

ZH_OBERGERICHT SB190250 vom 1. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190250

FR: ZH_OBERGERICHT SB190250 du 1 octobre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190250 del 1 ottobre 2020

Erwägungen

E. 1

Anklagehintergrund des vorliegenden Verfahrens ist eine am 24. Juni 2018 um ca. 02:35 Uhr stattgefundene Auseinandersetzung im Restaurant B._____ in C._____/D._____ zwischen E._____, Pächter und Geschäftsführer des genannten Restaurants (im Folgenden: E._____; vgl. sep. Verfahren SB190248 bzw. DG180063) und einem unbekannt gebliebenen dunkelhäutigen Mann, in deren Verlauf der Dunkelhäutige zu Boden ging. In diesen Zwist und eine anschliessende Auseinandersetzung mischten sich auf der Seite E.____s dann drei weitere Personen ein, nämlich der vorliegend Beschuldigte A._____, Schwiegersohn von E._____ (nachfolgend: Beschuldigter) sowie F._____ (im Folgenden: F._____; vgl. sep. Verfahren SB190244 bzw. DG180062) und G._____ (im Folgenden: G._____; vgl. sep. Verfahren SB190249 bzw. DG180061).

- 5 - 2.1 Der Beschuldigte wurde – anders als die drei Mitbeschuldigten – nicht nach dem Vorfall vor Ort, sondern am 26. Juni 2018, also zwei Tage später, durch die Kantonspolizei verhaftet. Die Haft (Polizeiverhaft, Untersuchungs- und Sicherheitshaft) dauerte bis 29. Januar 2019, dem Datum des angefochtenen Urteils. 2.2 Vom 26. Juni 2018 bis 28. August 2018 war der Beschuldigte amtlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____. Seit 29. August 2018 steht ihm Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ zur Seite, zunächst als erbetener Verteidiger, dann für das Berufungsverfahren als amtlicher Verteidiger (Urk. 11/2; Urk. 11/12- 14; Urk. 60). 2.3 Für Einzelheiten und zum Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 3 f.). Ursprünglich erhoben alle vier Mitbeschuldigten Berufung. Zwischenzeitlich zogen die Mitbeschuldigten E._____ und F._____ ihre Berufungen zurück, weshalb an der Berufungsverhandlung vom 1. Oktober 2020 über die verbleibenden zwei Verfahren (SB190249 und SB190250) gleichzeitig verhandelt wurde (vgl. Prot. II S. 4).

E. 1.1

Die Vorinstanz hat sich umfassend und korrekt zu den Grundsätzen der Strafzumessung geäussert, insbesondere auch zur Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Tatschwere sowie Tat- und Täterkomponente. Weiter hat die Vorinstanz zutreffend die massgebende Vorgehensweise bei der Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzip dargelegt, ausgehend von der versuchten schweren Körperverletzung mit einem ordentlichen Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe als schwerste begangene Straftat. Zuzustimmen ist der Vorinstanz ferner, dass die Deliktsmehrheit (und nunmehr auch die mehrfache Tatbegehung) sowie der Umstand, dass es bei versuchten Tatbegehungen blieb, innerhalb des genannten ordentlichen Strafrahmens für schwere Körperverletzung zu berücksichtigen sind. Auf diese Ausführungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 50 S. 25-27; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.2

Zur Strafzumessung gehört vorliegend nicht nur die Bestimmung des Masses, sondern auch der Art der Strafe. Dazu wurde im angefochtenen Urteil nichts gesagt. Kommt das Gericht nach der sog. konkreten Methode im Rahmen der Strafzumessung bei der (gedanklichen) Festsetzung selbständiger Einzel-

- 32 - strafen für den einzelnen Normverstoss auf "180 Strafeinheiten" oder weniger, ist ausser einer Freiheitsstrafe auch die Ausfällung einer Geldstrafe möglich (Art. 34 Abs. 1 StGB). Das Gericht hat sich bei der Gesamtstrafenbildung zur Wahl der jeweiligen Strafart für die konkreten Delikte zu äussern und im Hinblick auf das Gebot der Verhältnismässigkeit zu begründen, wenn es nach Festlegung der Ein- satzstrafe für das schwerste Delikt auch für die weiteren Taten eine Freiheits- strafe für erforderlich hält (Art. 41 Abs. 2 StGB; Art. 50 StGB; Urteil des Bundes- gerichts 6B_210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.1). Aus dem Umstand, dass für alle Delikte gesamthaft nur eine den gesetzlichen Geldstrafenbereich übersteigende Sanktion als verschuldensangemessen erachtet wird, folgt nicht, dass für sämtliche Delikte (zwingend) auf Freiheitsstrafe zu erkennen ist (BGE 144 IV 217 E. 3.3.3 und 4.1; 142 IV 265 E. 2.3.2 S. 267). Im überschnei- denden Bereich gilt (nach wie vor) das Primat der Geldstrafe. Der Täter soll so wenig Strafe als möglich, aber so viel wie nötig erfahren (BGE 144 IV 217 E. 3.5.2). Eine Freiheitsstrafe wiegt immer schwerer als eine Geldstrafe, unab- hängig von der Dauer der Freiheitsstrafe bzw. der Höhe des Geldstrafenbetrages (BGE 144 IV 217 E. 3.3.3 und 3.4.1 je mit Hinweisen). Hält das Gericht im Rahmen der Gesamtstrafenbildung für einzelne Delikte im konkret zu beurteilen- den Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldangemessen und zweckmässig, hat es dies wie erwähnt zu begründen. Als Einsatzstrafe für das schwerste Delikt, hier die (mehrfache) versuchte schwere Körperverletzung, kommt schon von Gesetzes wegen anhand der mass- gebenden abstrakten Strafandrohung nur eine Freiheitsstrafe in Betracht (Art. 122 StGB). 2. Tatkomponente versuchte schwere Körperverletzung (Anklageziffer 1.2) 2.1 Als schwerstes Delikt, für welches die Einsatzstrafe festzulegen ist, er- scheint vorliegend die Tat gemäss Anklageziffer 1.2, dies insbesondere, da vier Personen Gewalt gegenüber dem Opfer ausgeübt haben und der Dunkelhäutige im Ergebnis aus dem Kopf blutete. Damit steht fest, dass die körperliche Integrität in einem sehr sensiblen Bereich betroffen ist (vgl. auch Foto in Urk. 2/1 S. 3). Der

- 33 - genaue deliktische Erfolg ist zwar unbekannt, doch hing es mit der Vorinstanz einzig vom Zufall ab, ob sich das tatbestandmässige Risiko einer schweren bzw. lebensgefährlichen Verletzung namentlich durch die Vielzahl von Fusstritten verwirklichen würde. Eine nicht unerhebliche Nähe zum tatbestandmässigen Erfolg einer schweren Körperverletzung ist jedenfalls gegeben. Der Beschuldigte hat mit dem erwiesenen Handeln, den heftigen Fusstritten, gegenüber dem bereits Wehrlosen alles Notwendige hierzu getan. Dabei hat sich der Beschuldigte erkennbar ohne jedes Zögern der im Gange befindlichen Attacke der drei Mittäter angeschlossen. Die Art und Weise des Tatvorgehens durch die vereinte Täter- schaft und damit die grosse Übermacht, was erschwerend ins Gewicht fällt, ist als brutal und auch hemmungslos zu bezeichnen. Die durch den Beschuldigten mit seinen kräftigen Tritten bei der Tatausübung offenbarte kriminelle Energie erweist sich ebenfalls als beträchtlich. Aufgrund der unberechenbaren Dynamik erschei- nen seine Tatbeiträge als umso gefährlicher. Beim objektiven Tatverschulden ist auch ein allfälliger Versuch zu beachten. Dass es bei bloss versuchter Tatbegehung einer

schweren Körperverletzung blieb, ist lediglich strafmindernd zu werten, denn es ist von vollendetem Versuch auszugehen, welcher das Verschulden des Täters an sich unberührt lässt. Gleichwohl hat sich dieser Umstand hier – entgegen der vorinstanzlichen Ansicht – zugunsten des Beschuldigten auszuwirken. Während Art. 22 Abs. 1 StGB die Strafmilderung, das heisst den Wechsel in den Sonderstrafrahmen des Art. 48a StGB, ins richterliche Ermessen stellt, sollte das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs jedenfalls im Regelfall zu einer mildernden Strafe führen als derjenigen, auf die zu erkennen wäre, wenn der Täter das Delikt vollendet hätte. Das Mass der zulässigen Reduktion der Strafe beim vollendeten Versuch hängt dabei von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und den tatsächlichen Folgen der Tat ab. Die Reduktion der Strafe soll mit andern Worten umso geringer sein, je näher der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerwiegender die tatsächliche Folge der Tat war (BSK StGB I - Niggli/Maeder, 4. Aufl. Basel 2019, Art. 22 N 28 mit Verweisen). Wie gezeigt, ist es nicht dem Beschuldigten zu verdanken, sondern einzig dem blossen Zufall, dass vorliegend keine nachweislich schweren Verletzungen im Sinne von Art. 122 StGB resultierten. Angesichts des brutalen eigenen Vorge-

- 34 - hens, des gleichgerichteten, nicht minder aggressiven parallelen Handelns durch G._____ und der Unterstützung durch E._____ und F._____ sowie der nicht beeinflussbaren Dynamik infolge der Täterübermacht hatte der Beschuldigte keine Chance abzuschätzen oder gar zu beeinflussen, welche Folgen seine Gewaltwirkungen wie auch jene der Mittäter bzw. die Gesamtheit aller Attacken auf das dunkelhäutige Opfer zeitigen würden. Das Opfer war einer hohen Gefährdung ausgesetzt, was der Beschuldigte wusste und in Kauf nahm, und der tatbestandsmässige Erfolg wie gezeigt nicht allzu fern. Dass die Tat im Versuchsstadium stecken blieb, vermag die Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens daher nur moderat zu mindern. Die objektive Tatschwere ist insgesamt noch knapp leicht. 2.2 Betreffend die subjektive Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte gezielt, bewusst, gewollt, wenn auch offensichtlich sehr kurzfristig, am Tatgeschehen partizipierte. Hinsichtlich des (möglichen) Taterfolgs ist aber von Eventualvorsatz auszugehen, was sein Verschulden etwas relativiert. Beim Motiv ist von Vergeltung auszugehen, einer kollektiven Abreibung gegenüber einem unliebsamen Gast. Hätte es sich nur darum gehandelt, den Betroffenen des Lokales zu verweisen, wäre dies stattdessen mit einem gemeinsamen entschiedenen Hin- ausbegleiten erreichbar gewesen. Auch befanden sich gemäss den Videoaufnahmen (Urk. 2/6) Securities im Lokal. Entlastend wirkt das Motiv jedenfalls nicht. Der Beschuldigte handelte überdies bei voll erhaltener Schuldfähigkeit; Abweichendes wurde weder behauptet noch ist es aktenkundig. Zudem verfügte der Beschuldigte über uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit, sich vom Vorfall fernzuhalten. Im Moment, als er sich der Keilerei anschloss, ging vom Opfer keine erkennbare Gefährdung namentlich gegenüber seinem Schwiegervater E._____ oder den andern zwei Mitbeschuldigten (mehr) aus, der Dunkelhäutige war bereits von diesen drei Mitbeschuldigten überwältigt und befand sich am Boden (vgl. vorne Erw. II. 4.1.4 und III. 5.7). 2.3 Das subjektive Tatverschulden vermag die objektive Tatschwere etwas zu relativieren. Die Tatschwere ist – innerhalb des weiten Strafrahmens von

- 35 - 6 Monaten bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe – als noch leicht einzustufen. Es rechtfertigt sich eine Einsatzstrafe im unterem Bereich, bei 20 Monaten Freiheitsstrafe. 3. Tatkomponente versuchte schwere Körperverletzung (Anklageziffer 1.3)

E. 3

Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 29. Januar 2019 liess der Beschuldigte am 4. Februar 2019 durch seinen Verteidiger rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 53; Prot. I S. 106) und mit Eingabe vom 18. April 2019 ebenfalls fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 51 und 57). Auf entsprechende Fristansetzung erhob die Staatsanwaltschaft am 12. Juni 2019 Anschlussberufung (Urk. 58). Beweisanträge wurden keine gestellt. Hingegen stellte die Staatsanwaltschaft für den Fall antragsgemässer Verurteilung den Verfahrens Antrag, der Beschuldigte sei nach der Urteilseröffnung vor Schranken des Obergerichtes zufolge wiederauflebender Fluchtgefahr verhaften zu lassen und erneut in Sicherheitshaft zu versetzen (Urk. 58 S. 2).

E. 3.1

Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht im Berufungsverfahren insgesamt Fr. 9'199.85 geltend (vgl. Urk. 65 und Urk. 72/1+4). Dabei wurde die Berufungsverhandlung inklusive Weg auf 8 Stunden geschätzt. Die Berufungsverhandlung dauerte inklusive Eröffnung jedoch nur rund 5 Stunden (vgl. Prot. II).

E. 3.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwaltshonorar Pauschalen vorzusehen (BGE 143 IV 453 E. 2.5.1). Angesichts der konkreten Bedeutung und Schwierigkeit des Falles sowie unter Berücksichtigung der getätigten Bemühungen des Verteidigers ist vorliegend für das Berufungsverfahren ein Honorar von Fr. 8'300.– pauschal festzusetzen.

E. 3.3

Der amtliche Verteidiger ist daher mit insgesamt Fr. 8'300.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. 4. Mit Nachtragsbeschluss vom 7. Oktober 2020 wurde im Nachgang zum Urteilsdispositiv vom 1. Oktober 2020 noch über die Kostenaufgabe betreffend die Kosten des Beschwerdeverfahrens, III. Strafkammer, entschieden. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wurde auf Fr. 1'200.– festgesetzt. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens wurde im Sinne von - 46 - Art. 421 Abs. 1 StPO dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 10/25 S. 13 f.). Entsprechend wurde mit Beschluss vom 7. Oktober 2020 Dispositivziffer 7 berichtigt bzw. ergänzt (Urk. 75). Das berichtigte Dispositiv ist dem begründeten Urteil angefügt. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Januar 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. ... 2. Vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB wird der Beschuldigte freigesprochen (Ziff. 1.1). 3.-6. ...

E. 3.4

Aufgrund des Gesagten ist der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB des Landes zu verweisen.

E. 3.5

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Dauer der Landesverweisung in einem adäquaten Verhältnis zur Dauer der ausgefallenen Freiheitsstrafe stehen (Urteil des Bundesgerichts 6B_549/2019 vom 29. Mai 2019 E. 3; BGE 123 IV 107 E. 3). Das ergibt

sich auch aus dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Da vorliegend mit nicht ganz 3 Jahren eine Freiheitsstrafe unterhalb der Mitte des oben genannten Strafrahmens auszusprechen ist, hat dies auch für die Landesverweisung mit einer möglichen Dauer von 5 bis 15 Jahren (Urk. 66a Abs. 1 StGB Ingress) zu gelten. Die Landesverweisung ist dementsprechend in leichter Abweichung zur Vorinstanz (Urk. 50 S. 35) auf 7 Jahre festzusetzen. 4. Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem Mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen zu verweisen ist, hat die Vorinstanz die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) angeordnet (Urk. 50 S. 35). Das ist zu bestätigen.

- 45 - VI. Kostenfolgen 1. Bei diesem Verfahrensausgang sind die erstinstanzliche Kostenfestsetzung und -regelung gemäss den Dispositivziffern 7 und 8 zu bestätigen. 2. Der Beschuldigte unterliegt auch im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen weitestgehend. Die Staatsanwaltschaft dringt lediglich mit einer der rechtlichen Würdigungen nicht durch, womit auch die Sanktionshöhe und die Dauer der Landesverweisung unmittelbar zusammenhängen. Das fällt – auch vom Bearbeitungsaufwand her – nur geringfügig ins Gewicht. Es rechtfertigt sich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten zu 4/5 aufzuerlegen und zu 1/5 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 4/5 einstweilen und zu 1/5 definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 4

Der Beschuldigte beantragt auch in zweiter Gerichtsstanz Freisprechung von Schuld und Strafe. Entsprechend ficht er das Urteil grundsätzlich vollumfänglich an. Ausgenommen sind der Freispruch gemäss Dispositivziffer 2 und die

- 6 - Kostenfestsetzung gemäss Dispositivziffer 7 (Urk. 51 S. 2; Urk. 71 S. 2). Mit ihrer Anschlussberufung stellte die Staatsanwaltschaft wie schon vor Vorinstanz den Antrag, den Beschuldigten im Sinne der Anklage der mehrfachen versuchten schweren Körperverletzung schuldig zu sprechen (Urk. 58 und Urk. 14 S. 3 f.). An der Berufungsverhandlung schränkte die Staatsanwaltschaft die Anschlussberufung jedoch ein und erklärte, der Freispruch in Dispositivziffer 2 werde akzeptiert (Prot. II S. 7; Urk. 72 S. 2). Im Ergebnis sind deshalb die Dispositivziffern 2 und 7 des vorinstanzlichen Urteils nicht angefochten, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist. Die Kostenfestsetzung in Dispositivziffer 7 ist allerdings nicht ganz vollständig. Es entging der Vorinstanz offensichtlich, über die dem Sachrichter vorbehaltene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen aus dem Beschwerdeentscheid der III. Strafkammer vom 14. September 2018 betreffend Entlassung aus der Untersuchungshaft (vgl. Urk. 10/25) zu befinden. Das ist von Amtes wegen nunmehr im Berufungsentscheid nachzuholen (siehe dazu hernach Ziffer VI. Kostenfolgen).

E. 4.1

Zum Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 29; ferner Urk. 3/4 S. 8, 3/5 S. 2; Prot. I S. 28 f.). Aktualisierend führte der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung aus, seit 3 Monaten als Vorarbeiter im Gartenbau bei I. _____ in Zürich-... tätig zu sein und am tt.mm.2020 Vater einer Tochter geworden zu sein (Urk. 70 S. 2). Diese Biografie wirkt sich mit der Vorinstanz strafzumessungsneutral aus.

E. 4.1.1

Der Beschuldigte anerkennt, den Dunkelhäutigen gemeinsam mit dem Mitbeschuldigten G._____ getreten zu haben, während dieser von den anderen zwei Mitbeschuldigten, E._____ und F._____, am Boden festgehalten wurde. Er habe jedoch nur gegen dessen Beine getreten und ihn nie am Kopf berührt. Er habe nur mit ganz wenig Kraft getreten, dies auch, da er von der Arbeit sehr müde gewesen sei (Urk. 3/4 S. 4; Urk. 3/5 S. 4; Prot. I S. 32). Er habe den Dunkelhäutigen nicht ernsthaft verletzen wollen (Urk. 3/5 S. 4 Frage 14; Prot. I S. 32). Mit den Tritten habe er ihn zum Weggehen bewegen wollen. Der Dunkelhäutige habe nämlich ein Besteck-Messer gehabt und versucht, ihn und seine Mitbeschuldigten anzugreifen und umzubringen. Die Person sei dann selbständig

- 10 - aufgestanden und davon gerannt. Das zeige, dass der Mann nicht ernsthaft verletzt gewesen sei (Urk. 3/4 S. 4; Urk. 3/5 S. 4 Frage 14; Prot. I S. 34 f.). An der Berufungsverhandlung hielt er an seinen Aussagen fest, wonach er nur gegen die Beine getreten habe, wobei der Dunkelhäutige ein Messer, ein Pizzamesser in der Hand gehabt habe (Urk. 70 S. 6).

E. 4.1.2

Auf dem Handy-Video (Urk. 2/5; Urk. 2/1 S. 4) ist zu sehen, dass sich der Beschuldigte an einer Attacke gegen einen Dunkelhäutigen beteiligte. Als der Beschuldigte hinzu kam, lag der Dunkelhäutige bereits auf dem Boden, wobei F._____ ihn mit seinem Gewicht niederdrückte und E._____ gleichzeitig dessen rechtes Bein festhielt, was diese zwei Mitbeschuldigten auch je eingestanden (Urk. 3/4 S. 3; Prot. I S. 44 und 60). Der Beschuldigte begann sodann gemeinsam mit G._____, mehrfach auf den Dunkelhäutigen einzutreten. Das Ganze erscheint als eine rasche Abfolge von Fusstritten relativ spontan aus der Situation heraus durch zwei Personen je in ihrem Rhythmus. Die Attacke der mehr oder weniger nebeneinander stehenden und in ähnliche Richtung tretenden Angreifer zielte auf dasselbe Opfer ab, womit sie sich gegenseitig ergänzten. Weiter ist dem Video zu entnehmen, dass es sich dabei um Tritte von grosser Intensität handelte und dass sich diese gegen den Kopf- bzw. Oberkörperbereich des Dunkelhäutigen richteten. G._____ landete dabei auch mindestens einen Treffer gegen den Kopf des Dunkelhäutigen, was G._____ einräumte (Urk. 2/5; Urk. 3/4 S. 4; Prot. I S. 13 ff., 15). Die wiederholte Beteuerung des Beschuldigten, er habe nur gegen die Beine resp. Füsse des Mannes getreten, erscheint aus zwei Gründen als unwahr: Einerseits stand der Beschuldigte entgegen der Behauptung der Verteidigung ebenso wie G._____ ungefähr am Kopfende des Dunkelhäutigen und agierte etwa parallel zu G._____ von dort aus. Zudem drückte derweil F._____ den Körper des Dunkelhäutigen nieder und E._____ hielt dessen rechtes Bein fest (Urk. 3/4 S. 4; Prot. I S. 32). Im Bereich von Beinen und Bauch/Unterkörper befanden sich demnach F._____ und E._____. Dass der Beschuldigte seine Tritte nur gegen die Beine des Dunkelhäutigen gerichtet haben soll, ist unter diesen Umständen zu verwerfen. Sodann ergibt sich aus der Videoaufnahme, dass der Dunkelhäutige aus dem Kopf blutete. Weitere reale

- 11 - Verletzungsfolgen sind unbekannt. Die vom Beschuldigten und von G._____ ausgeführten, massiven und nicht bloss sanften Tritte (Prot. I S. 34) erscheinen klarerweise geeignet, erhebliche Kopfverletzungen hervorzurufen.

E. 4.1.3

Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Beschuldigte zusammen mit G._____ mehrere heftige Fusstritte gegen den wehrlosen, am Boden fixierten Dunkelhäutigen ausführte, wobei die Tritte gegen den Kopfbereich und den Oberkörper des Opfers erfolgten. Die anderweitigen Behauptungen und Bestreitungen des Beschuldigten und Ausführungen der Verteidigung sind folglich widerlegt. Der äussere (objektive) Sachverhalt ist erstellt.

E. 4.1.4

Wie schon die Vorinstanz zutreffend ausführte, sieht man sodann in der Videoaufnahme, dass der Dunkelhäutige einen metallenen Gegenstand in den Händen hielt und ihm dieser nach der Attacke von G._____ aus den Händen genommen wurde (Urk. 2/5). Um welche Art von Gegenstand es sich dabei genau handelte, ist indessen nicht erkennbar. Auch die Mitbeschuldigten F._____, E._____ und G._____ führten in den Konfrontationseinvernahmen sowie vor Vorinstanz übereinstimmend mit dem Beschuldigten aus, dass vom Dunkelhäutigen eine Bedrohung ausgegangen sei und dieser mit einem Messer respektive einer Gabel "bewaffnet" gewesen sei (Urk. 3/3 und 3/4; Prot. I S. 12 ff., 44 ff., 60 ff.). An der Berufungsverhandlung sprach der Beschuldigte von einem Pizzamesser (Urk. 70 S. 6). Obwohl es gewisse Widersprüche gibt, muss vom Vorhandensein eines Messers bzw. einer Gabel ausgegangen werden, zumindest kann dies nicht widerlegt werden. Eine akute durch den Dunkelhäutigen geschaffene Bedrohungssituation ist jedoch auf dem Video nicht erkennbar und wurde im Übrigen auch von niemandem substantiiert behauptet. So ist nirgends dargelegt, wann, wo, wie und wen der Dunkelhäutige damit konkret bedroht oder gar verletzt haben soll, und die diffusen Ausführungen der Mitschuldigten präsentieren sich darüber hinaus uneinheitlich (z.B. Urk. 3/3 S. 4 f.; Urk. 3/4 S. 5; Prot. I S. 14, 44, 60). Jedenfalls lag der Dunkelhäutige wie gesehen bereits – durch E._____ und F._____ fixiert – wehrlos am Boden, als sich der Beschuldigte der Attacke anschloss. Des Weiteren erscheinen Fusstritte ungeeignet, einen potentiell gefährlichen Gegenstand aus den Händen einer (am Boden liegenden und dort fixierten)

- 12 - Person zu entwinden. Vielmehr schiessen Fusstritte dieser Art und Intensität vollends über das Ziel hinaus, eine akute Bedrohungssituation – wäre denn eine solche anfangs überhaupt vorgelegen – zu entschärfen. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Behauptungen des Beschuldigten, er habe den Dunkelhäutigen nicht verletzt und ihn lediglich zum Weggehen bewegen wollen, da von jenem eine Gefahr ausgegangen sei, als reine Schutzbehauptungen (Urk. 3/4 S. 4; Urk. 3/5 S. 4; Prot. I S. 32 und S. 34 f.).

E. 4.1.5

Wer mit einer solchen Intensität gegen den Kopfbereich resp. den Oberkörper einer wehrlos am Boden liegenden Person tritt, weiss und nimmt zumindest in Kauf, dass diese dadurch massive, auch lebensgefährliche (Kopf-)Verletzungen erleiden könnte. Diverse, auch gravierendere mögliche Verletzungsfolgen wie Anschwellungen, Augenverletzungen bis hin zur Erblindung und Brüche räumte der Beschuldigte auf konkrete Fragen bei (wichtigen) Fusstritten gegen Kopf, Bauch, Rippen und Rücken auch explizit ein (Urk. 3/2 S. 5 Fragen 27 ff.). Das gilt selbstredend analog für die Extremitäten. Der innere (subjektive) Sachverhalt von Anklageziffer 1.2 ist ebenfalls erstellt.

E. 4.2

Die Vorstrafenlosigkeit des Beschuldigten ist ebenfalls strafzumessungsneutral zu werten.

E. 4.2.1

Der Beschuldigte anerkannte in der Untersuchung und vor Vorinstanz, den Hellhäutigen gegen die Beine respektive Füße getreten zu haben, nachdem der Mitbeschuldigte E. _____ diesen im Terrassen-Bereich zu Boden gebracht hatte. Er habe nicht stark getreten, nur wenig Kraft benutzt, denn er sei sehr müde gewesen nach dem Arbeitstag und habe Rückenschmerzen gehabt. Sodann habe er den Hellhäutigen auch nur an dessen Beinen respektive Schuhen getroffen resp. bloss berührt. Der Mann habe ihn zuvor im Fumoir auf den Rücken geschlagen (Urk. 3/3 S. 6; Urk. 3/4 S. 5; Urk. 3/5 S. 4; Prot. I S. 35 ff., 39). Er habe niemanden verletzen wollen (Prot. I S. 38 f.). Mit den Tritten habe er bewirken wollen, dass der Hellhäutige weggehe, dieser habe nämlich 5 bis 6 Minuten vorher E. _____ im Fumoir-Bereich fast bewusstlos geschlagen. E. _____ sei wie ein Vater für ihn (Prot. I S. 35 f., 38; Urk. 3/4 S. 4 f.; Urk. 3/5 S. 4).

- 13 - Auch an der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte erneut zu Protokoll, dass E. _____ geschlagen worden sei, er in Panik gewesen sei, nicht gewusst habe, wie er reagieren soll, wobei er nur gegen die Beine getreten habe, damit er [der Hellhäutige] weggehe (Urk. 71 S. 7).

E. 4.2.2

Auf dem diesbezüglichen Hauptbeweismittel, der statisch aufgenommenen Videoaufzeichnung einer Überwachungskamera des Restaurants B. _____ (Urk. 2/6, Zeit ab 2:17 Uhr), ist zu sehen, dass der Beschuldigte und die Mitbeschuldigten E. _____ und F. _____ wenige Minuten nach der vorhergehenden Auseinandersetzung mit dem Dunkelhäutigen gemeinsam auf dem Terrassen-Bereich des Restaurants B. _____ auftauchten. Der Beschuldigte zeigte auf einen hellhäutigen in die Gegenrichtung blickenden Mann. Daraufhin näherte sich – der insoweit geständige (vgl. Prot. I S. 49) – E. _____ dem Hellhäutigen zielstrebig und versetzte diesem einen starken Schlag und einen darauffolgenden Stoss. Der durch das Vorgehen E. _____s offensichtlich überraschte Hellhäutige ging in der Folge zu Boden. Der Hellhäutige hatte seinen Kopf nämlich nur Sekundenbruchteile vor dem Schlag überhaupt in Richtung E. _____ gedreht. Der Beschuldigte sowie die Mitbeschuldigten E. _____ und F. _____ umringten sodann den wehrlos am Boden liegenden Hellhäutigen und belegten ihn von mehreren Seiten mit einer Vielzahl heftiger Fusstritte. Mit der Vorinstanz und der Verteidigung ist anzumerken, dass das Video bei normaler Wiedergabe zu schnell läuft. Die Fusstritte sehen jedoch auch bei eingestellter Echtzeitwiedergabe heftig aus. Wohin genau die Tritte erfolgten, ist nicht erkennbar, da der Bar-Tresen die Sicht verdeckt. Die realen Verletzungsfolgen des Hellhäutigen sind ebenso wie jene der zwei dunkelhäutigen Opfer unbekannt. Die aufgezeichneten heftigen Tritte sind jedoch ohne Weiteres geeignet, jemandem eine Körperverletzung zuzufügen. Sollten insbesondere der Kopf, aber auch der Rumpf (Brust, Bauch, Rücken) betroffen sein, was bei einer Mehrzahl von ein wehrlos daliegender Opfer umzingelnden und gleichzeitig je wiederholt tretenden Angreifern wie hier nur schon aus räumlichen Gründen praktisch unvermeidlich scheint, kann bei einer derart ungezügelter und personell übermächtigen Attacke auch eine schwere Körperverletzung resultieren. Dass die Tritte einzig die Beine tangierten, was auch F. _____ so schilderte (Bereiche Beine, Oberschenkel, Po; vgl. Prot. I S. 63, während E. _____ nur

- 14 - behauptete, es habe niemand gegen den Kopf getreten; vgl. Prot. I S. 50), ist nicht glaubhaft. Die verharmlosende Darstellung des Beschuldigten vermag die Erkenntnisse aus der Videoaufzeichnung nicht umzustossen. Von leichten Tritten oder blossen Berührungen

(nur an den Beinen), wie der Beschuldigte wiederholt ins Feld führt (Prot. I S. 35 und 39; Urk. 70 S. 6), kann keinesfalls die Rede sein. Auch die Beschreibungen von E. _____ "nicht so kräftig" (Prot. I S. 50) und F. _____ "nicht so stark" (Prot. I S. 63) gehen an der Sache vorbei. Diese Beschönigungen stehen nicht nur im Gegensatz zur Videoaufzeichnung, sondern widersprechen auch der im Lokal zum damaligen Zeitpunkt herrschenden aufgeheizten Atmosphäre und der aggressiven Stimmung der beschuldigten Personen. Wie gezeigt, waren sie allesamt schon an mindestens einer kurz zuvor stattgefundenen gewaltsamen Auseinandersetzung gegen einen Dunkelhäutige beteiligt gewesen (vgl. vorne Erw. II. 4.1). Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Beschuldigte und seine Mitstreiter eine Art "Aufräumaktion" betreffend missliebige Kundschaft im Lokal B. _____ durchführten. Der äussere (objektive) Sachverhalt ist daher klar erstellt.

E. 4.2.3

und III. 5.7).

E. 4.3

Wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat (vgl. Urk. 50 S. 29 f.), hat sich der Beschuldigte betreffend den äusseren Sachverhalt im Verlaufe des Verfahrens zwar teilweise geständig gezeigt, aufgrund der Videosequenzen war die Beweislage jedoch erdrückend (vgl. Urk. 2/5 und 2/6). Das Geständnis hat das Verfahren höchstens marginal vereinfacht. Anzeichen von echter Einsicht oder Reue sind nicht erkennbar. Vielmehr vertritt der Beschuldigte bei gleichzeitiger Bagatellisierung seiner eigenen Taten durchwegs die Auffassung, die Opfer seien die eigentlichen Aggressoren gewesen. Das Nachtatverhalten kann unter diesen Umständen nicht als Ausdruck von Einsicht und Reue verstanden werden und ist zusammenfassend nur ganz geringfügig strafmindernd zu berücksichtigen.

E. 4.4

Es liegt mit der Vorinstanz keine besondere Strafempfindlichkeit vor, die zu beachten wäre (Urk. 50 S. 30 f.).

E. 4.5

Die täterbezogenen Elemente wirken sich im Ergebnis lediglich sehr geringfügig strafreduzierend aus. 5. Fazit Strafzumessung In gesamthafter Würdigung aller Strafzumessungsfaktoren resultiert eine Freiheitsstrafe von 32 Monaten. An diese Freiheitsstrafe sind 218 Tage Untersuchungs- und Sicherheitshaft anzurechnen (Art. 51 StGB; 26. Juni 2018 bis und mit 29. Januar 2019; vgl. Urk. 50 S. 31 und vorne Erw. I. 2.1). 6. Vollzug

E. 5

Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 29. September 2020 die Beweisanträge stellen, dass E. _____ und F. _____ durch das Berufungsgericht nunmehr als Zeugen zur Vorgeschichte zu befragen seien (Urk. 68). Diesen Beweisanträgen wurden an der Berufungsverhandlung nicht stattgegeben, da die beiden Mitbeschuldigten bereits mehrfach parteiöffentlich befragt wurden und die Möglichkeit zu Ergänzungsfragen bestand. Für eine erneute Befragung von E. _____ und F. _____ gab es keine Veranlassung. Die von der Verteidigung thematisierte Vorgeschichte ist im Übrigen ohnehin nicht Teil des Anklagesachverhaltes (vgl. Prot. II S. 7).

E. 5.1

Vorauszuschicken ist, dass das Opfer zwar aus dem Kopf blutete, die genauen Verletzungen aber nicht bekannt sind. Ob eine vollendete schwere Körperverletzung vorliegt – wie gestützt auf die umschriebenen Tatvorwürfe in der Anklageschrift beispielhaft erwähnt (Urk. 14 S. 2 f.) –, kann mangels dokumentierter Verletzungen nicht geprüft werden und ist somit nicht nachweisbar. Es fehlt am objektiven Tatbestandsmerkmal einer schweren Körperverletzung. Die Staatsanwaltschaft klagt denn auch keine vollendete Tatbegehung ein. Es bleibt daher abzuklären, ob im Sinne der Anklagebehörde ein vollendeter Versuch einer schweren Körperverletzung zu bejahen ist.

E. 5.2

Im Rahmen der Prüfung der Frage, welche Verletzungsfolgen der Beschuldigte für möglich gehalten und in Kauf genommen hat (subjektiver Tatbestand), führte die Vorinstanz gestützt auf den erstellten Sachverhalt (vgl. vorne Erw. II. 4.1 und Urk. 50 S. 10) zusammengefasst das Nachstehende aus (vgl. Urk. 50 S. 17 f.): Die für den inneren Willen des Beschuldigten massgeblichen äusseren Umstände seien aufgrund der Beweismittel, insbesondere der Videoaufzeichnung, sowie der allgemeinen Lebenserfahrung zu eruieren. Je grösser das dem Beschuldigten bekannte Risiko der Tatbestandsverwirklichung sei bzw. je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiege, desto eher dürfe der Schluss gezogen werden, er habe die Tatbestandsverwirklichung zumindest in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 26 E. 3.2.2; 130 IV 58 E. 8.2 ff.). Im Einklang mit der konstanten bundesgerichtlichen Praxis sei es als allgemein bekannt vorauszusetzen, dass Fusstritte in den Kopfbereich eines am Boden liegenden Opfers – selbst wenn dieses sich zusammenrollt und den Kopf mit den Händen zu schützen versucht –

- 21 - zu lebensgefährlichen Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität führen können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1180/2015 vom 13. Mai 2015 E. 4.1 m.w.H.). Im vorliegenden Fall sei es im dynamischen Geschehensablauf alleine dem Zufall überlassen gewesen, ob die Tritte den Kopf des Opfers treffen und schwere Verletzungen verursachen oder nicht. Zusätzlich zu den Fusstritten habe eine Wehrlosigkeit des Opfers vorgelegen, da dieses durch einen der Mitbeschuldigten auf den Boden gedrückt worden sei, während ein weiterer Mitbeschuldiger sein Bein festgehalten habe. Zudem seien die vom Beschuldigten ausgeführten Tritte wie unter Ziff. III. 2.2 [recte: 4.2] ausgeführt sehr heftig gewesen und durch die Einwirkung mehrerer Personen habe eine Übermacht bestanden mit einhergehender besonderer Gefährdung des Opfers. Ein aggravierendes Moment liege demzufolge in mehrfacher Hinsicht klarerweise vor, obwohl das gemäss der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Erfüllung des Tatbestands der versuchten schweren Körperverletzung nicht erforderlich sei (Urteil des Bundesgerichts 6B_1180/2015 vom 13. Mai 2016 E. 4.1 [vgl. auch Urteil 6B_1024/2017 vom 26. April 2018 E. 2.2.1]). Aufgrund aller genannten Umstände sei davon auszugehen, dass sich dem Beschuldigten die Verwirklichung der Gefahr, d.h. Kopftreffer mit schweren Verletzungsfolgen, als so wahrscheinlich aufdrängten, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden könne. Zusammenfassend sei somit festzuhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung erfüllt habe. Diese Erwägungen sind überzeugend und zu teilen, wobei ergänzend vorab auf die vorstehenden Ausführungen zur Sachverhaltserstellung (Erw. II. 4.1) zu verweisen ist. Die vielen Tritte des Beschuldigten und von G._____ waren erkennbar von grosser Intensität und richteten sich offensichtlich gegen den Kopf- und Oberkörperbereich. Das Opfer wurde gleichzeitig von zwei

Angreifern traktiert und stand (oder besser: lag) praktisch unter Dauerbeschuss. Dieses parallele Vorgehen verstärkte die ausgeübte Gewalt und erhöhte das Verletzungsrisiko deutlich. Mit der Vorinstanz ist neben der Heftigkeit der Tritte und der Einwirkung mehrerer Personen auch nochmals ein weiterer erschwerender Aspekt hervorzuheben: die komplette Wehrlosigkeit des Opfers. Aufgrund der Viererattacke hatte der regel-

- 22 - recht am Boden blockierte Dunkelhäutige nicht den Hauch einer Chance, die schädigenden Handlungen abzufangen oder abzumildern, geschweige denn, sich gegenüber den Angreifern körperlich irgendwie mit Aussicht auf Erfolg zur Wehr zu setzen. Offensichtlich ging es den Beschuldigten darum, dem Dunkelhäutigen mit vereinten Kräften eine nachhaltige Lehre zu erteilen. Es kommt hinzu, dass der Dunkelhäutige nachweislich aus dem Kopf blutete, wobei der Mitbeschuldigte G._____ nach Sichtung des Videos eingestand, beim wiederholten Treten das Opfer am Kopf getroffen zu haben (Prot. I S. 13-15). Auch konnte G._____ dem Vorhalt, dass sich die Person am Boden nicht wehrte, nichts entgegenhalten (Prot. I S. 17 und 19). Vielmehr räumte er beim (erneuten) gemeinsamen Betrachten des Videos die Übermacht der vier Angreifer ein: man sehe einen wehrlosen Mann, auf den alle andern losgehen und treten würden (Prot. I S. 18). In der Dynamik des Tatablaufs konnte auch der Beschuldigte das ihm bekannte Risiko einer gravierenden Körperverletzung (vgl. vorne Erw. II. 4.1.5) weder kalkulieren noch das Ziel seiner eigenen Tritte – sollte er den Kopfbereich bewusst vermieden haben – hinreichend genau steuern und mit Sicherheit einen Kopftreffer verhindern.

E. 5.3

Es ist daher festzuhalten, dass allein schon die kräftigen Fusstritte des Beschuldigten ein grosses Risiko der Verwirklichung einer schweren Körperverletzung bargen. Überdies ist beim Beschuldigten auch ein Motiv auszumachen, am Dunkelhäutigen Vergeltung zu üben: Dieser soll zuvor sehr aggressiv gewesen sein und sich nicht beruhigen haben lassen. Mit einem Messer soll er versucht haben, sie anzugreifen und umzubringen (Urk. 3/4 S. 4; Prot. I S. 35; Urk. 70 S. 6).

E. 5.4

Der Beschuldigte war sich bei diesem Geschehensablauf fraglos des grossen Risikos einer schweren Körperverletzung seitens des Opfers bewusst. Wer derart heftig gegen den Kopfbereich resp. den Oberkörper einer wehrlos am Boden liegenden Person tritt, weiss und nimmt zumindest in Kauf, dass schwerwiegende gesundheitliche Folgen für das Opfer resultieren können. Das gilt umso mehr, als der Beschuldigte zusammen und gleichzeitig mit dem Mittäter G._____ das Opfer mit Fusstritten malträtierte. Er gesellte sich zwar als letzter zum Tatort,

- 23 - als der Dunkelhäutige eigentlich schon überwältigt war. Das zeigt umgekehrt, dass er gezielt und verstärkend eingriff. Es liegt eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung vor. Der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs ist demnach klarerweise als sehr wahrscheinlich und nicht bloss als möglich einzustufen. Die Verwirklichung des Risikos einer schweren Körperverletzung im Bereich des Kopfes, wie beispielhaft in der Anklage umschrieben (vgl. Urk. 14 S. 2 f.), musste sich dem Beschuldigten unter all diesen Umständen als so wahrscheinlich aufdrängen, dass seine Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme einer schweren Körperverletzung gedeutet werden kann. Er wollte dies gemeinsam mit dem Mitbeschuldigten G._____ (und den Mitbeschuldigten F._____ und E._____) bzw. nahm es zumindest in Kauf und hiess dabei die

Tathandlungen der andern Täter gut (vgl. die nachstehende Erw. III. 5.6). Der subjektive Tatbestand ist ebenfalls zu bejahen. Es liegt eine versuchte schwere Körperverletzung vor.

E. 5.5

Mittäterschaft

E. 5.5.1

Im angefochtenen Urteil wird erwogen, Anzeichen für ein koordiniertes Handeln bzw. eine gemeinsame Planung der Mitbeschuldigten seien nicht erkennbar. Es liege somit keine Mittäterschaft, sondern eine klassische Nebentäterschaft mit jeweils individueller Verantwortung der jeweiligen Beschuldigten für ihre eigenen Handlungen vor (Urk. 50 S. 10 und 17). Die Verteidigung plädiert ebenfalls für eine klassische Nebentäterschaft (Urk. 44 S. 15; 71 S. 15). Dieser Ansicht kann unter den gegebenen Umständen nicht zugestimmt werden. Vielmehr ist im Einklang mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 14, 43, 58 und Prot. II S. 10) und entgegen der Vorinstanz und der Verteidigung von in Mittäterschaft begangener versuchter schwerer Körperverletzung auszugehen.

E. 5.5.2

Mittäterschaft wird definiert als gleichwertiges koordiniertes Zusammenwirken bei der Begehung einer Straftat, so dass als Mittäter erscheint, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Haupt-

- 24 - beteiligter dasteht (Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Vor Art. 24 N 10 ff.; BGE 108 IV 88 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 6B_895/2008 vom 14. April 2009 E. 3.2). Damit von Tatherrschaft ausgegangen werden kann, muss der Betreffende somit wenigstens in einem dieser drei Stadien in für die Tat massgebender Weise mit den anderen Tätern zusammenwirken. Wann dies der Fall ist, ist letztlich aufgrund einer wertenden Beurteilung der gesamten Umstände zu entscheiden. Was die Deliktausführung betrifft, ist insbesondere die Rolle zu berücksichtigen, die ein Beteiligter bei der Ausführung des Delikts innehatte (vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013, § 15 S. 177 ff.). In subjektiver Hinsicht setzt Mittäterschaft Vorsatz und einen gemeinsamen Tatentschluss voraus. Der gemeinsame Tatentschluss braucht nicht ausdrücklich zu sein, er kann auch bloss konkludent bekundet werden, wobei Eventualvorsatz genügt (BGE 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; 126 IV 84 E. 2c/aa S. 88; je mit Hinweisen). Der Mittäter braucht an der ursprünglichen Entschlussfassung nicht von Anfang an mitgewirkt zu haben, er kann sich den Tatentschluss auch erst sukzessive zu eigen machen (BGE 135 IV 152 E. 2.3.1; 134 IV 1 E. 4.2.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_1062/2017 vom 26. April 2018 E. 2.1.3; BSK StGB I-FORSTER, 4. Aufl., Basel 2019, Vor Art. 24 N 12 mit Hinweisen). Kausale Tatbeiträge werden dem anderen Mittäter angerechnet, auch wenn er zum besagten Zeitpunkt die Tatherrschaft nicht mehr inne hat, vorausgesetzt, die Taten stehen in einer engen zeitlichen, räumlichen und sachlichen Beziehung (BGE 108 IV 88 E. 2b S. 93; Urteile des Bundesgerichts 6B_405/2011 vom 24. Januar 2012 E. 2.5.2 und 6B_885/2008 vom 14. April 2009 E. 3.2).

E. 5.5.3

Mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 43 S. 9 und Prot. II S. 10) steht die mittäterschaftliche Vorgehensweise ausser Frage. Zunächst ist zu konstatieren, dass in der Anklage

mittäterschaftliches Handeln umschrieben ist (vgl. Urk. 14 S. 2). Die Anklageschrift nennt mithin die Sachverhaltselemente, welche zur Annahme von Mittäterschaft führen. Die Visionierung des Videos ergibt sodann die klare Überzeugung, dass hier die Beschuldigten als Vierer-Team, wohl angeführt durch E._____, den Chef des Lokals, der zu jedem der Mitbeschuldigten eine nähere

- 25 - Beziehung aufweist (Schwiegervater bzw. Bekannte und regelmässige Gäste des B._____), agierten und dem unliebsamen dunkelhäutigen Gast mit vereinten Kräften eine eigentliche Abreibung erteilten. Die mittäterschaftliche Verbindung ist offensichtlich. Es zeigt sich das Bild eines arbeitsteiligen Vorgehens, das nicht länger geplant gewesen sein muss, sondern auch einem kurzfristigen und stillschweigenden Zusammenfinden aus der Situation heraus entsprungen ein kann, was hier der Fall zu sein scheint. Ohne die Fixierung des Opfers am Boden durch F._____ und E._____ wäre die Treterei durch den Beschuldigten und G._____ nicht so, wie stattgefunden, durchführbar gewesen. Dank dieser Fixierung des Dunkelhäutigen durch F._____ und E._____ und dessen daraus resultierender Wehrlosigkeit konnten die zwei jüngeren Mitbeschuldigten den Dunkelhäutigen anschliessend ungehindert mit heftigen Fusstritten eindecken und dabei am Kopf blutig treten. Jeder der Beteiligten, auch der Beschuldigte, der mit seinem Handeln wesentlich zum Tatgeschehen beitrug, nahm bei diesem Vorfall eine tragende Rolle ein und steht als Hauptbeteiligter da. Von einem isolierten Vorgehen des Beschuldigten im Sinne eines Nebentäters – von Nebentäterschaft wird gesprochen, wenn mehrere Täter unabhängig voneinander, als Alleintäter, denselben Straftatbestand verwirklichen, was namentlich bei Fahrlässigkeit vorkommt (vgl. Praxiskommentar StGB-Trechsel/Jean-Richard, 3. Aufl. Zürich/ St. Gallen 2018, Vor Art. 24 N 23 und Art. 12 N 44 mit Beispielen) – kann vorliegend keine Rede sein. Dies gilt umso mehr, als der Beschuldigte gleich anschliessend an den vorliegenden Vorfall mit zwei derselben Mitbeschuldigten und praktisch am selben Tatort auch einen Hellhäutigen ebenfalls mit Fusstritten peinigete (Anklageziffer 1.3).

E. 5.5.4

.Gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bewirkt das Konzept der Mittäterschaft eine materiellrechtlich begründete Beweiserleichterung bei der Zurechnung von Teilaspekten einer Tat an die Mittäter. Führen verschiedene Personen gemeinsam strafbare Handlungen aus und dies erst noch – wie hier – in einem engen örtlichen, zeitlichen und sachlichen Zusammenhang, schneidet das Institut der Mittäterschaft einem Mittäter den Einwand ab, es habe jeweils ein Anderer die fragliche Teilhandlung ausgeführt. Insbesondere geht die Argumentation fehl, er könne dafür nicht zur Rechenschaft gezogen werden, denn

- 26 - er habe das weder getan noch davon auch nur Kenntnis gehabt und mit den eigenen Handlungen keine schwere Verletzung gewollt bzw. in Kauf genommen. Ebenso wenig liegt eine Exzess, namentlich G.____s, vor. Vielmehr steht aufgrund des erstellten Sachverhalts fest, dass der Beschuldigte im Wissen um das gleichzeitige Treten durch diesen Mitbeschuldigten auch das eigene Tathandeln fortsetzte und in gemeinsamer Übermacht schwere Verletzungen des Dunkelhäutigen auch durch die Fusstritte von G._____ in Kauf nahm. Ebenso wenig ist erkennbar, dass der Beschuldigte das Verhalten der ihn unterstützenden Angreifer, F._____ und E._____, missbilligt oder sie gar von ihrem Tun abgehalten hätte. Folglich ist auch das Fixieren am Boden sowie namentlich der Kopftreffer von G._____ dem Beschuldigten anzurechnen, auch wenn er diese Handlungen nicht selber ausführte. Denn schon das Zusammenwirken im konkludenten Handeln

begründet Mittäterschaft. Weder müssen sich die Täter vorher persönlich kennen noch bedarf es einer Absprache oder einer (kurzfristigen) Planung (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_1062/2017 vom 26. April 2018 E. 2.2.2). Endlich ist nach dem Gesagten auch ohne Belang, dass sich der Beschuldigte als Letzter dieser Attacke anschloss. Mittäterschaft ist daher zu bejahen. Die Folge der Mittäterschaft ist wie erwähnt, dass jedem Mittäter das gesamte Handeln bzw. das ganze Geschehen zugerechnet wird (Urteil des Bundesgerichts 6B_27/2020 vom 20. April 2020, E. 1.3.2 mit Hinweisen).

E. 5.7

Notwehrsituation Die Argumentation der Verteidigung, der Beschuldigte habe in Bezug auf die Anklageziffern 1.2 und 1.3 (siehe die nachstehende Erw. III. 6) aus einer akuten Notwehrsituation heraus gehandelt bzw. Notwehrhilfe geleistet (Urk. 44 S. 6 und 17; Urk. 71 S. 12 und S. 16; rechtfertigende Notwehr resp. Notwehrhilfe gemäss Art. 15 StGB), ist mit der Vorinstanz ebenfalls zurückzuweisen. Gemäss den erstellten Sachverhalten gesellte sich der Beschuldigte bei beiden Vorfällen offensichtlich solidarisiert zur Szenerie hinzu, als der Dunkelhäutige schon am Boden fixiert (Anklageziffer 1.2) resp. der Hellhäutige mit einem Schlag gegen den Kopf zu Boden befördert worden war (Anklageziffer 1.3). Die Opfer befanden sich mithin bereits im Zustand der Wehrlosigkeit (vgl. vorne Erw. III. 3.2) am

- 27 - Boden, zuvor überwältigt durch Gewaltakte von Mitbeschuldigten, weshalb im Zeitpunkt, als sich der Beschuldigte mit mehreren heftigen Fusstritten auch noch ins Tatgeschehen einmischte, von den Opfern keine akute Gefahr für den Beschuldigten oder die Mitbeschuldigten ausgehen konnte (vgl. vorne Erw. II. 4.1.4; Urk. 50 S. 21 ff.). In beiden Fällen bestand weder eine unmittelbare Bedrohungssituation noch waren die (Mit-)Beschuldigten damals einem tatsächlichen und andauernden Angriff seitens der jeweiligen Opfer ausgesetzt. Es ist somit nicht ersichtlich, dass im Tatzeitpunkt eine Notwehrlage oder eine Notwehrhilfesituation im Sinne von Art. 15 StGB vorgelegen hätte. Das Vorgehen des Beschuldigten (ebenso wie jenes der Mitbeschuldigten) war nicht nur rechtswidrig, sondern auch unverhältnismässig. Vielmehr handelte es sich selbst nach Darstellung des Beschuldigten offensichtlich um Racheakte aufgrund von früher am Abend stattgefundenen und abgeschlossenen, aggressiven Auftritten seitens der Opfer. Bezüglich Anklageziffer 1.2 führte der Beschuldigte aus: "Wenn Sie gesehen hätten, was er vorher gemacht hatte ...", und zum Vorwurf in Anklageziffer 1.3 erklärte der Beschuldigte, diese Person habe drinnen gegen E._____ geschlagen, so dass dieser fast bewusstlos geworden sei, und sei danach nach draussen gegangen (vgl. je Prot. I S. 35). Wie dem erstellten Sachverhalt, namentlich der Videosequenz (Urk. 2/6), betreffend Anklageziffer 1.3 zu entnehmen ist, schaute der Hellhäutige draussen im Terrassenbereich des Lokals in eine andere Richtung, als der Mitbeschuldigte E._____ auf ihn losstürmte, und drehte sich erst Sekundenbruchteile vor dem ihn dann niederstreckenden Schlag E._____s in dessen Richtung um (vorne Erw. II 4.2; Urk. 50 S. 23). Eine Notwehrsituation ist folglich durchwegs zu verneinen.

E. 6

Anklageziffer 1.3 – Tritte gegen Hellhäutigen

E. 6.1

Für Freiheitsstrafen, die zwischen zwei und drei Jahren und damit über der Grenze für bedingte Strafen liegen, sieht Art. 43 StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich vor.

An die Stelle des vollbedingten Strafvollzuges, der hier ausgeschlossen ist (Art. 42 Abs. 1 StGB), tritt der teilbedingte Vollzug, wenn die subjektiven Voraussetzungen dafür gegeben sind. Die subjektiven Voraussetzun-

- 38 - gen des teilbedingten Vollzugs richten sich nach denselben Kriterien, die für den vollbedingten Vollzug gemäss Art. 42 StGB gelten (BGE 139 IV 270 E. 3.3 S. 277; BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 S. 10; Urteil des Bundesgerichts 6B_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.2.1). Auch die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB setzt eine begründete Aussicht auf Bewährung voraus. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss der Vollzug jedenfalls eines Teils der Strafe auf Bewährung ausgesetzt werden. Andererseits ist bei einer schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen. Bemessungsregel bei der Festsetzung des aufzuschiebenden und des zu vollziehenden Strafteils bildet das Ausmass des Verschuldens. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten.

E. 6.2

Soweit ersichtlich, hat sich der Beschuldigte als Ersttäter auch seit dem Vorfall vor rund 2 ¼ Jahren nichts mehr zu Schulden kommen lassen (Urk. 67). Es besteht begründete Aussicht auf Bewährung; dem Beschuldigten kann die notwendige günstige Prognose für eine teilbedingte Freiheitsstrafe gestellt werden. Trotz mehrfacher Tatbegehung und Deliktsmehrheit erweist sich das Verschulden auch insgesamt noch als nicht allzu schwer, zumal die Taten zeitlich und örtlich sehr nah aufeinander folgten. Es rechtfertigt sich ein Vollzugsanteil von wenig über dem gesetzlichen Minimum von 6 Monaten (Art. 43 Abs. 3 StGB). Der zu vollziehende Strafteil ist vorliegend auf 7 Monate zu bemessen. Für den zur Bewährung ausgesetzten Rest von 25 Monaten ist die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen. Ergänzend ist vorzumerken, dass der Beschuldigte den vollziehbaren Strafteil von 7 Monaten bereits in Form von Haft verbüsst hat.

- 39 - V. Landesverweisung und Ausschreibung im SIS 1. Die gesetzlichen Grundlagen sind im angefochtenen Urteil wiedergegeben, worauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 32 f.). 2. Der aus Kosovo stammende Beschuldigte hat sich der mehrfachen versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Schwere Körperverletzung zählt zu den Katalogtaten (Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB). Auch die bloss versuchte Begehung einer Katalogtat ist von Art. 66a Abs. 1 StGB erfasst, und die Landesverweisung ist auch unabhängig davon anzuordnen, ob die Strafe bedingt, teil- oder unbedingt ausgesprochen wurde (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1; Urteile des Bundesgerichts 6B_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.1 und 6B_841/2019 vom 15. Oktober 2019 E. 1.1). Damit ist der Beschuldigte gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB grundsätzlich des Landes zu verweisen. Es liegt ein Fall der obligatorischen Landesverweisung vor. Von der Landesverweisung kann gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB nur "ausnahmsweise" abgesehen werden, wenn sie kumulativ [1] einen "schweren persönlichen Härtefall" bewirken würde (vgl. nachfolgende Erw. V. 3.1 f.) und [2] "die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen" (vgl. nachfolgende Erw. V. 3.3). Diese sog. Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5

Abs. 2 BV; BGE 145 IV 364 E. 3.2; 144 IV 332 E. 3.1.2; je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1 S. 340, publ. in: Pra 6/2019 S. 698; Urteil des Bundesgerichts 6B_1474/2019 vom 23. März 2020 E. 1.2). Dabei ist anhand der gängigen Integrationskriterien eine Einzelfallprüfung vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.2 mit Hinweisen, E. 1.3.6). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und

- 40 - wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiärer Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_348/2020 vom 14. August 2020 E. 1.2.1). Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, so dass die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung, die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose abgestellt wird (Urteile des Bundesgerichts 6B_348/2020 vom 14. August 2020 E. 1.2.1; 6B_742/2019 vom 23. Juni 2020 E. 1.1.2; 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.6.2; je mit Hinweisen). Von einer Landesverweisung kann ferner abgesehen werden, wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) oder in entschuldbarem Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB) begangen wurde (Art. 66a Abs. 3 StGB). Gemäss erstelltem Sachverhalt fällt die Anwendung von Art. 66a Abs. 3 StGB zum Vorneherein ausser Betracht, so dass sich eine entsprechende Prüfung erübrigt.

E. 6.3

In subjektiver Hinsicht ist aufgrund des erstellten Sachverhalts neben der gemeinschaftlichen Tatausführung auch der gemeinsame Tatentschluss evident. Sodann war sich der Beschuldigte bei diesem Geschehensablauf fraglos des grossen Risikos einer schweren Körperverletzung seitens des Opfers bewusst. Wer gemeinschaftlich mit zwei Mittätern in der beschriebenen Art und Weise auf ein wehrloses Opfer eintritt, weiss und nimmt zumindest in Kauf, dass schwerwiegende gesundheitliche Folgen für das Opfer resultieren können. Es liegt eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung vor. Der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs einer schweren oder gar lebensgefährlichen Körperverletzung ist demnach klarerweise als sehr wahrscheinlich und nicht bloss als möglich einzustufen. Die Verwirklichung eines solchen Risikos musste sich auch dem Beschuldigten unter den genannten Umständen als so wahrscheinlich aufdrängen, dass seine Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme einer schweren Körperverletzung gedeutet werden kann. Er wollte dies gemeinsam mit den Mitbeschuldigten E. _____ und F. _____ bzw. nahm es zumindest in Kauf und hiess dabei die Tathandlungen der andern Täter, auf welche er keinen direkten Einfluss hatte, gut (dazu auch die vorstehende Erw. III. 5.6). Der subjektive Tatbestand ist ebenfalls zu bejahen. Es liegt eine versuchte schwere Körperverletzung vor.

E. 6.4

Für den Umstand, dass keine Notwehrsituation vorlag, ist auf Erw. III. 5.7 hiervor zu verweisen.

E. 7

Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 2'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung Fr. 510.– Gutachten/Expertisen etc. Fr. 7'871.90.– amtl. Verteidigungskosten (RA X2._____) Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

E. 8

...

E. 9

[Mitteilungen]

E. 10

[Rechtsmittel]" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 47 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.____ ist schuldig der mehrfachen versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Anklageziffern 1.2 und 1.3). 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 218 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 25 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (7 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Es wird vorgemerkt, dass der unbedingte Strafanteil von 7 Monaten bereits verbüsst ist. 4. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB für 7 Jahre des Landes verwiesen. 5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet. 6. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Ziffer 8) wird bestätigt. 7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebür wird festgesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 8'300.– amtliche Verteidigung Gerichtsgebür Beschwerdeverfahren vom Fr. 1'200.–

E. 14

September 2018. (Geschäfts-Nr. UB180127) 8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu 4/5 dem Beschuldigten auferlegt und zu 1/5 definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu 4/5 einstweilen und zu 1/5 definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des

- 48 - Beschuldigten bleibt im Umfang von 4/5 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich (übergeben) – das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger

Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Vermerk der Rechtskraft – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten 10. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

- 49 - Die Rechtsmittelfrist beginnt neu ab der Zustellung des berichtigten Entscheides. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 1. Oktober 2020 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. R. Naef MLaw T. Künzle Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

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