

ZH_OBERGERICHT SB120433 vom 7. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120433

FR: ZH_OBERGERICHT SB120433 du 7 février 2013

IT: ZH_OBERGERICHT SB120433 del 7 febbraio 2013

Erwägungen

E. 1

Prozessuales

E. 1.1

Der Beschuldigte A._____ wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 14. Juni 2012 wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB mit 36 Monaten Freiheitsstrafe bestraft. Weiter wurde für den Beschuldigten A._____ eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB (Behandlung von psychischen Störungen) angeordnet. Der Mitbeschuldigte B._____ wurde mit 36 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, der Vollzug wurde im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und im Umfang von 18 Monaten angeordnet. Die Probezeit wurde auf drei Jahre festgesetzt (Urk. 120 S. 33). Gegen den genannten Entscheid meldete der Beschuldigte A._____ (nachfolgend: Beschuldigter) mit Datum vom 18. Juni 2012 Berufung an (Urk. 106). Der Mitbeschuldigte B._____ erhob kein Rechtsmittel.

E. 1.2

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2012 reichte der Beschuldigte die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 121). Nach Zustellung der Berufungserklärung des Beschuldigten und Fristansetzung zur Erklärung einer Anschlussberufung mit Präsidialverfügung vom 24. Oktober 2012 (Urk. 125) erhob die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 14. November 2012 Anschlussberufung (Urk. 127). Der Privatkläger liess sich nicht verlauten. Mit Präsidialverfügung vom 27. November 2012 wurde das Doppel der Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft dem Beschul-

- 6 - digten und dem Privatkläger zugestellt (Urk. 129) und danach zur Berufungsverhandlung am 7. Februar 2013 vorgeladen (Urk. 131).

E. 1.3

Zur Berufungsverhandlung am 7. Februar 2013 erschienen der Beschuldigte persönlich (vorgeführt aus dem vorzeitigen Strafvollzug) in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, sowie Staatsanwalt lic. iur. U. Krättli (Prot. II S. 4ff.).

E. 1.4

Der Beschuldigte beschränkt seine Berufung auf Dispositiv Ziffer 2 (Strafzumessung) und 3 (Anordnung einer Massnahme) des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 121).

E. 1.5

Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft richtet sich einzig gegen die Bemessung der Strafe (Urk. 127), demnach Dispositiv Ziffer 2 des erstinstanzlichen Entscheides.

E. 1.6

Mangels Berufung ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, soweit dieser einzig den Mitbeschuldigten B._____ betrifft. Es sind dies Dispositiv Ziffern 4-6. Weiter sind die Dispositiv Ziffern 1 (Schuldspruch Beschuldigter und Mitbeschuldigter B._____), 7 (Einziehungen), 8 (Zivilansprüche Privatkläger) und 9-12 (Kostenfestsetzung und -verteilung) in Rechtskraft erwachsen. Das ist vorab vorzumerken.

E. 1.7

Strafrahmen Die Vorinstanz hat den Strafrahmen korrekt auf Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bis Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren festgelegt. Dem Beschuldigten ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz aufgrund seiner kombinierten Persönlichkeitsstörung eine leichte Verminderung der Schuldfähig-

- 7 - keit zu attestieren. Festzuhalten ist ebenfalls, dass die im Tatzeitpunkt beim alkoholgewohnten Beschuldigten vorgelegene Alkoholisierung nicht zu einer zusätzlichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit führte (Urk. 120 S. 17f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Persönlichkeitsmerkmale des Beschuldigten seien es, welche aus gutachterlicher Sicht die Annahme vertreten lassen würden, dass dessen Enthemmung und aggressive Verhaltensbereitschaften die das bei vergleichbaren Tätern übliche Mass überschreiten würden und daher eine leichte Verminderung der Schuldfähigkeit rechtfertige (Urk. 56 S. 62). Der Verteidiger übt im Berufungsverfahren erneut Kritik am Gutachten, welche sich jedoch nicht auf die Diagnose der verminderten Schuldfähigkeit bezieht, sondern auf die Einschätzung der Rückfallgefahr und der Notwendigkeit einer Massnahme (Urk. 136 S. 5 und 8ff.). Auf die Kritik der Verteidigung am Gutachten ist daher weiter hinten im Rahmen der Prüfung einer Massnahme näher einzugehen (nachfolgend Ziff. 4.4). Der Vorinstanz ist weiter zuzustimmen, dass sich die versuchte Tatbegehung zu Gunsten des Beschuldigten auszuwirken hat. Jedoch führen sowohl die verminderte Schuldfähigkeit als auch die versuchte Tatbegehung nicht zu einer Erweiterung des abstrakten Strafrahmens, sondern diese sind innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafreduzierend zu berücksichtigen, da vorliegend keine Gründe bestehen, den ordentlichen Strafrahmen zu erweitern (Urk. 120 S. 19; Art. 82 Abs. 4 StPO). Somit bleibt es beim Strafrahmen von Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bis zu Freiheitsstrafe von zehn Jahren.

E. 1.8

Verschulden Zwecks Vermeidung von Wiederholungen ist vorweg auf die korrekten allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zur Strafzumessung zu verweisen (Urk. 120 S. 19f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zum Vorgehen bei der Strafzumessung ist zu ergänzen, dass das Bundesgericht in neueren Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte

- 8 - Modell vorgegeben hat (BGE 136 IV 55 E.5.4.; Entscheide des Bundesgerichts 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2, 6B_865/2009 vom 25. März 2010 und 6B_238/2009 vom 8. März 2010, je mit Hinweisen). Die Ausführungen des Bundesgerichts werden ergänzt durch weitere Strafzumessungskriterien, die sich aus der Literatur und der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben. Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat das Gericht das Verschulden zu bewerten. Es hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Dem Tatverschulden kommt nach der Rechtsprechung bei der Strafzumessung eine

entscheidende Rolle zu (Urteil des Bundesgerichtes 6B_165/2011 vom 19. Juli 2011 E. 1.5.2.; BGE 136 IV 55 E. 5.4. und BGE 134 IV 17 E. 2.1.). Dieses beurteilt sich anhand der gesamten Tatumstände. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls bewirken können, das Verschulden als derart gering einzustufen, dass eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens geboten ist. So trifft etwa - neben einer allfällig verminderten Schuldfähigkeit - denjenigen einen geringeren Schuldvorwurf, dem lediglich eventualvorsätzliches Handeln anzulasten ist (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das Strafgesetzbuch selbst erwähnt verschiedene Umstände, die das Verschulden reduzieren können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b StGB), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) gehandelt hat. Ein reduziertes Verschulden trifft auch denjenigen, der die Tat durch Unterlassung begeht (Art. 11 Abs. 4 StGB). Zu nennen sind schliesslich die entschuldbare Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) und der entschuldbare Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB), der vermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), der Rücktritt (Art. 23 Abs. 1 StGB) und die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB).

- 9 - In all diesen Fällen liegen Sachverhaltselemente vor, die sich verschuldensmindernd auswirken, was zu einer mildernden Strafe führt. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, welche das Tatverschulden erhöhen und namentlich die wegen der reduzierten Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit des Täters geringere Schuld wieder auszugleichen vermögen. Zu erwähnen ist beispielsweise ein verwerfliches Motiv. Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktobetrag, Gefährdung/Risiko, Sachschaden etc.), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, Zürich 2010, N11 zu Art. 47 StGB samt Zitaten). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Entscheidungen des Bundesgerichtes 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1., 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 241 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2.A., Bern 2006, S. 179 N 13; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 21 zu Art. 47 StGB). Auch die Grösse des Tatbeitrages (bei mehreren Tätern) und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (vgl. Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 69 ff. zu Art. 47 StGB; Trechsel, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 47 StGB). Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien bewertet (Urteil des Bundesgerichtes 6B_524/2010&6B_626/2011 vom

E. 1.9

Tatkomponente

E. 1.9.1

Objektives Tatverschulden Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass der Beschuldigte in brutaler und massiver Weise gegen Leib und Leben des Privatklägers vorging. Zum konkreten Vorgehen ist anzuführen, dass er dem Privatkläger zwei Mal Pfefferspray ins Gesicht sprühte, insgesamt, während des gesamten Tatablaufs, 30 bis 40 Mal gegen den Kopf und den Oberkörper des Privatklägers einschlug und diesem anschliessend im Hinterhof zwei weitere heftige Fusstritte versetzte und ihm, als er am Boden kauerte und schlussendlich am Boden lag, weitere mindestens acht Fusstritte, davon mindestens vier bis fünf mit Wucht gegen den Kopf, versetzte. Dem Verteidiger kann dabei keineswegs zugestimmt werden, dass die Faustschläge vor dem Geschehen im Hinterhof nicht von grosser Intensität gewesen sein könnten, da der Privatkläger weder davongerannt, noch zusammengebrochen sei oder anderweitig reagiert habe (Urk. 96 S. 5; 137 S. 4). In der Aufzeichnung (Urk. 8/2) ist deutlich ersichtlich, dass der Privatkläger schwankte und angeschlagen war sowie eindeutig von den beiden Beschuldigten davonrannte, welche ihm folgten. Zum Vorgehen im Hinterhof zeigt die Aufzeichnung (Urk. 8/2) mit aller Deutlichkeit das gewaltsame, brutale und skrupellose Verhalten des Beschuldigten. Der Beschuldigte trat zuerst mit Wucht aus dem Stand, etwa im 90 Grad Winkel, in "Kampfsportmanier", zwei mal gegen den Privatkläger ein. Dadurch geriet der

- 11 - Privatkläger ins Wanken und ging zu Boden. Als der Privatkläger sich dann in dieser unterlegenen und wehrlosen Position auf dem Boden befand, trat der Beschuldigte mit Wucht von oben nach unten mit der Fuss- bzw. Schuhsohle gegen den Kopf und Oberkörper des Privatklägers. Wie in der Anklageschrift umschrieben, gleicht das Treten einem Stampfen, einem "etwas zertreten". Ersichtlich ist auch, dass der Beschuldigte einmal gar auf dem Körper des Privatklägers "aus- bzw. abrutschte". Auch hier ist zu betonen, dass dieses Treten bzw. Stampfen durchaus mit Kraft bzw. Einsatz von durchaus erheblichen Körpergewicht ausgeführt wurde. Anschliessend trat der Beschuldigte weiter gegen den Privatkläger ein, indem er mit dem Fuss bzw. Bein ähnlich eines Fussballkicks ausholte. Entgegen der Verteidigung (Urk. 96 S. 5; Urk. 137 S. 3) kann auch hier keine Rede sein von Treten und Kicken ohne besondere Wucht oder Heftigkeit. Die Bilder der Aufzeichnung zeigen deutlich ein anderes Bild. Der Beschuldigte trat bzw. kickte mit Kraft zu und bei den Kicks ist ebenfalls deutlich zu erkennen, dass er mit dem Bein ausholte und diese daher eindeutig mit Schwung ausführte. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass noch stärkere Tritte (z.B. mit Anlauf) möglich wären und der Beschuldigte Sport- und keine schweren Schuhe trug. Dem Verteidiger kann damit in keiner Weise beigeplichtet werden, dass die Tritte mit einer gewissen Hemmung ausgeführt worden seien und es vielmehr darum gegangen sei, jemanden zu entwürdigen, als diesen zu verletzen (Prot. I S. 12; Urk. 137 S. 3). Erschwerend kommt beim ganzen Tatvorgehen hinzu, dass die ursprüngliche Auseinandersetzung zwischen dem Privatkläger und den beiden Beschuldigten spätestens nachdem sich der Privatkläger nach den Schlägen an der Verzweigung D.____-Strasse / E.____-Strasse von den beiden Beschuldigten entfernt hatte, bzw. vor den beiden davon gerannt war, beendet und deeskaliert war. Es bestand kein ersichtlicher Grund und Anlass, den Privatkläger weiter zu verfolgen. Einzige Erklärung ist, dass die beiden den Privatkläger schlichtweg weiter verprügeln wollten. Die beiden Beschuldigten jagten den Privatkläger richtiggehend weiter und "trieben" ihn schliesslich in einen Hinterhof. Ebenso ist verschuldens erhöhend zu gewichten, dass der Beschuldigte weiter massiv auf den

- 12 - Privatkläger eintrat, als dieser bereits zu Boden gegangen war und er sich gegen- über den ohnehin schon anzahlmässig überlegenen Beschuldigten in einer unter- legenen Position befand. Zudem kommt erheblich erschwerend hinzu, dass die Fusstritte gegen den Kopf, einer enorm empfindlichen Körperstelle mit zentralen und lebenswichtigen Körperfunktionen, erfolgten und dies bei einem Körperge- wicht des Beschuldigten von damals zirka 96 Kilogramm (Urk. 135 S. 15). Das Eintreten und Stampfen gegen den Kopf auf den anfänglich am Boden kauernenden und schliesslich am Boden liegenden Privatkläger ist als besonders verwerflich zu würdigen, insbesondere da der Kopf des Privatklägers schliesslich auf dem Betonboden auflag. Das objektive Tatverschulden ist daher als eher schwer zu veranschlagen.

E. 1.9.2

Subjektives Tatverschulden Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass das Verhalten des Beschuldigten von einer erheblichen kriminellen Energie zeugt, auch dass es sich um ein sinnlos brutales Verhalten aus nichtigem Anlass handelt (Urk. 120 S. 20). Der Beschuldigte führte dazu aus, er könne sein Vorgehen nicht erklären (Urk. 3/4 S. 6; 91 S. 5). Es sei einfach mit ihm durchgegangen (Urk. 3/4 S. 6). Er könne nicht erklären, warum er mit dem Schlagen nicht aufgehört habe. Er denke nicht, dass er in einem Rauschzustand gewesen sei, denn dann wären die Verletzungen wesentlich schwerer ausgefallen (Urk. 3/11 S. 5). Die Vorinstanz ging bei der Erstellung des Sachverhalts durchaus wohlwollend von einem Eventualvorsatz hinsichtlich einer schweren Körperverletzung aus (Urk. 120 S. 17). Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind aber auch Fälle zu entnehmen, in welchen von versuchter Tötung ausgegangen wurde. Im Entscheid 6B_13/2007 vom 29. Juni 2007 ging es um einen Täter, der mit den Füßen auf den Körper des im Schlafzimmer am Boden liegenden, stark alkoholisierten Opfers eintrat und einstampfte. Das Bundesgericht führte aus, wer mit äusserster Brutalität gegen ein unterlegenes und infolge erheblicher Alkoholi- sierung weitgehend wehrloses Opfer vorgehe (mit voller Kraft auf dem Opfer

- 13 - herumtrample, auch wenn keine Schuhe getragen werden), wisse um das Risiko der Todesfolge (E. 4.5). Wer in derart brutaler Weise auf ein Opfer einschlage, entwickle nicht erst im Nachhinein eine Gleichgültigkeit gegenüber der möglichen Todesfolge, sondern finde sich bereits vorher für den Fall des Eintritts damit ab (E. 4.6). Das Opfer im Entscheid 6P.186/2006 (6S.419/2006) vom 21. Februar 2007 wurde von mehreren Tätern mit Gewalt zu Boden gedrückt und es wurden ihm schwere Fusstritte gegen den Kopf versetzt mit dem Ziel, es bis zur Regungs- losigkeit zu verletzen. Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, auf- grund der Vorgehensweise sei es einzig dem Zufall zu verdanken gewesen, wel- che Folge eintreten werde. Keiner der Täter habe ernsthaft darauf vertrauen kön- nen, es werde schon nicht zum Tode des Opfers (welches schwere Verletzung davon getragen hatte) kommen. Die Täter hätten den Tod des Opfers vielmehr in Kauf genommen. Aufgrund der Gewalthandlungen der Täter in der Schlussphase ihres Angriffs, d.h. aufgrund der unkoordinierten, aber gezielten Fusstritte mit teil- weise festem Schuhwerk gegen den für schwerste und tödliche Verletzungen besonders empfindlichen Kopfbereich des bereits am Boden liegenden wehr- und schutzlosen Opfers, sei der Schluss der Vorinstanz jedenfalls im Ergebnis haltbar, der Täter habe den Tod des Opfers in Kauf genommen, zumal es den Tätern darum gegangen sei, das Opfer reglos zu schlagen (E. 3.2.4). Indem die Angreifer das Opfer mit Gewalt niederdrückten und mit schwerem Schuhwerk gemeinsam wuchtig gegen den Kopf des Opfers traten, musste sich dem Täter nicht zuletzt aufgrund des Handlungszieles spätestens in der Schlussphase des Angriffs (das

Opfer reglos zu machen) die Verwirklichung des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängen, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als dessen Inkaufnahme ausgelegt werden kann. Daran ändert nichts, dass ihm der Eintritt des Erfolgs unerwünscht gewesen sein mag. Der Eventualvorsatz setzt nicht voraus, dass der Täter mit dem Erfolg innerlich einverstanden war (E. 7.4.1). In einem weiteren Entscheid (6P.147/2006; 6S.324/2006 vom 6. November 2006) ging es um ein Opfer, das nach mehreren Schlägen mit dem Kopf gegen eine Betonwand stiess, nach unten rutschte und wehrlos auf dem Boden sass. In der Folge trat der Täter mit seinem rechten Fuss zwei oder drei Mal mit grosser Kraft gegen dessen Gesicht. Nach kurzer Zeit kehrte der Täter zurück und stampfte mit seinem

- 14 - rechten Fuss zwei bis dreimal auf den Kopf des Opfers, um dessen "Kurzzeitgedächtnis zu löschen". Das Bundesgericht führte u.a. aus, der Täter habe angesichts der Umstände ernsthaft damit rechnen müssen, dass seine zusätzlichen Fusstritte bzw. sein Stampfen auf den Kopf des am Boden liegenden Opfers, das möglicherweise schon durch Schläge in der zweiten Phase (Fusstritten gegen das sitzende Opfer) die Frakturen am Gesichtsschädel erlitten hatte, die bereits erlittenen Verletzungen derart verschlimmern würden, dass sie zum Tod hätten führen können. Es treffe zwar zu, dass die Fusstritte auf den Kopf des Opfers für sich alleine den Schuldspruch der versuchten Tötung noch nicht zu tragen vermöchten. Doch sei auch unter diesem Gesichtspunkt der Umstand zu berücksichtigen, dass der Täter auf ein Opfer eingestampft habe, das bereits mit erheblichen Verletzungen am Boden lag. Indem der Täter dennoch auf den Kopf des verletzten Mannes eintrat, um bei diesem eine Amnesie zu bewirken, musste sich bei ihm die Verwirklichung des Erfolgs als derart wahrscheinlich aufdrängen, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als deren Inkaufnahme ausgelegt werden kann (E. 8.4.2). Der Beschuldigte hat im vorliegenden Fall gemäss dem erstellten (und auch anerkannten) Sachverhalt dem am Boden kauernenden (kniend, mit hängendem Kopf und Gesicht gegen den Boden gerichtet) und hernach liegenden wehrlosen Privatkläger "mindestens 8 heftige Tritte mit dem rechten Fuss, davon mindestens 4 - 5 gegen den Kopf, je mit Wucht, mit der Schuhsohlen von oben herab (Stampfen / etwas zertreten) und mit ausholender und heftiger Beinschwingbewegung (wie Fussballtritt)" gegen den Kopf versetzt und hat "die restlichen Fusstritte in derselben Weise gegen den Oberkörperbereich" gerichtet. Dabei wussten der Beschuldigte und sein Mittäter, "dass sie durch die mehreren massiven Fusstritte gegen den Kopf den Geschädigten in unmittelbare Lebensgefahr bringen (z.B. Hirnblutungen) oder ihn äusserst schwer verletzen könnten (allenfalls bleibende Schäden wie Verlust des Augenlichts oder Entstellung des Gesichts)" (vgl. Urk. 35 S. 4 f.). Das massive Hämatom mit blutender Schürfung frontal in der Mitte der Stirne unterhalb des Haaransatzes, welches der Privatkläger (u.a.) dabei erlitt (Urk. 9/3 und 9/4), zeigt, dass sein Kopf als Folge der Tritte und der Stampfbewegungen auf den Boden prallte.

- 15 - Wer aber - zu zweit - in derart massiver Weise und mehrfach mit dem Fuss auf den für schwerste und tödliche Verletzungen besonders empfindlichen Kopfbereich eines stark angetrunkenen, durch zahlreiche frühere Schläge zunächst taumelnden und danach auf dem Boden kauernenden und schliesslich liegenden, schutz- und wehrlosen Opfers eintritt (beide Täter) und einstampft (Beschuldigte), der nimmt nicht nur schwerste Verletzungen oder eine unmittelbare Lebensgefahr in Kauf, sondern den Tod des Opfers. Die Art und Weise des Einstampfens auf den Kopf des Privatklägers zeigt, dass es dem Beschuldigten um ein Zertreten, ein Zerstören eines Lebens ging. Dem Beschuldigten musste sich die Verwirklichung eines solchen Erfolgs als derart wahrscheinlich aufdrängen, dass sein

Verhalten vernünftigerweise nur als dessen Inkaufnahme ausgelegt werden kann. Daran ändert nichts, dass ihm der Eintritt des Erfolgs unerwünscht gewesen sein mag. Damit wäre aber von einem Tötungsversuch auszugehen gewesen. Allerdings kann am Schuldspruch der Vorinstanz heute nichts mehr geändert werden, ist dieser doch mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen. Bei der Würdigung der Tatschwere ist indessen zu berücksichtigen, dass die Vorgehensweise des Beschuldigten geeignet war, dem Privatkläger schwerste Verletzungen zuzufügen, die ohne Weiteres hätten in eine dauernde und gravierende Schädigung des Privatklägers münden können. Das Handeln liegt somit nahe an der Grenze zu einer eigentlichen Tötungshandlung. Leicht relativierend wirkt sich der Eventualvorsatz aus. Die leichte Verminderung der Schuldfähigkeit ist dem Beschuldigen (vgl. Gutachten Urk. 56 S. 62) in subjektiver Hinsicht leicht verschuldensmindernd anzurechnen. Eine zusätzliche Minderung der Schuldfähigkeit aufgrund des Alkoholeinflusses im Tatzeitpunkt liegt nicht vor (Urk. 56 S. 62). Entgegen der Verteidigung ist bei der Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine lineare Reduktion nach einem bestimmten Tarif vorzunehmen (vgl. BGE 136 IV 55, E. 5.3).

- 16 - In einer Abwägung der verschiedenen Faktoren vermag die subjektive Tatkomponente die objektive jedoch nicht zu relativieren, weshalb es insgesamt bei einem eher schweren Tatverschulden bleibt.

E. 1.9.3

Einsatzstrafe für Tatkomponente Für das mutmasslich vollendete Delikt ist bei einem insgesamt eher schweren Tatverschulden des Beschuldigten eine Einsatzstrafe im Bereich von 7 Jahren Freiheitsstrafe zu veranschlagen.

E. 1.10

Versuch Der Privatkläger erlitt "nur" Verletzungen im Bereich einer einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 StGB. Dass der Privatkläger nicht schwerere Verletzungen davon trug, ist jedoch einzig dem Zufall zu verdanken. Der Beschuldigte hat alles getan, dem am Boden liegenden Privatkläger schwerste Verletzungen zuzufügen. Welche Folgen das "Auf-den-Kopf-einstampfen" haben würde, konnte der Beschuldigte weder voraussehen noch steuern. Er selbst räumte ein, er habe die Tritte und Schläge nicht bewusst kontrolliert und anerkannte, dass diese auf der Aufzeichnung nicht sehr kontrolliert aussehen würden (Urk. 135 S. 9). Er hat nicht das Geringste dazu beigetragen, dass es nur bei Verletzungen blieb, die sich im Nachhinein als einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 StGB erwiesen. Daher ist dem Beschuldigten die versuchte Tatbegehung nur leicht strafmindernd anzurechnen. Wenn die Vorinstanz dafür von einem Zehntel der Einsatzstrafe ausgeht (Urk. 120 S. 21, 23), ist dem zu folgen.

E. 1.11

Täterkomponente Dass der Beschuldigte eine schwierige Kindheit und Jugend durchlebte, ist aus den Akten ersichtlich. Dem Gutachten ist allerdings auch zu entnehmen, dass beim Beschuldigten bereits im Kinder- bzw. Jugendalter Verhaltensauffälligkeiten und krankhafte Persönlichkeitsmerkmale bestanden (Urk. 56 S. 46f.). Die derzeit bestehende Persönlichkeitsstörung mit dissozialen und narzisstischen Anteilen gründet daher im Kindes- und Jugendalter des Beschuldigten. Insbesondere der Vorfall mit seiner Mutter stellt ein gravierendes und prägendes Erlebnis in der

- 17 - Kinder- bzw. Jugendzeit des Beschuldigten dar. Im Vordergrund steht beim Beschuldigten zwar eindeutig die Persönlichkeitsstörung, doch sind ihm in geringem Maße auch die schwierigen familiären Verhältnisse in der Kinder- und Jugendzeit strafmindernd anzurechnen. Die nicht einschlägige Vorstrafe ist im vorliegenden Kontext vernachlässigbar, eine Straferhöhung ist nicht angezeigt.

E. 1.12

Weitere Strafzumessungskriterien

E. 1.12.1

Die Vorinstanz rechnete dem Beschuldigten dessen Geständnis im Umfang von neun Monaten strafmindernd an. Zum Geständnis des Beschuldigten ist zu betonen, dass er den gravierendsten Teil des Vorfalls, nämlich das gegen den Kopf treten, als der Privatkläger am Boden lag, zu Beginn ausdrücklich bestritt (Urk. 3/1 und 3/2) und er, als die Aufzeichnung als Beweismittel vorlag und ihm diese anlässlich der Einvernahme vorgespielt wurden, keine Aussagen machte (Urk. 3/3). Erst bei der darauffolgenden Einvernahme gestand er ein, den am Boden liegenden Privatkläger getreten zu haben (Urk. 3/4). Das vollumfängliche Geständnis legte er dann erst am 6. Juli 2011 ab (Urk. 3/9), wobei er auch dann noch keine Angaben zum Mittäter machte. Dazu sagte er erst anlässlich der Konfrontationseinvernahme aus (Urk. 3/10). Zur Auffindung des Mittäters trug der Beschuldigte demnach nichts bei. Von einem von Anfang an im vollen Umfang abgelegten Geständnis kann damit keine Rede sein. Es ist daher nur beschränkt richtig, - wie dies von der Verteidigung geltend gemacht wird (Urk. 96 S. 6) - dass der Beschuldigte die Untersuchung mit seinem Geständnis vereinfacht und beschleunigt habe. Allerdings ist einzuräumen, dass dem Beschuldigten die anfänglichen Schläge ohne entsprechendes Geständnis wohl nicht hätten nachgewiesen werden können. Insgesamt erscheint es angemessen, dem Beschuldigten das Geständnis leicht strafreduzierend anzurechnen.

E. 1.12.2

Weiter ist dem Beschuldigten eine gewisse Einsicht und Reue strafmindernd zu Gute zu halten. Auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte den Eindruck, dass er die Tat ernsthaft bereut und gewillt ist, sein Leben zu ändern.

- 18 -

E. 1.12.3

Der Verteidiger rügt eine Verletzung des Beschleunigungsgebots in Bezug auf die Dauer der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren, was sich zu Gunsten des Beschuldigten auf die Strafzumessung auszuwirken habe (Urk. 96 S. 8; Urk. 136 S. 6/7). Das Beschleunigungsgebot verpflichtet die Behörden, das Verfahren gegen den Beschuldigten ohne Verzug zu führen. Da Verfahrensverzögerungen nicht geheilt werden können, hat das Bundesgericht aus der Verletzung des Beschleunigungsgebots in freier Rechtsfindung praeter legem Sanktionen abgeleitet, die von der Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung über das Absehen von Strafe bis hin zur Verfahrenseinstellung gehen können. Nach der Rechtsprechung gibt es keine bestimmte Zeitgrenze, deren Überschreitung ohne weiteres eine Verletzung des Beschleunigungsgebots zur Folge hat. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer ist nach den besonderen Umständen der jeweiligen Sache zu beurteilen. Zu gewichten ist dabei insbesondere die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Falles, ob die Behörden und Gerichte

oder der Angeschuldigte durch ihr Verhalten zur Verfahrensverzögerung beigetragen haben, sowie die Bedeutung der Angelegenheit für den Betroffenen. Von den Behörden und Gerichten kann nicht verlangt werden, dass sie sich ständig einem einzigen Fall widmen. Deshalb und aus anderen Gründen wie zum Beispiel faktische oder prozessuale Schwierigkeiten, einen Zeugen einzuvernehmen, sind Zeiten, in denen das Verfahren stillsteht, unumgänglich. So lange keine einzige dieser Zeitspannen stossend wirkt, greift eine Gesamtbetrachtung. Zeiten mit intensiver Tätigkeit der Behörden oder Gerichte können andere Zeitspannen kompensieren, in denen wegen der Geschäftslast keine Verfahrenshandlungen erfolgten. Die Tatsache, dass eine Verfahrenshandlung um einige Wochen hätte vorgezogen werden können oder dass sich die Behörde mit der Sache nicht andauernd befasste, begründet in der Regel noch keine Verletzung des Beschleunigungsgebots (Pra 1998 Nr. 117; Urteil des Bundesgerichts vom

E. 1.13

Fazit Strafe Unter Berücksichtigung der weiteren Strafzumessungskriterien ist die theoretische Einsatzstrafe aufgrund der mindernden Faktoren zu reduzieren; gesamthaft um einen Drittel. Eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 8 Monaten erscheint dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

E. 1.14

Haft Der Beschuldigte befand sich vom 5. bis 6. Februar 2011 in Polizeiverhaft (Urk. 22/1/1 und 22/1/5) und vom 14. März 2011 bis zum 10. April 2012 in Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Urk. 22/2/1 und Urk. 37). Seit dem 10. April 2012 bis und mit heute befindet er sich im vorzeitigen Strafvollzug

- 20 - (Urk. 66). Dem Beschuldigten sind somit bis und mit heute 698 Tage erstandener Freiheitsentzug anzurechnen. 4. Massnahme

E. 1.15

Über den Beschuldigten wurde von der Psychiatrischen Universitätsklinik ... von Dr. med. pract. F. _____ mit Datum vom 30. März 2012 ein Gutachten erstellt (Urk. 56), welches sich auch zur Frage einer Massnahme zu äussern hatte. Da die Staatsanwaltschaft die Anordnung einer stationären Massnahme beantragte, prüfte die Vorinstanz die Anordnung einer solchen. Zur Frage einer allfälligen anderen geeigneten Massnahme äusserte sie sich nicht.

E. 1.16

In Bezug auf die allgemeinen Ausführungen zu den Voraussetzungen der Anordnung einer stationären Massnahme kann vorweg zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 120 S. 24-27; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.17

Die Voraussetzung der Anlasstat (Verbrechen oder Vergehen) ist aufgrund des zu erfolgenden Schuldspruchs wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB gegeben (Art. 59 Abs. 1 lit. a StGB). Der Gutachter attestiert dem Beschuldigten eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit dissozialen und narzisstischen Anteilen. Der Ausprägungsgrad der Persönlichkeitsstörung sei erheblich (Urk. 56 S. 61). Die Persönlichkeitsstörung mit dissozialen und narzisstischen

Zügen des Beschuldigten stand gemäss Gutachter zudem im Zusammenhang mit der dem Beschuldigten vorgeworfenen versuchten schweren Körperverletzung (Urk. 56 S. 63). Somit sind auch die Voraussetzungen der schweren psychischen Störung und des Zusammenhangs zwischen Anlasstat und psychischer Störung erfüllt (Art. 59 Abs. 1 StGB).

E. 1.18

Auch zur Frage der Gefährlichkeit bzw. der Rückfallgefahr des Beschuldigten kommt der Gutachter zu einem klaren Schluss. Er attestiert dem Beschuldigten wegen der fortbestehenden Persönlichkeitsproblematik eine hohe Rückfallge-

- 21 - fahr. Auch die Auswertung von Prognoseinstrumenten (VRAG und PCL-R) zur Erfassung kriminalprognostischer Risikofaktoren ordnet den Beschuldigten Risikokategorien zu, welche hohe Rückfallraten erwarten liessen (Urk. 56 S. 62f.). Der Verteidiger machte vor Vorinstanz und auch heute Mängel bzw. Ungenauigkeiten oder Unsorgfältigkeiten bei der Erstellung des Gutachtens geltend. Zur Begründung listete der Verteidiger in seinem Plädoyer diverse Stellen des Gutachtens auf, welche insbesondere falsche Zeit-, Orts- oder Altersangaben beinhalten sollen und macht zudem geltend, der Gutachter habe Aussagen des Beschuldigten nicht richtig wiedergegeben (Urk. 96 S. 10f; Urk. 136 S. 8.). Weiter sei aus verschiedenen Passagen des Gutachtens erkennbar, dass der Gutachter dem Beschuldigten gegenüber eine persönliche Abneigung und Animosität hege (Urk. 96 S. 14; Prot. I S. 13; Urk. 136 S. 6f.; Prot. II S. 6). Dazu kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 120 S. 18f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Gutachter wurde zu den Vorwürfen anlässlich der Einvernahme vor Vorinstanz auch befragt, worauf dieser zu Protokoll gab, er habe das Gutachten nach besten Wissen und Gewissen erstellt (Urk. 92 S. 1). Im Übrigen ist es nicht per se unzulässig, einen Exploranden als arrogant oder überheblich zu charakterisieren. Solche Bezeichnungen mögen vom Exploranden her gesehen negativ behaftet sein, sind aber erklär- und begründbare Begriffe und mithin einer Objektivierung zugänglich. Zu der dem Beschuldigten attestierten Rückfallgefahr rügt der Verteidiger insbesondere, diese Beurteilung des Gutachters basiere auf zwei Tests, dem "Violence Risk Appraisal Guide" (VRAG) und dem PCL-R Test. Beim VRAG Test würden keine Normwerte für den deutschsprachigen Raum vorliegen, was das Resultat des Tests relativiere. Auch der PCL-R Test komme nicht zum klaren Ergebnis, dass beim Beschuldigten eine Gefahr weiterer Straftaten bestehe. Und andere Tests zur Rückfallgefahr würden dem Gutachten nicht zugrunde liegen (Prot. I S. 13; Urk. 136 S. 9f.; Prot. II S. 6). Richtig ist zwar, dass diese beiden Tests nicht eindeutig als Resultat eine erhöhte Rückfallwahrscheinlichkeit ergaben (vgl. Urk. 56 S. 40 und 45). Dabei verkennt der Verteidiger jedoch, dass der Gutachter seine Diagnose der Rückfallgefahr nicht einzig auf die beiden vom Verteidiger genannten Tests bzw. die Resultate dieser Tests stützt. Der Gutachter führt auf den Seiten 55-58

- 22 - einlässlich aus, weshalb er beim Beschuldigten von einer hohen Wahrscheinlichkeit vergleichbaren gewalttätigen Verhaltens ausgeht. Dabei berücksichtigt er sowohl die Kind- und Jugendverhältnisse als auch die heutige Situation und Zukunftspläne und -perspektiven, den Eindruck und das Verhalten des Beschuldigten anlässlich der Untersuchung zwecks Erstellung des Gutachtens und insbesondere auch die Persönlichkeitsstörung des Beschuldigten (Urk. 56 S. 55-58). Die Auswertung der Prognoseinstrumente VRAG und PCL-R zieht der Gutachter nur ergänzend heran (Urk. 56 S. 62f.), stützt sich demnach nicht einzig auf diese. An der Einschätzung des Gutachters zu

zweifeln, dass beim Beschuldigten von einer hohen Rückfallgefahr für ähnlich gelagerte Fälle auszugehen sei, besteht daher kein Anlass. Die Ausführungen im Gutachten sind einlässlich und sorgfältig begründet und überzeugen. Es ist demnach von einer hohen Rückfallgefahr für weitere gleich gelagerte Straftaten des Beschuldigten auszugehen.

E. 1.19

Der Vorinstanz ist ebenfalls beizupflichten, dass der Beschuldigte aufgrund seiner vorliegenden Persönlichkeitsstörung sowie der aufgrund dieser Störung bestehenden Rückfallgefahr grundsätzlich behandlungsbedürftig im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB ist. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass bei einer Massnahme nach Art. 59 StGB nicht die Förderung der geistigen Gesundheit des Betroffenen im Vordergrund steht, sondern die künftige Strafflosigkeit des Täters. Wo kurative Massnahmen an sich indiziert wären, aber keine entsprechenden Auswirkungen zeitigen können, entfällt eine Rechtfertigung für eine strafrechtliche Massnahme, jedenfalls für solche therapeutischer Art (Heer in BSK Strafrecht I, N. 58 zu Art. 59). Entsprechend ist nachfolgend zu prüfen, ob der Beschuldigte überhaupt behandelbar ist, das heisst, ob überhaupt geeignete Therapieformen bestehen und ob der Beschuldigte einer solchen Behandlung zugänglich ist. Damit einher geht auch die Frage der Therapiewilligkeit des Beschuldigten. Mit diesen Fragestellungen hat sich der Gutachter umfassend auseinandergesetzt (Urk. 56 S. 59-61) und wurde ergänzend dazu anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung als Sachverständiger einvernommen (Urk. 92).

- 23 -

E. 1.19.1

Der Gutachter räumte im Gutachten erhebliche Bedenken ein, ob mit den Mitteln einer Psychotherapie eine Verbesserung der kombinierten Persönlichkeitsstörung des Beschuldigten erreicht werden könne. Im Hinblick auf die Art und Ausprägung der vorliegenden kombinierten Persönlichkeitsstörung würden schwerwiegende Zweifel bestehen, dass mit dem Mittel einer Psychotherapie eine Verbesserung des beim Beschuldigten vorliegenden Störungsbildes erreicht werden könne. Eine erfolgreiche Therapie wäre - abgesehen von dem auf viele Jahre zu veranschlagenden Zeitraum - an Grundvoraussetzungen gebunden, welche der Beschuldigte kaum erfülle. Seine Introspektionsfähigkeit sei äusserst begrenzt und ob eine Änderungsfähigkeit bestehe, müsse angesichts eines fehlenden Änderungswillens und einer fehlenden Einsicht zu einer Änderungsnotwendigkeit angezweifelt werden. Eine erfolgreiche Behandlung verlange die Bereitschaft des Beschuldigten, über viele Jahre eingeschliffene Erlebens- und Reaktionsbereitschaften und ein bis heute vertretenes Selbstkonzept in Frage zu stellen und damit auf eine Haltung zu verzichten, die er als unproblematisch erlebe und als berechtigt verteidige. Eine solche Änderungsbereitschaft sei nicht ersichtlich. Darüber hinaus würden beim Beschuldigten psychopathologische Auffälligkeiten wie eine geringe Frustrationstoleranz, Impulsivität und eine nur fraglich ausgeprägte Fähigkeit zum Lernen aus Erfahrung zusammentreffen. Mittlerweile gebe es jedoch fundierte Hinweise auf die Wirksamkeit psychotherapeutischer Verfahren dissozialer Persönlichkeitsstörungen. Solche Behandlungen sollten hoch strukturiert, behavioral oder kognitiv-behavioral sein und dabei auf eine Reduktion der Impulsivität und auf eine bessere Verhaltenskontrolle abzielen. Über solche kognitiven verhaltenstherapeutischen Vorgehensweisen könnten auch Veränderungen, Verleugnungs- und Bagatellisierungsprozesse, wie sie beim Beschuldigten

vorliegen würden, angegangen werden. Auch Trainingsprogramme zur Verbesserung der sozialen Fertigkeiten, Behandlungsmodule zur Verbesserung interpersonaler Problemlösungen und zur Erarbeitung alternativer Lösungsmöglichkeiten hätten sich als sinnvoll erwiesen, um auf eine stärkere Zukunftsorientierung hinzuweisen. Aus gutachterlicher Sicht solle eine Psychotherapie ausserdem auch deliktsorientiert sein und ein Empathietraining bezüglich des Opfers beinhalten sowie eine Rekonstruktion des Deliktes aus der Opfer-

- 24 - perspektive. Gleichzeitig solle der Beschuldigte zu einer echten Einsicht in die Art der bei ihm vorliegenden Störung geführt werden und auch kognitive Ansätze benutzt werden. Durch die Weigerung des Beschuldigten, Therapiemassnahmen, sowohl im ambulanten als auch im stationären Bereich, zu akzeptieren, würden sich weitere und überdies auch sehr gewichtige Probleme ergeben. Von Beginn der Untersuchung an habe es der Beschuldigte konsequent vermieden, eigenes Handeln in Frage zu stellen. Frühere Therapieversuche, sowohl im Sinne einer Erziehungshilfe als auch psychotherapeutisch oder pädagogisch orientiert, hätten sich oben drein nicht als erfolgreich herausgestellt bzw. seien bei seinerzeit schon bestehenden narzisstischen Persönlichkeitszügen vom Beschuldigten abgewehrt worden. Derzeit zeige er keinen Willen, dieses Verhalten zu modifizieren. Seine Denkstile, sein aufgesetzt übersteigertes Selbstbewusstsein und seine mangelnde Kritikfähigkeit würden therapeutische Interventionen erschweren. Vor dem Hintergrund einer verfestigten ablehnenden Haltung erscheine es als äusserst zweifelhaft, ob eine Therapie erfolgreich durchgeführt werden könne. Zur Art der Therapie führte der Gutachter aus, eine ambulante Behandlung ausserhalb des Strafvollzuges sei aus psychiatrischer Sicht nicht umsetzbar, da der Beschuldigte nicht in der Lage sein werde, die Behandlung aus eigener Initiative in der erforderlichen Frequenz umzusetzen. Somit bleibe die Möglichkeit einer vollzugsbegleitenden Massnahme nach Art. 63 StGB bzw. einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB. Beide Alternativen würden über einen strukturgebenden Rahmen zumindest angemessene Rahmenbedingungen schaffen, die das Strukturdefizit des Beschuldigten ausgleichen könnten. An der ablehnenden Grundhaltung des Beschuldigten würden jedoch auch diese Punkte nichts ändern und bei Anordnung einer stationären oder vollzugsbegleitenden Massnahme gegen den Willen des Beschuldigten sei mit einer ablehnenden Haltung des Beschuldigten zu rechnen, die seinen Narzissmus eher stärken als günstig beeinflussen würde. Nur unter optimalen Bedingungen sei - allenfalls nach einer längeren Anlaufzeit - eine schrittweise Öffnung des Beschuldigten gegenüber therapeutischen Erfordernissen denkbar. Kurzfristige Behandlungserfolge seien

- 25 - vor dem Hintergrund der ablehnenden Haltung des Beschuldigten nicht zu erwarten.

E. 1.19.2

Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wurde der Beschuldigte gefragt, wie er sich aktuell zu einer Therapie stelle. Gegenüber dem Gutachter habe er eine solche abgelehnt. Der Beschuldigte führte dazu aus, er habe eine Therapie abgelehnt, weil er damals mit 13 in der Psychiatrie gewesen sei, deshalb einen Knacks bekommen habe und deshalb die Therapeuten nicht möge. Damals habe er relativ häufig Ausraster gehabt und einmal sei er auch wegen einem stationären Arzt ausgerastet. Seither komme er mit Therapeuten nicht besonders gut klar. Er befürchte, dass er in einer Therapie die ersten Monate abblocken würde. Versuchen würde er es aber. Er sei bereit eine Therapie zu versuchen. Er habe im Gefängnis Zeit gehabt, nachzudenken. Er persönlich würde die Therapie nicht in einer Psychiatrie oder im Gefängnis machen wollen, wenn schon, dann

ambulant. Dafür sei er dann aber auch 100% dabei. Auf den Vorhalt, dass der Gutachter keinesfalls eine ambulante Massnahme ausserhalb des Strafvollzugs befürworte, führt der Beschuldigte aus, er verstehe nicht, weshalb ihm eine hohe Rückfallgefahr bescheinigt werde. Er sei oft angegriffen worden und habe nie etwas gemacht. Er habe sich lediglich verteidigt, aber nie so, dass jemand bleibende Schäden erlitten habe oder ins Krankenhaus habe müssen. Auch in G._____ [Staat in Europa] sei er die ganze Zeit unauffällig gewesen (Urk. 91 S. 5f.). Nach der Befragung des Beschuldigten führte der Gutachter vor Vorinstanz als Sachverständiger aus, es ändere etwas an seiner Einschätzung, wenn der Beschuldigte nun erkläre, er sei bereit, eine Therapie zu versuchen. Es würden die Grundvoraussetzungen sowohl nach Art. 59 StGB als auch Art. 63 StGB vorliegen. Seine Überlegungen im Gutachten seien getragen gewesen von den ganz klar ablehnenden Äusserungen des Beschuldigten den Therapien gegenüber. Es sei kaum möglich gewesen, Therapieinhalte in der Untersuchung mit ihm zu diskutieren. Seine ablehnende Haltung sei unmissverständlich gewesen. Es sei jedoch richtig, dass ein Abblocken des Patienten in der Initialphase einer Therapie in einer stationären Einrichtung vorkomme. Und es könne daraus nicht der

- 26 - Schluss gezogen werden, dass eine initiale Therapieverweigerung überhaupt einen Erfolg in Frage stelle. Auf ergänzende Frage führte der Gutachter weiter aus, da im Erwachsenenleben des Beschuldigten noch keine Therapie versucht worden sei, schliesse er in seiner Beurteilung die Diskussion des Art. 64 StGB, einer Verwahrung, aus (Urk. 92 S. 2f.).

E. 1.19.3

Im Rahmen der heutigen Befragung vor Berufungsgericht betonte der Beschuldigte erneut seine klar ablehnende Haltung einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB gegenüber. Er würde sich konsequent weigern, eine stationäre Therapie zu machen. Eine stationäre Therapie sei nicht mit seinen Erlebnissen in der H._____ Klinik vereinbar. Er habe mit seinem Anwalt auch die Konsequenzen einer Verweigerung einer stationären Massnahme besprochen. Er sei in G._____ drei Monate in einer geschlossenen Abteilung gewesen und er gehe davon aus, dass diese Therapie gleich wäre. Das könne er nicht noch einmal ertragen. Besonders traumatisch sei für ihn gewesen, dass sie ihm jeden Tag Medikamente gebracht hätten und wenn er diese nicht haben wollen, habe man ihm diese "reingedrückt". Und ständig habe man bei ihm eine neue Diagnose mit Fachausdrücken gestellt. Er habe sich noch mehr eingeengt gefühlt als im Gefängnis (Urk. 135 S. 13-15). Er habe jedoch nachgedacht und würde eine ambulante Therapie, auch während des Strafvollzugs, machen. Das würde er auch durchziehen und zu 100% mitmachen. Es wäre ihm sicher unangenehm, aber er denke, es sei besser er mache es, eventuell könne er auch noch etwas lernen. Und eventuell helfe es ihm und es gehe ihm danach besser (Urk. 135 S. 13f.).

E. 1.19.4

Der Lehre und Rechtsprechung entnimmt man, dass an die Therapiewilligkeit nicht allzu grosse Anforderungen gestellt werden sollten. Eine geringe Therapiemotivation gehöre nicht zu den Prädiktoren für einen ungünstigen Verlauf einer Behandlung, auch nicht für ein erhöhtes Rückfallrisiko. Solche Täter würden in gleichem Masse von einer Behandlung profitieren, wenn sie das Programm beenden. Unmotivierte Täter sollten demnach nicht ausgegrenzt werden. Als minimale Bedingung werde die grundsätzliche Bereitschaft zur Teilnahme an einem Programm genannt. Vor dem Hintergrund dieser Tatsachen scheine es

sinnvoller zu sein, am Beginn einer Therapie die allenfalls fehlende Motivation

- 27 - nicht überzubewerten. Statt einer Motivation solle lediglich eine gewisse Motivierbarkeit verlangt werden. Erstes Therapieziel könne durchaus die Schaffung von Einsicht und Therapiewilligkeit darstellen, was gerade im Rahmen von stationären Massnahmen auch Aussicht auf Erfolg habe. Es sei zu bedenken, dass gerade bei schweren, langdauernden Störungen eine mangelnde Einsicht zum typischen Krankheitsbild gehöre. Würde in solchen Fällen mangels Motivation unbesehen auf die Anordnung einer Massnahme verzichtet werden, könnten solche Täter überhaupt nie in den Genuss von Massnahmen kommen. Andererseits dürfe ein Minimum an Willen erwartet werden, sich einer Therapie zu unterziehen und diese nicht von vornherein kategorisch abzulehnen (Heer, a.a.O., N. 78-80 zu Art. 59).

E. 1.19.5

Das Verhalten des Beschuldigten anlässlich der Sitzungen zwecks Begutachtung liess eindeutig auf eine gänzlich fehlende Therapiemotivation schliessen, brachte er doch klar zum Ausdruck, dass er von Therapien und Therapeuten nichts halte. Insofern musste auch die Therapierbarkeit des Beschuldigten - wie dies der Gutachter in seinem Gutachten zum Ausdruck brachte - erheblich in Frage gestellt werden. Aufgrund der Aussagen des Beschuldigten vor Vorinstanz und heute vor Berufungsgericht zeigt sich aber ein anderes Bild. Es kann ihm nun eine Therapiemotivation zu Gute gehalten werden. Bereits vor Vorinstanz erklärte er, er würde eine Therapie versuchen. Der Beschuldigte schätzt sich insofern realistisch ein, als er selber erkennt, dass aufgrund seiner früheren Erfahrungen mit Therapien und Therapeuten zu erwarten ist, dass eine anfängliche Blockade der Therapie gegenüber besteht. Keine Einsicht lag beim Beschuldigten zum Zeitpunkt der Begutachtung auch bezüglich seiner bestehenden Persönlichkeitsstörung und Rückfallgefahr und damit einhergehend einer Therapienotwendigkeit vor. Zur Rückfallgefahr meinte er heute, die Tat stehe im Zusammenhang mit dem Milieu und wenn er sich nicht mehr dort aufhalte, bestehe auch keine Rückfallgefahr. Er werde es auch nicht mehr zulassen, dass so etwas passiere. Zum Vorliegen einer Persönlichkeitsstörung führte der Beschuldigte heute zwar aus, er denke nicht, dass er psychisch krank sei. Er räumte jedoch auch ein, dass er eventuell etwas narzisstische Züge habe, als dissozial würde er sich aber nicht beschreiben. Wenn bei ihm eine Persönlichkeitsstörung diagnostiziert worden sei,

- 28 - werde da schon etwas dran sein. Eventuell werde ihm dies dann aufgezeigt, wenn er in einer Therapie daran arbeite (Urk. 135 S. 11-15). Eine gewisse Krankheitseinsicht ist ihm daher heute zu attestieren. Erster Therapieschritt wird jedoch sein, die Therapiemotivation zu verstärken und eine Krankheitseinsicht zu erzielen. Da dem Gutachten zudem zu entnehmen ist, dass für die beim Beschuldigten vorliegende Persönlichkeitsstörung mit dissozialen und narzisstischen Anteilen wirksame therapeutische Verfahren bestehen, ist beim Beschuldigten von einer Therapiefähigkeit auszugehen. Von einer völlig fehlenden Therapierbarkeit des Beschuldigten auszugehen wäre auch unter Berücksichtigung, dass die bisher gescheiterten Therapien im Kindes- und Jugendalter erfolgten, im Erwachsenenalter jedoch noch keine Therapie versucht wurde, voreilig und unverhältnismässig, dies auch, da sich bei Vorliegen einer völligen fehlenden Therapierbarkeit die Frage der Verwahrung stellen würde.

E. 1.20

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass beim Beschuldigten grundsätzlich die Voraussetzungen für die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB vorliegen (Anlasstat, schwere psychische Störung und deren Zusammenhang mit der Anlasstat, Behandlungsbedürftigkeit, Geeignetheit der Massnahme sowie Erforderlichkeit der Massnahme). Allerdings ist in Bezug auf eine stationäre Massnahme festzuhalten, dass aufgrund des klaren Widerstandes des Beschuldigten erhebliche Bedenken in Bezug auf den Erfolg einer solchen Massnahme bestehen. Die Verhältnismässigkeit nach Art. 56 Abs. 2 StGB im Sinne der Abwägung von öffentlichem und betroffenen privatem Interesse ist aufgrund des erhöhten Rückfallrisikos des Beschuldigten in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ebenfalls zu bejahen (Urk. 120 S. 27). Erfüllt sind weiter die Voraussetzungen einer ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (schwere psychische Störung), wobei der Beschuldigte in Bezug auf eine ambulante Massnahme den Willen äusserte, eine solche durchzuziehen.

E. 1.21

Da wie erwähnt sowohl die Voraussetzungen einer Massnahme nach Art. 59 StGB als auch nach Art. 63 StGB vorliegen, ist zu prüfen, ob beide gleich geeignet sind und falls ja, welche der beiden den Beschuldigten am wenigstens beschwert (Art. 56a StGB, Verhältnismässigkeitsprinzip).

- 29 -

E. 1.21.1

Der Gutachter sieht die Möglichkeit einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB als auch einer vollzugsbegleitenden Massnahme nach Art. 63 StGB. Beide Alternativen würden über einen strukturgebenden Rahmen zumindest angemessene Rahmenbedingungen schaffen, die das Strukturdefizit des Beschuldigten ausgleichen könnten (Urk. 56 S. 60). Aus psychiatrischer Sicht sei allenfalls eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB, zum Beispiel in der ... der Strafanstalt ..., längerfristig geeignet, den therapeutischen Erfordernissen gerecht zu werden. Bei letztendlich nicht prognostizierbarem Therapieverlauf müsse es der Würdigung des Gerichts überlassen bleiben, ob es eine Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB auf dem Boden des zu verhängenden Strafmasses und in Anbetracht der belasteten Legalprognose als verhältnismässig erachte. Alternativ würde mit geringeren Erfolgsaussichten eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme in Frage kommen (Urk. 56 S. 66). Anlässlich der Einvernahme vor Vorinstanz wiederholte der Gutachter, dass er eine stationäre Massnahme in der ... der Strafanstalt ... als geeignet erachte. Alternativ komme eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB in Frage (Urk. 92 S. 4). Als aus psychiatrischer Sicht eindeutig nicht geeignet beurteilt er eine ambulante Behandlung ausserhalb des Strafvollzuges, da der Beschuldigte nicht in der Lage sein werde, die Behandlung aus eigener Initiative in der erforderlichen Frequenz umzusetzen. Der Gutachter betonte mehrfach - auch anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung -, dass eine für den Beschuldigten geeignete Therapie zumindest zu Beginn hochgradig intensiv und in einem hochgradig strukturierten Rahmen statt finden müsse. Denn es dürfe nicht die Möglichkeit geben, dass sich der Beschuldigte der Therapie entziehe. Therapien von Persönlichkeitsstörungen seien für die Betroffenen sehr mühsam und würden den Willen nach einer Veränderung voraussetzen und auch eine Introspektionsfähigkeit. Eine solche sei beim Beschuldigten nun in den Ansätzen erkennbar, jedoch nicht in der Ausprägung, welche es ihm ermöglichen würde, eine

ambulante Therapie unter den Bedingungen der Freiheit zu erfüllen (Urk. 56 S. 59 und 65, Urk. 92 S. 4).

E. 1.21.2

Wie eingangs erwähnt, statuiert Art. 56a StGB ausdrücklich die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Voraussetzung ist jedoch auch, dass die in Frage stehenden Massnahmen gleich geeignet sind.

- 30 - Mit Deutlichkeit hält der Gutachter fest, dass eine Therapie in Freiheit keinen Erfolg verspreche, da der Beschuldigte nicht über die notwendigen persönlichen Voraussetzungen verfüge, eine solche umzusetzen und durchzuziehen. Dieser Ansicht ist zu folgen. Heute bekräftigte der Beschuldigte in Bezug auf eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB seine völlige Therapieunwilligkeit. Die Gründe für seine Weigerung, seine traumatischen Erlebnisse während der Therapie als Jugendlicher in einer geschlossenen Abteilung, hat er dem Berufungsgericht nachvollziehbar dargelegt. Demgegenüber hat er heute auch glaubhaft dargelegt, dass er nunmehr gewillt ist, sich einer ambulanten Massnahme während des Strafvollzuges zu unterziehen und sich auf eine Therapie einzulassen. Wie vorstehend bereits erwähnt, bestehen damit erhebliche Bedenken, ob aufgrund der absoluten Therapieverweigerung bezüglich einer stationären Massnahme eine solche den geforderten Erfolg bringen könnte. Der Gutachter erachtet eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme ebenfalls als geeignet, wenn diese in der notwendigen intensiven Form ausgestaltet ist. In Bezug auf eine ambulante Behandlung zeigt sich der Beschuldigte therapiewillig. Dem Staatsanwalt ist zwar zuzustimmen, dass es kein "Wunschkonzert" ist, welche Massnahme vom Gericht angeordnet werden soll (vgl. Prot. II S. 9), doch führte der Beschuldigte plausibel an, weshalb er kategorisch nicht bereit ist, sich einer stationären Massnahme zu unterziehen. Und weiteres wesentliches Kriterium ist, dass eine ambulante vollzugsbegleitende Massnahme im jetzigen Zeitpunkt gleich geeignet wie eine stationäre Massnahme erscheint. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist daher die für den Beschuldigten mildere, eine ambulante Massnahme, anzuordnen. An dieser Stelle ist jedoch festzuhalten, dass gestützt auf Art. 63b Abs. 5 und Art. 65 StGB die Möglichkeit besteht, die ambulante Massnahme nachträglich in eine stationäre Massnahme zu ändern. Dementsprechend ist für den Beschuldigten eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen) anzuordnen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist zu diesem Zweck nicht aufzuschieben.

- 31 - 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, sind ausgangsgemäss dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Hinweis auf die Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 14. Juni 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Die Beschuldigten A._____ und B._____ sind schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB. 2. (...) 3. (...) 4. Der Beschuldigte B._____ wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 352 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind. 5. Der Vollzug der Freiheitsstrafe des Beschuldigten B._____ wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (18 Monate, abzüglich 352 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. 6. Bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft

Zürich-Sihl vom 29. April 2009 ausgefallten Geldstrafe von 6 Tagessätzen à Fr. 50.-- wird die Probezeit um 1 Jahr verlängert.

- 32 - 7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 1. März 2012 unter SK-Nr. ... beschlagnahmten Gegenstände (1 Pfefferspray "SABRE Red", 1 Feuerzeug "BIC") werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. 8. Die Beschuldigten werden solidarisch verpflichtet, dem Privatkläger C._____ Fr. 200.-- als Schadenersatz und Fr. 4'000.-- zuzüglich 5 % Zins ab 5. Februar 2011 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag werden die Anträge des Privatklägers abgewiesen. 9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 6'000.-- ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 307.80 Kosten der Kantonspolizei Beschuldigter 1 Fr. 307.80 Kosten der Kantonspolizei Beschuldigter 2 Fr. 4'500.-- Gebühr Anklagebehörde Beschuldigter 1 Fr. 4'500.-- Gebühr Anklagebehörde Beschuldigter 2 Fr. 10'990.90 Auslagen Untersuchung Beschuldigter 1 Fr. 2'323.70 Auslagen Untersuchung Beschuldigter 2 Fr. 15'282.-- Auslagen Gutachten Beschuldigter 1 Fr. 8'452.80 amtliche Verteidigung Untersuchung Beschuldigter 1 Fr. 16'231.15 amtliche Verteidigung Beschuldigter 1 Fr. amtliche Verteidigung Beschuldigter 2 (ausstehend) Fr. 7'800.55 unentgeltliche Geschädigtenvertretung Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. 10. Die Kosten der Untersuchung und 60 % der Kosten des gerichtlichen Verfahrens sowie die Kosten seiner amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten A._____ auferlegt, aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung erfolgt, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

E. 2

Umfang der Berufung

E. 3

Strafzumessung

E. 8

Dezember 2011 E. 4.4.).

E. 11

Die Kosten der Untersuchung und 40 % der Kosten des gerichtlichen Verfahrens sowie die Kosten seiner amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten B._____ auferlegt, aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nach-

- 33 - forderung erfolgt, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

E. 12

Die Kosten der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung werden auf die Gerichtskasse genommen." 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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