

ZH_OBERGERICHT SB160049 vom 30. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160049

FR: ZH_OBERGERICHT SB160049 du 30 juin 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB160049 del 30 giugno 2016

Erwägungen

E. 1

Anklage Die Staatsanwaltschaft IV für den Kanton Zürich erhob am 22. Juni 2015 (Datum Eingang) beim Bezirksgericht Zürich Anklage gegen den Beschuldigten wegen versuchter schwerer Körperverletzung, mehrfacher einfacher Körperverletzung und mehrfacher Drohung (Urk. 19).

E. 2

Erstinstanzliches Urteil Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 29. September 2015 befand das Bezirksgericht Zürich den Beschuldigten der versuchten schweren Körperverletzung für schuldig und sprach ihn von den übrigen Anklagevorwürfen frei (Urk. 40). Es bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten. Das Urteil wurde mündlich eröffnet (Prot. I S. 18).

E. 2.1

Objektive Tatschwere Die Vorinstanz hat das objektive Tatverschulden zutreffend begründet (Urk. 48 S. 34 f.). Der Beschuldigte führte einen Schlag mittlerer Stärke, der Zeuge sprach von 4 - 5 auf einer Skala von 0 - 10, gegen den Kopf resp. die Stirn und somit gegen einen sensiblen Bereich des Körpers. Bei einer solchen Quantifizierung ist es aktenwidrig wenn die Verteidigung behauptete, der Zeuge habe von einem leichten bis mittleren Schlag gesprochen (Urk. 50 S. 12 Ziff. 13; Urk. 69 S. 5). Zu berücksichtigen ist aber, dass es sich zwar um ein grosses und festes Trinkglas gehandelt hat, jedoch nicht um einen Bierhumpen, dessen Glaskörper wesentlich massiver ist. Solche Trinkgläser, wie vorliegend, sind im Gastgewerbe häufig an- zutreffen, weil sie eben derart robust sind, dass sie nicht zum Zerschlagen neigen. Da der Schlag nicht mit voller Wucht ausgeführt wurde, war die Wahrscheinlich- keit eines Zerschlagens im Gesicht des Opfers und der Verursachung einer ge-

- 19 - fährlichen Schnittwunde zwar vorhanden, wohl aber deutlich geringer als ein "glimpflicher" Ausgang wie vorliegend. Dies gilt auch bezüglich der Verursachung eines Knochenbruchs. Demgegenüber erscheint die Behauptung der Staatsan- waltschaft, es hätten bleibende Hirnschäden resultieren können, als klar übertrie- ben bzw. ausserhalb der Bandbreite vernünftiger Prognosen (Urk. 33 S. 6). Die beiden verursachten Rissquetschwunden waren 4 -5 cm lang und relativ tief. Sie mussten genäht werden und verursachten dem Privatkläger nicht unerhebli- che Schmerzen. Von besonderer Brutalität kann immerhin nicht ausgegangen werden, da der Beschuldigte nicht ausholte bzw. nicht mit voller Wucht zuschlug. Erhebliche bleibende Schäden hat der Privatkläger nicht davongetragen. Die Wunden sind gut verheilt, leichte Narben werden allerdings bleiben. Auf die Ver- letzungsfolgen hatte der Beschuldigte aber nur beschränkten Einfluss, waren doch die Folgen seines Schlages im Moment der Ausführung für ihn nicht ab- schätzbar. Es

war mit anderen Worten dem Zufall zu verdanken, dass der Privatkläger keine schwere Körperverletzung, wie beispielsweise einen irreversiblen Augenschaden, davon getragen hat. Obschon das schweizerische Strafrecht wesentlich auf dem Verschuldensprinzip basiert, gilt die Regel, dass eine tiefere Strafe auszusprechen ist, wenn der Erfolg der Tat nicht eingetreten ist, trotz des Umstands, dass das Gesetz in diesem Fall lediglich eine fakultative Strafmilderung vorsieht (Art. 22 Abs. 1 StGB; BGE 121 IV 49 Erw. 1). Es würde beispielsweise dem Rechtsempfinden widersprechen, wenn ein Täter, der in Tötungsabsicht auf das Opfer schießt, dieses aber nicht trifft, gleich bestraft würde wie derjenige Täter, der "erfolgreich" war (Mathys, a.a.O., N 215). Der vollendete wie auch der untaugliche Versuch zeichnen sich dadurch aus, dass sie vom Verschulden unabhängig sind, ungeachtet dessen aber bei der Tatkomponenten zu berücksichtigen sind (Mathys, a.a.O. N 215). Je näher die Möglichkeit des Erfolgs liegt, desto geringer wirkt sich der blosser Versuch der Tat auf die Strafe aus. Vorliegend lag eine schwere Verletzung im nahen Bereich des Möglichen, auch wenn solche Schläge meistens glimpflich ausgehen.

- 20 -

E. 2.2

Subjektive Tatschwere Die Tat des Beschuldigten war eine völlig unbeherrschte und unverhältnismässige Reaktion aus nichtigem Anlass. Nicht geteilt werden kann die Auffassung der Vorinstanz und der Verteidigung, wenn sie von Provokation sprechen, weil der Beschuldigte mehr oder weniger grundlos vom Privatkläger verbal angegangen und ihm grundlos die Bedienung verwehrt worden sei (Urk. 48 S. 35 und 36 Ziff. 1.3.). Der Privatkläger hat den Beschuldigten zwar nicht beschimpft, ihn aber herablassend behandelt. Dennoch stand das Handeln des Beschuldigten in keinem Verhältnis zur Aufforderung des Privatklägers, etwas mehr Distanz zu seinem Auto zu halten bzw. zur Verweigerung der Bewirtung, zumal der Beschuldigte auch dutzend andere Lokale in der Nähe als Alternative zur Verfügung gehabt hätte. Es ging ihm letztlich nicht um das Recht auf Bewirtung, sondern um den verletzten Stolz, weil der Privatkläger "die Macht" hatte, ihn vor Ort und vor anderen Leuten als unerwünscht zu erklären. Ein gewisses Mindestmass an Frustrationstoleranz muss jedoch von jedem Bürger ohne Weiteres erwartet werden können. (Verletzter) Stolz verdient keinen Rechtsschutz, wenn er letztlich nur Ausdruck eines tiefen Selbstwertgefühls ist. Es wäre verfehlt, in solchen Situation irgendwelches Verständnis für einen derart unbeherrschten Gewaltausbruch des Beschuldigten aufzubringen. Die Ohrfeige bzw. das Anleeren des Wassers wären eine mehr als genügende Reaktion auf die herablassende Behandlung des Privatklägers gewesen. Das Vorgehen des Beschuldigten muss vielmehr als skrupellos und egoistisch qualifiziert werden. Nicht angängig ist die von der Vorinstanz verwendete Formulierung, wonach der Beschuldigte im Affekt gehandelt habe (Urk. 48 S. 35). Affekt ist ein feststehender Rechtsbegriff und nicht gleichbedeutend mit gefühlsmotiviert oder ungeplant (vgl. Donatsch/Tag, a.a.O., S. 27 Ziff. 2.1). Der Beschuldigte hat nicht im Rahmen einer nachvollziehbaren und entschuldbaren Gemütsregung gehandelt, sondern vielmehr aus einer individuellen, gemessen am Massstab des allgemeinen sozialen Zusammenlebens völlig unbeherrschten Laune heraus. Nach eigenen Angaben sei der Beschuldigte direkt von der Arbeit gekommen und nicht alkoholisiert gewesen (Urk. 3/2 S. 3).

- 21 -

E. 2.3

Höhe des Tatverschuldens Bei der quantitativen Bemessung des Tatverschuldens und damit indirekt auch der Höhe der Strafe für das Tatverschulden sind methodisch alle theoretisch möglichen Tatvarianten innerhalb des ordentlichen Strafrahmens einzuordnen und mit dem vorliegend zu beurteilenden Handeln des Täters in ein Verhältnis zu setzen. Im Vergleich zu einer vollendeten schweren Körperverletzung mit lebenslänglichen Folgen für das Opfer muss die vorliegende Tat des Beschuldigten in objektiver Hinsicht im untersten Bereich des ordentlichen Strafrahmens liegen. Dies auch wegen der mässigen Wucht mit dem der Schlag ausgeführt wurde und wegen der nicht besonders hohen Gewichtsmasse des Trinkglases, insbesondere im Vergleich mit einem Bierhumpen. Umgekehrt war das Glas so robust, dass es wenig zum Zerschlagen neigte und eine beträchtliche Wahrscheinlichkeit bestand, dass es nicht zu gefährlichen Schnittverletzungen kommt. Demgegenüber wiegt die subjektive Tatsache mittelschwer, da die Reaktion des Beschuldigten einerseits jegliche Verhältnismässigkeit zum Anlass sprengte, andererseits aber bloss von Eventualvorsatz auszugehen ist. Insgesamt ist das Tatverschulden als nicht mehr leicht zu taxieren, weshalb eine Strafe im Bereich des unteren Drittels des Strafrahmens angemessen ist. Wäre vorliegend ein vollendetes Delikt zu beurteilen, so wäre eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren angemessen, aufgrund des gegebenen Versuchs ist die Strafe jedoch auf 24 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen.

E. 3

Berufungsanmeldung des Beschuldigten Der Beschuldigte meldete am 9. Oktober 2015 (Datum Eingang) rechtzeitig, d.h. unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Wochenenden gemäss Art. 90 Abs. 2 StPO, innert der 10-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 1 StPO Berufung an (Urk. 41).

- 5 -

E. 3.1

Zu den persönlichen Verhältnissen gab der Beschuldigte an, dass er im Jahr 2000 in die Schweiz gekommen sei. Er sei in Brasilien, in Rio aufgewachsen. Seine Mutter und seine Schwester seien bereits früher in die Schweiz gekommen. Er habe dann zuerst bei seiner Familie gewohnt und Arbeit gesucht. Danach habe er im D._____ an der Rezeption und im technischen Support gearbeitet. Im Jahr 2003 habe er seine Ehefrau kennengelernt. Nach sechs Monaten sei diese schwanger geworden. Sie hätten versucht, ein Leben aufzubauen und er habe danach bei der E._____ gearbeitet. 2007 oder 2008 habe er seinen Job verloren. Es sei daraufhin zu vielen finanziellen und familiären Problemen gekommen. Er

- 22 - habe immer wieder gearbeitet oder sei auf Stellensuche gewesen (Urk. 3/8 S. 5). Aktuell verdiene er für einen Einsatz im Rahmen eines Sozialprogramms Fr. 1'788.-- netto pro Monat. Eigentlich müsse er für seine beiden Kinder, zusammen Fr. 960.-- an Unterhaltsbeiträgen zahlen (Urk. 68 S. 4), er lebe aber auf dem Existenzminimum und könne sich das nicht leisten. Demnächst habe er vor, eine Ausbildung zum Hilfspfleger zu beginnen, es müsse jedoch noch ein Praktikumsplatz für ihn gefunden werden (Urk. 32 S. 1 ff.). An der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, dass er in einem Altersheim ein Praktikum als Pflegehelfer absolviere und auch die Schule besuche. Er bezahle 30 Prozent und die Sozialbehörde übernehme 70 Prozent dieser Kosten. Diese Ausbildung sei bis November 2016 geplant. Für die Zeit danach habe er noch keine konkrete Stelle in Aussicht. Er erhalte Sozialhilfe, wobei ihm monatlich Fr. 1'390.-- zur Verfügung stehen würden und zudem die Kosten für die Wohnung und die Krankenkasse

übernommen würden. Seine Schulden würden nach wie vor ca. Fr. 60'000.-- be- tragen. Seit dem Jahr 2007 sei er von B._____ geschieden, das Verhältnis zu ihr sei aber wieder besser. Seine Kinder, die unterdessen 11 und 12 Jahre alt seien, sehe er regelmässig. Er habe ein Besuchsrecht, welches jeweils unbegleitet aus- geübt werde (Urk. 68 S. 2ff.; Urk. 70/1-2). Aus den persönlichen Verhältnissen er- geben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

E. 3.2

Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl vom 25. Mai 2009 wegen Fahrens in alkoholisiertem Zustand (1.24 Promille) zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.-- und einer Busse von Fr. 1'000.-- verurteilt (Urk. 49). Da diese Vorstrafe nicht einschlägig ist, wirkt sie sich nur leicht strafehöhend aus.

E. 3.3

Der Beschuldigte ist teilweise geständig, jedoch nur in Bezug auf den ob- jektiven Tatbestand. Den inneren Sachverhalt anerkennt er nicht. Das Teil- geständnis ist deshalb leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass sich der Beschuldigte unmittelbar nach der Verletzung des Opfers vom Tatort entfernte und nur mit Glück und unter Mithilfe von Zeugen überhaupt als Täter ermittelt werden konnte. Wenn er für die Rechtfertigung gel- tend macht, ein Dritter habe ihm nach der Tat gesagt, er solle "abhauen", so ver-

- 23 - mag dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass er sich zunächst seiner Verant- wortung zu entziehen versuchte. Aufgrund des Aussageverhaltens und des hinter- lassenen Eindrucks des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung ist zudem eine gewisse Einsicht und Reue auszumachen, welche ebenfalls leicht strafmindernd zu berücksichtigen ist. 4. Höhe der Strafe Ausgehend von der Einsatzstrafe rechtfertigt es sich somit aufgrund der leichten Strafminderung aufgrund der Täterkomponenten eine Strafe von 20 Monaten auszufällen. Der Anrechnung der Haft von einem Tag steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). V. Vollzug Die persönlichen, insbesondere beruflichen und finanziellen Verhältnisse des Be- schuldigten sind derzeit nicht einfach, da er über keine abgeschlossene Berufs- ausbildung verfügt bzw. noch keine konkret Arbeitsstelle in Aussicht hat und Un- terhaltungspflichten hat (Urk. 68 S. 2). Auch sein soziales Beziehungsnetzwerk ist eher lose, weshalb von dieser Seite her wohl wenig Druck besteht, künftig delikts- frei zu bleiben. Er weist zwar eine Vorstrafe aus dem Jahre 2009 auf; jene Verfeh- lung im Bereich des Strassenverkehrs ist jedoch ganz anderer Art, weshalb sie für die Prognosebildung nur wenig ins Gewicht fällt. Der Beschuldigte ist somit prak- tisch Ersttäter, weshalb ihm nicht unterstellt werden kann, dass er ohne freiheits- entziehende Sanktion zu kriminellen Handlungen neige. Bei solchen Vorausset- zungen kann auch vermutet werden, dass die Haft und das Strafverfahren einen bleibenden Eindruck hinterlassen haben. Genügende Indizien für eine Schlecht- prognose liegen deshalb nicht vor, weshalb ihm der bedingte Strafvollzug im Sin- ne von Art. 42 StGB zu gewähren ist. Die Dauer der Probezeit ist, gerichtsüblich in ähnlich gelagerten Fällen, auf drei Jahre anzusetzen.

- 24 - VI. Genugtuung 1. Wer eine Körperverletzung erleidet oder in seiner Persönlichkeit widerrecht- lich verletzt wird, hat Anspruch auf die Leistung einer Geldsumme als Genug- tuung, sofern dies durch die Schwere der Verletzung als gerechtfertigt erscheint und falls die Verletzung nicht anders wieder gut gemacht worden ist (Art. 47 und Art. 49 Abs. 1 OR). Die Höhe der Genugtuung hängt in erster Linie von der Art und Schwere der Verletzung,

der Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit der betroffenen Person sowie vom Grad des Verschuldens des Schädigers am Schadensereignis ab. Die Bemessung der Genugtuung steht in einem weiten Ermessen des Gerichts. 2. Der Privatkläger erlitt aufgrund des Schlages mit dem Trinkglas zwei Riss- quetschwunden an der Stirn, welche einige Zeit lang gut sichtbar waren, jedoch schliesslich gut verheilt sind. Die Verletzungen waren aber mit erheblichen Schmerzen und Umtrieben verbunden. Zum Verschulden wurden die relevanten Umstände bereits im Zusammenhang mit der Strafzumessung dargelegt. Ver- gleiche von Genugtuungen mit anderen Fällen aus der Rechtsprechung sind schwierig, weil deren Höhe stets von den konkreten Umständen im Einzelfall und den Anträgen der Parteien abhängen. Bei Körperverletzungen am Kopf ohne er- hebliche bleibende Schäden bewegen sich die Genugtuungen für das Opfer im Bereich von Fr. 500.-- bis Fr. 10'000.--. Die von der Vorinstanz zugesprochene Genugtuung in Höhe von Fr. 1'500.-- erscheint deshalb vorliegend als angemese- sen, jedenfalls aber nicht zu tief. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Auferlegung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens richtet sich gemäss Art. 428 StPO nach Obsiegen und Unterliegen. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Beschuldigte unterliegen mit ihren Berufungs- bzw. Anschlussberu- fungsanträgen teilweise. Im Vergleich zur Vorinstanz wurde die Strafe allerdings erhöht, obschon der Beschuldigte eine merklich mildere Sanktion verlangte. Es

- 25 - rechtfertigt sich deshalb, dem Beschuldigten drei Viertel der Kosten aufzuerlegen und einen Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche zu ei- nem Viertel definitiv und zu drei Vierteln einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter Vorbehalt einer Rückzahlung, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten ermöglichen (Art. 135 Abs. 4 StPO). 2. Der Rechtsvertreter des Privatklägers stellte für das Berufungsverfahren Anwaltskosten im Umfang von Fr. 971.25 in Rechnung (Urk. 63). Der zugrunde liegende und dokumentierte Aufwand von ca. dreieinhalb Stunden war nötig und angemessen, weshalb der Beschuldigte zu verpflichten ist, dem Privatkläger die- sen Schaden im Sinne einer Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zu ersetzen. Es wird beschlossen:

E. 3.4

Der Privatkläger sagte in seiner ersten polizeilichen Befragung aus, er ha- be auf den Teller geschaut. Der Beschuldigte habe das Glas ergriffen und es ihm angeleert (Urk. 4/1 Antwort 5). Er habe darauf aufschauen wollen, aber da habe ihm der Beschuldigte das Glas schon gegen den Kopf geschlagen. Anschliessend habe er das Glas in den Hundnapf am Boden geworfen und sei weg gelaufen. Diese Aussage wiederholte er inhaltlich auch in seiner staatsanwaltlichen Einver- nahme (Urk. 4/2 Antwort 28). Er habe gesehen, dass der Beschuldigte das Glas nach dem Schlag noch in der Hand gehabt habe (Urk. 4/2 Antwort 45).

E. 3.5

Die Aussagen des Privatklägers müssen mit einer gewissen Vorsicht ge- würdigt werden, da er ein Eigeninteresse bei seinen Aussagen hat und dem Be- schuldigten nicht wohl gesinnt ist. Umgekehrt gilt aber Gleiches bei den Aussagen des Beschuldigten. Es ist nicht zu verkennen, dass er versuchte, die Schuld von sich zu weisen, indem er geltend machte, der Privatkläger habe sich sehr respekt- los benommen, habe ihn beleidigt und provoziert (Urk. 3/1 Antworten 29 und 49). Andernorts sagte er aus, es sei ein "Unfall" gewesen (Urk. 3/2 S.

3). Die Befragung vor dem Staatsanwalt schloss er mit der Bemerkung: "Das Restaurant hat einen schlechten Ruf, das macht mir Sorgen" (Urk. 3/2 S. 3). Solche Gegenan- griffe und Verunglimpfungen der Gegenpartei, welche letztlich nichts mit dem An- klagevorwurf zu tun haben, sind typische Signale in Aussagen, dass sie mangels Neutralität und Objektivität nicht uneingeschränkt glaubhaft sind. Zwar ist es das prozessuale Recht des Beschuldigten, sich nicht selbst zu belasten. Das Interes- se an einer für ihn günstigen Interpretation des Geschehens ist allerdings offen- kundig.

E. 3.6

Ob es sich schliesslich um einen Wurf oder Schlag gehandelt hat, ist nicht ausschlaggebend. Vielmehr kann aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldig- te dem Privatk Kläger zunächst eine Ohrfeige gab und dann das Trinkglas des Pri- vatklägers ergriff, das in unmittelbarer Nähe von dessen Teller stand, und dann den Inhalt des Glases dem Privatk Kläger anschüttete, darauf geschlossen werden, dass der Beschuldigte in unmittelbarer Nähe zum Privatk Kläger gestanden haben

- 10 - muss und nicht etwa in einer Entfernung von eineinhalb Metern, wie der Beschul- digte selbst glauben machen will (Urk. 32 S. 11 und Urk. 68 S. 10). Aus der erfolg- ten Ohrfeige ergibt sich, dass die Distanz zwischen dem Beschuldigten und dem Privatk Kläger höchstens eine Armlänge betragen haben kann und die weiteren, dynamisch und ohne grössere zeitliche Pausen erfolgten Handlungen demnach ebenfalls in diesem kleinräumlichen Rahmen erfolgt sind. Diese kleine räumliche Distanz und dass alle Handlungen nacheinander erfolgt sind, wird auch vom Be- schuldigten grundsätzlich anerkannt (Urk. 68 S. 13). Demnach steht fest, dass die Distanz auch nicht gross gewesen sein kann, als der Einsatz des Glases erfolgte. Dies wird auch von den zuvor geschilderten Aussage des Zeugen C._____ ge- stützt (Urk. 5/2 Antworten 28 - 34). Es wäre kaum erklärbar, dass der Zeuge C._____ ausgerechnet in jener Passage seiner Aussage, worin er den Beschul- digten entlastet, indem er die Stärke des Schlages als mässig und ohne Ausholen umschrieb, den Beschuldigten umgekehrt zu Unrecht belastet hätte, indem er von einem Schlag anstatt von einem Wurf sprach. Ganz abgesehen davon, dass C._____ im Zeitpunkt seiner Aussage die Tragweite dieses Aspektes seiner Dar- stellung gar nicht erkennen konnte und auch kein persönliches Interesse gehabt hätte, die Unwahrheit zu sagen. Die Würdigung der Aussagen ergibt deshalb zweifelsfrei, dass der Beschuldigte das Glas aus einer kurzen Distanz Richtung Kopf des Privatk Klägers zum Einsatz brachte und damit mit einer gewissen Intensi- tät auf den Kopf des Privatk Klägers einwirkte. Der Privatk Kläger führte als einziger aus, dass der Beschuldigte das Glas nach dem Schlag noch in der Hand gehalten habe. Nicht ausgeschlossen werden kann diesbezüglich aber, dass der Beschul- digte im Sekundenbruchteil vor dem Aufprall den Griff um das Glas lockerte bzw. dieses losliess, wobei dies bei derart kurzen Distanzverhältnissen keine Rolle spielt bzw. die Bezeichnung "Schlag" nicht ausschliesst. Massgebend ist viel- mehr, mit welcher Geschwindigkeit und Beschleunigung die Bewegung mit dem Glas ausgeführt wurde und mit welcher Intensität dieses dadurch auf den Kopf des Privatk Klägers aufschlug.

E. 3.7

Dass die rechtliche Qualifikation der Körperverletzung grundsätzlich und wesentlich davon abhängt, ob ein Wurf oder ein Schlag erfolgt, lässt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ableiten. Dass ein Schlag im Gegen-

- 11 - satz zu einem Wurf "gut zu dosieren sei", wie die Verteidigung ausführte (Urk. 50 S. 9), ist bei einem Wutanfall, wie die Staatsanwaltschaft zu Recht schilderte (vgl. Prot. II S. 10f.), ohnehin zu verneinen. Die Vergleiche von publizierten Fällen mit Körperverletzungen durch Gläser und Flaschen können nicht auf ein einziges Kriterium reduziert werden (vgl. Urk. 50). Auch die anlässlich der Berufungsverhandlung durch die Verteidigung vorgebrachten neueren Bundesgerichtsentscheidungen (Urk. 69 S. 6 ff.), können nicht als Vergleich herangezogen werden, da die Sachverhalte nicht mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar sind. Der von der Verteidigung zitierte Bundesgerichtsentscheidung aus dem Jahr 1975 (BGE 101 IV 285 ff.; Urk. 69 S. 9) ist mit dem vorliegenden Sachverhalt zwar vergleichbar jedoch bestehen bedeutende Unterschiede insofern, als die Entfernung, aus welcher das Glas zum Einsatz kam, vorliegend nicht vier Meter betragen hat, der Beschuldigte vorliegend nicht betrunken war und das Bierglas nicht ungezielt gegen eine Wand geschleudert wurde. 4. Grund der Auseinandersetzung

E. 4

Berufungserklärung des Beschuldigten Das begründete Urteil wurde dem Verteidiger am 21. Januar 2016 zugestellt (Urk. 47/2). Am 11. Februar 2016 (Aufgabe Post am 10. Februar 2016) ging die Berufungserklärung des Verteidigers rechtzeitig innert der 20-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO beim Obergericht ein (Urk. 51).

E. 4.1

Nach Angaben des Privatklägers habe der Beschuldigte nahe bei seinem dort parkierten Auto diskutiert und herumgefuchelt, worauf er (der Privatkläger) ihn gebeten habe, ob er nicht etwas weiter weg von seinem Auto stehen könne (Urk. 4/1 Antwort 5). Darauf sei der Beschuldigte sehr aggressiv geworden und habe ihn mit "Tubel" beschimpft. Da der Beschuldigte dann in das Restaurant gekommen sei, habe er (der Privatkläger) der Serviertochter gesagt, sie solle ihn nicht bedienen.

E. 4.2

Der Beschuldigte sagte zu diesem Geschehen etwas widersprüchlich aus. In der polizeilichen Befragung gab er zunächst an, der Privatkläger habe gesagt, weshalb sie nicht im Auto sprechen könnten; offenbar habe ihn das Gespräch gestört. Er (der Beschuldigte) habe den Privatkläger einfach ignoriert, als dieser reklamiert habe (Urk. 3/1 Antwort 5). In seiner Befragung vor dem Bezirksgericht gab der Beschuldigte dann zu Protokoll, der Privatkläger habe gesagt, dass sie zu nahe an seinem Auto stünden (Urk. 32 S. 10). Er habe daraufhin erwidert, dass es in der Schweiz nicht verboten sei, auf der Strasse zu reden und sie reden könnten, wo sie wollten. Der Privatkläger habe dann der Serviertochter gesagt,

- 12 - dass sie ihn (den Beschuldigten) nicht bedienen solle. Er (der Beschuldigte) habe gedacht, ob er spinne und er habe den Privatkläger gefragt, ob es einen rassistischen Grund gebe. Der Privatkläger habe ihm aber bloss geantwortet, dass er abhauen solle. Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, er habe im ersten Moment verstanden, dass sie das Gespräch im Auto drin halten sollten, sie seien zu laut gewesen. Er (der Beschuldigte) habe den Privatkläger ignoriert und der Privatkläger habe weiter ausgerufen. Es habe dem Privatkläger nicht gepasst, dass sie dort gesprochen hätten. Er habe sie dort weg haben wollen. Im Restaurant habe der Privatkläger dann der Serviertochter gesagt, er dürfe keine Cola trinken. Er habe dann gefragt weshalb nicht. Die Serviertochter habe ihm (dem Beschuldigten) dann gesagt, der Privatkläger sei der Chef. Der Privatkläger habe nur ausgerufen. Er sei dann zum Privatkläger gegangen und habe

gesagt, was das solle. Er habe mit ihm diskutieren wollen (Urk. 68 S. 8).

E. 4.3

Es kann deshalb als erwiesen gelten, dass die Verweigerung der Bedienung der Grund für das vorgeworfene Handeln des Beschuldigten war. 5. Gesetzliche Tatvarianten Art. 122 StGB qualifiziert eine Körperverletzung als schwer, wenn a) eine lebensgefährliche Verletzung verursacht wurde (Art. 122 Abs. 1 StGB), b) ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar gemacht wurde (Art. 122 Abs. 2 StGB), c) ein Mensch durch die Verletzung bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank wird (Art. 122 Abs. 2 StGB), d) das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt wurde (Art. 122 Abs. 2 StGB), e) eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht wurde (Art. 122 Abs. 3 StGB).

E. 5

Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft Mit Verfügung vom 11. Februar 2016 wurde dem Privatkläger und der Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung zugestellt und eine 20-tägige Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 53). Diese Verfügung wurde von der Staatsanwaltschaft und vom Vertreter des Privatklägers am 16. Februar 2016 in Empfang genommen (Urk. 54). Am 7. März 2016 (Datum Poststempel 4. März 2016) ging die Anschlussberufungserklärung der Staatsanwaltschaft ein (Urk. 55). Der Privatkläger liess sich innert Frist nicht vernehmen, beantragte jedoch mit Eingabe vom 26. Mai 2016 Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils hinsichtlich seiner Zivilansprüche (Urk. 61).

E. 6

Standpunkt der Anklage In der Anklageschrift wird dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe durch den Schlag mit dem Glas gegen den Kopf des Privatklägers eine schwere bleibende

- 13 - körperliche Schädigung des Gehirns oder eines Auges und/oder eine arge und bleibende Entstellung des Gesichts gewollt oder zumindest in Kauf genommen (Anklage Urk. 19 S. 3). Damit stützt sich die Staatsanwaltschaft sinngemäss auf die obgenannte Tatvariante b von Art. 122 Abs. 2 StGB (Hirn- und Augenverletzung) und auf die Tatvariante d von Art. 122 Abs. 2 StGB (Gesichtsentstellung) (Urk. 19 S. 3).

E. 7

Standpunkt der Verteidigung Der Verteidiger verneint einen Eventualvorsatz für eine versuchte schwere Körperverletzung (Urk. 50 S. 10 Ziff. 9; Urk. 69 S. 3 und S. 5). Der Beschuldigte habe die gesundheitlichen Folgen seines Handelns, die Verletzungen des Privatklägers nicht gewollt. Er bestreitet somit den subjektiven Tatbestand.

E. 8

Versuch Auch die Anklage geht davon aus, dass der Privatkläger objektiv gesehen keine schwere Körperverletzung erlitten hat. Man spricht in diesem Zusammenhang von einem Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs, vorliegend das Ausbleiben einer schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB. Nach dem schweizerischen Strafrecht entfällt damit aber noch nicht die Strafbarkeit des Täters. Tritt nämlich der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein, so liegt ein Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB vor. Beim Versuch erfüllt der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandselemente und

manifestiert seine Entschlossenheit, ohne dass alle objektiven Tatbestandselemente verwirklicht sind (BGE 137 IV 113 Erw. 1.4.2; BGE 128 IV 18 E. 3b; BGE 122 IV 246 E. 3a; BGE 120 IV 199 E. 3e).

E. 9

Direkter Vorsatz

E. 9.1

In subjektiver Hinsicht ist unabhängig von der Annahme eines versuchten oder vollendeten Deliktes zwischen direktem Vorsatz und Eventualvorsatz zu unterscheiden. Vorsätzlich begeht jemand eine Tat, wenn er diese mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Direktvorsätzlich handelt jemand, der den tatbestandsmässigen Erfolg bezweckt und somit will oder wer zwar einen anderen Zweck verfolgt, den Erfolg aber als unvermeidliche Nebenfolge voraussieht

- 14 - (Andreas Donatsch / Brigitte Tag, Strafrecht I, 9. Aufl. Zürich 2013, S. 118 f.).

Eventualvorsätzlich handelt demgegenüber jemand, der den Erfolg zwar nicht will, diesen aber als möglich hält und in Kauf nimmt.

E. 9.2

Die Vorinstanz ist ausdrücklich von Eventualvorsatz und nicht von direktem Vorsatz des Beschuldigten ausgegangen (Urk. 48 S. 34 und S. 35). Direkter Vorsatz wird verschuldensmässig als gravierender taxiert als Eventualvorsatz (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2014, Erw. 2.4; Hans Mathys, Leitfaden Strafzumessung, Basel 2016, S. 80 Rz 184). Aus diesem Grund führt direkter Vorsatz in der Regel auch zu einer höheren Sanktion als der Eventualvorsatz. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass rechtsgenügende Beweise für einen direkten Vorsatz des Beschuldigten auf Zufügung einer schweren Körperverletzung fehlen. Hätte der Beschuldigte einen solchen Willen gehabt, hätte er stärker oder mehrmals zugeschlagen.

E. 10

Eventualvorsatz

E. 10.1

Die Willensbildung als innerer menschlicher bzw. hirnormischer Vorgang ist einem naturwissenschaftlichen Beweis beim heutigen Stand der Wissenschaft nicht zugänglich, schon gar nicht rückwirkend. Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat, muss der Richter deshalb – bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten – aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tat in Kauf genommen (BGE 133 IV 1 E. 4.1; 130 IV 58 E. 8.4; 125 IV 242 E. 3c). War umgekehrt der Eintritt des Erfolgs nicht wahrscheinlich, sondern bloss möglich, darf nicht allein aus dem Wissen des Beschuldigten um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen (BGE 133 IV 1 E. 4.1; 131 IV 1 E. 2.2; 125 IV 242 E. 3f).

E. 10.2

Der Privatkläger sagte aus, er sei über den Teller gebeugt gewesen und habe gegessen. Plötzlich habe der Beschuldigte sein (des Privatklägers) Glas ergriffen und ihm das Mineralwasser angeleert (Urk. 4/1 Antwort 5). Er (der Privatkläger) habe daraufhin aufschauen wollen, aber da habe ihm der Beschuldigte schon das leere Glas auf den Kopf gehauen. Diese Aussage passt weitgehend in das Bild der Aussagen des Beschuldigten und des Zeugen. Wer einem anderen ein schweres Trinkglas an den Kopf bzw. Richtung Gesicht schlägt, hat es nicht mehr in der Hand, wie der Geschädigte seinen Kopf bewegt. Dies gilt sowohl für den Fall, dass das Opfer nicht mit dem Schlag rechnet, als auch für den Fall, dass das Opfer die Bedrohung in Sekundenbruchteilen vor dem Aufprall wahrnimmt und deshalb eine Abwehrbewegung macht oder einfach bloss aufschaut. Vorliegend schlug der Beschuldigte in stehender Position mit dem Trinkglas auf den Kopf des sitzenden Privatklägers, der soeben aufschauen wollte. Nachdem der Beschuldigte dem Privatkläger den Inhalt des Glases angeschüttet hatte, erscheint diese Darstellung des Privatklägers auch glaubhaft. Es ist lebensnah, dass jemand aufschaut um festzustellen, woher das Wasser gekommen ist bzw. wer es ihm angeschüttet hat. Damit steht aber auch fest, dass es letztlich nur zufällig war, wo am Kopf des Privatklägers das Glas aufprallte, an der Stirn oder im frontalen Gesichtsbereich. Der Beschuldigte hat dies gar nicht mehr in eigener Hand, sondern bloss zufällig traf er den Privatkläger "bloss" an der Stirn, welche bekanntlich weitaus stabiler ist als Knochen im Gesichtsbereich.

E. 10.3

Bei einem Trinkglas besteht entweder die Möglichkeit, dass es zerbricht und Schnittwunden verursacht oder dass aufgrund des massiven und harten Glaskörpers, insbesondere des dicken Glasbodens, ein Knochenbruch am Schädel resultiert. Häufig sind in diesem Zusammenhang Brüche des Jochbeins oder des Nasenbeins oder das Ausschlagen von Zähnen die Folge. Aber auch andere Brüche von Kopfknochen kommen in ähnlich gelagerten Fällen vor.

E. 10.4

Die Verletzungen des Privatklägers am oberen Stirnbereich sind sowohl fotografisch als auch durch den ärztlichen Bericht über die ambulante medizinische Versorgung dokumentiert (Urk. 6 und Urk. 9/2). Zwar resultierte aus dem Schlag kein Knochenbruch; die Rissquetschwunden an der Stirn waren jedoch tief und

- 16 - blutend und mussten genäht werden. Wenngleich der Beschuldigte nicht mit voller Wucht zuschlug, was ihm aufgrund der Zeugenaussage nicht unterstellt werden kann, so belegen die Wunden doch eine erhebliche Intensität des Schlages. Andernfalls wäre nur ein Hämatom oder volkstümlich ausgesprochen, eine Beule entstanden. Hätte der Privatkläger seinen Kopf nur ca. fünf Zentimeter mehr angehoben, wären die Wunden im Bereich der Augen entstanden. Man braucht kein medizinischer Fachmann zu sein, um zu wissen, dass solche Schnitt- oder Platzwunden am Auge zu irreversiblen Schäden an diesem sensiblen Organ führen, manchmal sogar zum Verlust eines Auges oder dessen Sehkraft. Beim Auge handelt es sich um ein wichtiges aber auch sehr verletzliches Organ. Schläge mit einem grossen, schweren Trinkglas in den Gesichtsbereich eines Opfers sind deshalb fast immer mit einem hohen Risiko einer schweren Augenverletzung verbunden und erfüllen regelmässig den Tatbestand einer schweren, allenfalls versuchten schweren Körperverletzung. Einerseits können leicht tiefe Schnittwunden im frontalen

Gesichtsbereich entstehen, welche deutlich sichtbare Narben hinterlassen und somit zu einer argen und bleibenden Entstellung des Opfers im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB führen. Andererseits können bei Gläsern mit dicken Böden oder Wänden, wie dem Vorliegenden, auch leicht Brüche von Gesichtsknochen verursacht werden, die Komplikationen nach sich ziehen können. Zutreffend ist der Einwand der Verteidigung, dass die Vorinstanz einen unverhältnismässigen Vergleich mit dem Entscheid des Bundesgerichts 6B_204/2013 anstellte (Urk. 50 S. 7, Urk. 48 S. 34). In jenem Fall schlug der Täter mit einem 1,8 kg schweren Bierkrug, einem sogenannten Pitcher, mit grosser Wucht auf den Kopf des Opfers und verursachte einen mehrteiligen Schädelbruch (6B_204/2013 Erw. A.b.). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz lag dort die Möglichkeit einer schweren Körperverletzung weitaus näher als im vorliegenden Fall. Allerdings äusserte sich das Bundesgericht in jenem Entscheid in keiner Weise dahingehend, dass leichtere Fälle mit geringeren Verletzungen nicht mehr als versuchte schwere Körperverletzungen zu qualifizieren wären. Das gleiche gilt auch für den von der Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung zitierten Bundesgerichtsentscheid 6B_1180/2015 (Urk. 69 S. 6).

- 17 -

E. 10.5

Ein Schlag mit einem grossen Trinkglas in das Gesicht eines Opfers beinhaltet nicht nur die blossе Möglichkeit, sondern vielmehr das naheliegende Risiko einer schweren Körperverletzung im Sinne einer schweren Augenverletzung. Niemand würde sich beispielsweise zu wissenschaftlichen Versuchen mit solchen Schlägen freiwillig hingeben, weil allgemein und hinlänglich bekannt ist, dass daraus nicht bloss vorübergehende heftige Schmerzen resultieren könnten, sondern auch der Verlust des Augenlichts oder eines erheblichen Teils der Sehkraft. Auch argе und bleibende Narben im Gesicht sind wahrscheinlich. Schliesslich ist auch an eine Verletzung der empfindlichen Gesichtsnerven zu denken. Diesbezügliche Schäden, welche sich auf das Gefühl und die Mimik im Gesicht bleibend auswirken können, sind für die Opfer häufig äusserst belastend. Dass der Beschuldigte um die Folgen solcher Verletzungen nicht gewusst hat, behauptete er in der Untersuchung selbst nicht. Die Motivation des Beschuldigten für den Schlag – Kränkung aufgrund des Hinweises, dass seine Person im besagten Restaurant nicht erwünscht war –, lässt auch mit rechtsgenügender Sicherheit auf seinen Willen im besagten Moment schliessen: Wessen Selbstwertgefühl durch einen derart nichtigen Anlass sogleich ins Bodenlose fällt und wer deshalb mit so unbeherrschter Wut reagiert, dokumentiert, dass er in diesem Moment nur eine brutale Retorsionsmassnahme als gleichwertig und angemessen ansieht. Dass der Beschuldigte auch mit einer schweren Prellung am Kopf des Privatklägers "zufrieden" gewesen wäre, ändert daran nichts. Im Moment der Tat nahm er eine schwere Verletzung im Gesicht des Privatklägers in Kauf. So anerkannte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung denn auch, dass seine Handlungen zu einer schwereren Verletzung des Privatklägers hätten führen können (Urk. 68 S. 15 und S. 16).

E. 10.6

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Verteidigung, für eine versuchte schwere Körperverletzung sei ein massiv brutales Vorgehen gefordert (Urk. 50 S. 8 Ziff. 7, Urk. 69 S. 9). Massgebend ist primär das Mass der objektiven Möglichkeit der Verursachung einer

schweren Körperverletzung und nicht die Vorgehensweise. Auch ein nicht brutales Vorgehen kann grundsätzlich eine schwere Körperverletzung zur Folge haben.

- 18 -

E. 10.7

Der Beschuldigte hat sich deshalb der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Dem Umstand, dass eine schwere Verletzung glücklicherweise ausgeblieben ist, ist im Rahmen der Strafzumessung Rechnung zu tragen. IV. Strafzumessung 1. Strafraumen Der obere Strafraumen bei schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB reicht bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Als unterer Strafraumen sieht der Gesetzgeber Geldstrafe von mindestens 180 Tagen vor. Innerhalb dieses Strafraumens ist die Strafe nach den bereits von der Vorinstanz geschilderten Grundsätzen gemäss Art. 47 StGB (Urk. 48 S. 34) sowie der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzulegen (anstelle vieler: BGE 136 IV 55; BGE 135 IV 130; BGE 134 IV 19; BGE 132 IV 102; Bundesgerichtsentscheide 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, E. 2 und 6B_274/2013 vom 5. September 2013). 2. Tatverschulden

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