

# **BGer 6B\_759/2021 vom 16. Dezember 2021**

Bundesgericht, 2021-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_759\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_759_2021)

FR: TF 6B\_759/2021 du 16 décembre 2021

IT: TF 6B\_759/2021 del 16 dicembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Verurteilung wegen versuchter schwerer Körperverletzung. Zwar hätten er und der Mittäter je ein Klappmesser in einer Hand gehalten, doch hätten sie nicht auf das Opfer eingestochen. Hätten sie mit den Klappmessern zugestochen, wäre das Verletzungsbild gravierender ausgefallen. Dem Beschwerdeführer könne nicht vorgeworfen werden, er habe schwere Verletzungen in Kauf genommen. Die Tat sei folglich als einfache Körperverletzung zu qualifizieren.

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 122 StGB macht sich der schweren Körperverletzung schuldig, wer einen Menschen lebensgefährlich verletzt (Abs. 1); wer 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 eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht (Abs. 3).

Nach Art. 123 StGB wird wegen einfacher Körperverletzung bestraft, wer einen Menschen in anderer Weise an Körper oder Gesundheit schädigt.

Ein Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert hat, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind ( BGE 140 IV 150 E. 3.4; 137 IV 113 E. 1.4.2; je mit Hinweisen).

Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt oder 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 ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweis). Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, muss das Gericht bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen ( BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 26 E. 3.2.2; 133 IV 9 E. 4.1; je mit Hinweisen). 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; 134 IV 26 E. 3.2.2; je mit Hinweisen).

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; 133 IV 1 E. 4.5; je mit Hinweisen). Solche 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; je mit Hinweisen; Urteil 6B\_127/2021 vom 27. September 2021 E. 3.1.2).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen und ist Tatfrage, welche im Verfahren vor Bundesgericht nur im Rahmen von Art. 97 Abs. 1 BGG gerügt werden kann ( BGE 141 IV 369 E. 6.3 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 106 Abs. 2 BGG ; zum Begriff der Willkür: BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist ( BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 152 E. 2.3.2; je mit Hinweisen). Das Sachgericht hat die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen es auf Eventualvorsatz geschlossen hat. Das Bundesgericht kann in einem gewissen Ausmass die richtige Bewertung dieser Umstände im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes überprüfen ( BGE 133 IV 9 E. 4.1; 133 IV 1 E. 4.1; je mit Hinweisen). Es tut dies jedoch mit einer gewissen Zurückhaltung ( BGE 134 IV 189 E. 1.3 mit Hinweisen).

Die Frage, ob ein Beteiligter Mittäter ist, entscheidet sich nach der Art seines Tatbeitrages. Nach der Rechtsprechung gilt als Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgeblicher Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, sodass er als Hauptbeteiligter dasteht. Entscheidend ist, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falls und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt. Mittäterschaft kann auch durch die tatsächliche Mitwirkung bei der Ausführung begründet werden. Konkludentes Handeln genügt ( BGE 126 IV 84 E. 2c/aa; 125 IV 134 E. 3a). Auch an spontanen, nicht geplanten Aktionen oder unkoordinierten Straftaten ist Mittäterschaft möglich (vgl. Urteile 6B\_208/2015 vom 24. August 2015 E. 12.3; 6B\_885/2008 vom 14. April 2009 E. 3.4 mit Hinweis und 6B\_180/2011 vom 5. April 2012 E. 2.2 [nicht publ. in BGE 138 IV 113 ]). Es ist nicht erforderlich, dass der Gewalttat ein gemeinsamer Tatentschluss oder eine allenfalls stillschweigende Vereinbarung zur Hilfestellung vorausgingen ( BGE 143 IV 361 E. 4.10; Urteil 6B\_964/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 1.1.2).

### **E. 1.3**

Der Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB verletzt kein Bundesrecht.

#### **E. 1.3.1**

Die Vorinstanz wertet die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Opfers nicht als schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB . Es ist aber, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, nicht ausgeschlossen, dass ein Schlag gegen den Kopf eines Menschen und insbesondere ein harter, heftiger Faustschlag mitten ins Gesicht zu einer schweren Körperverletzung führen kann (vgl. etwa Urteile 6B\_760/2017 vom 23. März 2018 E. 3.4;

6B\_1180/2015 vom 13. Mai 2016 E. 4.1; 6B\_758/2010 vom 4. April 2011 E. 4.4.2). Deshalb prüft die Vorinstanz folgerichtig, ob sich der Beschwerdeführer der versuchten schweren Körperverletzung schuldig gemacht hat.

### **E. 1.3.2**

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers verweist die Vorinstanz zu Recht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach generell ein hohes Risiko einer tödlichen Verletzung geschaffen wird, wenn in einer Auseinandersetzung unkontrolliert mit einem Messer in den Bauch eines Menschen gestochen wird (Urteile 6B\_475/2012 vom 27. November 2012 E. 4.2; 6B\_239/2009 vom 13. Juli 2009 E. 2.4). Das Bundesgericht nimmt in solchen Fällen sogar Eventualvorsatz auf Tötung an (Urteile 6B\_774/2020 vom 28. Juli 2021 E. 2.5 mit zahlreichen Hinweisen; 6B\_991/2015 und 6B\_998/2015 vom 24. Mai 2016 E. 3.4). Die Vorinstanz zitiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung, um die erhöhte Gefahr zu veranschaulichen, wenn in einer dynamischen und aggressiven Auseinandersetzung Messer im Spiel sind. Diese Überlegungen lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen, wo es um eine versuchte schwere Körperverletzung geht. Die Vorinstanz hält es zu Recht für möglich, dass das Opfer Gefahr lief, mit den Messern an lebenswichtigen Organen getroffen zu werden. In der Tat war ein Schnitt durch die äussere Halsschlagader oder andere bedeutende Blutgefässe nicht ausgeschlossen.

Es ist erstellt, dass der Beschwerdeführer und der Mittäter mehrmals heftig mit ihren Fäusten auf den Kopf des Opfers eingeschlagen haben, weshalb eine lebensgefährliche Blutung in der Schädelhöhle drohte. Der Beschwerdeführer und der Mittäter versetzten ihre zahlreichen Schläge in einem dynamischen Geschehen völlig unkontrolliert und während einer verhältnismässig langen Zeit. Die Vorinstanz berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer und der Mittäter mit ihren Klappmessern die Kleidung des Opfers an diversen Stellen durchstachen und ihm Schnittverletzungen zufügten. Dies geschah während einer dynamischen Auseinandersetzung, welche keine gezielte Führung der Klappmesser erlaubte.

### **E. 1.3.3**

Wenn der Beschwerdeführer vorträgt, offensichtlich hätten er und sein Mittäter die Klappmesser weitestgehend aus dem Geschehen herausgehalten und das Opfer mit der anderen Hand geschlagen, dann weicht er von den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ab, ohne eine hinreichende Willkürüge zu formulieren ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 143 IV 500 E. 1.1; 143 IV 241 E. 2.3.1; je mit Hinweisen).

### **E. 1.3.4**

Der Beschwerdeführer anerkennt, dass Faustschläge gegen den Kopf eine versuchte schwere Körperverletzung darstellen können. Er wendet aber ein, dafür müssten Umstände vorliegen, welche die betreffenden Schläge konkret als besonders gefährlich erscheinen lassen, so etwa die Gefahr, dass das Opfer auf einem Randstein aufschlagen könnte, wenn es wegen eines Schlages stürzt. Solche Umstände seien hier nicht ersichtlich.

Diese Argumentation des Beschwerdeführers geht offensichtlich fehl. Die Vorinstanz erwähnt ausdrücklich, dass der Angriff auf schneebedecktem und rutschigem Grund stattfand, weshalb das Opfer zusätzlich Gefahr lief, sich durch einen unkontrollierten Sturz schwer zu verletzen. Der Beschwerdeführer und der Mittäter attackierten mit ihren Klappmessern halb stehend das am Boden liegende Opfer. Dies erhöhte wegen des

rutschigen Untergrunds die Gefahr einer lebensbedrohlichen Verletzung. Es kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer und der Mittäter auch dann noch auf das Opfer einschlugen, als dieses bereits am Boden lag. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hing es vom Zufall ab, wo der Beschwerdeführer und der Mittäter das Opfer trafen.

Bezeichnenderweise verletzten sich der Beschwerdeführer und der Mittäter im Rahmen des dynamischen Tatgeschehens sogar selbst.

### **E. 1.3.5**

Der Beschwerdeführer ging als Erster auf das Opfer los, indem er diesem einen Schlag versetzte. Anschliessend kam auch der Mittäter hinzu, um das Opfer zu traktieren. Auch wenn keine vorgängige Absprache stattgefunden hatte, sind die gemeinsamen Gewalttätigkeiten unter dem Einsatz von Klappmessern als mittäterschaftliches Vorgehen zu qualifizieren. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, haben sich beide Täter den Vorsatz des anderen konkludent zu eigen gemacht.

Damit nahmen der Beschwerdeführer und der Mittäter das Risiko einer schweren Körperverletzung in Kauf. Es bedarf keiner besonderen Intelligenz, um zu erkennen, dass solche Einwirkungen schwere Körperverletzungen zur Folge haben können (vgl. zur tödlichen Gefahr von Messerstichen in Brust und Bauch eines Menschen: Urteile 6B\_774/2020 vom 28. Juli 2021 E. 2.5; 6B\_829/2010 vom 28. Februar 2011 E. 3.2; je mit Hinweisen).

### **E. 1.4**

Nach dem Gesagten hat sich der Beschwerdeführer der versuchten schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist demgemäss zu bestätigen.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet die Höhe der Freiheitsstrafe.

Er beantragt eine Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung und eine Freiheitsstrafe von 8 Monaten. Darauf ist nicht einzugehen, nachdem es bei der Verurteilung wegen versuchter schwerer Körperverletzung bleibt.

Allerdings beantragt der Beschwerdeführer auch bei Bestätigung des Schuldspruchs eine Reduktion der Freiheitsstrafe auf 24 Monate. Er macht geltend, die Vorinstanz sei von einem erheblichen objektiven und subjektiven Verschulden ausgegangen. Dabei habe sie es unterlassen, auf den Bericht seines Therapeuten einzugehen. Dieser habe festgehalten, der Beschwerdeführer leide unter einer Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung, womit auch die Tat im Zusammenhang stehe. Weiter habe der Therapeut festgehalten, der Beschwerdeführer sei im Tatzeitpunkt nicht unter der notwendigen, mitunter auch medikamentösen Behandlung gestanden, weshalb die mit der Störung verbundenen Verhaltensmuster unkontrolliert hätten zu Tage treten können. Berücksichtige man diese im Tatzeitpunkt unbehandelte Störung und deren Auswirkungen, so sei das Verschulden tiefer einzustufen, nämlich als noch leicht.

### **E. 2.2**

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu ( Art. 47 Abs. 1 Satz 1 StGB ). Das Verschulden bestimmt sich nach allen objektiven und subjektiven Elementen der Tat, namentlich der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen

Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden ( Art. 47 Abs. 2 StGB ; BGE 142 IV 137 E. 9.1; 141 IV 61 E. 6.1.1; 129 IV 6 E. 6.1). Das Gericht berücksichtigt zudem das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters, die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters sowie dessen Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (sog. Täterkomponenten; Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB ; BGE 141 IV 61 E. 6.1.1; 129 IV 6 E. 6.1).

Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin in die Strafzumessung nur ein, wenn das Sachgericht den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, wenn es von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn es wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat ( BGE 144 IV 313 E. 1.2; 136 IV 55 E. 5.6).

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, indem sie eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten ausspricht.

#### **E. 2.3.1**

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. 2.3.2**

Es erscheint angemessen, dass die Vorinstanz eine Einsatzstrafe von 42 Monaten festlegt.

Zum objektiven Tatverschulden hält die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer und der Mittäter hätten das Opfer zufällig ausgesucht. Für die Tat seien keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich. Es handle sich um einen Akt sinnloser Gewalt. In der Tat zeigten der Beschwerdeführer und der Mittäter eine erschreckende Aggressivität und eine hohe kriminelle Energie. Selbst als das Opfer wehrlos am Boden lag, liessen sie nicht von ihm ab. Nach der Tat entfernten sie sich, ohne sich um das verletzte Opfer zu kümmern und überliessen es seinem Schicksal. Die wiederholten Faustschläge gegen den Kopf sowie der Einsatz der Klappmesser während des dynamischen Geschehens bargen das Risiko einer lebensgefährlichen Verletzung.

Subjektiv würdigt die Vorinstanz, dass kein direkter Vorsatz vorlag, denn die Tat geschah ungeplant und spontan. Erschwerend berücksichtigt die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer den Übergriff initiierte. Seine Motivation erschöpfte sich darin, dem Opfer Leid zuzufügen. Es wäre leicht für ihn gewesen, sich gegen die Straftat zu entscheiden. Auch während des Übergriffs hätte er jederzeit vom Opfer ablassen und so den brutalen Übergriff beenden können. Dies tat der Beschwerdeführer allerdings erst nach einer verhältnismässig längeren Zeit. Er beendete den Angriff erst, als das Opfer um Hilfe rief.

#### **E. 2.3.3**

Der Beschwerdeführer behauptet zu Unrecht, die Strafreduktion wegen Versuchs sei zu tief. Wie bereits ausgeführt, begründet die Vorinstanz nachvollziehbar, dass es nur dem Zufall zu verdanken war, dass das Opfer nicht lebensgefährlich verletzt wurde. Wie die Vorinstanz überzeugend festhält, konnten der Beschwerdeführer und der Mittäter die Verletzungen des Opfers nicht kontrollieren. Die Vorinstanz lässt nicht ausser Acht, dass schwere Verletzungen des Opfers ausblieben und die Heilung komplikationslos verlief. Diesen Umstand würdigt sie, indem sie die hypothetische verschuldensangemessene Strafe um 5 Monate reduziert. Dies ist nicht zu beanstanden.

#### **E. 2.3.4**

Als grobe Faustregel kann davon ausgegangen werden, dass bei einer Blutalkoholkonzentration von unter 2 Promille keine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit vorliegt ( BGE 122 IV 49 E. 1b; Urteil 6B\_895/2008 vom 14. April 2009 E. 4.3.1). Die Vorinstanz würdigt den Bericht des Instituts für Rechtsmedizin, wonach im Tatzeitpunkt beim Beschwerdeführer eine Blutalkoholkonzentration zwischen 1,05 und 1,86 Gewichtspromille vorlag. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die enthemmende Wirkung des Alkohols nur leicht strafmindernd mit 2 Monaten berücksichtigt.

#### **E. 2.3.5**

Der Beschwerdeführer wurde im Jahr 2016 wegen mehrfacher Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfacher Widerhandlung gegen das Waffengesetz verurteilt und delinquierte während laufender Probezeit. Dies berücksichtigt die Vorinstanz zu Recht straf erhöhend um 1 Monat.

#### **E. 2.3.6**

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass ihm die Vorinstanz keine Reue und Einsicht attestiert. Die Erstinstanz habe festgehalten, er habe sich in Gegenwart des Opfers reuig gezeigt und sich bei diesem entschuldigt. Die Vorinstanz erwägt dazu, der Beschwerdeführer bemitleide in erster Linie sich selbst. Zwar habe er an der Berufungsverhandlung nebenbei kurz erwähnt, dass es auch für das Opfer schlimm gewesen sei. Doch dann habe er sogleich darauf verwiesen, das lange Warten habe ihn belastet und es sei für alle sehr schlimm gewesen, insbesondere auch für seine Eltern. Die Vorinstanz legt überzeugend dar, dass kein Zeichen echter Reue vorliegt, nur weil der Beschwerdeführer die Genugtuung und den Zivilpunkt nicht angefochten habe. Denn der Beschwerdeführer habe, soweit ersichtlich, keine Bemühungen um Wiedergutmachung unternommen. Bis zum Urteilszeitpunkt sei nicht einmal eine Teilzahlung an die von ihm akzeptierte Genugtuung erfolgt, obwohl der Beschwerdeführer rund 1 ½ Jahre Zeit gehabt und über einen soliden Lohn verfügt hätte. Die fehlende Reue ist bei der Strafzumessung neutral zu behandeln, so wie es die Vorinstanz auch tat. Dass der Beschwerdeführer sich seit der Tat wohlverhalten hat, darf von ihm erwartet werden und rechtfertigt keine Reduktion der Strafe.

#### **E. 2.4**

Nach dem Ausgeführten ist die Freiheitsstrafe von 36 Monaten bundesrechtskonform.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Vorinstanz 14 Monate der Freiheitsstrafe von 36 Monaten für vollziehbar erklärt. Er bemühe sich nämlich aktiv darum, nicht mehr

rückfällig zu werden. Die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten vollends ausser Acht gelassen, dass er eine Therapie besuche. Das deliktische Verhalten sei Thema der Gespräche. Ein wachsendes Frustrationspotential könne durch den Therapeuten frühzeitig erkannt werden. Weiter trage auch die Medikation, welche der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Tat nicht hatte, zur Steuerung des Verhaltens bei. Der Therapeut halte in seinem Bericht fest, die Rückfallgefahr sei gering, wenn der Beschwerdeführer die Behandlung im bisherigen Rahmen fortsetze. Auch die sozialen Bindungen seien prognostisch als günstig einzuschätzen. Der Beschwerdeführer habe noch nie eine Freiheitsstrafe verbüßen müssen. Die Untersuchungshaft von 45 Tagen sei sein bislang längster Freiheitsentzug gewesen. Es dürfe also davon ausgegangen werden, dass er das erstmalige Verbüßen einer Freiheitsstrafe als sehr einschneidend erleben werde. Schon daraus wäre eine erhebliche präventive Wirkung zu erwarten. Der vollziehbare Teil sei in Anbetracht der guten Bewährungsaussichten auf das gesetzliche Minimum von 6 Monaten festzulegen.

### **E. 3.2**

Das Gericht kann 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 (aArt. 43 Abs. 1 StGB). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (aArt. 43 Abs. 2 StGB). Nach aArt. 43 Abs. 3 Satz 1 StGB muss bei der teilbedingten Freiheitsstrafe sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen. Grundvoraussetzung für eine teilbedingte Strafe gemäss aArt. 43 StGB ist wie bei aArt. 42 StGB, dass die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt. Der Hauptanwendungsbereich der teilbedingten Strafe liegt bei Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren. Fällt die Legalprognose nicht negativ aus, tritt der teilbedingte Freiheitsentzug an die Stelle des in diesem Bereich nicht mehr möglichen vollbedingten Strafvollzuges. Besteht hingegen keinerlei Aussicht, dass sich der Täter durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub im Hinblick auf sein zukünftiges Legalverhalten positiv beeinflussen lässt, ist die Strafe in voller Länge zu vollziehen ( BGE 144 IV 277 E. 3.1.1; 134 IV 1 E. 5.3.1; je mit Hinweisen).

Bei der Prüfung des künftigen Wohlverhaltens sind alle wesentlichen Umstände zu beachten. Zu berücksichtigen sind neben den Tatumständen namentlich 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, die Sozialisationsbiografie, das Arbeitsverhalten und das Bestehen sozialer Bindungen etc. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheids miteinzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen. Wie bei der Strafzumessung ( Art. 50 StGB ) müssen die Gründe im Urteil so wiedergegeben werden, dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts überprüfen lässt ( BGE 135 IV 180 E. 2.1; 134 IV 1 E. 4.2.1; je mit Hinweisen). Dem Gericht steht bei der Prüfung der Prognose des künftigen Legalverhaltens ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur korrigierend ein, wenn eine Über- resp. Unterschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens und damit eine Verletzung von Bundesrecht gegeben ist ( BGE 134 IV 140 E. 4.2; Urteil 6B\_817/2019 vom 27. April 2020 E. 4.4.2).

### **E. 3.3**

Die Rüge ist unbegründet.

#### **E. 3.3.1**

Der Beschwerdeführer muss sich wegen eventualvorsätzlicher versuchter schwerer Körperverletzung verantworten. Er nahm ohne nachvollziehbaren Grund in Kauf, ein zufällig ausgewähltes Opfer schwer zu verletzen. Die Vorinstanz nimmt zu Recht an, dass das Verschulden des Beschwerdeführers erheblich wiegt. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer vorbestraft ist und während laufender Probezeit delinquierte. Da er keine Einsicht und Reue zeigte, liegen erhebliche Bedenken an seiner Legalbewährung auf der Hand. Es mag zutreffen, dass sich der Beschwerdeführer seit der Tat wohlverhielt. Die Vorinstanz geht vor diesem Hintergrund denn auch gerade noch vom Fehlen einer eigentlichen Schlechtprognose aus und verzichtet auf den Vollzug der gesamten Freiheitsstrafe.

#### **E. 3.3.2**

Angesichts der getrübteten Legalprognose und dem erheblichen Verschulden verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht, indem sie den zu vollziehenden Teil der Freiheitsstrafe mit 14 Monaten veranschlagt. Der Beschwerdeführer macht geltend, dadurch werde ihm knapp die Möglichkeit einer Verbüßung in Halbgefangenschaft verwehrt. Dies ändert nichts daran, dass die Einschätzung der Vorinstanz bundesrechtskonform ist. Es besteht kein Anspruch darauf, dass das Gericht auf die Möglichkeit der Halbgefangenschaft Rücksicht nimmt.

### **E. 3.4**

Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz 14 Monate der teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten für vollziehbar erklärt.

Dass die Probezeit von 3 Jahren unangemessen wäre, ist nicht ersichtlich. Zwar beantragt der Beschwerdeführer eventualiter eine Probezeit von 2 Jahren, doch begründet er dies nicht.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Landesverweisung. Er macht geltend, er habe sein gesamtes Leben und die Schulzeit in der Schweiz verbracht und auch seine berufliche Ausbildung hier absolviert. Mit Ausnahme der begangenen Straftaten sei seine Integration einwandfrei. Er lebe in einem stabilen sozialen und beruflichen Umfeld, aus welchem ihn eine Landesverweisung herausreißen würde.

#### **E. 4.2.1**

In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Dies setzt voraus, dass sich der Beschwerdeführer wenigstens kurz mit den Erwägungen auseinandersetzt und die minimalen Begründungsanforderungen erfüllt ( BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.). Das Bundesgericht ist kein Berufungsgericht und prüft unter dem Titel von Art. 106 Abs. 1 BGG betreffend die Rechtsanwendung von Amtes wegen grundsätzlich nur die erhobenen Rügen, es sei denn, die rechtlichen Mängel lägen geradezu auf der Hand ( BGE 142 I 99 E. 1.7.1 S. 106; 140 III 115 E. 2 S. 116).

Auch Landesverweisungen überprüft das Bundesgericht nur, soweit die Begründungsanforderungen erfüllt sind (vgl. Urteile 6B\_205/2020 vom 5. Februar 2021 E.

2.3.1; 6B\_1136/2019 vom 2. Juli 2020 E. 4.1; 6B\_191/2020 vom 17. Juni 2020 E. 1.3; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2.2**

Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen schwerer Körperverletzung ( Art. 122 StGB ) verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz ( 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 146 IV 105 E. 3.4.1; 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 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 168 E. 1.4.1; Urteil 6B\_560/2020 vom 17. August 2020 E. 1.1.1).

Von 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. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiärer Bindungen des Ausländers in der Schweiz und in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.3.2).

Die Sachfrage entscheidet sich mithin in einer Interessenabwägung nach Massgabe der "öffentlichen Interessen an der Landesverweisung". Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, sodass die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung, auf die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose abgestellt wird (Urteil 6B\_587/2020 vom 12. Oktober 2020 E. 2.1.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.2.3**

Art. 8 EMRK verschafft praxisgemäss keinen Anspruch auf Einreise oder Aufenthalt. 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). Ein Härtefall lässt sich erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen ( BGE 144 IV 332 E. 3.3 ff.). Soweit ein Anspruch aus Art. 8

EMRK in Betracht fällt, ist die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Die Staaten sind nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten auszuweisen; berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (Urteil in Sachen I.M. c. Suisse vom 9. April 2019, Req. 23887/16, Ziff. 68). Nach diesem Urteil haben sich die nationalen Instanzen von den im Urteil Üner c. Niederlande vom 18. Oktober 2006 (Req. 46410/99) resümierten Kriterien leiten zu lassen (vgl. auch Urteil des EGMR in Sachen M.M. c. Suisse vom 8. Dezember 2020, Req. 59006/18, Ziff. 42 ff.). Unter dem Titel der Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen selbst eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur ( BGE 144 II 1 E. 6.1). Es ist auch nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz anzunehmen ( BGE 146 IV 105 E. 3.4.4; zum Ganzen: BGE 146 IV 105 E. 4.2; Urteile 6B\_748/2021 vom 8. September 2021 E. 1.1.2; 6B\_1275/2020 vom 4. März 2021 E. 1.3; 6B\_994/2020 vom 11. Januar 2021 E. 2.1.1; 6B\_560/2020 vom 17. August 2020 E. 1.1.2; je mit Hinweisen).

Das Gesagte gilt auch für Ausländer, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind, und deren besonderer Situation zufolge Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB Rechnung zu tragen ist. Das in einem solchen Fall grundsätzlich anzunehmende bedeutende Interesse am Verbleib in der Schweiz besteht nicht, wenn beim Ausländer aufgrund seiner schlechten Integration ein Privatleben im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK nicht annehmbar ist (Urteil 6B\_748/2021 vom 8. September 2021 E. 1.1.2 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3.1**

Der Beschwerdeführer ist portugiesischer Staatsangehöriger und wird wegen versuchter schwerer Körperverletzung ( Art. 122 StGB ) schuldig gesprochen. Demzufolge sind die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB erfüllt.

#### **E. 4.3.2**

Die Vorinstanz geht von der Prämisse aus, dass ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt. Sie gewichtet aber das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung höher als das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz.

#### **E. 4.3.3**

Der Beschwerdeführer wurde am xx.xx.1994 in der Schweiz geboren und wuchs hier mit einer jüngeren Schwester bei den Eltern auf. Wenn es finanziell möglich war, verbrachte er die Ferien mit seiner Familie in Portugal. Er besuchte in U.\_\_\_\_\_ die Primar- und Sekundarschule. Wegen "Konflikten" musste er die Schule wechseln und absolvierte den Oberstufenabschluss an einer katholischen Privatschule. Nach dem Abschluss einer Lehre als Automobilfachmann arbeitete er bei unterschiedlichen Arbeitgebern, bevor er arbeitslos wurde. Sein Vater hat acht Geschwister, die in Portugal und Frankreich leben. Seine Mutter hat in Portugal fünf Geschwister.

Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz geboren und aufgewachsen. Diesem Umstand trägt die Vorinstanz Rechnung. Ebenso berücksichtigt sie, dass die Eltern und die Schwester des Beschwerdeführers in der Schweiz leben. Der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gilt nicht absolut (vgl. Urteile 6B\_348/2020 vom 14. August 2020 E. 1.3.1;

6B\_742/2019 vom 23. Juni 2020 E. 1.2.2) und steht einer Landesverweisung selbst bei Ausländern der zweiten Generation nicht entgegen. Zu Recht verwirft die Vorinstanz die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach er einwandfrei integriert sei. Der Beschwerdeführer ist vorbestraft und beging während laufender Probezeit ein Gewaltdelikt, ausserdem war er längere Zeit arbeitslos und es erfolgten mehrere Stellenwechsel. Der Beschwerdeführer unterhält eigenen Angaben zufolge seit Anfang Jahr eine Beziehung zu einer alleinerziehenden Frau. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass es sich hierbei nicht um eine langjährige und gefestigte Partnerschaft handelt. Die Mehrheit der Verwandten des Beschwerdeführers lebt in Portugal, was ihm die Wiedereingliederung in Portugal erlaubt. Er ist Pate des Kindes seines in Portugal wohnhaften Onkels, was auf mehr als nur lose Kontakte schliessen lässt. Überdies begab er sich regelmässig und teilweise für längere Zeit nach Portugal. Zuletzt hielt er sich im Dezember 2020 in Portugal bei seiner Tante auf. Erst kürzlich weilte der Beschwerdeführer mit seinen Eltern in Portugal. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass er den Kontakt zu ihnen nicht auch aus Portugal aufrechterhalten könnte, zumal ihm zusätzlich moderne Kommunikationsmittel zur Verfügung stehen. Schliesslich weist die Vorinstanz darauf hin, dass der Beschwerdeführer nicht aus einer langjährigen und gefestigten Arbeitsstelle gerissen wird.

Dass die Wirtschaftslage in Portugal allenfalls schwieriger sein könnte als in der Schweiz, vermag die Landesverweisung nicht zu hindern (Urteil 6B\_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.2; vgl. auch Urteile 2C\_702/2019 vom 19. Dezember 2019 E. 3.5.3 und 2C\_253/2015 vom 9. September 2015 E. 3.3.3 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer spricht Deutsch und Portugiesisch. Diese Sprachkenntnisse, seine Ausbildung als Automobilfachmann und Servicemonteur, sein Alter und seine Gesundheit erlauben es ihm, sich in Portugal zu integrieren. Aufgrund des familiären Umfelds und der gesammelten Berufserfahrung ist ihm ein beruflicher Neustart in Portugal zumutbar.

Die Vorinstanz erwägt überzeugend, dass ein grosses öffentliches Interesse an der Landesverweisung besteht. Der Beschwerdeführer wird wegen versuchter schwerer Körperverletzung zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt. Er legte eine beachtliche kriminelle Energie und ein erhebliches Verschulden an den Tag. Entgegen den anderslautenden Ausführungen des Beschwerdeführers stuft die Vorinstanz sein Tatverschulden nicht zu hoch ein. Das Verhalten des Beschwerdeführers tangiert in hohem Masse das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung.

Was die Legalprognose anbelangt, wertet die Vorinstanz zum Nachteil des Beschwerdeführers, dass er während laufender Probezeit aggravierend delinquierte und dass er weder Reue noch Einsicht zeigte. Die Vorinstanz verweist darauf, dass auch das angeblich stabile Umfeld den Beschwerdeführer nicht davon abhalten konnte, mehrfach straffällig zu werden. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, die Bewährungsaussichten seien "massiv besser". Zudem behauptet er ohne weitere Begründung, es sei nicht dem Zufall oder dem Druck des laufenden Verfahrens zuzuschreiben, dass er sich seit seiner Gewalttat wohlverhalten habe. Den Bericht des Therapeuten übergeht die Vorinstanz nicht. Sie nimmt dessen Einschätzung, wonach das Rückfallrisiko gering sei, allerdings nicht für bare Münze. Die Vorinstanz legt überzeugend dar, dass der Therapeut kein sachverständiger Gutachter ist. Entgegen den anderslautenden Behauptungen des Beschwerdeführers trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz die Beurteilung des Therapeuten nur mit der "lapidaren Begründung" verwirft, er sei kein sachverständiger Gutachter. Die

Vorinstanz legt nämlich dar, dass der Therapeut bei seiner Einschätzung zu Unrecht davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer Einsicht und Reue zeigt. Zudem anerkennt der Beschwerdeführer selbst, dass in Beurteilungen von behandelnden Therapeuten "ein gewisser Goodwill" mitschwingen kann.

Der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer einer psychiatrischen Therapie unterzieht, spricht nicht gegen eine Landesverweisung. Die Vorinstanz verweist darauf, dass der Beschwerdeführer erst lange nach der Tat, aber just einen Monat nach dem erstinstanzlichen Urteil mit der Therapie begann. Zudem kann eine solche Therapie auch anderswo fortgeführt werden.

Mit Blick auf die restriktiv anzuwendende Härtefallklausel gewichtet die Vorinstanz das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung zu Recht höher als das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz.

#### **E. 4.3.4**

Schliesslich wertet die Vorinstanz das vom Beschwerdeführer begangene Delikt der versuchten schweren Körperverletzung zu Recht als schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA ( BGE 145 IV 364 E. 3.5.2; vgl. zum Ganzen Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018 E. 3). Damit genügt bereits ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme. Nach dem Dargelegten bejaht die Vorinstanz ein entsprechendes Risiko zu Recht. Sie verweist darauf, dass ein Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer lief und dieser wusste, dass ihm eine Landesverweisung droht. Daher begründet die Deliktsfreiheit keine günstige Prognose im Sinne der Praxis zu Art. 5 Anhang I FZA (vgl. dazu auch Urteil 6B\_1474/2019 vom 23. März 2020 E. 1.6.3).

#### **E. 4.4**

Die von der Vorinstanz ausgesprochene Landesverweisung ist rechters.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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