

# ZH\_OBERGERICHT SB190275 vom 4. Juni 2020

ZH Obergericht, 2020-06-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190275](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190275)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190275 du 4 juin 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190275 del 4 giugno 2020

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil der Vorinstanz vom 7. September 2018 wurde der Beschuldigte des gewerbs- und bandenmässigen sowie teilweise versuchten Diebstahls, des mehrfachen Hausfriedensbruchs, des Raufhandels sowie der schweren Körper- verletzung schuldig gesprochen. Er wurde mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 13 Monaten als Zusatzstrafe zur vom Bezirksgericht Meilen am 25. Juli 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe von 18 Monaten bestraft, wovon 221 Tage durch Haft erstanden waren. Die Vorinstanz befand über sichergestellte Gegenstände sowie über die diversen Zivilansprüche der Privatkläger. Die Kosten des Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden einstweilen auf die Ge- richtskasse genommen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Sodann wurde der Beschuldigte unter solidarischer Haftung mit den Mitbeschuldigten L.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ (sep. Verfahren) verpflichtet, dem Privat- kläger B.\_\_\_\_\_ eine Entschädigung für notwendige Aufwendungen im gesamten Verfahren in der Höhe von Fr. 19'085.25 zu bezahlen.

### E. 1.1

Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer unbedingten Frei- heitsstrafe von 13 Monaten (wovon 221 Tage durch Haft erstanden sind) als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe von 18 Monaten (Urk. 72 S. 61).

### E. 1.2

Der Verteidiger beantragt berufsungsweise – unter der Voraussetzung des Freispruchs betreffend des Vorwurfs der schweren Körperverletzung – eine Be- strafung mit einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten als Zusatzstrafe zur vom Be-

- 25 - zirksgericht Meilen am 25. Juli 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe und erachtet die Erwägungen der Vorinstanz zur Strafzumessung ansonsten über weite Strecken als zutreffend (Urk. 97 S. 3 und S. 25 ff.). Die Staatsanwaltschaft beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 80). 2. Rechtliches

### E. 1.3

Demnach ist mit Beschluss festzustellen, dass das Urteil des Bezirks- gerichts Meilen, Abteilung, vom 7. September 2018 bezüglich der Dispositivziff. 1 alinea 1 bis 3 (Schuld sprüche betr. gewerbsmässiger/bandenmässiger Diebstahl, Raufhandel und Hausfriedensbruch), Dispositivziff. 4 bis 6 (Regelung der Be- schlagnahmen/Einziehungen), Dispositivziff. 7 und 8 sowie 10 und 11 (Rege- lung der Zivilansprüche der Privatkläger 3-7, 9 und 10), Dispositivziff. 13 (Kosten- festsetzung),

Dispositivziff. 15 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) und die zusammen mit den weiteren Beschuldigten solidarische Verpflichtung zur

- 8 - Bezahlung einer Prozessentschädigung an B.\_\_\_\_\_ (Dispositivziff. 16) in Rechtskraft erwachsen ist.

#### **E. 1.4**

Im Sinne einer Vorbemerkung ist an dieser Stelle festzuhalten, dass sich das Gericht nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Vielmehr kann sich die urteilende Instanz auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Punkte beschränken (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1. m.H.). 2. Zulässigkeit der Anklageänderung

#### **E. 2**

Das vorinstanzliche Urteil wurde den Parteien am 10. September 2018 eröffnet (Prot. I S. 87). Mit Eingabe vom 11. September 2018 meldete der Beschuldigte fristgerecht Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid an (Urk. 62). Die Berufungserklärung vom 3. Juni 2019 ging innert Frist ein (Urk. 75).

#### **E. 2.1**

Übergangsrecht Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderungen des Sanktionenrechts) in Kraft getreten (AS 2016 1249). Nach neuem Recht wird grundsätzlich nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Delikt begangen hat (Art. 2 Abs. 1 StGB), ausser wenn das neue Recht für den Täter das mildere ist (lex mitior; Art. 2 Abs. 2 StGB). Die Bewertung erfolgt nach der konkreten Methode, d.h. es wird geprüft, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt (OFK/StGB-DONATSCH, 20. Aufl. Zürich 2018, Art. 2 N 10). Die Neuregelung betrifft Geldstrafen (maximal nur noch 180 Tagessätze statt 360, Art. 34 Abs. 1 und 2 nStGB) und Freiheitsstrafen (Herabsetzung der Minderdauer auf 3 Tage, Art. 40 Abs. 1 nStGB) im Bereich bis zu einem Jahr und hat – wie noch zu zeigen sein wird – keine Auswirkung auf den vorliegenden Fall. Mithin bleibt vorliegend für die Strafzumessung das alte Recht anwendbar.

#### **E. 2.2**

Zusatzstrafe

##### **E. 2.2.1**

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchtmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB, vgl. BGE 138 IV 113; BGE 129 IV 113 E. 1.1). Die Bestimmung will im Wesentlichen das

- 26 - Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Der Täter, der mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen, für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren

getrennt durchgeführt werden oder nicht. Der Täter soll damit trotz Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren gegenüber jenem Täter, dessen Taten gleichzeitig beurteilt wurden, nicht benachteiligt und so weit als möglich auch nicht bessergestellt werden (BGE 132 IV 102 E. 8.2 mit Hinweisen). Für das methodische Vorgehen bei der Festsetzung der Zusatzstrafe bei retrospektiver Konkurrenz kann auf die ausführliche Rechtsprechung des Bundesgerichts verwiesen werden (BGE 142 IV 265 mit Hinweisen).

### **E. 2.2.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greift das Asperationsprinzip nur, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen. Liegen die Voraussetzungen für eine Zusatzstrafe vor, setzt das Gericht zunächst eine hypothetische Gesamtstrafe fest. Es hat sich zu fragen, welche Strafe es ausgesprochen hätte, wenn es sämtliche Delikte gleichzeitig beurteilt hätte. Dabei hat es nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB zu verfahren (vgl. BGE 142 IV 265 E. 2.3.3. mit Hinweisen). Bei retrospektiver Konkurrenz hat der Richter ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offenzulegen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt (BGE 142 IV 265 E. 2.3.1. und E. 2.3.3.; BGE 132 IV 102 E. 8.3.; Urteil 6B\_390/2012 vom 18. Februar 2013 E. 4.3.1).

### **E. 2.2.3**

Art. 49 Abs. 2 StGB erlaubt keine erneute Überprüfung der in Rechtskraft erwachsenen Strafe. Der Gesetzgeber hat sich in Anlehnung an die zu Art. 68 Ziff. 2 aStGB entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung im Rahmen von Art. 49 Abs. 2 StGB bewusst gegen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung unter Aufhebung des rechtskräftigen Ersturteils und für eine unabhängige Zusatzstrafe der noch nicht abgeurteilten Delikte entschieden. Die Zusatzstrafe ist die Strafe, die der später urteilende Richter für die von ihm selbst beurteilten Taten zu bestimmen hat. Sie berührt die rechtskräftige Grundstrafe nicht, sondern tritt zu dieser hinzu und ergänzt sie (BGE 142 IV 265 E. 2.4.1. mit Hinweisen).

- 27 -

### **E. 2.2.4**

Die Zusatzstrafe ist die infolge Asperation mit der Grundstrafe reduzierte Strafe für die neu zu beurteilenden Taten. Um bei der Zusatzstrafenbildung dem Prinzip der Strafschärfung gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB Rechnung zu tragen, hat das Zweitgericht die rechtskräftige Grundstrafe und die von ihm für die neu zu beurteilenden Taten auszusprechenden Strafen nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB zu schärfen. Die Einsatzstrafe bildet die Strafe der (abstrakt) schwersten Straftat sämtlicher Delikte. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist die schwerste Tat im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB die mit der schwersten Strafe bedrohte und nicht die nach den Umständen des konkreten Falles verschuldensmässig am schwersten wiegende Tat. Es ist zu unterscheiden, ob die Grundstrafe oder die neu zu beurteilenden Delikte die schwerste Straftat enthalten. Im ersten Fall ist die Grundstrafe aufgrund der Einzelstrafen der neu zu beurteilenden Delikte angemessen zu erhöhen. Anschliessend ist von der (gedanklich) gebildeten Gesamtstrafe die Grundstrafe abzuziehen, was die Zusatzstrafe ergibt. Liegt umgekehrt der Einzel- oder Gesamtstrafe der neu zu beurteilenden Taten die schwerste Straftat zugrunde, ist diese um die Grundstrafe angemessen zu erhöhen. Die infolge Asperation eintretende Reduzierung der rechtskräftigen Grundstrafe ist von der Strafe für die neu zu beurteilenden Delikte abzuziehen und ergibt die Zusatzstrafe. Bilden die Grundstrafe und

die Strafe für die neu zu beurteilenden Delikte ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Zweitgericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Zusatzstrafenbildung Rechnung tragen (BGE 142 IV 265 E. 2.4.4. mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Strafzumessungsregeln und Vorgehen

#### **E. 2.3.1**

Die Vorinstanz hat den vorliegend zur Anwendung gelangenden Strafrahmen korrekt und die gesetzlichen Zumessungsregeln zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 72 S. 43).

#### **E. 2.3.2**

Das Gericht hat in einem ersten Schritt die Einzelstrafen für die konkreten Delikte festzulegen und anschliessend zu prüfen, aus welchen Einzelstrafen Gesamtstrafen zu bilden sind. Hält das Gericht für einzelne Delikte im konkret zu

- 28 - beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldangemessen und zweckmässig, ist es nicht daran gehindert, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt. Es hat jedoch die Wahl der Sanktionsart zu begründen (BGE 144 IV 217 E. 4.3; Urteil 6B\_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4). 3. Verurteilungen des Beschuldigten

### **E. 2.4**

Das von der Verteidigung angerufene Immutabilitätsprinzip gilt somit nicht absolut, sondern wird von Gesetzes wegen durch die Möglichkeit der Anklageänderung im gerichtlichen Verfahren gemildert, vorab im Sinne der Wahrheitsfindung und aus verfahrensökonomischen Gründen (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO 3. Auflage 2017, N 1294). Die Vorbringen der Verteidigung verfangen vor diesem Hintergrund nicht. Die Vorinstanz hat die Unterschiede zwischen der ursprünglichen und der modifizierten Anklageschrift aufgezeigt, worauf zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann (Urk. 72 S. 9 f.). Beide haben den gleichen Lebenssachverhalt zum Gegenstand, namentlich die tätliche Auseinandersetzung vom 15. Juni 2012. Die spätere Anklage wurde lediglich um den Vorwurf der schweren Körperverletzung im Rahmen dieser Auseinandersetzung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ergänzt, wobei selbst die Verteidigung grundsätzlich einräumen musste, dass in der geänderten Anklage kein anderer Lebensvorgang dargestellt werde und es sich noch immer um denselben Sachverhalt handle, mithin um den Faustschlag, welcher der Beschuldigte dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ versetzt haben soll (Urk. 97 S. 5). Dieser Schlag samt den dadurch verursachten Verletzungen war bereits Gegenstand der ersten Anklageschrift (vgl. Urk. 13 S. 7 f.: "[...] B.\_\_\_\_\_ wurde aufgrund eines Faustschlags ins

- 11 - Gesicht des Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ zu Boden gestreckt [...]"). Die seitens der Verteidigung monierte Streichung, wonach nicht mehr habe eruiert werden können, welche Verletzungen des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ durch welche Handlungen des Beschuldigten und der anderen Mitbeschuldigten verursacht worden seien, war im Sinne der Wahrheitsfindung nötig, um im vorliegenden Verfahren auf schwere Körperverletzung

erkennen zu können. Darüber hinaus hatte die Staatsanwaltschaft auch in ihrer ursprünglichen Anklageschrift aufgeführt, dass der Beschuldigte bei seinem Faustschlag in Kauf genommen habe, den Privatkläger B.\_\_\_\_\_ zu verletzen. Jedenfalls ist die vorgenommene Anklageänderung gemäss der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung – entgegen der von der Verteidigung zitierten Lehre – im Rahmen von Art. 333 Abs. 1 StPO zulässig. Daraus ergibt sich ebenfalls, dass das Gericht an den Sachverhalt der nunmehr geänderten Anklage gebunden ist. Eine Bindung an die frühere, später abgeänderte Anklageschrift, wie dies die Verteidigung vor Vorinstanz geltend machte, lässt sich daraus nicht ableiten. 3. Anklageprinzip

### **E. 3**

Der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ war an der erstinstanzlichen Urteilseröffnung nicht anwesend (Prot. I S. 79). Nach Erhalt des Urteils meldete er mit Eingabe vom 24. September 2018, welche er als "Berufung/Berichtigung" bezeichnete, ebenfalls fristgerecht Berufung an (vgl. Urk. 64). Nachdem jedoch innert Frist keine Berufungserklärung folgte, trat die hiesige Kammer mit Beschluss vom 18. Juli 2019 auf seine Berufung nicht ein (Urk. 84). Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft. Innert Frist wurde sodann keine Anschlussberufung erhoben (vgl. Urk. 78, Urk. 80).

- 7 -

#### **E. 3.1**

Die Verteidigung wendet hinsichtlich der Genugtuungsforderung des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ ein, Letzterer habe zu belegen, dass ihm keine Integritätsentschädigung zugesprochen worden sei. Eine Entschädigung der Unfallversicherung habe sich der Privatkläger an die Genugtuung anrechnen zu lassen, weshalb über die Genugtuung nicht im vorliegenden Verfahren entschieden werden könne. Zudem sei bei der Bemessung zu berücksichtigen, dass der Privatkläger im Zeitpunkt des Spitaleintritts eine Alkoholintoxikation von 2,7 Promille aufgewiesen habe (Urk. 97 S. 27 f.).

#### **E. 3.2**

Soweit die Verteidigung geltend macht, die Genugtuung sei aufgrund einer allfällig zugesprochenen Integritätsentschädigung zu reduzieren, wird dies einzig behauptet und weder beziffert noch belegt, weshalb der Einwand der Zusprache einer uneingeschränkten Genugtuung von vornherein nicht entgegensteht (vgl. Besprechung von BGer 6B\_546/2011 vom 12. Dezember 2011 in: HAVE 2012, S. 186). Zwar sind Integritätsentschädigungen oder Opferhilfeleistungen grundsätzlich an eine Genugtuung anzurechnen. Diese Anrechnung betrifft jedoch die spezialgesetzlichen Koordinationsbestimmungen der Subrogationsrechte und nicht die Frage, inwieweit ein Schädiger durch eine Drittleistung tatsächlich entlastet werden soll. Die unverändert zu leistende Genugtuung wird dadurch gerade nicht reduziert, sondern wäre allenfalls nunmehr dem Erbringer der Drittleistung

- 38 - geschuldet, soweit dieser in den Anspruch subrogiert (vgl. Art. 72 ff. ATSG; BSK OR I-KESSLER, Art. 47 N 4a; ebenso Urteil 4A\_206/2014 vom 18. September 2014, E. 5.3.2). Der Beschuldigte kann mithin nicht für sich beanspruchen, von der Leistung einer Genugtuung befreit zu werden, weil ein Dritter respektive staatliche Stellen diese ersetzen. Der Einwand der Verteidigung geht damit fehl.

#### **E. 3.3**

Für die Bemessung der Genugtuung kann grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 72 S. 55 ff.). Die dem Privatkläger B. \_\_\_\_\_ zugesprochene Genugtuung von Fr. 12'000.– erweist sich angesichts der erlittenen Verletzungen und Verletzungsfolgen, namentlich den epileptischen Anfällen und Krämpfen, noch als eher tief. Deshalb würde sich selbst unter Berücksichtigung der seitens der Verteidigung ins Feld geführten Alkoholisierung des Privatklägers im Ergebnis keine Reduktion der Genugtuung rechtfertigen. Der Beschuldigte ist demnach zu verpflichten, dem Privatkläger B. \_\_\_\_\_ eine Genugtuung von Fr. 12'000.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist das Genugtuungsbegehren abzuweisen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenverlegung (Dispositiv-Ziff. 14) zu bestätigen. 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Da der Beschuldigte mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Eine Nachforderung, sobald die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten es erlauben, bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 3. Der geltend gemachte Aufwand der amtlichen Verteidigung über gesamthaft Fr. 5'786.60 erscheint angemessen (Urk. 95). Unter zusätzlicher Berücksichtigung des Zeitaufwands für eine Nachbesprechung des vorliegenden Entscheids

- 39 - mit dem Beschuldigten rechtfertigt es sich, Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ sogleich pauschal mit Fr. 6'000.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Abteilung, vom 7. September 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig – des gewerbs- und bandenmässigen sowie teilweise versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 und 3 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Anklagevorwurf Ziffer 1.1); – des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB (Anklagevorwurf Ziffern 1.1); – des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB (Anklagevorwurf Ziffer 1.2); – [...] 2.-3. [...] 4. Die sichergestellte Barschaft von CHF 91.95 wird zur Deckung der Verfahrenskosten herangezogen. 5. Der sichergestellte Handschuh wird eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen. 6. Die sichergestellten Gegenstände (ein Paar Shorts und ein Pullover (Asservat Nr. A004'867'907)) werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben. 7. Die Privatkläger 3 (C. \_\_\_\_\_), 4 (D. \_\_\_\_\_), 6 (E. \_\_\_\_\_), 7 (F. \_\_\_\_\_ AG) werden mit ihren Zivilansprüchen auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen. 8. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird verpflichtet, dem Privatkläger 5 (G. \_\_\_\_\_) Schadenersatz in der Höhe von CHF 3'000.– zu bezahlen. 9. [...].

- 40 - 10. Der Genugtuungsanspruch des Privatklägers 9 (H. \_\_\_\_\_) wird abgewiesen.

### **E. 3.4**

Zusammenfassend erweist sich die Rüge der Verletzung des Anklageprinzips als unbegründet.

### **E. 4**

Handlungen des Beschuldigten

#### **E. 4.1**

Der Beschuldigte war bis vor Vorinstanz nicht geständig, an der tätlichen Auseinandersetzung teilgenommen zu haben, sondern machte geltend, er habe lediglich schlichten wollen. Er ficht jedoch mit der Berufung seine Verurteilung wegen Raufhandels nicht an. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte er aus, bei der Rauferei "dabei" und vor Ort gewesen zu sein. Er bestreitet jedoch weiterhin, den Privatkläger B.\_\_\_\_\_ mit der Faust ins Gesicht geschlagen respektive überhaupt angefasst oder gesehen zu haben (Urk. 96 S. 5 f.).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat die massgeblichen Aussagen des Beschuldigten und der weiteren Beteiligten korrekt wiedergegeben und eingehend und zutreffend gewürdigt, worauf vorab zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 72 S. 24 ff. und S. 30 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen.

- 19 -

#### **E. 4.3**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Behauptung des Beschuldigten unglaubhaft wirkt, wonach er lediglich habe schlichten wollen. So macht er geltend, er habe sich zwischen die Kontrahenten gestellt und einen Tritt erhalten, durch welchen er "ca. 4 bis 5 Meter weggeflogen" sei (Prot. I S. 48, Urk. 25/5/2 S. 4). Auch heute erklärte der Beschuldigte, er habe lediglich seine Kollegen beschützen wollen und habe vom Privatkläger H.\_\_\_\_\_ einen Kick erhalten, durch welchen er weggeflogen sei (Urk. 96 S. 6). Dies wirkt übertrieben und unglaubhaft. Obwohl der Beschuldigte mittlerweile seine Teilnahme am Raufhandel nicht mehr bestreitet, will er nicht sagen, in welcher Weise er am Raufhandel mitgewirkt habe. Dass er sich rein passiv verhielt, wie er glauben machen will, ist angesichts der glaubhaften Aussagen der Zeugen M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ widerlegt. Diese führten entgegen der Ansicht der Verteidigung übereinstimmend und konkret aus, dass der Beschuldigte der aggressivste Teilnehmer an der Auseinandersetzung gewesen sei, welcher Tritte und Faustschläge ausgeteilt habe und dass er es auch gewesen sei, welcher B.\_\_\_\_\_ den Faustschlag verpasst habe, der diesen zu Boden gehen liess (Urk. 97 S. 15 f.; N.\_\_\_\_\_ in Urk. 25/11/1 S. 2: "Der Dunkelhäutige war der Aggressivste und hat am meisten geschlagen. Der hat meiner Meinung nach auch dem B.\_\_\_\_\_, dem Opfer mit der Glatze, den entscheidenden Schlag gegeben, der ihn umgehauen hat. [...] Auf jeden Fall ist B.\_\_\_\_\_ nach diesem Schlag von dem Dunkelhäutigen wie ein Brett nach hinten gefallen, einfach umgekippt auf den Hinterkopf zwischen die Tramschienen"; M.\_\_\_\_\_ in Urk. 25/13/2 S. 7: "So wie ich es in der Erinnerung habe, war dieser Dunkelhäutige grösser und er schlug ein wenig von oben her. B.\_\_\_\_\_ fiel sofort nach hinten hinaus"). Entgegen der Ansicht der Verteidigung deutet das Aussageverhalten von M.\_\_\_\_\_ nicht auf eine Absprache mit dem Zeugen N.\_\_\_\_\_ hin (Urk. 97 S. 16). Ansonsten wäre zu erwarten gewesen, dass die Zeugen ihre diesbezüglichen Belastungen auch in der Zeugeneinvernahme direkt wiederholt hätten und nicht zurückhaltend angaben, sich nicht mehr genau daran erinnern zu können. Der Beschuldigte war sodann der einzige dunkelhäutige Teilnehmer der Auseinandersetzung, weshalb eine Verwechslung ausgeschlossen werden kann. Schliesslich wurde er vom Zeugen N.\_\_\_\_\_ auf der Wahlbildkonfrontation identifiziert (vgl. Urk. 25/13/2 F/A 28).

- 20 -

#### **E. 4.4**

An dieser Auffassung ändert auch die Aussage des Zeugen P.\_\_\_\_\_ nichts, wonach der Mitbeschuldigte K.\_\_\_\_\_ den Faustschlag ausgeführt habe (Urk. 25/12/1). So ist zu berücksichtigen, dass der Zeuge P.\_\_\_\_\_ nach eigenen Angaben "halb blind" sei, weil er als Kind einen Unfall mit dem rechten Auge gehabt habe (Urk. 25/12/1 S. 3; ebenso in Urk. 25/12/5 S. 3). Er führte aus, dass der Beschuldigte die Auseinandersetzung mit H.\_\_\_\_\_ begonnen habe (a.a.O.). Diese Behauptung kann aufgrund der Aussagen des Beschuldigten und der übrigen befragten Personen als widerlegt gelten, gaben doch alle an, dass die Auseinandersetzung zwischen K.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ begonnen habe (vgl. statt vieler der Beschuldigte in Urk. 25/5/1 F/A 26: "Ich kam raus, mega viele Leute waren dort am Trinken und Lachen. Plötzlich hatte K.\_\_\_\_\_ [K.\_\_\_\_\_] mit einer anderen Person Stress."). Die Aussagen des Zeugen P.\_\_\_\_\_ sind damit nicht glaubhaft und vermögen die übereinstimmenden und unmissverständlichen Aussagen der Zeugen N.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ nicht in Frage zu stellen, wonach es der Faustschlag des Beschuldigten war, welcher B.\_\_\_\_\_ zu Boden gehen liess.

#### **E. 4.5**

Auch die weiteren Einwände der Verteidigung verfangen nicht. Der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ konnte aufgrund der Verletzungen und seines Zustandes (Alkoholisierung; gänzlich fehlendes Erinnerungsvermögen) während der ganzen Untersuchung keine sachdienlichen Angaben machen. Dass der Privatkläger rund einen Tag nach der Auseinandersetzung und offensichtlich noch gezeichnet von den erlittenen Verletzungen gegenüber einer Polizistin ausgeführt haben soll, er habe eine Flasche auf den Kopf gekriegt, vermag den Beschuldigten selbstredend nicht zu entlasten (Urk. 97 S. 18; vgl. Urk. 25/1 und Urk. 25/20/1). Aufgrund des Beweisergebnisses ist denn auch ohne Zweifel erstellt, dass ein Faustschlag und nicht etwa eine Flasche den Privatkläger B.\_\_\_\_\_ getroffen hatte. Auch aus der Aussage des Zeugen N.\_\_\_\_\_, wonach der Dunkelhäutige gebrochen Deutsch gesprochen habe, kann nichts zu Gunsten des Beschuldigten abgeleitet werden. Selbst wenn dies vorliegend nicht zutreffen mag, kann eine solche Nebensächlichkeit die glaubhaften Belastungen der Zeugen nicht entkräften (vgl. Urk. 97 S. 18). Gleiches hat für die Behauptung des Beschuldigten zu gelten, dass eine andere Person, welche er nicht nennen wolle, B.\_\_\_\_\_ geschlagen habe (vgl.

- 21 - beispielhaft Prot. I S. 48). Dies erscheint unglaubhaft und ist als Schutzbehauptung zu würdigen.

#### **E. 4.6**

Zusammenfassend ist der Sachverhalt mit der Vorinstanz erstellt, wonach B.\_\_\_\_\_ aufgrund eines Faustschlages des Beschuldigten zu Boden ging und dadurch die bereits aufgeführten Verletzungen erlitt.

#### **E. 5**

Subjektiver Tatbestand

##### **E. 5.1**

Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung mit weiteren Personen einem betrunkenen Beteiligten einen erheblichen Faustschlag versetzte, worauf dieser stürzte und sich schwere bzw. lebensgefährliche Verletzungen zuzog. B.\_\_\_\_\_ musste notfallmässig behandelt werden,

war rund einen Monat lang 100% arbeitsunfähig und litt auch später an epileptischen Anfällen und starken Kopfschmerzen. Entgegen der Vorinstanz ist jedoch nicht erstellt, dass B.\_\_\_\_\_ lediglich schlichten wollte und den Beschuldigten nicht angegriffen hatte. Es fand eine wechselseitige tätliche Auseinandersetzung statt, worauf im Rahmen der Beurteilung des Raufhandels näher eingegangen werden wird. Die objektive Tatschwere ist als keinesfalls leicht zu bezeichnen.

## **E. 5.2**

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte, mithin B.\_\_\_\_\_ nicht direkt schädigen wollte. Mit der Verteidigung ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte an der Auseinandersetzung teilgenommen hatte, um seinem Kollegen zu helfen und die Tat spontan erfolgte (Urk. 97 S. 25). Im Rahmen der Schlägerei versetzte er B.\_\_\_\_\_ den

- 31 - streitgegenständlichen Faustschlag. Die Tat erfolgte unüberlegt und aus einer gewissen Aufregung im Getümmel. Gleichwohl musste der Beschuldigte mit schweren Verletzungen rechnen, nahm er B.\_\_\_\_\_ doch als angetrunken wahr. Immerhin wies auch die Verteidigung auf die starke Alkoholisierung des Privatklägers mit 2.7 Gewichtsprozent im Zeitpunkt des Spitaleintritts hin (Urk. 33 S. 22; Urk. 97 S. 22 und 28). Durch das eventualvorsätzliche Handeln relativiert die subjektive Tatschwere das objektive Verschulden deutlich.

### **E. 5.2.1**

Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat, muss das Gericht – bei Fehlen eines Geständnisses der beschuldigten Person – aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die

- 22 - Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 134 IV 26 E. 3.2.2 mit Hinweisen). Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich diesem der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 133 IV 222 E. 5.3 mit Hinweisen). Eventualvorsatz kann auch vorliegen, wenn sich der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs statistisch gesehen nur relativ selten verwirklicht. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm betrifft sogenannte innere Tatsachen, ist damit Tatfrage. Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist (Urteil 6S.280/2006 vom 21. Januar 2007 E. 4.1 mit Hinweisen). Da sich Tat- und Rechtsfragen insoweit teilweise überschneiden, hat der Sachrichter die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen er auf Eventualvorsatz geschlossen hat (Urteil 6B\_388/2012 vom 12. November 2012 E. 2.).

### **E. 5.2.2**

Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. Sowohl der eventualvorsätzlich als auch der bewusst fahrlässig handelnde

Täter weiss um die Möglichkeit des Erfolgseintritts beziehungsweise um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen somit beide Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestandes überein. Unterschiede bestehen jedoch beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich mithin nicht verwirklichen werde. Demgegenüber nimmt der eventualvorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab. Wer den Erfolg dergestalt in Kauf nimmt, "will" ihn im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg "billigt" (Urteil 6S.169/2003 vom 21. November 2003 E. 2.).

- 23 -

### E. 5.3

Zusammenfassend ist das Verschulden als nicht mehr leicht zu werten. Dies entspricht einer Einsatzstrafe von 24 Monaten Freiheitsstrafe. 6. Einzelstrafen 6.1. Raufhandel 6.1.1. Zur objektiven Tatschwere ist vorab zu bemerken, dass der Tatbestand des Raufhandels im Sinne von Art. 133 StGB in erster Linie das öffentliche Interesse, Schlägereien zu verhindern, schützt. In zweiter Linie wird das Individualinteresse der Opfer von solchen Schlägereien geschützt (BGE 141 IV 454). Vorliegend wurden durch den Raufhandel die Beteiligten gefährdet. Einerseits wurde B.\_\_\_\_\_ vom Beschuldigten direkt verletzt, was oben bereits strafrechtlich gewürdigt wurde und hier kein weiteres Mal berücksichtigt wird. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass auch der Privatkläger H.\_\_\_\_\_ im Rahmen des Raufhandels konkret gefährdet bzw. verletzt wurde. Er erlitt eine Rissquetschwunde an der Stirn und eine Schürfung am linken Oberschenkel (vgl. Urk. 25/21/1 ff.) und musste sich in Spitalpflege begeben, wobei der Faden der genähten Kopfwunde nach 10 bis 12 Tagen entfernt wurde (Urk. 25/21/1). Auf der anderen Seite erlitt K.\_\_\_\_\_ lediglich Hautabschürfungen (Urk. 25/16/3 S. 3) und der Beschuldigte eine Mundschleimhautläsion, wohl als Folge eines Faustschlags, sowie ebenfalls Hautabschürfungen. Der Mitbeschuldigte L.\_\_\_\_\_ wurde nicht verletzt. Werden die Verletzungsbilder der beiden Gruppen Beschuldigter/K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_/H.\_\_\_\_\_/B.\_\_\_\_\_ miteinander verglichen, wird deutlich, dass die Gruppe des Beschuldigten deutlich mehr austeilte als sie einsteckten. Den Erwägungen der Vorinstanz, wonach die Auswirkungen der Schlägerei nicht unter der Kontrolle des

- 32 - Beschuldigten gelegen seien (Urk. 72 S. 45), kann sodann nicht vollumfänglich beigeplant werden. So gilt es zu berücksichtigen, dass der Zeuge N.\_\_\_\_\_ deutlich zu Protokoll gab, dass der Beschuldigte von allen der aggressivste Teilnehmer am Raufhandel gewesen sei, welcher Fusstritte und Faustschläge ausgeteilt habe. Mit seinem sehr aktiven Beitritt zur tätlichen Auseinandersetzung zwischen K.\_\_\_\_\_ einerseits und H.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ andererseits sowie den ausgeteilten Fusstritten und Faustschlägen erhöhte er das Gefahrenpotential doch erheblich. Das Verschulden ist höher als von der Vorinstanz angenommen und als nicht mehr leicht zu erachten. 6.1.2. Zur subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sich direktvorsätzlich an der Auseinandersetzung beteiligte. Als Motiv ist die Unterstützung von K.\_\_\_\_\_ zu werten, welcher sich nach dem Beitritt von B.\_\_\_\_\_ zwei Kontrahenten gegenüber stehen sah. Der Beitritt zur Auseinandersetzung durch den Beschuldigten erfolgte wohl spontan und wenig überlegt, wobei er jedoch auf N.\_\_\_\_\_ aggressiver wirkte als die übrigen Teilnehmer. Letztlich vermag die subjektive Tatschwere die objektive Tatschwere weder zu erhöhen

noch zu senken. 6.1.3. Das Tatverschulden ist unter Berücksichtigung der Verletzungen der Beteiligten und dem aggressiven Auftreten des Beschuldigten höher zu werten, als es die Vorinstanz annahm. Gesamthaft erscheint es als nicht mehr leicht und entspricht einer nicht asperierten Einzelstrafe von 12 Monaten. 6.2. Gewerbs- und bandenmässiger Diebstahl sowie Hausfriedensbruch 6.2.1. Soweit die Verteidigung zur objektiven Tatschwere geltend macht, es habe sich nicht um einen hohen Deliktsbetrag gehandelt (Urk. 58 S. 16), kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte innerhalb einer einzigen Nacht zusammen mit K.\_\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_\_ mehrere Diebstähle beging und Bargeld und Gegenstände im Wert von immerhin ca. Fr. 7'800.– aus mehreren Fahrzeugen erbeutete. Der Beschuldigte handelte vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht, was dem Tatbestand des Diebstahls jedoch eigen ist und sich auf das Verschulden nicht weiter auswirkt. Zusammenfassend ist das Verschulden bei Gewerbs- und Bandenmässigkeit dennoch im untersten Rahmen anzusiedeln, und mit der Vo-

- 33 - rinstanz als leicht zu bezeichnen, weshalb eine Einzelstrafe von rund 6 Monaten Freiheitsstrafe angemessen erscheint. 6.2.2. Die mehrfache Begehung des Hausfriedensbruchs erfolgte stets im Rahmen des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls. Dem Tatbestand kommt keine wesentliche eigenständige Bedeutung zu, weshalb für diese Verurteilung keine zusätzliche Einzelstrafe auszufallen ist. 7. Zwischenwürdigung Das rechnerische Total der Einsatz- und Einzelstrafen beträgt 42 Monate Freiheitsstrafe. Wird berücksichtigt, dass die schwere Körperverletzung im Rahmen des Raufhandels erfolgte, erscheint eine Asperation aller Strafen auf 34 Monate Freiheitsstrafe als angemessen. 8. Täterkomponente 8.1. In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen sowie die Akten verwiesen werden (Urk. 72 S. 46, Prot. I S. 41). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte, er lebe nach wie vor mit seiner Lebenspartnerin zusammen in R.\_\_\_\_\_ [Ort], könne sich dort jedoch nicht offiziell anmelden, da er keinen Aufenthaltsstatus in der Schweiz zugesprochen erhalte. Aus dem gleichen Grund habe er seine im Rahmen der Massnahme begonnene Lehrausbildung nicht abschliessen können und sei auch weiterhin aufgrund der migrationsrechtlichen Situation verhindert, einer Arbeitstätigkeit nachzugehen. Er werde von seiner Lebenspartnerin und der Familie finanziell respektive mit Essen und Kleidern unterstützt und habe weder Schulden noch Vermögen (Urk. 96 S. 2 ff.). 8.2. Die Heimaufenthalte deuten auf eine schwierige Jugend des Beschuldigten hin, was mit der Vorinstanz strafmindernd zu berücksichtigen ist. Soweit die Vorinstanz im Sinne der Ausführungen der Verteidigung weiter strafmindernd berücksichtigte, dass der Beschuldigte nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug einen geregelten Tagesablauf und ein gefestigtes privates Umfeld habe, stellt dies

- 34 - kein Strafminderungsgrund dar und ist im Rahmen der Täterkomponente nicht weiter zu berücksichtigen (vgl. Urk. 97 S. 26; Urk. 72 S. 46 f.). 8.3. Die erwirkten Verurteilungen wurden bereits oben aufgeführt (vgl. Erw. V.3.1.). Straferhöhend im Sinne einer Vorstrafe ist jedoch lediglich die Verurteilung der 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 15. April 2010 zu berücksichtigen, erfolgten doch die weiteren Verurteilungen nach den vorliegend massgeblichen Delikten. Dabei ist bei der Vorstrafe zu berücksichtigen, dass diese teilweise einschlägig ist. Offensichtlich beeindruckte den Beschuldigten die Ausfällung der teilbedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten nicht genug, um ihn von weiteren Straftaten abzuhalten. Im Gegenteil wurde er innerhalb der laufenden Probezeit rückfällig. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass die Vorstrafe schon länger

zurückliegt. Gesamthaft ist die Vorstrafe aber zweifelsohne straf- erhöhend zu berücksichtigen. Sodann fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte im laufenden Strafverfahren er- neut delinquierte. Selbst wenn die Verteidigung den Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthaltes als absurd erachten mag, liegen diesbezüglich zwei rechtskräftige Verurteilungen vor. Aufgrund dessen kann denn auch nicht von einem Wohlverhalten seit dem Jahr 2013 gesprochen werden (Urk. 97 S. 26). 8.4. Und letztlich ist das Geständnis des Beschuldigten in Bezug auf den ban- den- und gewerbsmässigen Diebstahl sowie den mehrfachen Hausfriedensbruch zu würdigen. Dies ist in Bezug auf diese Delikte merklich strafmindernd zu be- rücksichtigen. Demgegenüber erweist sich das Eingeständnis der Teilnahme am Raufhandel vorliegend nur von untergeordneter Bedeutung. 8.5. Zusammenfassend wiegen sich die Strafminderungsgründe und die Straferhöhungsgründe auf, weshalb die angemessene Strafe bei 34 Monaten Freiheitsstrafe zu belassen ist. 9. Verletzung des Beschleunigungsgebotes Zur Verletzung des Beschleunigungsgebotes kann auf die zutreffenden Erwägun- gen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 72 S. 48 f.). Soweit die Staatsanwalt-

- 35 - schaft die Verzögerung mit einer übermässigen Arbeitslast begründete (Prot. I S. 66), darf dies nicht zu Lasten des Beschuldigten gehen, welcher un- nötig lange über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen gelassen wurde. Mit der Vorinstanz ist die erhebliche Verletzung des Beschleunigungs- gebotes deutlich strafmindernd zu berücksichtigen. Es rechtfertigt sich, die Strafe auf 17 Monate zu reduzieren.

#### **E. 5.4**

In objektiver Hinsicht ist erstellt, dass der Beschuldigte dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ einen Faustschlag ins Gesicht verpasste, dieser in der Folge rückwärts umfiel und mit dem Hinterkopf auf dem Asphalt aufschlug. Der Faustschlag muss- te mithin sehr heftig gewesen sein, andernfalls B.\_\_\_\_\_ nicht rückwärts "wie ein Brett" zu Boden gefallen wäre (so der Zeuge N.\_\_\_\_\_ in Urk. 25/11/1 F/A 4). Der Beschuldigte erklärte anlässlich der Berufungsverhandlung, ca. 1.85 m gross zu sein (Urk. 96 S. 3), er ist mithin zumindest gleich gross wie B.\_\_\_\_\_. Der Zeuge M.\_\_\_\_\_ führte aus, der Beschuldigte habe dem Privatkläger ins Gesicht ge- schlagen, "ein wenig von oben her". Der Privatkläger sei sofort nach hinten gefal- len (Urk. 25/13/2 F/A 28). Der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ war sodann mit 2.7 Ge- wichtspromille sichtlich alkoholisiert, was auch dem Beschuldigten bewusst war, beschrieb er ihn respektive die ganze Gruppe doch als "angetrunken und aggres- siv" (Urk. 25/5/3 F/A 80). Mit anderen Worten wusste er um dessen erhebliche Angetrunkenheit und die damit einhergehenden Einschränkungen der Standsi- cherheit und Reaktionsfähigkeit. Damit liegen entgegen der Ansicht der Verteidi- gung durchaus Indizien über die Heftigkeit des Schlages sowie über den Zustand des Privatklägers vor, über welche auch der Beschuldigte im Bilde war. Weil sich der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ der Auseinandersetzung zwischen H.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ angeschlossen hatte, musste er zwar damit rechnen, tätlich angegangen

- 24 - zu werden. Der Faustschlag kam für ihn daher nicht vollkommen überraschend. Dies ändert jedoch nichts am Umstand, dass dem Beschuldigten bewusst war, dass B.\_\_\_\_\_ angetrunken war und ein derart heftiger Faustschlag mithin ein un- kalkulierbares Risiko birgt und insofern nicht dosierbar ist. Der Beschuldigte musste angesichts der erkannten Trunkenheit von B.\_\_\_\_\_ und der Heftigkeit des Schlages konkret damit rechnen, dass dieser durch den Faustschlag unkontrolliert zu Boden fallen und sich dabei schwer verletzen könnte. Dies nahm er in Kauf. Mit der Vorinstanz handelte der Beschuldigte daher

eventualvorsätzlich. IV. Rechtliche Würdigung 1. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der schweren Körper- verletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB korrekt aufgeführt. Sie kam zum zu- treffenden Schluss, dass B.\_\_\_\_\_ durch den Faustschlag des Beschuldigten die genannten Verletzungen erlitt und dabei schwer bzw. lebensgefährlich verletzt wurde, was der Beschuldigte in Kauf genommen habe. Auf die in allen Teilen zu- treffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 72 S. 37 ff.) kann in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO vollumfänglich verwiesen werden. 2. Der Beschuldigte ist ferner der eventualvorsätzlichen schweren Körper- verletzung im Sinne von Art. 122 StGB schuldig zu sprechen. V. Strafzumessung 1. Urteil der Vorinstanz und Berufungsanträge

## **E. 7**

September 2011 verlängerten Probezeit mehr als drei Jahre vergangen sind (vgl. Art. 46 Abs. 5 StGB), sondern auch, weil die Probezeit bereits mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 widerrufen wurde. Heute ist für den gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl vom 25./26. August 2011, dem mehrfachen Hausfriedensbruch sowie für die Taten im Rahmen der Auseinandersetzung vom 15. Juni 2012 eine Strafe auszufallen. Da diese Hand- lungen allesamt vor dem Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 und den Strafbefehlen vom 20. November 2015 bzw. 5. September 2019 erfolgten, ist nachfolgend zu jenen Verurteilungen eine Zusatzstrafe auszufallen, bei welchen es sich um gleichartige Strafen handelt. Vorliegend kommt aus spezialpräventiven Gründen, insbesondere aufgrund der wiederholten und teilweise einschlägigen Delinquenz des Beschuldigten, einzig die Ausfällung einer Freiheitsstrafe in Fra- ge. Auch die Verteidigung beantragt, es sei eine solche als Zusatzstrafe zum Ur- teil vom 25. Juli 2013 auszusprechen (Urk. 97 S. 3). Damit wird einzig zu diesem Urteil eine Zusatzstrafe auszufallen sein.

- 30 - 4. Abstrakter Strafraumen Wie die Vorinstanz richtig festhielt, beträgt sowohl der Strafraumen der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB als auch derjenige für den banden- und gewerbsmässigen Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB jeweils eine Freiheitsstrafe bis

## **E. 10**

Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013

### **E. 10.1**

Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Unabänder- lichkeit des rechtskräftigen Ersturteils verstärkt betont. Dem Zweitgericht ist es nicht mehr möglich, im Rahmen der gedanklich zu bildenden hypothetischen Ge- samtstrafe eine andere Strafart zu wählen als das Erstgericht. Die Rechtskraft und Unabänderlichkeit der Grundstrafe kann nicht beschränkt werden, sondern umfasst deren Art, Dauer und Vollzugsform. Dass das Zweitgericht die Zusatz- strafe nach den zu Art. 49 Abs. 1 StGB entwickelten Grundsätzen zu bilden hat, erlaubt es ihm nicht, im Rahmen der retrospektiven Konkurrenz auf die rechtskräf- tige Grundstrafe zurückzukommen. Zwar hat es sich in die Lage zu versetzen, in der es sich befände, wenn es alle der Grund- und Zusatzstrafe zugrunde liegen- den Delikte in einem einzigen Entscheid zu beurteilen hätte. Die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe hat es jedoch aus der rechtskräftigen Grundstrafe (für die abgeurteilten Taten) und der nach seinem freien Ermessen festzusetzenden Einzelstrafen für die neuen Taten zu bilden. Sein Ermessen be- schränkt sich daher auf die von ihm gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger Grundstrafe und der für die noch nicht

be- urteilten Taten auszusprechenden Strafe. Ist der Täter nach Ansicht des Zweit- gerichts durch ein rechtskräftiges Urteil zu milde oder zu hart bestraft worden, so kann es die seines Erachtens "falsche" Grundstrafe nicht über die Zusatzstrafe korrigieren (BGE 142 IV 265 E. 2.4.2).

### **E. 10.2**

Das Bezirksgericht Meilen verurteilte den Beschuldigten – wie erwähnt – mit Urteil vom 25. Juli 2013 zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten, unter An- rechnung von 195 Tagen Untersuchungshaft.

- 36 -

### **E. 10.3**

Zu dieser Strafe ist nunmehr der zuvor festgesetzte Strafanteil des vor- liegenden Verfahrens von 17 Monaten Freiheitsstrafe hinzuzurechnen (was rein rechnerisch 35 Monate ergibt). Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips resultiert daraus eine hypothetische Gesamtstrafe von 31 Monaten Freiheitsstra- fe. Entsprechend ist eine Zusatzstrafe im Umfang von 13 Monaten zur Strafe des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 auszufallen. An diese Strafe sind mit der Vorinstanz und der Verteidigung 221 Tage Untersuchungshaft anzu- rechnen.

### **E. 11**

Die Zivilansprüche der Privatklägerin 10 (I. \_\_\_\_\_ AG, in Bezug auf H. \_\_\_\_\_) werden auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

### **E. 12**

[...].

### **E. 13**

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: CHF 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen: CHF 2'000.00 Gebühr für das Vorverfahren CHF 1'964.20 Auslagen IRM CHF 3.00 Auslagen (J. \_\_\_\_\_ - Spesen) CHF 231.50 Auslagen (ärztliche Befunde) CHF 460.00 Auslagen Polizei (FOR) CHF 13.00 Entschädigung Zeugen CHF 18'882.00 Entschädigung amtliche Verteidigung (Vorverfahren) CHF 5'500.00 Entschädigung amtliche Verteidigung (Hauptverfahren) CHF 31553.70 Kosten total.

### **E. 14**

[...]

### **E. 15**

Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten in der Zeit vom 28. Juni 2018 bis 10. September 2018 mit total CHF 5'500.– (inkl. 7.7 % MwSt.) entschädigt. Die Kasse des Bezirksgerichts Meilen wird angewiesen, diesen Betrag an Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ auszubezahlen.

### **E. 16**

Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird (solidarisch mit K. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_) verpflichtet, dem Privatkläger 8 (B. \_\_\_\_\_) eine Entschädigung für notwendige Aufwendungen im gesamten Verfahren in der Höhe von CHF 19'085.25 (inkl. 8 % bzw. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.

### **E. 17**

[Mitteilungen.]

**E. 18**

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

- 41 - Es wird erkannt:

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