

# ZH\_OBERGERICHT SB120405 vom 22. April 2013

ZH Obergericht, 2013-04-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB120405](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120405)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB120405 du 22 avril 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT SB120405 del 22 aprile 2013

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Die Vorinstanz hat die allgemeinen Grundsätze für die Strafzumessung (Art. 47 StGB) richtig dargelegt. Auf ihre diesbezüglichen Erwägungen (Urk. 39 S. 22 ff.) kann verwiesen werden.

#### E. 1.2

Dadurch, dass der Beschuldigte vorliegend aber wegen versuchter schwerer Körperverletzung schuldig zu sprechen ist, ändert sich der Strafraumen. Der Tatbestand der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB sieht eine Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen vor, wobei ein Tagessatz maximal Fr. 3'000.-- beträgt (Art. 34

- 19 - Abs. 1 und 2 StGB). Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, ist die Übertretung des zürcherischen Straf- und Justizvollzugsgesetzes zwingend mit einer Busse zu bestrafen (Urk. 39 S. 22). Die Erwägungen der Vorinstanz zu den Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründen sind ebenfalls zutreffend und ohne Ergänzung so zu übernehmen (vgl. Urk. 39 S. 23 f.). Der Strafraumen beträgt folglich 180 Tagessätze Geldstrafe bis zehn Jahre Freiheitsstrafe sowie Busse bis Fr. 10'000.--.

#### E. 1.3

Versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB (HD)

##### E. 1.3.1

Zum objektiven Tatverschulden ist im vorliegenden Fall anzuführen, dass der Beschuldigte durch sein Handeln ohne nachvollziehbaren Grund zahlreiche Menschen der Gefahr einer schweren Gesichts-Verbrennung aussetzte. Es ist dabei besonders zu beachten, dass sich unter den Zuschauern auch diverse Jugendliche und auch Kinder befanden. Der Wurf der Fackel kam zudem für die betroffenen Zuschauer völlig unerwartet. Insgesamt zeugt das Verhalten des Beschuldigten von einiger krimineller Energie und auch von Skrupellosigkeit. Der Versuch ist sodann nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen, da es sich um einen vollendeten Versuch handelt und es einzig einem glücklichen Zufall zu verdanken ist, dass kein Zuschauer tatsächlich verletzt worden ist

##### E. 1.3.2

Subjektiv ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Fackel nicht mitgenommen hatte, um diese zu entzünden und auf Menschen zu werfen, sondern um damit zu feiern, wie

er angab (Urk. 9/2 S. 3). Damit ging der Tat keine längere Planung voraus, sondern der Beschuldigte entschied sich relativ spontan dafür, die Fackel zu werfen. Weiter kann dem Beschuldigten zugute gehalten werden, dass er nicht mit direktem Vorsatz, sondern lediglich eventualvorsätzlich gehandelt hat. Das Motiv des Beschuldigten ist nicht nachvollziehbar. Er handelte aus Zorn über die Provokation einiger B.\_\_\_\_-Fans und wollte sich dafür wahllos und völlig unverhältnismässig an Personen im betroffenen Sektor rächen. Sein Vorgehen zeugt von einer Geringschätzung der Gesundheit dieser sich im betroffenen Sektor aufhaltenden Personen. Das subjektive Verschulden relativiert die objektive Tatschwere nicht.

- 20 -

### **E. 1.3.3**

Das Tatverschulden ist insgesamt als erheblich zu qualifizieren. Eine Einsatzstrafe von rund 30 Monaten Freiheitsstrafe erscheint daher vorliegend angemessen.

### **E. 1.4**

Versuchte einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB (ND 2)

#### **E. 1.4.1**

Mit der Vorinstanz (Urk. 39 S. 25) ist festzuhalten, dass es sich bei der versuchten einfachen Körperverletzung um einen kurzen und einmaligen Vorfall handelte, der Beschuldigte jedoch mehrfach zuschlug und zwar von hinten. Dies zeugt von einem rücksichtslosen Vorgehen und ebenfalls von einiger krimineller Energie. Dass es beim Versuch geblieben ist, ist leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

#### **E. 1.4.2**

Der Beschuldigte traf zufällig auf den Privatkläger, er kannte ihn vor dem Vorfall nicht, er handelte mithin ohne nachvollziehbares Motiv. Weiter ist festzuhalten, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte. Es fällt aber auf, dass sich der Beschuldigte erschreckend jähzornig verhalten hat und aggressiv aufgetreten ist.

#### **E. 1.4.3**

Für die einfache Körperverletzung ist das Verschulden als noch leicht zu qualifizieren, womit die vorstehend bemessene Einsatzstrafe leicht zu erhöhen ist.

### **E. 1.5**

Widerhandlungen gegen das Sprengstoffgesetz im Sinne von Art. 37 Ziff. 1 i.V.m. Art. 7 lit. a und Art. 15 Abs. 5 SpstG (HD)

#### **E. 1.5.1**

Ins Gewicht fällt vorliegend die mehrfache Begehung. Die Gefahr des kontrollierten Abbrennens einer Seenotfackel ist noch nicht als hoch einzustufen, da diese ja genau zum Zweck des Abbrennens in der Hand hergestellt wurde, allerdings nicht in einer Menschenmenge. Der Beschuldigte hat die Tat mehrfach und inmitten gedrängter Zuschauerreihen begangen, was wiederum erschwerend wirkt.

#### **E. 1.5.2**

Der Beschuldigte handelte vorsätzlich und ohne zwingenden Grund. Wenn die Vorinstanz erwogen hat, das Abrennen von Fackeln gehöre anlässlich von Fussballspielen bekanntermassen "zur Fankultur", ist diese Formulierung verharmlosend. Das Abbrennen von Fackeln in Zuschaueransammlungen ist kein

- 21 - harmloses Brauchtum, sondern eine gefährliche, unnötige, gesetzlich verbotene und daher insgesamt verpönte und zu verurteilende Unsitte.

### **E. 1.5.3**

Nach dem Gesagten wiegt das diesbezügliche Verschulden nicht mehr leicht, jedoch auch noch nicht mittelschwer, weshalb die Einsatzstrafe wiederum nur geringfügig zu erhöhen ist.

### **E. 1.6**

Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt wiedergegeben. Darauf ist zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen (Urk. 39 S. 26 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, dass sich in seinen persönlichen Verhältnissen nichts Wesentliches geändert habe. Er arbeite nach wie vor bei der ..., wohne bei seiner Mutter und sei schuldenfrei (Urk. 64 S. 1 ff.). Die Vorinstanz hielt fest, dass der Beschuldigte keine Vorstrafen aufweise. Dies ist unter Hinweis auf die diesbezügliche Rechtsprechung neutral zu würdigen (Urk. 136 S. 133 ff., mit Verweis auf BGE 136 IV 1). Der Beschuldigte stellte sich selbst den Strafverfolgungsbehörden, gestand den ihm zur Last gelegten Sachverhalt vollständig ein und zeigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung wieder aufrichtige Reue. Dies führt zu einer merklichen Strafminderung.

### **E. 1.7**

Insgesamt steht einer Erhöhung des vorinstanzlichen Strafmasses – trotz anderer rechtlicher Würdigung betreffend das am schwersten wiegende Delikt – das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StGB) entgegen. Eine Senkung steht aufgrund der vorstehend angeführten Strafzumessungskriterien hingegen ohne Weiteres ausser Diskussion. Daher ist der Beschuldigte in Bestätigung des angefochtenen Strafmasses mit einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren zu bestrafen. Die 22 Tage erstandene Haft sind anzurechnen (Art. 51 StGB).

### **E. 1.8**

Die Höhe der von der Vorinstanz für die Übertretung festgesetzten Busse erscheint angesichts des Verschuldens sowie der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten angemessen und ist zu bestätigen, ebenso die Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe (Urk. 39 S. 28). Der Beschuldigte ist daher mit einer Busse von Fr. 500.-- zu bestrafen, für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen festzusetzen.

- 22 - 2. Vollzug 2.1 Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dem Beschuldigten könne im Hinblick auf seine künftige Bewährung eine günstige Prognose gestellt werden. Demzufolge sei der Vollzug der Strafe aufzuschieben und die Probezeit auf drei Jahre festzusetzen (Urk. 39 S. 28 f.). 2.2 Während die Ausführungen der Vorinstanz über die Gewährung der günstigen Prognose zu übernehmen sind, ist die Probezeit entgegen der Vorinstanz auf zwei Jahre festzusetzen. Beim Beschuldigten handelt es sich um einen Ersttäter, der zudem in geordneten Verhältnissen lebt. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb eine über das gesetzliche Minimum hinausgehende Probezeit ausgesprochen werden müsste. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen

Verfahrens, ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung, sind dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 5) ist daher zu bestätigen. 2. Ausgangsgemäss wird der Beschuldigte auch im Berufungsverfahren im Umfang seines Unterliegens kostentragungspflichtig (Art. 426 Abs. 1 Satz 1 StPO). Davon ausgenommen sind grundsätzlich die Kosten der amtlichen Verteidigung (Art. 426 Abs. 1 Satz 2 StPO), wobei die Rückzahlungspflicht im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt. Der Beschuldigte obsiegt einzig minimal in Bezug auf die Dauer der Probezeit, unterliegt jedoch ansonsten vollumfänglich. Es rechtfertigt sich daher, ihm die gesamten Kosten aufzuerlegen. V. Minderheitsantrag gemäss § 124 GOG Eine Minderheit des Gerichts hat gemäss § 124 GOG ihre abweichende Meinung bezüglich der Frage des Verschlechterungsverbots ins Protokoll aufnehmen lassen (Prot. II S. 9; Begründung in Urk. 69; diesem Urteil beigeheftet).

- 23 - Es wird beschlossen:

#### **E. 5**

Tagen festgesetzt. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 39 S. 30 ff.).

#### **E. 10**

April 2012 E. 8.3.2). Das Folgende spricht dafür, dass diese Praxis weitergeführt werden soll: Der Wortlaut der Bestimmung der Zürcher Strafprozessordnung unterscheidet sich von der nun geltenden Bestimmung in der Schweizerischen Strafprozessordnung einzig darin, dass die StPO ZH davon sprach, dass ein "Urteil nicht zu Ungunsten des Angeklagten" geändert werden dürfe (§ 399 StPO ZH), während es neu heisst, dass "Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person" abgeändert werden dürfen (Art. 391 Abs. 2 StPO). Der zweite Satz von Art. 391 Abs. 2 StPO deutet zudem mit dem Wort "Bestrafung" daraufhin, dass sich die Bestimmung nur auf den Strafpunkt bezieht. Entsprechend unterscheiden sich die Bestimmung der StPO CH und diejenige der StPO ZH lediglich in der Formulierung, nicht jedoch inhaltlich. Weiter hat das Bundesgericht im letztgenannten der vorstehend zitierten höchstrichterlichen Entscheide angedeutet, dass an der bisherigen Praxis zur Zürcherischen

- 15 - Bestimmung auch betreffend die neue Bestimmung der StPO CH festgehalten werden soll. Der genannte Entscheid ist zwar noch zum alten Recht ergangen, es ist aber ein deutlicher Hinweis auf die Schweizerische Strafprozessordnung und das darin enthaltene Verbot der reformatio in peius zu finden. Unter Nennung und Verweis auf die neue Bestimmung hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Abänderung des Schuldspruchs ohne Verschärfung der Strafe das Verbot der reformatio in peius nicht verletze, dies entspreche einer in Literatur und Rechtsprechung verbreiteten Meinung und könne nicht als willkürlich betrachtet werden. Es widerspreche weder dem Wortlaut von § 399 aStPO/ZH noch seinem offensichtlichen Sinn und Zweck (6B.199/2011, 6B.215/2011 vom 10. April 2012 E. 8.3.2). Kommt man nun zum Schluss, dass aufgrund der Auslegung des Wortlautes von Art. 391 Abs. 2 StPO dieser Bestimmung der gleiche Sinn und Zweck zukommen muss, wie schon § 399 StPO ZH, dann kann dies nur bedeuten, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach wie vor Geltung haben muss und auch auf Art. 391 Abs. 2 StPO anzuwenden ist. Ausserdem würde die Ausdehnung des Verschlechterungsverbots auf den Schuldpunkt zu schwierigen Abgrenzungsproblemen

führen. Es wäre zu definieren, was unter einer strengeren rechtlichen Qualifikation zu verstehen wäre. 2.4.2. Nach dem Gesagten steht es dem Berufungsgericht daher entgegen der Verteidigung vorliegend offen, den Anklagesachverhalt auch als versuchte schwere Körperverletzung zu würdigen. 2.4.3. Gemäss Art. 122 StGB macht sich – nebst weiterem – strafbar, wer vorsätzlich ein wichtiges Organ eines Menschen verstümmelt oder unbrauchbar macht oder das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt. Ein entsprechender Erfolg der umschriebenen Art ist in concreto nicht eingetreten; daher ist die versuchte Begehung von Art. 122 Abs. 2 StGB zu prüfen. 2.4.4. Gemäss einer durch die Anklagebehörde eingeklagten Tatvariante hätten als Folge des Fackelwurfs des Beschuldigten grossflächige, gut sichtbare Narben in Gesicht einer am Kopf getroffenen Person resultieren können (Urk. 22 S. 3 f.). Der erstellte Tatablauf stellte sich wie folgt dar: Der Beschuldigte warf eine brennende Fackel mit sehr hoher Brenntemperatur gegen ein dicht stehendes

- 16 - Tribünenpublikum (vgl. Urk. 8/1). Eine Tribüne ist so gebaut, dass alle Zuschauer möglichst viel vom Geschehen auf dem vor ihnen liegenden Platz sehen; darum überragt die hintere Zuschauerreihe jeweils die vordere. Als Resultat präsentieren sich dem auf dem Spielplatz vor der Tribüne Stehenden praktisch nur Oberkörper und Köpfe. Wenn ein Gegenstand gegen eine volle Zuschauertribüne geworfen wird, ist es also fast unausweichlich, entweder den Oberkörper oder den Kopf eines Zuschauers (oder gar mehrerer, im Fall eines Abprallers) zu treffen. Dabei besteht das grosse Risiko, dass ein Zuschauer am Kopf getroffen wird. Bei einer Zuschauertribüne schauen die Zuschauer grundsätzlich in die Richtung des Spielfeldes. Wenn also vom Spielfeld her ein Gegenstand gegen die Tribüne geworfen und ein Zuschauer am Kopf getroffen wird, wird er mit grossem Risiko im Gesicht getroffen. Als notorisch muss gelten, dass bei direktem Kontakt einer Fackel der fraglichen Art mit der Haut gravierende Verbrennungs-Verletzungen mit entsprechender nachmaliger bleibender und entstellender Narbenbildung entstehen. Ferner könnten durch die Fackel bei einer Person mit längeren Haaren diese entzündet werden und könnte daraus eine Verbrennung der Kopfhaut mit denselben Folgen resultieren. Würde ein Zuschauer an einem Auge getroffen, würde die grosse Hitze der Fackel schliesslich auch bei einem nur kurzen Kontakt ein so sensibles Organ irreparabel schädigen. Bleibende und entstellende Narben im Gesicht sowie der Verlust eines Auges sind als schwere Körperverletzungen im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB zu qualifizieren. Die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung einer schweren Körperverletzung war bei der Tatausführung des Beschuldigten aufgrund der geschilderten Risiken durchaus hoch. Mit dem Wurf der brennenden Fackel frontal in die Zuschauermenge hat der Beschuldigte offensichtlich den entscheidenden Schritt zu einer möglichen schweren Körperverletzung vollzogen und auch alles dafür getan, den verpönten Erfolg eintreten zu lassen. Somit ist in objektiver Hinsicht von einem vollendeten Versuch einer schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB auszugehen. 2.4.5. Ein Versuch gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB setzt Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale voraus; soweit der Straftatbestand nicht eine abweichende Vorsatzform erfordert, genügt dabei Eventualvorsatz (Donatsch/ Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 131).

- 17 - Beim Beschuldigten ist nicht von direktem Vorsatz auszugehen, da ihm nicht nachgewiesen werden kann und ohne Weiteres nicht davon auszugehen ist, dass er jemanden in der geschilderten Art verletzen wollte. Zu prüfen bleibt daher, ob er durch sein

Handeln eine schwere Verletzung eines Zuschauers in Kauf genommen hat. Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat, muss das Gericht – bei Fehlen eines Geständnisses der beschuldigten Person – 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 näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 134 IV 26 E. 3.2.2. mit Hinweisen). Der Beschuldigte hat stets ausgesagt, dass er sich bewusst sei, dass eine solche Fackel, wie er sie geworfen hatte, Verbrennungen verursachen könne (vgl. Urk. 9/1 S. 9, Urk. 9/2 S. 4, Urk. 31 S. 6). Was eine brennende Fackel mit einer derart hohen Brenntemperatur im Gesicht eines Menschen und namentlich im sensiblen Bereich der Augen bewirken kann, muss jedermann klar sein, so auch dem Beschuldigten. Da er trotz seines Wissens um dieser offensichtlichen Verletzungsgefahr für zahlreiche Zuschauer die Fackel in die Zuschauerränge warf, kann sein Verhalten vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolges einer schweren Körperverletzung der vorstehend geschilderten Art gewürdigt werden. Damit handelte der Beschuldigte eventualvorsätzlich. Er ist der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. 2.5 Übertretung des Straf- und Justizvollzugsgesetzes im Sinne von § 10 Ziff. 1 StJVG Die Erwägungen der Vorinstanz zur Übertretung des Straf- und Justizvollzugsgesetzes sind zutreffend und zu übernehmen (Urk. 39 S. 16). Zu ergänzen ist noch, dass es sich nicht um eine bewilligungspflichtige Veranstaltung handelt, wie die Verteidigung ausführte (Urk. 67 S. 20), sondern vielmehr um eine

- 18 - "sonstige Menschenansammlung" im Sinne von § 10 StJVG. Der angefochtene Schuldspruch ist zu bestätigen. B. Versuchte einfache Körperverletzung (tt.mm.2011; ND2)  
1. Sachverhalt

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