

## **BGer 6B\_1338/2019 vom 8. Juli 2020**

Bundesgericht, 2020-07-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1338\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1338_2019)

FR: TF 6B\_1338/2019 du 8 juillet 2020

IT: TF 6B\_1338/2019 del 8 luglio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der Beschwerdeführer bestreitet nunmehr einzig den Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung. Die Vorinstanz gehe angesichts des erwiesenen Tathergangs willkürlich davon aus, dass er solches in Kauf genommen habe.

##### **E. 1.1.1**

Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht, und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist. Dies ist der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht. Die Willkür rüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), andernfalls das Bundesgericht darauf nicht eintritt ( BGE 143 IV 500 ; 142 III 364 E. 2.4). Dem Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel kommt im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu ( BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.3; 143 IV 500 E. 1.1). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist Tatfrage. Als solche prüft sie das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür ( Art. 9 BV ; Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 144 IV 345 E. 2.2.3; 141 IV 369 E. 6.3; je mit Hinweisen).

##### **E. 1.1.2**

Nach Art. 122 StGB macht sich der schweren Körperverletzung schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt (Abs. 1), wer vorsätzlich den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht, das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt (Abs. 2), oder wer vorsätzlich eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht (Abs. 3). Hat der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind, liegt ein Versuch vor ( BGE 140 IV 150 E. 3.4 mit Hinweisen).

Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt ( Art. 12 Abs. 2 StGB ). Eventualvorsatz 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, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat, muss das Gericht bei Fehlen eines Geständnisses aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweis). Eventualvorsatz kann indessen auch vorliegen, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs nicht in diesem Sinne sehr wahrscheinlich, sondern bloss möglich war. Doch darf nicht allein aus dem Wissen des Täters um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen ( BGE 133 IV 9 E. 4.1). Besondere Umstände liegen namentlich vor, wenn der Täter das ihm bekannte Risiko nicht kalkulieren und dosieren kann und das Opfer keine Abwehrchancen hat ( BGE 133 IV 9 E. 4.1, 1 E. 4.5; 131 IV 1 E. 2.2; Urteil 6B\_873/2018 vom 15. Februar 2019 E. 1.1.2; je mit Hinweisen).

### **E. 1.2.1**

Die Vorinstanz erachtet, nicht zuletzt gestützt auf dessen eigene Angaben, als erstellt, dass der Beschwerdeführer dem Geschädigten ins Gesicht schlug. Sie geht im Zweifel davon aus, dass der Schlag mit der blossen Faust - nicht wie in der Anklage geschildert mit einer Flasche - erfolgte. Der Geschädigte erlitt Knochenbrüche und Verletzungen am Kopf, namentlich eine Gehirnerschütterung, einen Bruch des Augenhöhlenbodens und der medialen linken Augenhöhlenwand, einen lateralen Nasenbeinbruch, eine Rissquetschwunde an der Nasenwurzel sowie eine Prellung des linken Jochbeins. Die Verletzungen hatten eine rund fünfwöchige Arbeitsunfähigkeit und eine stationäre Behandlung des Verletzten einschliesslich einer Operation in einer Augenklinik zur Folge, was unbestritten ist. Gemäss Gutachten war eine bleibende Schädigung des Auges, namentlich des Sehnervs, ohne Weiteres möglich.

Angesichts der augenscheinlichen Schwere des mitten ins Gesicht, insbesondere aufs Auge, erfolgten Schlages resp. der dadurch erlittenen Verletzungen habe der Beschwerdeführer eine schwere Körperverletzung des Geschädigten, im Besonderen bleibende Schädigungen, für möglich halten müssen, so die Vorinstanz. Er habe unvermittelt und ohne Vorwarnung zugeschlagen und dem Geschädigten keine Möglichkeit gelassen, dem Schlag auszuweichen oder zumindest eine Abwehrhaltung einzunehmen. Das Risiko einer schweren Verletzung müsse dem Beschwerdeführer bewusst gewesen sein, auch wenn er behaupte, im Moment des Schlages nicht daran gedacht zu haben. Dass er dennoch mit der beschriebenen Härte zugeschlagen habe, zeige, dass er sich mit dieser Gefahr abgefunden und damit eine schwere Körperverletzung in Kauf genommen habe.

### **E. 1.2.2**

Die Ausführungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar. Was der Beschwerdeführer vorbringt, begründet weder Willkür noch eine anderweitige Verletzung von Bundesrecht. Zunächst kann entgegen seiner Auffassung auch ein einzelner Schlag gegen den Kopf des

Opfers bei diesem schwere Körperverletzungen verursachen (vgl. dazu ausdrücklich Urteil 6B\_174/2018 vom 16. Oktober 2018). Es kann keine Rede davon sein, dass ein einzelner Schlag schlechterdings nicht geeignet wäre, einen Menschen schwer und dauerhaft zu verletzen und, dass damit nicht zu rechnen wäre, wie der Beschwerdeführer rügt. Auch der Einwand, er habe den Schlag dosieren können, geht nicht zuletzt angesichts der erheblichen Verletzungen des Geschädigten offensichtlich fehl. Als geradezu abwegig erweist sich die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach er darauf vertraut habe, dass sein Schlag den Kopf des Angegriffenen nicht ungeschützt treffen würde, da dieser dazumal eine Abwehrhaltung eingenommen haben würde. Solches würde dem Sinn des Angriffs offensichtlich widersprechen. Wenngleich dem Schlag des Beschwerdeführers eine mündliche und tätliche Auseinandersetzung mit dem Geschädigten vorausging, ist es schliesslich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz erwägt, der Geschädigte habe keinerlei Abwehrchance gehabt und der Schlag habe ihn unvorbereitet getroffen. Wie der Beschwerdeführer selber ausführt, hatte sich der Geschädigte zuvor von ihm abgewandt. Er rechnete somit offensichtlich nicht mehr mit einer Fortsetzung der Auseinandersetzung. Mit Blick auf den objektiven Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung ist im Übrigen irrelevant, dass der tatbestandsmässige Erfolg - eine unmittelbare Lebensgefahr, bleibende Schädigung oder Verstümmelung - ausblieb. Dies ist vielmehr ein Wesensmerkmal des Versuchs, womit unerheblich ist, dass der Geschädigte tatsächlich keine schweren Körperverletzungen im Sinne von Art. 122 StGB erlitten hat.

## **E. 2**

Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung.

Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt. Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips ( BGE 144 IV 217 E. 3; 141 IV 61 E. 6.1; 136 IV 55 E. 5.4 ff.; je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht oder wesentliche Gesichtspunkte der Strafzumessung ausser Acht gelassen hätte, indem sie die hypothetische Einsatzstrafe wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz aufgrund des Schuldspruchs wegen versuchter schwerer Körperverletzung um ein Jahr erhöhte. Der Strafraum hierfür reicht von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe ( Art. 122 StGB ). Die Vorinstanz ging nachvollziehbar von einem mittelschweren Verschulden des Beschwerdeführers aus, wobei sie erwog, er habe aus nichtigem Anlass gehandelt. Soweit er die Strafminderung mit einer abweichenden rechtlichen Würdigung des Anklagesachverhalts begründet, ist er nach dem vorstehend Gesagten (oben E. 1.2.2) von vornherein nicht zu hören.

## **E. 3**

Der Beschwerdeführer beanstandet die Landesverweisung.

### **E. 3.1.1**

Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz ( Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB ). Gleiches gilt bei schwerer Körperverletzung ( Art. 122 StGB ; Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB ). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere ( BGE 144 IV 332 E. 3.1.3). Sie muss zudem unabhängig davon ausgesprochen

werden, ob es beim Versuch geblieben ist und ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausfällt ( BGE 144 IV 168 E. 1.4.1).

Von der Anordnung der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind ( Art. 66a Abs. 2 StGB ; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV ; BGE 145 IV 364 E. 3.2; 144 IV 332 E. 3.1.2; je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden ( BGE 144 IV 332 E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen ( BGE 144 IV 332 E. 3.3.2; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2 f.).

### **E. 3.1.2**

Art. 8 EMRK verschafft praxismässig keinen Anspruch auf Einreise oder Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel. Der EGMR anerkennt das Recht der Staaten, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem Territorium zu regeln ( BGE 144 I 266 E. 3.2). Die Staaten sind berechtigt, Delinquenten auszuweisen; berührt die Ausweisung Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK , sind die Voraussetzungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu prüfen (Urteil des EGMR in Sachen

I.M. gegen die Schweiz vom 9. April 2019, Nr. 23887/16, § 68). Erforderlich ist, dass die aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht (Schutz der nationalen oder öffentlichen Sicherheit, Aufrechterhaltung der Ordnung, Verhütung von Straftaten etc.) und verhältnismässig ist. Die nationalen Instanzen haben sich unter anderem von folgenden Kriterien leiten zu lassen: Natur und Schwere der Straftat, Dauer des Aufenthalts im ausweisenden Staat, seit der Straftat abgelaufene Zeit und Verhalten während dieser Zeit, familiäre Situation usw. (Urteil des EGMR in Sachen

I.M. gegen die Schweiz , a.a.O., §§ 69 ff.; zum Ganzen: BGE 146 IV 105 E. 4.2.).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was die Landesverweisung als bundes- oder völkerrechtswidrig erscheinen liesse. Es ist unbestritten und erstellt, dass er eine - resp. nach dem vorstehend Gesagten mehrere - Katalogtaten begangen hat, die grundsätzlich eine Landesverweisung nach sich ziehen müssen. Entgegen seiner Auffassung ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten, oder die sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen falsch gewichtet hätte. Mit Blick auf die Interessen des 1989 geborenen Beschwerdeführers selbst ist ein Härtefall nicht ansatzweise erkennbar. Er macht geltend, seit knapp 10 Jahren in der Schweiz wohnhaft zu sein. Daraus erhellt, dass er die meiste Zeit seines Lebens, insbesondere die prägenden Kinder- und Jugendjahre, in seiner Heimat Guinea verbracht hat. Er ist daher mit der dortigen Kultur bestens vertraut. Demgegenüber ist eine weitgehende Integration in der Schweiz weder auszumachen noch dargetan. So behauptet der Beschwerdeführer nicht, je

einer festen Arbeit nachgegangen zu sein oder hier eine Ausbildung absolviert zu haben. Auch eigene Freundschaften oder anderweitige Verbindungen zur hiesigen Gesellschaft bestehen nicht. Dass der Beschwerdeführer nie von der Sozialhilfe abhängig war, genügt zur Annahme einer besonderen Integration klarerweise nicht. Er macht letztlich einzig geltend, eine Ausreise resp. Trennung sei seiner Familie, der Schweizer Ehefrau und zwei Söhnen, wovon der ältere fünf Jahre alt sei, nicht zumutbar. Soweit er hierfür die in Guinea herrschende Religion anführt, legt der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend dar, weshalb diese einem gemeinsamen Leben in seiner Heimat entgegenstehen soll. Auch behauptet er nicht, bisher hauptsächlich für die Kindererziehung zuständig gewesen zu sein. Aus seinen Ausführungen erhellt vielmehr, dass seine Ehefrau neben einem 50-60% Arbeitspensum die Betreuung der Kinder übernommen hatte resp. inne hat. Wenn er geltend macht, die Familie sei auf ein Zusatzeinkommen seinerseits angewiesen, so ist ebenfalls offen, wie der Beschwerdeführer dies mangels Ausbildung und angesichts seiner Vorstrafen in Zukunft bewerkstelligen will. Ferner trifft es zwar zweifellos zu, dass ein Leben in der Schweiz v.a. wirtschaftlich komfortabler sein dürfte als eines in Guinea. Dies begründet jedoch keinen Härtefall, nachdem der Gesetzgeber mit Art. 121 Abs. 3-6 BV und Art. 66a ff. StGB eine Verschärfung der zuvor geltenden ausländerrechtlichen Rechtsprechung anstrebte ( BGE 145 IV 55 E. 4.3; 144 IV 332 E. 3.3.3; Urteil 6B\_736/2019 vom 3. April 2020 E. 1.2.2), und der Verzicht auf eine Landesverweisung wegen eines persönlichen Härtefalls nurmehr ausnahmsweise in Frage kommt (oben E. 3.1.1). Der Beschwerdeführer macht insbesondere nicht geltend, in Guinea akut an Leben oder Gesundheit bedroht zu sein. Auch eine Integration der noch sehr jungen Kinder im Heimatland des Beschwerdeführers ist ohne Weiteres möglich. Abgesehen davon ist gestützt auf dessen Angaben davon auszugehen, dass die Kinder das Schweizer Bürgerrecht besitzen, mithin hier ein Bleiberecht haben, zumal ihre Mutter Schweizerin ist. Schliesslich scheint der Beschwerdeführer zu verkennen, dass der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK nicht absolut gilt. Dies gilt ebenso für das Recht des Kindes auf beide Elternteile (vgl. dazu Urteil 6B\_742/2019 vom 23. Juni 2020 E. 1.2.2). Nicht zu beanstanden ist ferner, wenn die Vorinstanz annimmt, es sei den Beteiligten zumutbar, die familiären Beziehungen während der Dauer der Fernhaltung des Beschwerdeführers gegebenenfalls auf telefonischem oder elektronischem Weg aufrecht zu erhalten.

Auch eine Verletzung von Bundes- oder Völkerrecht durch die höhere Gewichtung des öffentlichen Fernhalteinteresses gegenüber den privaten Interessen des Beschwerdeführers und seiner Familie legt dieser nicht rechtsgenügend dar. Die vom ihm zur Stützung seines Standpunkts angeführten Entscheide des Bundesgerichts führen zu keinem anderen Ergebnis. Im Urteil 6B\_209/2018 vom 23. November 2018 ging es um einen in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Ausländer, sodass dem Interesse an einem Verbleib von Gesetzes wegen erhöht Rechnung zu tragen war. Vergleichbares besteht hier nicht. Auch der Sachverhalt, welcher BGE 139 I 145 zugrunde lag, ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Namentlich kann der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass das Bundesgericht in jenem Fall die Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung angesichts einer zweijährigen Freiheitsstrafe als unangemessen beurteilt hatte, nichts für sich ableiten. Bereits die gegen ihn ausgesprochene Strafe ist mit 41 /4 Jahren ungleich höher. Vergleichbare Parallelen zu jenem Fall legt der Beschwerdeführer nicht dar. Mit Blick auf die erhöhte Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2, Art. 106 Abs. 2 BGG ) kann es zudem nicht genügen, lediglich auf das Urteil des EGMR in Sachen

Udeh gegen die Schweiz zu verweisen, worin der Gerichtshof den Entzug der Aufenthaltsbewilligung eines zu 42 Monaten Gefängnis verurteilten Familienvaters als Verstoss gegen Art. 8 EMRK beurteilt hatte. Wie der Beschwerdeführer im Übrigen selber ausführt, wurde das Urteil in Sachen

Udeh gegen die Schweiz durch BGE 139 I 325 stark relativiert. Die Dauer der Landesverweisung von 7 Jahren, welche der Beschwerdeführer ebenfalls nicht substantiiert rügt, ist angesichts der gesetzlichen Mindestdauer von 5 Jahren sowie der Schwere der Tatvorwürfe nicht zu beanstanden.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten, da sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen ist. Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist bei der Kostenfestsetzung Rechnung zu tragen ( Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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