe er, mit Ausnahme der Fusstritte, die Tat eingestanden und Reue bekundet. Auch habe er sich um weitere Integration bemüht, so im Frühjahr 2017 während zweier Monate einen Deutschkurs besucht. Insgesamt sei die Vermutung einer günstigen Prognose nicht zu widerlegen. Der Vollzug der Strafe sei daher aufzuschieben.

#### **E. 4.1.4**

Die für den vorinstanzlichen Vollzugsentscheid ausschlaggebenden Vorstrafen sind in der Tat nur teilweise einschlägig, was Körperverletzungsdelikte betrifft: Der Beschwerdeführer wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 18. Oktober 2013 wegen einfacher Körperverletzung und Drohung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt. Im Raum stehen darüber hinaus nur noch ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 17. Juni 2015 wegen mehrfachen Fahrens in fahrunfähigem Zustand, Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch und einer Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes (Geldstrafe von 50 Tagessätzen) sowie ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 29. Juli 2015 wegen Führens eines Motorfahrzeugs ohne Berechtigung und Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch (Geldstrafe von 30 Tagessätzen). Dennoch hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen (vgl. E. 4.1.1 a.E.) nicht überschritten oder missbraucht. Die rasche Abfolge der zur Verurteilung gelangten Delikte rechtfertigt den Schluss auf eine allgemein erhebliche Uneinsichtigkeit, mithin Wiederholungsgefahr auch hinsichtlich von Körperverletzungsdelikten. Daran ändern die vom Beschwerdeführer relevierten Umstände der Tat sowie betreffend Resozialisierung und bereits erstandener Haft nichts. Die Vorinstanz durfte somit auch aus den überwiegend nicht einschlägigen Vorstrafen eine

grundsätzlich ungünstige Prognose ableiten und deswegen einen vollständigen Aufschub der Freiheitsstrafe verweigern.

#### **E. 4.2**

Von der grundsätzlichen Feststellung, die Legalprognose sei ungünstig, hat die Vorinstanz unmittelbar auf einen vollumfänglichen Vollzug der Freiheitsstrafe erkannt. Die Rechtsfrage nach einem

teilbedingten Vollzug der Freiheitsstrafe hat sie nicht aufgegriffen.

##### **E. 4.2.1**

Nach Art. 43 Abs. 1 StGB (in der bis Ende 2017 geltenden Fassung) kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren

nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Die hier anwendbare Fassung entspricht in den interessierenden wesentlichen Punkten der seit dem 1. Januar 2018 geltenden revidierten Bestimmung.

Teilbedingte Strafen sind in eine gesetzliche Stufenfolge eingebunden: Erst wenn das Gericht die Anwendung zunächst einer bedingten und anschliessend einer teilbedingten Strafe verneint hat, kommt eine unbedingte Strafe zum Zug (ROLAND M. SCHNEIDER/ROY GARRÉ, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 11 zu Art. 43 StGB ). Diese Hierarchie wird mittlerweile dadurch bestätigt, dass die seit dem 1. Januar 2018 geltende Fassung von Art. 43 Abs. 1 StGB das Wort "nur" nicht mehr enthält; dieses liess sich bisher als Hinweis dafür lesen, dass die teilbedingte Strafe (auch) anstelle einer bedingten Strafe ausgesprochen werden konnte (FABIENNE SCHENKER, Die Problematik der Verschuldensklausel bei der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe, in: ZStrR 2012 S. 235, 244). Im Rahmen der Stufenfolge von Vollzugsarten gelten die materiellen Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 1 bis 3 StGB auch für die teilbedingte Strafe. Wiederum ist prinzipiell vorausgesetzt, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Eine solche wird auch hier vermutet, soweit nicht Vorstrafen dem entgegenstehen (vgl. oben E. 4.1.1). Wenn und soweit die Legalprognose nicht ungünstig ausfällt, verlangt Art. 43 StGB - ungeachtet seiner Formulierung als Kann-Vorschrift -, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird (SCHNEIDER/GARRÉ, a.a.O., N. 16 zu Art. 43 StGB ). Umgekehrt muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden, wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den ganz oder teilweise gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 S. 10).

Die persönlichen Verhältnisse sind bis zum Zeitpunkt des Entscheides in die Beurteilung der Legalprognose miteinzubeziehen. Wie bei der Strafzumessung ( Art. 50 StGB ) müssen die Gründe im Urteil so wiedergegeben werden, dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts überprüfen lässt (vgl. BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5; zur gerichtlichen Begründungspflicht, wenn die Staatsanwaltschaft den teilbedingten Vollzug explizit beantragt hat und frühere Verurteilungen zumindest Zweifel an der Legalbewährung des Täters aufkommen lassen: BGE 134 IV 53 E. 5.1 S. 54).

##### **E. 4.2.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, angesichts einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten wäre der Vollzug grundsätzlich aufzuschieben gewesen. Unter diesen Vorzeichen hätte die Vorinstanz untersuchen müssen, inwiefern die Warnwirkung eines teilweisen Vollzugs der

Freiheitsstrafe die Feststellung, die Vorstrafen hätten ihn nicht beeindruckt, relativieren und damit die Legalprognose beeinflussen könnte.

### **E. 4.2.3**

Der Beschwerdeführer wird zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Bei Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren überschneiden sich die Geltungsbereiche von Art. 42 und 43 StGB ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.2 S. 11). Nach seinem Wortlaut definiert Art. 43 Abs. 1 StGB die teilbedingte Freiheitsstrafe als Ausnahme zum Regelfall eines vollständigen Aufschubs ( Art. 42 StGB ). Sie tritt an dessen Stelle, wenn dem Verschulden des Täters, das heisst dem Ausmass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs (vgl. Art. 47 StGB ; BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 20), ansonsten nicht genügend Rechnung getragen wird. Als Faktoren für die Gewährung oder Nichtgewährung eines teilbedingten Vollzugs kommen Gesichtspunkte des Verschuldens allerdings nur im ausschliesslichen Anwendungsbereich von Art. 43 StGB , das heisst bei Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren, zum Tragen. Hier ist der Gedanke des Schuldausgleichs wegleitend (vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.4.3 S. 13). In der Konkurrenzsituation, wie sie im überschneidenden Bereich bei Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren besteht, ist die Schwere der Tatschuld hingegen einzig für die Festlegung des Masses des zu vollziehenden Teils (von mindestens sechs Monaten bis höchstens der Hälfte der Freiheitsstrafe [ Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB ]) von Belang (vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.6 S. 15; SCHENKER, a.a.O., S. 235, 240). Für die Beurteilung, ob ein teilbedingter Vollzug

grundsätzlich infrage kommt, spielt das Verschulden bei Freiheitsstrafen bis zwei Jahre keine Rolle. Im gemeinsamen Anwendungsbereich beider Bestimmungen fällt die Entscheidung zwischen einem vollständigen und einem teilweisen Aufschub hier wie dort anhand von Gesichtspunkten der Spezialprävention, das heisst aufgrund der erwartbaren Legalbewährung resp. prognostischen Wiederholungsgefahr (vgl. Art. 42 Abs. 1 a.E. StGB). Es besteht zunächst die Erwartung, der Verurteilte werde sich unter dem Eindruck des drohenden Strafvollzugs (und allfälliger Weisungen und Bewährungshilfen) in Freiheit selber bessern ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.3 S. 11, 5.4.3 S. 13; SCHNEIDER/GARRÉ, a.a.O., N. 14 zu Art. 43 StGB ). Ergeben sich bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände - insbesondere früherer Verurteilungen - indessen ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die aber nicht das Ausmass einer eigentlichen Schlechtprognose begründen, so kann das Gericht anstelle des vollständigen Strafaufschubs den teilbedingten Vollzug gewähren. Der (bloss) teilbedingte Vollzug ist mit andern Worten angebracht, wenn der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird ( BGE 134 IV 1 E. 5.5.2 S. 14 f.).

### **E. 4.2.4**

Wenn nun im Einzelfall die Prognose - wie hier (oben E. 4.1.4) - zu ungünstig erscheint, um einen vollständigen Aufschub der Freiheitsstrafe ( Art. 42 StGB ) zu gewähren, so gilt dies nicht notwendigerweise auch im Hinblick auf einen teilweisen Aufschub. Die Beurteilung nach Art. 43 StGB muss auf einer eigenständigen legalprognostischen Grundlage erfolgen. Bei einer Freiheitsstrafe, die teilweise vollzogen und teilweise aufgeschoben wird, kann die Einschätzung der Wiederholungsgefahr in zweifacher Hinsicht günstiger ausfallen als bei einer vollständig bedingten resp. vollständig unbedingten Freiheitsstrafe: Gegenüber dem vollständigen Aufschub erhöht sich bei teilweisem Vollzug die Warnwirkung der Strafe ( BGE 134 IV 1 E. 5.5.2 S. 15; SCHNEIDER/GARRÉ, a.a.O., N. 15 zu Art. 43 StGB mit

Hinweisen). Komplementär dazu bildet der zum andern Teil ausgesetzte Vollzug einen Anreiz, nicht rückfällig zu werden (vgl. ANDRÉ KUHN, in: Commentaire romand, Code pénal I, 2017, N. 3 zu Art. 43 StGB ; GÜNTER STRATENWERTH, in: forumpoenale 2008 S. 25 [Urteilsbesprechung]).

Die im Zusammenhang mit der Frage eines vollständigen Aufschubs gestellte ungünstige Legalprognose ist somit nicht ohne Weiteres auf die Prüfung eines teilweisen Aufschubs übertragbar (KUHN, a.a.O., N. 24 zu Art. 43 StGB ). Gerade bei Tätern, die noch nie zuvor eine Freiheitsstrafe verbüsst haben, kann ein teilweiser Vollzug der Strafe in Verbindung mit der Drohung eines späteren Vollzugs des aufgeschobenen Teils die Rückfallneigung soweit verändern, dass die Erwartung, der Täter werde sich bewähren, wieder auflebt.

#### **E. 4.2.5**

Die Vorinstanz hätte prüfen müssen, inwiefern bereits ein vollziehbarer Teil der Freiheitsstrafe die - angesichts der Vorstrafen zunächst ungünstige (oben E. 4.1.4) - Prognose allenfalls verbessern wird. Die zweimonatige Untersuchungshaft kann diesen Effekt allenfalls noch verstärken (vgl. Urteile 6S.206/2005 vom 27. Oktober 2005 E. 3.3 und 6S.289/2003 vom 7. Oktober 2003 E. 2.4). Hinzu kommt, dass gleichzeitig zwei Geldstrafen widerrufen werden. Der nachträgliche Vollzug einer früheren Strafe kann die Legalprognose zusätzlich beeinflussen ( BGE 134 IV 140 E. 4.5 S. 144; Urteil 6B\_443/2014 vom 19. Januar 2015 E. 3.2.2).

#### **E. 4.2.6**

Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass der beurteilten Tat, die zur Anklage wegen versuchter schwerer Körperverletzung geführt hat, ein fortgesetzt provokatives Verhalten des Beschwerdegegners vorausgegangen ist. Zurecht hat die Vorinstanz festgehalten, dass die Provokation jedenfalls im Zusammenhang mit dem Gewaltexzess - den Fusstritten gegen den Kopf des bewusstlos am Boden liegenden Opfers - bei der Strafzumessung keine Rolle mehr spielen kann. Auf die Beurteilung der Wiederholungsgefahr indessen kann sich der Umstand, dass der Beschwerdeführer die Auseinandersetzung nicht von sich aus gesucht hat, durchaus auswirken.

#### **E. 4.2.7**

Angesichts des Gesagten durfte die Vorinstanz nicht abschliessend davon ausgehen, der Beschwerdeführer werde sich von vornherein nur durch eine vollständig vollzogene Freiheitsstrafe beeindrucken lassen (vgl. oben E. 4.2.1). Sie wird zu prüfen haben, ob ein teilbedingter Vollzug der Freiheitsstrafe prognostisch genügt, um ihn von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (zur Quantifizierung des allenfalls teilbedingt auszusprechenden Teils der Freiheitsstrafe vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.6 S. 15).

#### **E. 5.1**

Was die offene Frage des teilbedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe angeht, ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zur neuen Entscheidung in diesem Punkt sowie hinsichtlich der Kostenfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist das Rechtsmittel abzuweisen.

#### **E. 5.2**

Soweit der Beschwerdeführer obsiegt, hat ihn der Kanton Zürich für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Angesichts des Gesuchs um

unentgeltliche Rechtspflege ist diese Entschädigung praxisgemäss dem Rechtsvertreter auszurichten. Insofern wird das Gesuch gegenstandslos. Soweit der Beschwerdeführer unterliegt, ist es zufolge Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels abzuweisen ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Bei der Festsetzung der Gerichtskosten ist der finanziellen Lage des Beschwerdeführers Rechnung zu tragen ( Art. 65 Abs. 2 BGG ). Der Kanton trägt keine Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 4 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.