

ZH_OBERGERICHT SB110633 vom 30. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110633

FR: ZH_OBERGERICHT SB110633 du 30 janvier 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB110633 del 30 gennaio 2012

Erwägungen

E. 1

Der Beschuldigte ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 und 3 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.

E. 1.1

Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des Hauptverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) auferlegt (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden auf die Gerichtskasse genommen, allerdings – unbegründet und daher nicht nachvollziehbar – ohne den Vorbehalt eines staatlichen Rückgriffs auf den Beschuldigten im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO (Urk. 50 S. 21).

- 28 -

E. 1.2

Die Verteidigung rügt im Berufungsverfahren die in Rechnung gestellte Pauschale für die DNA-Auswertungen von Fr. 4'150.–. Diese sei nicht nachvollziehbar. Ihm sei die entsprechende Dienstanweisung nicht bekannt, weshalb er sie auch nicht überprüfen könne. Der Betrag sei jedenfalls nicht ausgewiesen (Urk. 72 S. 19 f.; Prot. II S. 13 f.). Die Staatsanwaltschaft hat anlässlich der Berufungsverhandlung die Dienstanweisung der Oberstaatsanwaltschaft betreffend die "Verrechnung von polizeilichen Dienstleistungen" eingereicht (Urk. 75) und ausgeführt, auf dem Aufwanderfassungsformular, das dem Kostenblatt beiliege, sei der tatsächliche Aufwand ausgewiesen (Prot. II S. 12). Zwar ist dem Kostenblatt (Urk. 27) ein Aufwanderfassungsformular beigeheftet, auf diesem ist jedoch der konkrete Aufwand nicht ersichtlich, sondern ebenfalls nur der Betrag aufgeführt. Wie die Verteidigung zu Recht monierte, ist nicht ersichtlich, weshalb die DNA-Auswertung IRM Fr. 4'150.– kostete, eine entsprechende Rechnung fehlt. Die eingereichte Dienstanweisung stellt keine genügende Grundlage dar, um dem Beschuldigten pauschale Kosten für eine DNA-Auswertung aufzuerlegen. Diese regelt vielmehr nur die Verrechnung von Dienstleistungen zwischen der Sicherheitsdirektion und der Direktion der Justiz und des Innern (Urk. 75).

E. 1.3

Entsprechend sind die Kosten gemäss vorinstanzlichem Kostenblock (Urk. 50 S. 22) inklusive der Kosten "Kantonspolizei" von Fr. 4'150.– zu bestätigen. Grundsätzlich sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, inklusive derjenigen der Untersuchung, dem Beschuldigten aufzuerlegen. Davon ausgenommen sind die Kosten "Kantonspolizei". Diese sind, da sie nicht ausgewiesen sind, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten für die amtliche Verteidigung sind ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Die

Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte grundsätzlich vollumfänglich. Die Reduktion der Probezeit für den bedingten Teil der Strafe und die Änderung der Kostenaufgabe sind diesbezüglich irrelevant. Die Staatsanwaltschaft hingegen

- 29 - obsiegt mit ihren Anträgen auf Straferhöhung und Erhöhung des vollziehbaren Strafteils. Daher sind die Kosten dieses Verfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 StPO). Ein Rückgriff auf den Beschuldigten für die Kosten der amtlichen Verteidigung, die auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, ist im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten. 3. Die vorinstanzliche Verpflichtung des Beschuldigten zur Leistung einer Prozessentschädigung an den Privatkläger von Fr. 3'250.– zuzüglich Mehrwertsteuer für die Untersuchung und das Hauptverfahren ist von der Verteidigung anerkannt (Urk. 72 S. 19) und als angemessen respektive ausgewiesen zu bestätigen (vgl. Urk. 41 S. 16), auch wenn dafür in den Erwägungen – einmal mehr – eine Begründung fehlt (Urk. 50 S. 21; Art. 433 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte ist zudem zu verpflichten, in Anwendung von § 18 Abs. 1 i.V.m. § 17 AnwGebV dem Privatkläger für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 250.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Insgesamt ist er somit zu verpflichten, dem Privatkläger für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'780.– (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

E. 2

Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 25. Juni 2009 ausgefallten, bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 40.– wird verzichtet.

E. 3

Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 25. Juni 2009 angesetzte Probezeit von zwei Jahren wird mit Wirkung ab heute um ein Jahr verlängert.

E. 3.1

Die Verteidigung hat im Berufungsverfahren im Sinne einer Beweisergänzung erneut beantragt, es sei der Beschuldigte psychiatrisch zu begutachten (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 51 S. 2). Mit Eingabe vom 6. Mai 2011 zuhanden der Vorinstanz hatte die Verteidigung bereits beantragt, es sei zur Frage der Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Zeitpunkt der Tat ein psychiatrisches Gutachten in Auftrag zu geben. Zur Begründung wurde angeführt, der Beschuldigte verliere nach eigenen Angaben die Beherrschung und reagiere unverhältnismässig, wenn

- 6 - er körperlich angegriffen werde (Urk. 36). Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 6. Juni 2011 von der Vorinstanz abgewiesen (Urk. 37). Anlässlich der Hauptverhandlung wiederholte die Verteidigung den Beweisantrag und verwies zur Begründung auf die zitierte Eingabe vom 6. Mai 2011 (Prot. I S. 5). Die Vorinstanz hat diesen erneut abgewiesen (Prot. I S. 5; Urk. 50 S. 5). In der Berufungserklärung wiederholte die Verteidigung den Antrag (Urk. 51 S. 2), Privatkläger und Staatsanwaltschaft beantragten dessen Abweisung (Urk. 56 und Urk. 58). Mit Präsidialverfügung vom 18. November 2011 wurde der Beweisantrag abgewiesen (Urk. 67). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung erneuerte die Verteidigung ihren Beweisantrag mit gleicher Begründung wie vor Vorinstanz (Urk. 72 S. 3 ff.), während die Staatsanwaltschaft wiederum die Abweisung beantragt (Prot. II S. 11).

E. 3.2

Besteht ernsthafter Anlass, im Sinne von Art. 19 Abs. 1 StGB an der Schuld- fähigkeit des Täters zu zweifeln, ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Ge- richt eine sachverständige Begutachtung an (Art. 20 StGB). Ein Gutachten ist nicht nur anzuordnen, wenn das Gericht tatsächlich Zweifel an der Schuldfähigkeit hat, sondern auch, wenn es nach den Umständen des Falls ernsthafte Zweifel haben sollte. Die Notwendigkeit eines Gutachtens ist erst gegeben, wenn Anzei- chen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit o- der ein völlig unübliches Verhalten. Bei der Prüfung dieser Zweifel ist zu berück- sichtigen, dass nicht jede geringfügige Herabsetzung der Fähigkeit, sich zu beherrschen, genügt, um eine verminderte Schuldfähigkeit anzunehmen. Der Be- troffene muss vielmehr, zumal der Begriff des normalen Menschen nicht eng zu fassen ist, in hohem Masse in den Bereich des Abnormen fallen. Seine Geistes- verfassung muss nach Art und Grad stark vom Durchschnitt nicht bloss der Rechts-, sondern auch der Verbrechensgenossen abweichen (Urteile des Bun- desgerichtes 6B_186/2011 vom 10. Juni 2011, E. 2.4, und 6B_1003/2009 vom 16. März 2010, E. 1.3; BGE 133 IV 145 E. 3.3, je mit Hinweisen). Der Beweiz- antrag der Verteidigung ist wiederum abzuweisen, da keine begründeten Zweifel an der (vollen) Schuldfähigkeit des Beschuldigten bestehen, zur Begründung ist auf untenstehende Erwägungen zu verweisen (E. III.4.2.2).

- 7 - II. Schuldpunkt 1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft vom 7. März 2011 zusammengefasst vorgeworfen, am 28. Januar 2010 im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung vor dem Club "C._____" in D.____ dem Ge- schädigten und Privatkläger B.____ (im Folgenden: Privatkläger) Faustschläge und Fusstritte versetzt zu haben, dies über mehrere Minuten und auch noch, als sich der Privatkläger nicht mehr zur Wehr gesetzt respektive bereits am Boden gelegen habe. Kurze Zeit später habe der Beschuldigte dem am Boden liegenden Privatkläger noch einen kräftigen Fusstritt gegen Oberkörper und Kopf versetzt. Als Folge der vom Beschuldigten geführten Faustschläge und Fusstritte habe der Privatkläger ein Schädel-Hirn-Trauma mit einer Hirnerschütterung sowie diverse Knochenbrüche im Gesicht erlitten. Eine unmittelbare Lebensgefahr sei beim Pri- vatkläger nicht eingetreten; es habe jedoch die Gefahr bestanden, dass beim Pri- vatkläger durch das massive Vorgehen des Beschuldigten lebensgefährliche Ver- letzungen oder bleibende Körperschäden eintreten könnten, was der Beschuldigte zumindest in Kauf genommen habe (Urk. 29 S. 2 f.). 2. Die Vorinstanz hat in ihrer Beweiswürdigung zusammengefasst erwogen, das vorliegend bedeutendste Beweismittel sei die durch eine Überwachungs- kamera vor dem Club aufgezeichnete Videosequenz. Darauf sei ersichtlich, dass sich der Beschuldigte nach Verlassen des Clubs ein weiteres Mal zum Privatklä- ger hin bewegt habe. Damit sei die Aussage des Beschuldigten, sich dem Privat- kläger nicht mehr genähert zu haben, widerlegt. Aus der Videosequenz sei so- dann ersichtlich, dass der Beschuldigte sich schnell und in einer Art "Fussballer- Kickhaltung" (ausgespreizte Arme) und mit einem auffälligen rechten Beinschwung zum Privatkläger hinbewege. Aufgrund dieser Videoanalyse verbleibe kein ver- nünftiger Zweifel, dass der Beschuldigte beim Verlassen des Clubs den Privatklä- ger gemäss Anklagesachverhalt ein weiteres Mal mit einem kräftigen Fusstritt ge- gen Oberkörper und Kopf traktiert habe. Dies werde auch durch die konstanten, glaubhaften Aussagen von E.____ bestätigt (Urk. 50 S. 10 f.).

- 8 - 3. Entgegen der Vorinstanz hat der Beschuldigte den obzitierten Anklagesachverhalt nicht "im Wesentlichen" (Urk. 50 S. 5), sondern lediglich teilweise eingestanden. In entscheidenden Punkten bestreitet der Beschuldigte die Sachdarstellung gemäss Anklageschrift. Die Vorinstanz hat die Aussagen des Beschuldigten, wie er sie in der Untersuchung und anlässlich der Hauptverhandlung deponiert hat, wiedergegeben (Urk. 50 S. 7-9), worauf vorab verwiesen werden kann. Gleiches gilt für die theoretischen Grundsätze der richterlichen Beweiswürdigung (Urk. 50 S. 6; Art. 82 Abs. 4 StPO). 4. Nach anfänglichem Bestreiten (Urk. 5/1 S. 1 ff.) gestand der Beschuldigte in der Folge, den Privatkläger geschlagen zu haben. Er sei von diesem angegriffen worden und habe sich verteidigt. Er habe ihn wahllos geschlagen, überallhin. Der Privatkläger habe begonnen und er habe sich verteidigt (Urk. 5/1 S. 6 ff.). Er sagte in der Hafteinvernahme, er habe diesen getreten und geschlagen (Urk. 5/2 S. 4). Möglicherweise habe er den Privatkläger auch ein- oder zweimal geschlagen, als dieser am Boden gelegen habe (Urk. 5/2 S. 5). Er habe ihn gegen den Kopf und überallhin geschlagen. Er habe ihn auch mit den Füßen getreten; es sei auch möglich, dass er den Privatkläger gegen den Kopf getreten habe (Urk. 5/2 S. 6). Er habe den Privatkläger auch geschlagen, als dieser auf dem Boden gelegen habe, er habe ihm einen oder zwei Fusstritte versetzt (Urk. 5/2 S. 7). Nachdem er in den Club zurückgegangen sei und seine Kollegen geholt habe, habe er den Privatkläger nicht mehr getreten bzw. geschlagen (Urk. 5/2 S. 8). In der Konfrontationseinvernahme mit E. _____ sagte er, er habe dem Privatkläger Faustschläge versetzt und ihn getreten (Urk. 5/3 S. 5). Ob er den Privatkläger auch getreten habe, als dieser am Boden gelegen habe, wisse er nicht mehr, es könne aber sein. Es sei möglich, dass er dem am Boden liegenden Privatkläger einen oder zwei Schläge oder auch einen oder zwei Fusstritte verpasst habe (Urk. 5/3 S. 6). Nachdem er im Club seine Kollegen geholt habe, habe er den Privatkläger nicht mehr getreten (Urk. 5/3 S. 7). Als der Privatkläger zu Boden gegangen sei, habe er ihm vielleicht noch einen oder zwei Schläge versetzt (Urk. 5/3 S. 9). In der Schlusseinvernahme gab er an, nachdem er im Club seine Kollegen gerufen habe, habe er den Privatkläger nicht mehr geschlagen (Urk. 5/4 S. 3). Vor Vorinstanz gab er an, er habe den Privatkläger mit den Fäusten geschlagen und ihm

- 9 - Fusstritte versetzt, nicht jedoch, nachdem er wieder aus dem Club gekommen sei. Als er den Club verlassen habe, habe er den Privatkläger nicht mehr berührt, er habe eine Distanz von ca. drei bis vier Metern gehabt (Urk. 39 S. 4 f.). Er sei nicht mehr zum Privatkläger hingegangen, nachdem er wieder aus dem Club gekommen sei; sein Kollege E. _____ sei zum Privatkläger hingegangen. Vielleicht habe sich der Privatkläger seine Verletzungen zugezogen, als er zu Boden gegangen sei (Urk. 39 S. 6). Anlässlich der Berufungsverhandlung hat der Beschuldigte ausgesagt, er sei nach dem Verlassen des Clubs drei bis vier Meter vom Privatkläger entfernt geblieben (Urk. 71 S. 4). Auf Vorhalt der Verletzungen des Privatklägers hat er erklärt, es sei möglich, dass er ihm diese zugefügt habe. Er wisse nicht, ob er es gewesen sei oder sein Kollege, als dieser auf den Privatkläger losgegangen sei (Urk. 71 S. 5). Es sei möglich, dass er dem Privatkläger einen oder zwei Fusstritte versetzt habe, als dieser am Boden gelegen habe, in der zweiten Phase sei er aber drei bis vier Meter entfernt vom Privatkläger geblieben und habe diesen nicht mehr getreten. Sein Kollege sei auf den Privatkläger losgegangen (Urk. 71 S. 6). Was sein Kollege E. _____ gemacht habe, als er auf den Privatkläger zugegangen sei, wisse er nicht. Er selber sei nicht mehr zum Privatkläger hingegangen, sondern immer drei bis vier Meter auf Distanz geblieben (Urk. 71 S. 7 f.). 5. Demnach ist der Anklagesachverhalt gestützt auf die entsprechenden Zugesagen des Beschuldigten einzig – aber immerhin – dahingehend

erstellt, dass der Beschuldigte dem Privatkläger Faustschläge und Fusstritte versetzt hat, nachdem er vom Privatkläger angegriffen wurde. Bestritten ist hingegen, dass der Beschuldigte nach zwischenzeitlichem Betreten des Clubs den Privatkläger erneute an- gegangen und diesem einen Fusstritt gegen Oberkörper und Kopf versetzt hat. Nicht bestritten ist, dass der Privatkläger beim Eintreffen der Polizei am Tatort die in der Anklageschrift angeführten Verletzungen aufgewiesen hat. Bestritten wird jedoch seitens der Verteidigung, dass der Beschuldigte für diese Verletzungen des Privatklägers verantwortlich ist (Urk. 51 S. 3; Urk. 72 S. 8). 6. Erstellt ist schon aufgrund der Schuhspuren an der linken Kopfseite des Privatklägers, dass diesem tatsächlich mit einem Fuss gegen den Kopf getreten

- 10 - worden ist (Urk. 11/8 S. 2). Der Vorinstanz ist dahingehend beizupflichten, dass den Aufnahmen der Überwachungskamera des Clubs (Kamera 30; Urk. 7/3) ein nicht unbedeutender Beweiswert zukommt: Darauf ist – wenn auch nicht sehr deutlich – zu erkennen, dass der Beschuldigte aus dem Club-Gebäude tritt, auf den dort wartenden Privatkläger trifft, diesem die Hand entgegenstreckt, in der Folge vom Privatkläger attackiert oder zumindest drangsaliert wird (was die An- klage dem Beschuldigten ausdrücklich zugutehält) und anschliessend eine wech- selseitig geführte tätliche Auseinandersetzung stattfindet (was der Beschuldigte ausdrücklich anerkennt). Die Details der eigentlichen Schlägerei sind nicht er- kennbar, da sie nicht im Sichtfeld der Kamera stattgefunden hat. Offensichtlich falsch ist die Darstellung in der Anklageschrift, der Beschuldigte habe sein Schla- gen und Treten nach vier bis fünf Minuten beendet; so dauerte die tätliche Aus- einandersetzung doch gemäss Videoaufzeichnung nicht mehr als 20 bis 30 Se- kunden. Deutlich ist weiter zu erkennen, wie der Beschuldigte sich entfernt, das Clubgebäude betritt, dieses anschliessend – gefolgt von seinem Kollegen E._____ – wieder verlässt (vgl. Urk. 39 S. 8) und sich zügig und gezielt in Rich- tung des Privatklägers hinbewegt. Mit der Vorinstanz ist allein gestützt auf diese Videoaufnahmen erstellt, dass sich der Beschuldigte entgegen seinen Bestreitun- gen nach Verlassen des Club-Gebäudes nochmals zum Privatkläger hinbegeben hat und nicht in einer Distanz von drei bis vier Metern zum Privatkläger stehen blieb. Dass und allenfalls wohin der Beschuldigte den Privatkläger in der Folge getreten hat, ist allein gestützt auf die Videoaufnahme nicht zweifelsfrei erstellt, da solches auf der Aufnahme nicht zu erkennen ist. Immerhin spricht das zielstre- bige, zügige Sich-zum-Privatkläger-Hinbewegen des Beschuldigten keinesfalls gegen ein anschliessendes Treten des Privatklägers durch den Beschuldigten. Hiezu entscheidend ist jedoch ein weiteres belastendes Beweismittel, nämlich die Aussage des Kollegen des Beschuldigten, E._____. Dieser hat als Zeuge ausge- sagt, als er zusammen mit dem Beschuldigten den Club verlassen habe, sei zu- erst der Beschuldigte zum Privatkläger hingegangen und habe diesem einen kräf- tigen Fusstritt versetzt; er selber sei anschliessend zum Privatkläger hingegangen und habe diesen mit dem Fuss umgedreht (Urk. 6/1 S. 3 ff.; Urk. 6/2 S. 4; Urk. 6/3 S. 2 f. und S. 7 f.). Die Aussagen von E._____ sind konstant und wirken erlebt.

- 11 - Der Versuch der Verteidigung, in die Aussagen von E._____ Widersprüche hin- einzuinterpretieren (Urk. 43 S. 6-8; Urk. 72 S. 8-10), ist unbehelflich. E._____ hat den Beschuldigten bei seiner Schilderung nicht übermässig belastet; im Gegenteil versuchte er, ihn im Rahmen des Möglichen zu entlasten: So betonte er, der Pri- vatkläger habe den Beschuldigten provoziert sowie der Beschuldigte habe den Privatkläger möglicherweise nicht gegen den Kopf, sondern lediglich gegen den Brustbereich getreten. Der Beschuldigte macht heute geltend, allenfalls habe E._____ die Verletzungen des Privatklägers verursacht;

dieser sei auf den Privatkläger "losgegangen", was dieser genau gemacht habe, wisse er nicht (Urk. 71 S. 5 und S. 7). Die Verteidigung ging sogar soweit zu behaupten, E. _____ hätte anstelle des Beschuldigten vor den Schranken des Gerichts zu stehen (Prot. I S. 9; Urk. 72 S. 10). Bei dieser Darstellung handelt es sich offensichtlich um eine nachgeschobene – und nicht nur deswegen – ungläubhafte Schutzbehauptung. Vom Beschuldigten selber wurde über mehrere Einvernahmen bestätigt, E. _____ habe sich zum Privatkläger hinbegeben, um zu schauen, wie es diesem gehe (Urk. 5/1 S. 8; Urk. 5/2 S. 8 f.; Urk. 5/3 S. 7), und nicht wie von der Verteidigung behauptet, um diesem allenfalls einen Tritt zu geben (Urk. 72 S. 10 f.; Prot. II S. 13). Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte er erstmals, er wisse nicht, was E. _____ gemacht habe, als dieser auf den Privatkläger zugegangen sei, er habe ihm die Schultern zugewandt (Urk. 71 S. 7). Der Vorhalt seitens der juristischen Sekretärin der Staatsanwaltschaft anlässlich der Hafteinvernahme, der Videoprint deute darauf hin, dass auch E. _____ getreten habe (Urk. 6/2 S. 5), trifft ferner nicht zu: Solches ist auf der Videoaufnahme nicht ersichtlich. Im Gegenteil ist erkennbar, dass sich E. _____ nicht in derselben dynamischen Weise zum Privatkläger hinbewegt hat wie Sekunden vorher der Beschuldigte. Entsprechend wurde auch das Strafverfahren gegen E. _____ mit Verfügung der Untersuchungsbehörde vom 7. März 2011 eingestellt (Urk. 28). E. _____ hatte schliesslich keinerlei Motiv, auf den am Boden liegenden Privatkläger einzutreten. Die Darstellung von E. _____ ist überzeugend und es ist darauf abzustellen. Der Beschuldigte hingegen wurde vom Privatkläger erst provoziert und auch physisch drangsaliert, was ihn in Rage versetzte. Er hat selber mehrfach geschildert, er habe im Rahmen der Auseinandersetzung die Kontrolle über sich verloren. So gab er an, wenn

- 12 - er einmal zu schlagen beginne, gehe es bis zum Tod (Urk. 5/1 S. 6); er sei rasend geworden und so zornig, dass er die Kontrolle verloren habe (Urk. 5/3 S. 5 ff.; Urk. 71 S. 8). Er sei in Panik geraten (Urk. 5/4 S. 3 f.; Urk. 39 S. 5), er sei ausser sich, ausserhalb des Normalen gewesen (Urk. 71 S. 6, S. 9). Er habe sich erst beruhigt, als er im Auto gesessen habe (Urk. 5/3 S. 8). Hätte der Beschuldigte den Privatkläger schliesslich nach dem erneuten Verlassen des Club-Gebäudes nicht getreten, hätte er keinen Grund gehabt zu leugnen, dass er sich erneut zum Privatkläger hinbegeben hat. Diese Bestreitung wird durch die Videoaufnahme wie vorstehend erwogen klar widerlegt. Entsprechend ist der Anklagesachverhalt insgesamt auch dahingehend erstellt, dass der Beschuldigte dem am Boden liegenden Privatkläger nach seiner Rückkehr aus dem Club-Gebäude einen Fusstritt versetzt hat. Aufgrund des Verletzungsbildes des Privatklägers und des Spurenbildes (Schuhabdruck an der linken Kopfseite des Privatklägers, vgl. Urk. 11/8 S. 2 und Urk. 2 S. 4) muss dieser letzte Fusstritt des Beschuldigten zweifellos gegen den Kopf und nicht "gegen den Oberkörper und Kopf" des Privatklägers geführt worden sein. In diesem Sinne ist die diesbezüglich unpräzise Anklageschrift zu präzisieren. Es ist ohnehin nicht nachvollziehbar, inwieweit mit einem einzigen Fusstritt gleichzeitig gegen Kopf und Oberkörper (damit wohl gemeint: Torso/Rumpf über der Gürtellinie) getreten werden kann. Die vom Privatkläger erlittenen Verletzungen sind demnach einzig auf die Einwirkungen des Beschuldigten (namentlich Faustschläge in der ersten Phase sowie Fusstritt an den Kopf in der zweiten Phase) zurückzuführen. Nachgeschobene Erklärungsversuche des Beschuldigten und der Verteidigung, wonach sich der Privatkläger bei einem Sturz – ohne Zutun des Beschuldigten – verletzt haben respektive ein Dritter für die Verletzungen verantwortlich sein könne (Urk. 43 S. 4 und S. 5; Urk. 39 S. 6; Urk. 72 S. 11; vgl. auch Prot. II S. 12 f.), wirken konstruiert und sind ohne Weiteres ungläubhaft. Mit den genannten

Präzisierungen ist der Anklagesachverhalt rechtsgenügend er- stellt.

- 13 -

E. 4

Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten.

E. 4.1

In objektiver Hinsicht ist zunächst der eingetretene Erfolg zu berücksichti- gen. Der Privatkläger erlitt ein Schädel-Hirn-Trauma mit einer Hirnerschütterung, eine Fraktur des Nasenbeins und der Nasenscheidewand sowie eine schwere Mittelgesichtsfraktur rechts mit Fraktur des Orbitabodens und der medialen Orbitawand sowie eine Fraktur des kompletten nasalen Pfeilers rechts. Jedoch lagen weder lebenswichtige Verletzungen vor, noch entstanden bleibende Schä- den. Der Beschuldigte schlug bzw. trat den Privatkläger in einer ersten Phase im Rahmen einer gegenseitigen tätlichen Auseinandersetzung wiederholt mit Fäus- ten und Füßen, bis dieser schliesslich zu Boden ging und sich nicht mehr wehrte. In einer zweiten Phase kehrte er zum Privatkläger, der immer noch am Boden lag, zurück und versetzte ihm einen heftigen Fusstritt. Damit zeigte der Beschuldigte ein grosses Mass an Brutalität, Gewaltbereitschaft und krimineller Energie. 4.2.1. Im Rahmen der Bewertung der subjektiven Tatschwere bzw. des subjekti- ven Tatverschuldens ist mit der Vorinstanz zu berücksichtigen, dass der Beschul- digte sich in einer ersten Phase gegen den Angriff des Privatklägers wehrte, in der Folge dann aber die Kontrolle über sein Verhalten verlor und seinen Angriff weiterführte, obwohl vom Privatkläger keine Gegenwehr mehr ausging (Urk. 50 S. 15). Aufgrund des anfänglichen Angriffs des Privatklägers ist ihm eine gewisse Verschuldensreduktion zuzugestehen. Das tatrelevante provokative Verhalten des Privatklägers beschränkte sich jedoch auf den gegen den Beschuldigten geführ-

- 22 - ten Schlag vor dem Club-Gebäude. Die vorangegangenen verbalen Ausfälligkei- ten des Privatklägers im Club-Gebäude hatten den Beschuldigten offensichtlich noch nicht provoziert. So ist auf der Aufnahme der Überwachungskamera zu se- hen, dass der Beschuldigte beim Verlassen des Club-Gebäudes dem Privatkläger ruhig gegenüberstand und ihm die Hand reichen wollte (Urk. 7/3 "Kamera 30"). Er sagte auch selber aus, er sei beim Verlassen des Gebäudes noch nicht über den Privatkläger erzürnt gewesen (Urk. 5/1 S. 6; Urk. 5/2 S. 3). Nach der gegenseitig geführten Auseinandersetzung war der Privatkläger zu Boden gegangen und hat- te den Kampf offensichtlich verloren; der Beschuldigte verliess den Tatort und be- trat das Club-Gebäude, was ihm zusätzlich Gelegenheit hätte geben sollen, sei- nen Ärger verrauchen zu lassen. Wenn er nach Minuten das Gebäude wieder ver- liess und dem geschlagenen, wehrlosen, am Boden liegenden Privatkläger mit Anlauf einen heftigen Fusstritt gegen den Kopf versetzte, kann er dafür keinerlei Provokation oder gar Bedrängnis durch den Privatkläger mehr als Entschuldigung reklamieren. Wer einen Wehrlosen mit voller Wucht gegen den Kopf tritt, manifes- tiert eindeutig eine niedere Gesinnung und Rücksichtslosigkeit, die charakterlich äusserst bedenklich wiegt. Dass heftige Fusstritte gegen den Kopf eines Opfers äusserst gefährlich sind, ist offensichtlich und allgemein bekannt. Wohl ist beim Beschuldigten noch davon auszugehen, dass er schwere Verletzungen des Pri- vatklägers nicht gerade wollte, sondern diese nur in Kauf nahm. Aufgrund seines Vorgehens liegt seine Einstellung jedoch nahe dem direkten Vorsatz, weshalb ihm das eventualvorsätzliche Handeln nur ganz geringfügig zugute zu halten ist. Der Beschuldigte liess sich durch eine geringfügige Provokation zu einem äusserst brutalen und unbeherrschten Verhalten hinreissen. 4.2.2. Beim subjektiven

Tatverschulden ist namentlich auch eine allfällige Verminderung der Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB) zu berücksichtigen. Zwar hat die Verteidigung im Haupt- wie im Berufungsverfahren die fachärztliche Begutachtung des Beschuldigten beantragt, da dieser nach eigenen Angaben die Beherrschung verliere und unverhältnismässig reagiere, wenn er körperlich angegriffen werde. Es sei denkbar, dass er in irrationale und nicht mehr steuerungsfähige Angst geraten sei. Die Alkoholisierung sei zudem geeignet gewesen, diese Panikstörung zu verstärken (Urk. 36; Urk. 51; Urk. 72 S. 3 ff.). Eine Verminderung der Schuld-

- 23 - fähigkeit des Beschuldigten wird dadurch jedoch weder ernsthaft noch nachvollziehbar dargetan. Der Beschuldigte hat in der Untersuchung ausgesagt, er habe am besagten Abend lediglich zwei Bier getrunken und sei nicht betrunken respektive höchstens "ein klein bisschen angetrunken" gewesen; es sei ihm gut gegangen (Urk. 5/1 S. 4; Urk. 5/2 S. 10). Eine Verminderung der Schuldfähigkeit infolge Intoxikation ist auszuschliessen. Weiter hat der Beschuldigte angegeben, er sei vom Privatkläger angegriffen worden und habe sich nachher verteidigt, es sei halt so herausgekommen (Urk. 5/1 S. 10). Wie oft er vom Privatkläger geschlagen oder getreten worden sei, wisse er nicht (Urk. 5/1 S. 9). Der Privatkläger habe ihn mit der Faust geschlagen, er wisse nicht mehr, ob ins Gesicht oder auf die Brust; darauf habe er zurückgeschlagen (Urk. 5/1 S. 6); er sei rasend geworden (Urk. 5/3 S. 5). Eine relevante psychische Abnormität des Beschuldigten lässt sich allein daraus jedoch keinesfalls ableiten. Entgegen der Verteidigung ist auch nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte seit seiner Kindheit an "derartigen Überreaktionen" leidet, ergeben sich doch aus seinem Vorleben keine Hinweise dafür, dass er bereits früher in solchen bzw. ähnlichen Situationen in "Panik" geriet und die Kontrolle über sich verlor, und er selber schilderte auch keine entsprechenden Vorfälle. Vielmehr sagte er selber, er habe "noch nie derartige Probleme" gehabt (Urk. 71 S. 9). Es bestehen somit keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte beispielsweise aufgrund einer Panikstörung im geforderten hohen Mass in der Fähigkeit, sich zu beherrschen, eingeschränkt gewesen wäre. Daran ändert der allgemeine Hinweis der Verteidigung auf die Definition von Panik gemäss 'Wikipedia' nichts. Dazu kommt, dass auch die Verteidigung anerkennt, dass der Beschuldigte sich vor der zweiten Phase (Fusstritt gegen den Kopf des am Boden liegenden Privatklägers) beruhigte und in der Lage war, sich zu beherrschen (Urk. 72 S. 5 f.). Mithin bestehen keine Zweifel an der (vollen) Schuldfähigkeit des Beschuldigten, die eine Begutachtung erfordern würden (vgl. oben E. I.3.2). Insgesamt war die Schuldfähigkeit des Beschuldigten zum Tatzeitpunkt nicht beeinträchtigt. 4.2.3. Dass entgegen der Verteidigung kein Notwehrexzess vorliegt, der ebenfalls im Rahmen des subjektiven Tatverschuldens zu berücksichtigen wäre, wurde bereits ausgeführt (vgl. oben E. II.8.10).

- 24 -

E. 4.3

Als verschuldensunabhängige Tatkomponente ist schliesslich zu berücksichtigen, dass es vorliegend bei einem Versuch blieb, mithin keine schwere Körperverletzung eintrat. Entgegen der Vorinstanz (Urk. 50 S. 15) ist dies jedoch nicht stark reduzierend zu berücksichtigen. Heftige Fusstritte gegen den Kopf eines Opfers führen regelmässig zu äusserst schweren und gefährlichen Verletzungen. In concreto beruht es einzig auf einem glücklichen Zufall, dass keine solchen eingetreten sind. Das Vorliegen eines Versuchs führt somit lediglich zu einer geringen Reduktion der Tatschwere.

E. 4.4

Wenn die Vorinstanz nach der Beurteilung der Tatkomponente noch von einem leichten Verschulden ausging (Urk. 50 S. 15), ist dies nicht haltbar. Dieses wiegt vielmehr mindestens nicht mehr leicht. Die hypothetische Einsatzstrafe nach der Beurteilung der Tatkomponente kann innerhalb des weiten Strafrahmens noch knapp im oberen Bereich des untersten Drittels angesetzt werden. 5. Bei der Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt (Urk. 50 S. 16). Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, er werde sich voraussichtlich scheiden lassen (Urk. 71 S. 2). Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wirken sich bei der Strafzumessung neutral aus. Dass die Vorinstanz dem Beschuldigten die nicht einschlägige Vorstrafe leicht strafe erhöhend angerechnet hat (Urk. 50 S. 15), ist zu übernehmen. Zusätzlich strafe erhöhend wirkt sich aus, dass der Beschuldigte das vorliegend zu beurteilende Delikt während laufender Probezeit begangen hat (Urteil des Bundesgerichtes 6B_26/2011 vom 20. Juni 2011, E. 3.8). Wenn die Vorinstanz dem Beschuldigten Reue und Einsicht sowie ein kooperatives Verhalten im Strafverfahren weitgehend abgesprochen hat (Urk. 50 S. 15 f.), ist dies grundsätzlich zutreffend, dem Beschuldigten jedoch ausdrücklich nicht erschwerend anzurechnen, da es sein prozessuales Recht ist, die ihm angelastete Tat zu leugnen. Die Bemerkung der Vorinstanz, der Beschuldigte habe den Grossteil des Anklagesachverhalts eingestanden, umfasst andererseits den zentralen Punkt, nämlich den wuchtigen Fusstritt gegen den am Boden liegenden Wehrlosen, gerade nicht. Deshalb ist das teilweise Geständnis nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Eine erhöhte Strafempfindlichkeit weist der Beschuldigte schliesslich nicht auf. 6. Die Beurteilung der Täterkomponente führt mit der Vorinstanz infolge der Vorstrafe sowie des Delinquierens während laufender Probezeit zu einer leichten Erhöhung der nach der Beurteilung der Tatkomponente festgesetzten hypothetischen Einsatzstrafe. Die Staatsanwaltschaft als Anschlussberufungsklägerin beantragt eine Bestrafung des Beschuldigten mit 30 Monaten (Urk. 58; Urk. 74). Diesem Antrag kann gefolgt werden, wenn er auch an der unteren Grenze des Angemessenen und Vertretbaren liegt. Es könnte an dieser Stelle auch durchaus eine höhere Sanktion begründet werden. 7. Der Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

E. 5

Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 22 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (6 Monate abzüglich 29 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

E. 6

Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatz nach Schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfangs des Schadenersatzanspruches wird der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

E. 7

Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 3'500.– zuzüglich 5 % Zins ab 28. Januar 2010 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.

E. 8

Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 3'500.– Gebühr Vorverfahren Fr. 430.50 Auslagen Vorverfahren Fr. 4'150.– Kosten Kantonspolizei Fr. – amtliche Verteidigung (noch ausstehend)

- 3 -

E. 8.1

Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten den teilbedingten Strafvollzug ge- währt (Urk. 50 S. 17). Angesichts der gesetzlichen Voraussetzungen in den Art. 42 StGB und Art. 43 StGB sowie des in diesem Punkt nicht abweichenden Antrags der Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren (Urk. 58; Urk. 74) ist dies ohne Weiteres zu übernehmen.

E. 8.2

Die Vorinstanz hat den vollziehbaren Strafteil auf das gesetzliche Minimum von sechs Monaten festgesetzt. Eine Begründung dafür erfolgte nicht (Urk. 50 S. 17). Die Staatsanwaltschaft macht geltend, allein schon die Vorwerfbarkeit der Tat, aber insbesondere auch die Legalprognose würden nicht zulassen, den un- bedingt vollziehbaren Strafteil auf das gesetzliche Minimum festzulegen; dieser sei erheblich höher, d.h. auf zwölf Monate, festzusetzen (Urk. 58 S. 2; Urk. 74 S. 3).

E. 8.3

Wenn das Gericht auf eine teilbedingte Strafe erkennt, hat es im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Nach Art. 43 StGB muss der unbedingt vollziehbare Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3), darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Abs. 2). Innerhalb des

- 26 - gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das "Verschulden" zu beachten, dem in genü- gender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewäh- rung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbar- keit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6; Urteil des Bundesgerichtes 6B_785/2007 vom 14. Mai 2008, E. 3.1).

E. 8.3.1

Unmittelbare Lebensgefahr im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB bedeutet die Herbeiführung eines Zustandes, in dem sich die "Möglichkeit des Todes dermassen ver- dichtete, dass sie zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit wurde" (BGE 109 IV 18 E. 2c). Es genügt deshalb nicht, dass die Möglichkeit des Todes nur in etwelche Nähe rückt. Andererseits genügt eine vorübergehende Lebensgefahr von kurzer Dauer und es ist ohne Bedeutung, ob ärztliche Hilfe rechtzeitig eingreifen konnte oder nicht. Sodann muss die Lebensgefahr durch eine Verletzung entstanden sein (BSK Strafrecht II - Roth/Berkemeier, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 122 N 5 ff. mit Hinweisen; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Aufl., Zürich 2010, Art. 122 N 8). Gemäss dem schriftlichen ärztlichen Befund der Klinik für Unfallchirurgie des Universitätsspitals Zürich vom tt. April 2010 (Urk. 11/2) führten die dem Privatkläger durch den Beschuldigten

zugefügten Ver-letzungen zu keinem Zeitpunkt zu einer unmittelbaren Lebensgefahr.

E. 8.3.2

Mit Körper im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB sind Schädel, Thorax und Becken gemeint. Wichtige Organe sind neben den lebenswichtigen wie Nieren und Leber beispielsweise Sinnes- und Geschlechtsorgane, wichtige Glieder sind Hände, Füsse und Gelenke. Der (objektive) Tatbestand von Art. 122 Abs. 2 StGB ist erfüllt, wenn diese verstümmelt oder unbrauchbar gemacht, d.h. erheblich in ihrer Funktion gestört, werden (Trechsel/Fingerhuth, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 122 N 4 f.; Donatsch/Flachsmann/ Hug/Weder, a.a.O., Art. 122 N 10, N 12). Der Privatkläger erlitt – wie erwähnt – ein Schädel-Hirn-Trauma mit einer Hirnerschütterung, eine Fraktur des Nasenbeins und der Nasenscheidewand, eine schwere Mittelgesichtsfraktur rechts mit Fraktur des Orbitabodens und der medialen Orbitawand sowie eine Fraktur des kompletten nasalen Pfeilers rechts (Urk. 11/2 und Urk. 11/5). Damit wurde weder

- 15 - der Körper noch ein wichtiges Organ des Privatklägers im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB verstümmelt oder unbrauchbar gemacht.

E. 8.3.3

Spätestens mit dem heftigen Tritt des Beschuldigten gegen den Kopf des am Boden liegenden Privatklägers war die Tat vollendet, doch trat der zur Erfüllung des objektiven Tatbestands der schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB notwendige Erfolg nicht ein. Es ist daher zu prüfen, ob ein vollendeter Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB gegeben ist.

E. 8.4

Gemäss den vorstehenden Erwägungen wiegt das Verschulden des Beschuldigten entgegen der Vorinstanz nicht "leicht", sondern mindestens "nicht mehr leicht". Bereits aus diesem Grund erweist sich die Festsetzung eines gesetzlich minimalen vollziehbaren Strafteils als der konkreten Vorwerfbarkeit der Tat nicht angemessen. Wenn vorliegend eine Strafe im oberen Bereich des untersten Strafdrittels festzusetzen ist, ist auch ein vollziehbarer Strafteil an der oberen Grenze des untersten Drittels angemessen. Ein nicht minimaler vollziehbarer Strafteil ergibt sich sodann auch aus der zu stellenden Legalprognose: Der Beschuldigte weist eine – wenn auch nicht einschlägige – Vorstrafe auf (Urk. 53), in deren laufender Probezeit er erneut delinquierte. Diese Vorstrafe wird der Beschuldigte – wie nachstehend zu erwägen sein wird – nicht verbüssen müssen. Die Einschätzung der Vorinstanz, weder das vergangene noch das laufende Strafverfahren hätten den Beschuldigten sonderlich beeindruckt (Urk. 50 S. 15 f.), ist sodann nicht von der Hand zu weisen. Insgesamt ist mithin die Legalprognose nicht uneingeschränkt optimistisch. Damit ist der vollziehbare Strafteil auf 10 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen; der verbleibende Strafteil von 20 Monaten Freiheitsstrafe ist bedingt aufzuschieben, wobei trotz der verbleibenden Bedenken zur Legalprognose die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen ist (Art. 44 Abs. 1 StGB). 9. Die Vorinstanz hat mit zutreffenden Erwägungen die bedingt aufgeschobene Geldstrafe nicht widerrufen, sondern vielmehr deren Probezeit um ein Jahr - 27 - verlängert (Urk. 50 S. 18; Art. 82 Abs. 4 StPO), was von der Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren nicht angefochten wird (Urk. 58; Urk. 74). Dies ist zu bestätigen. IV. Zivilansprüche Der Geschädigte B. _____ hat sich im Strafverfahren als Privatkläger

konstituiert (Urk. 23/8) und Schadenersatz sowie Genugtuungsansprüche gegen den Beschuldigten gestellt (Urk. 41 S. 2). Die Vorinstanz hat vorab die gesetzlichen Voraussetzungen der adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilforderungen angeführt und anschliessend mit zutreffenden Erwägungen eine grundsätzliche Schadenersatzpflicht des Beschuldigten gegenüber dem Privatkläger festgestellt, den Privatkläger zur Feststellung deren Umfangs auf den Zivilweg verwiesen und den Beschuldigten zur Leistung einer Genugtuung von Fr. 3'500.– zuzüglich Zins an den Privatkläger verpflichtet (Urk. 50 S. 19-21). Der Privatkläger hat dies im Berufungsverfahren nicht angefochten. Der Beschuldigte hat für den Fall eines vollumfänglichen Schuldspruches (auch betreffend die zweite Phase) im Übrigen ausdrücklich weder die Grundsatzverpflichtung zur Leistung von Schadenersatz noch die vorinstanzlich zugesprochene Genugtuung bestritten (Urk. 72 S. 19). Die vorinstanzliche Regelung ist angemessen und gemäss dem Ausgang des Berufungsverfahrens im Schuldpunkt in allen Teilen zu übernehmen (Art. 82 Abs. 4 StPO). V. Kosten und Entschädigung

E. 8.5

In subjektiver Hinsicht ist für die Erfüllung des Tatbestandes der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 und 2 StGB Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 StGB). Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB). Nach ständiger Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise 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. Für den Nachweis des Vorsatzes kann sich das Gericht – soweit der Täter nicht geständig ist – regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählt auch die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser dieses Risiko ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt,

- 16 - desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 134 IV 26 E. 3.2.2 mit Hinweisen).

E. 8.6

Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Beschuldigte schwere oder gar lebensgefährliche Verletzungen in Kauf nahm, ist Folgendes zu berücksichtigen: Gemäss erstelltem Anklagesachverhalt hat der Beschuldigte dem Privatkläger in einer ersten Phase mehrfach und heftig mit den Fäusten ins Gesicht geschlagen. Nachdem der Privatkläger als Folge dieser Schläge zu Boden gegangen war, entfernte sich der Beschuldigte kurzzeitig, kehrte aber anschliessend zum am Boden liegenden und wehrlosen Privatkläger zurück und trat diesem mit Anlauf heftig gegen den Kopf. Das Folgende ist notorisch: Beim menschlichen Kopf handelt es sich um einen sehr sensiblen Körperteil. Bei den Augen handelt es sich um wichtige, durch Gewalteinwirkung leicht irreparabel verletzbare Organe. Eine massive Einwirkung auf die obere Kopfhälfte, die Schläfen oder den Hinterkopf kann rasch zu einer

Verletzung des Hirns führen, bei welchem es sich um eines der zentralen und wichtigsten Organe des Menschen handelt. Ein massiver Impuls generell gegen den Kopf führt regelmässig dazu, dass der Kopf ruckartig in eine Richtung geschleudert wird, was oft Verletzungen der Halswirbelsäule mit starken gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Betroffenen bis hin zu Körperlähmungen nach sich zieht.

E. 8.7

Das vorstehend Ausgeführte zur Sensibilität des menschlichen Kopfs und des hohen Risikos schwerster Verletzungen für den Fall, dass massiv auf den Kopf einer Person eingewirkt wird, gehört ohne Weiteres zum Allgemeinwissen eines durchschnittlichen Erwachsenen. Der Beschuldigte hat – wie erwähnt – zunächst während 20-30 Sekunden mit der Faust mehrfach auf den Kopf des ange-trunkenen Privatkläger eingeschlagen und diesen auch mit den Füßen getreten, so dass dieser schliesslich zu Boden ging. Kurze Zeit später hat er dem wehrlo- sen, immer noch am Boden liegenden und darauf nicht vorbereiteten Privatkläger heftig mit dem Fuss, der aufgrund des Spurenbildes überdies mit einem soliden Schuhwerk versehen war (Urk. 11/8 S. 2), gegen den Kopf getreten. Die Wahr- scheinlichkeit von schweren Verletzungen war derart gross und das Ausmass der Pflichtverletzungen derart eklatant, dass die Verhaltensweise des Beschuldigten

- 17 - nicht anders interpretiert werden kann, als dass er zumindest in Kauf genommen hat, dass der Privatkläger dabei eine Verletzung der Augen, des Hirns oder der Halswirbelsäule erleidet, welche die Schwere gemäss Art. 122 Abs. 2 StGB auf- weist. Die Art und Weise der Tatbegehung lassen ebenfalls keine anderen Schlüsse zu. So erklärte der Beschuldigte, er habe nicht überlegt, wohin er schla- ge, er habe "wahllos" auf den Privatkläger eingeschlagen, "dort wo es halt grad zufällig hintrifft". Er habe ihn auch noch geschlagen bzw. getreten, als dieser bereits am Boden gelegen habe (Urk. 5/1 S. 5 f.; Urk. 5/2 S. 4, S. 6, S. 8; Urk. 5/3 S. 5 f., S. 8; Urk. 71 S. 6). Dies hat der Beschuldigte bereits in der Untersuchung ein- gestanden. Auf die Frage, ob man nicht mindestens damit rechnen müsse, dass eine recht massive Verletzung entstehe, wenn man auf jemanden einschlägt und einer am Boden liegenden Person Fusstritte gegen den Kopf verpasst, antwortete er nämlich, das sei normal. Er erklärte auf Frage weiter, es gebe viele Fälle, bei denen jemand nach Schlägen an den Kopf bleibende Schäden erleidet oder sterbe. Er präziserte zwar, die Ärzte wüssten das, man selber nicht (Urk. 5/2 S. 9). Bei Fusstritten an den Kopf werde der andere verletzt, es könne auch schwere Verletzungen verursachen (Urk. 5/3 S. 7 f.). Dies bestätigte er in der Berufungsverhandlung, es könnten "sehr schwerwiegende Dinge passieren", wenn man jemandem mit dem Fuss heftig gegen den Kopf trete (Urk. 71 S. 7). Dass keine schweren Verletzungen eingetreten sind, beruht einzig auf einem glücklichen Zufall. Ob er allenfalls auch mit lebensgefährlichen Verletzungen rechnen musste und diese durch seine Tat in Kauf nahm, kann unter diesen Umständen offen bleiben. Zu betonen ist schliesslich, dass es – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 72 S. 4) – unter diesen Umständen keine Rolle spielt, woran der Beschuldigte im konkreten Augenblick dachte. Es genügt vielmehr – wie die Staatsanwaltschaft zu Recht ausgeführt hat (Prot. II S. 10) – ein sogenanntes "Mitbewusstsein". Der Täter braucht sich die betreffenden Merkmale im Moment seines Handelns nicht besonders zu vergegenwärtigen, ein aktuelles Bewusstsein ist nicht erforderlich (Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 109; Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 12 N 4; Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 9 N 73 mit Hinweisen). Dieses Mitbewusstsein, dass Schläge und Tritte gegen den Kopf eines anderen schwere Verletzungen verursachen können, ist

- 18 - wie erwähnt notorisch und war auch beim Beschuldigten gegeben. Anhaltspunkte für eine – von der Verteidigung geltend gemachte (Prot. II S. 12) – Dissoziation, die es ihm allenfalls verunmöglicht hätte, dieses Wissen abzurufen, liegen keine vor. Entsprechend erübrigt es sich – wie von der Verteidigung beantragt – ein diesbezügliches Gutachten. Entscheidend ist, dass – wie gesehen – mehrere Umstände vorliegen, die darauf schliessen lassen, dass der Beschuldigte wissentlich und willentlich auf den Privatkläger eingetreten hat, obschon ihm dabei grundsätzlich bewusst war, dass dies beim Privatkläger eine schwere Körperverletzung zur Folge haben könnte. Dass dies für den Fusstritt in der zweiten Phase der Fall war, anerkennt im Übrigen auch die Verteidigung (Urk. 72 S. 5 f. und S. 8). Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 72 S. 2 und S. 11 i.V.m. Urk. 43 S. 9 f. und S. 11 f.) bleibt unter solchen Umständen aber für einen bloss auf einfache Körperverletzung oder gar nur Tötlichkeiten gerichteten Vorsatz kein Raum.

E. 8.8

Im Urteil 6B_954/2010 vom 10. März 2011, E.3.4, hat das Bundesgericht in einem Vergleichsfall, in dem der Täter einer am Boden liegenden Person in den Kopf getreten hat, eine versuchte schwere Körperverletzung ohne Weiteres bejaht. Nur durch Zufall sei es nicht zu einem lebensgefährlichen Zustand oder zu schweren bleibenden Schäden am Kopf oder im Gesicht des Opfers gekommen. Die Gefährlichkeit dieser Handlungsweise sei offenkundig. Im Weiteren hat das Bundesgericht erwogen, es sei bei der genannten Konstellation von einer Verurteilung wegen qualifizierter einfacher Körperverletzung abzusehen, obwohl Art. 123 Ziff. 2 StGB durchaus als erfüllt hätte betrachtet werden können. Der Tatbestand der (versuchten) eventualvorsätzlichen schweren Körperverletzung gehe bei gegebenen Voraussetzungen der (vollendeten) qualifizierten einfachen Körperverletzung vor. Die unmittelbar letzte Erwägung erfolgte an dieser Stelle als obiter dictum zum seitens der Staatsanwaltschaft vor Vorinstanz gestellten Eventualantrag.

E. 8.9

Die Verteidigung macht in keiner Weise substantiiert geltend, inwieweit die Schuldfähigkeit des Beschuldigten zum Tatzeitpunkt nicht vorhanden gewesen sein soll. Wie noch zu zeigen ist (unten E. III.4.2.2), legt sie nicht einmal ernsthaft

- 19 - und nachvollziehbar dar, dass beim Beschuldigten im Tatzeitpunkt eine Verminderung der Schuldfähigkeit vorlag. Ernsthafte Zweifel an der Schuldfähigkeit des Beschuldigten bestehen somit nicht. Diese ist im Gegenteil ohne Weiteres zu bejahen. Eine allfällige Verminderung der Schuldfähigkeit wäre nachstehend bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (Art. 19 Abs. 2 StGB).

E. 8.10

Die Verteidigung macht – wenn auch im Rahmen der Strafzumessung – geltend, es liege eine Notwehrsituation vor. Dies beschränkt sie jedoch ausdrücklich auf die erste Phase, der Fusstritt in der zweiten Phase – falls erstellt – sei selbstverständlich nicht zu entschuldigen (Urk. 72 S. 12 ff.). Nachdem vorliegend erstellt ist, dass der Beschuldigte dem Privatkläger in einer zweiten Phase einen Fusstritt gegen den Kopf versetzte, als dieser bereits am Boden lag (vgl. oben E. II.7), erübrigen sich grundsätzlich weitere Ausführungen. Lediglich der Vollständigkeit und Klarheit halber ist festzuhalten, dass auch in der ersten Phase der Rechtfertigungsgrund der Notwehr keinesfalls gegeben ist. Ebenso wenig wäre ein Notwehrexzess zu bejahen. Auf (rechtfertigende) Notwehr berufen kann sich, wer ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht wird (Art. 15 StGB). Dabei

muss die Abwehr in einer Notwehrsituation nach der Gesamtheit der Umstände als verhältnismässig erscheinen. Eine Rolle spielen vor allem die Schwere des Angriffs, die durch den Angriff und die Abwehr bedrohten Rechtsgüter, die Art des Abwehrmittels und dessen tatsächliche Verwendung. Angemessen ist die Abwehr, wenn der Angriff nicht mit weniger gefährlichen und zumutbaren Mitteln hätte abgewendet werden können (BGE 136 IV 49 E. 3.2 mit Hinweisen und E. 3.3). Zwar ist es zutreffend, dass der Privatkläger zuerst den Beschuldigten angegriffen hatte. Dieser tätliche Angriff war – entgegen der Verteidigung (Urk. 72 S. 13) – aber nicht besonders heftig, was sich nicht zuletzt darin zeigte, dass der Beschuldigte selber keine nennenswerten Verletzungen davontrug (vgl. Urk. 5/1 S. 10). Um einen – für den Beschuldigten – massiven Angriff kann es sich jedoch auch deshalb nicht gehandelt haben, da dieser nachher nicht einmal mehr wusste, wie und wo er vom Privatkläger getroffen worden war (Urk. 5/1 S. 6; Urk. 5/2 S. 4). Es ist auszuschliessen, dass der massiv alkoholisierte Privatkläger (vgl. Urk. 12/5, Blutalkoholkonzentration zum

- 20 - Tatzeitpunkt zwischen 1,99 ‰ und 2,86 ‰) dem nahezu nüchternen und kräftigen Beschuldigten nicht die Möglichkeit gelassen hätte, einem Angriff anders zu begegnen, als massiv zurückzuschlagen. Dazu kommt, dass der Beschuldigte zunächst diesen Angriff abwehrte, aber eingestandenermassen auch in der ersten Phase noch auf den Privatkläger einschlug bzw. -trat, als dieser bereits am Boden lag (Urk. 5/2 S. 5, S. 7; Urk. 5/3 S. 6, S. 9; Urk. 71 S. 6) und somit wehrlos war. Damit hat er auch die zeitlichen Grenzen der Notwehr offensichtlich überschritten, weshalb mangels tatsächlicher Notwehrsituation auch Art. 16 StGB keine Anwendung findet. Wenn der Beschuldigte mehrfach von "Panik" sprach (Urk. 5/3 S. 6; Urk. 39 S. 5; Urk. 71 S. 5), handelt es sich dabei offensichtlich um den nachgeschobenen Versuch, seine Tat zu beschönigen, und widerspricht seiner früheren Darstellung, er habe aus Wut zugeschlagen. Dass der Beschuldigte provoziert wurde, ist im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

E. 8.11

Damit hat sich der Beschuldigte mit der Vorinstanz der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Der angefochtene vorinstanzliche Schuldspruch ist somit insgesamt zu bestätigen. III. Sanktion 1. Die Vorinstanz hat vom Widerruf der bedingt aufgeschobenen Geldstrafe gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 25. Juni 2009 zur Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 StGB abgesehen (Urk. 50 S. 18). Solches wird im Berufungsverfahren einerseits von der Staatsanwaltschaft, die Anschlussberufung erklärte, nicht beantragt (Urk. 58) und ist andererseits nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht möglich (BGE 137 IV 239 E. 3). 2. Die Vorinstanz hat den anwendbaren Strafrahmen von Art. 122 StGB mit Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen bis Freiheitsstrafe von 10 Jahren korrekt umrissen. Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzulegen. Der ordentliche Rahmen ist nur

- 21 - zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (BGE 136 IV 55 E. 5.8). Solche aussergewöhnlichen Umstände liegen trotz der versuchten Tatbegehung nicht vor, weshalb vom ordentlichen Strafrahmen auszugehen ist (vgl. auch Urteil des Bundesgerichtes 6B_611/2010 vom 26. April 2011, E. 4; zur Frage der verminderten Schuldfähigkeit vgl. unten E. III.4.2.2). 3. Zu den theoretischen Grundsätzen

der richterlichen Strafzumessung kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 50 S. 14 f.) sowie die bundesgerichtliche Praxis verwiesen werden (Urteil des Bundesgerichtes 6B_390/2009 vom

E. 9

Die Kosten, inklusive derjenigen der Untersuchung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen.

E. 10

Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'250.– zzgl. 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Berufungsanträge a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 72 S. 1 f.): A) Berufung

Hauptanträge: 1. Der Beschuldigte sei freizusprechen, dies insbesondere von den Vorwürfen - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 und 3 StGB; - der qualifizierten einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 i.Vrb. mit Ziff. 2 Abs. 3 StGB; hinsichtlich der ihm vorzuwerfenden Tötlichkeiten sei das Verfahren einzustellen; 2. Auf den Antrag der Anklägerin betr. Widerruf sei nicht einzutreten; 3. Auferlegung der Verfahrenskosten gemäss Erwägungen; Ausrichtung einer angemessenen Genugtuung für die erstandene Haft. Eventualanträge: 1. Der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen - der Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB evtl. - der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB;

- 4 - 2. Der Beschuldigte sei mit Busse von CHF 300.00 zu bestrafen, wobei für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen anzudrohen sei; evtl. sei er mit einer milden Strafe unter Gewährung des bedingten Vollzuges, PZ 2 Jahre zu bestrafen; 3. Nichteintreten auf Widerrufsanspruch evtl. Verzicht auf Widerruf der von der Staatsanwaltschaft See/Oberland mit Strafbefehl vom 25. Juni 2009 bedingt ausgefallenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 40.00; stattdessen sei der Beschuldigte zu verwarnen, subeventuell sei die Probezeit um ein Jahr zu verlängern; 4. Auferlegung der Verfahrenskosten gemäss Erwägungen; Ausrichtung einer angemessenen Genugtuung für die erstandene Haft. B) Anschlussberufung Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft IV sei vollumfänglich abzuweisen. b) Der Staatsanwaltschaft IV (Urk. 74 S. 1): 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 25. August 2011 sei grundsätzlich zu bestätigen, mit folgenden wesentlichen Ausnahmen: 2. Der Angeklagte sei mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 29 Tagen 3. Diese Freiheitsstrafe sei im Umfang von 12 Monaten als vollziehbar zu erklären und im restlichen Umfang von 18 Monaten, unter Ansetzung einer 3-jährigen Probezeit, im Vollzug aufzuschieben.

- 5 - Das Gericht erwägt: I. Prozessuales 1. Nachdem der angefochtene erstinstanzliche Entscheid am 25. August 2011 ergangen ist, sind die Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung anwendbar (Art. 448 und Art. 454 Abs. 1 StPO). 2. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 25. August 2011 wurde der Beschuldigte A. _____ anklagegemäss der versuchten schweren Körperverletzung gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten bestraft, wobei ihm für 22 Monate der Freiheitsstrafe der bedingte Strafvollzug gewährt wurde, unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren. Auf den Widerruf einer bedingt aufgeschobene (Vor-) Geldstrafe wurde verzichtet und diesbezüglich die Probezeit verlängert (Urk. 50 S. 22). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 26.

August 2011 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 47). Die Berufungserklärung der Verteidigung ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 51). Die Staatsanwaltschaft hat mit Eingabe vom 24. Oktober 2011 innert Frist Anschlussberufung erhoben (Art. 400 Abs. 2 f. StPO und Art. 401 StPO; Urk. 58; Urk. 54). Die Verteidigung hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung nicht beschränkt (Urk. 51; Art. 399 Abs. 4 StPO). Der Privatkläger hat beantragt, es sei der Beweisergänzungsantrag des Beschuldigten abzuweisen (Urk. 56). Weitere Anträge stellte er im Berufungsverfahren nicht.

E. 14

Januar 2010, E. 2.3.1 mit Verweisen auf die weitere bundesgerichtliche Praxis; BGE 134 IV 17 E. 2.1).

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