

# ZH\_OBERGERICHT SB220418 vom 8. Mai 2023

ZH Obergericht, 2023-05-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB220418](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220418)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB220418 du 8 mai 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT SB220418 del 8 maggio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 30 S. 5 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

### E. 1.1

Die Vorinstanz fällt eine Freiheitsstrafe von 42 Monaten sowie eine Busse von Fr. 300.– aus (Urk. 30 S. 43 ff. S. 51). Sie hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe zuzumessen ist, richtig dargestellt (Urk. 30 S. 43 ff.), worauf zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen zu verweisen ist. Der Strafraum der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB reicht von Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, derjenige der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 StGB von Geldstrafe bis drei Jahren Freiheitsstrafe. Sexuelle Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Ziffer 1 StGB werden mit Freiheitsstrafe bis fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft und das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19bis BetmG mit Freiheitsstrafe bis drei Jahren oder Geldstrafe. Für die Übertretung des Gesundheitsgesetzes nach § 61 Abs. 1 lit. 1 GesG ist die Sanktion die Ausfällung einer Busse.

### E. 1.2

Die Verteidigung forderte – zufolge beantragter Freisprüche – eine deutlich mildere Bestrafung des Beschuldigten, dieser sei maximal mit 90 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft, und die Probezeit sei auf 2 Jahre anzusetzen (Urk. 33 S. 2; Urk. 43 S. 1).

### E. 1.3

Das Gericht bemisst die Strafe nach dem Verschulden des Täters. Darüber hinaus berücksichtigt es das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 144 IV 217 E. 2 f.; BGE 141 IV 61 E. 6.1.2; BGE 132 IV 102 E. 8 f.). Darauf kann einleitend verwiesen werden. Es ist hervorzuheben, dass das Bundesgericht unter Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers wieder-

- 28 - holt festgehalten hat, dass die Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB nur dann zulässig ist, wenn für jede einzelne verübte Straftat unter Anwendung der

konkreten Methode dieselbe Strafart auszufällen ist. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genügt nicht. Geldstrafe und Freiheitsstrafe sind keine gleichartigen Strafen (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1; BGE 144 IV 217 E. 2.2, E. 3.3 und E. 3.4). Zum methodischen Vorgehen präzisiert das Bundesgericht, dass in einem ersten Schritt (hypothetische) Einzelstrafen für die einzelnen Delikte innerhalb ihres ordentlichen Strafrahmens festzulegen sind. Dabei ist auch für jede der mehreren Straftaten die Art der Strafe zu bestimmen. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 147 IV 241 E. 3.2; BGE 134 IV 97 E. 4.2; je mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll nach konstanter Rechtsprechung bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1; BGE 138 IV 120 E. 5.2; BGer 6B\_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2; je mit Hinweisen). Der Gesetzgeber hat für den Bereich der leichteren und mittleren Kriminalität die Geldstrafe als die der Freiheitsstrafe vorgehende Regelsanktion vorgesehen (vgl. Art. 41 Abs. 1 StGB; BGE 134 IV 82 E. 4.1). Das Bundesgericht bekräftigt auch in seiner neueren Rechtsprechung den Vorrang der Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe im Strafbereich bis 180 Tagessätzen bzw. sechs Monaten (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1; BGE 144 IV 217 E. 3.3.3; BGer 6B\_93/2022 vom 24. November 2022 E. 1.3.1, E. 1.3.2 und E. 1.3.7; je mit Hinweisen). Allerdings darf auch nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Gesamtfreiheitsstrafe ausgesprochen werden, wenn viele Einzeltaten zeitlich sowie sachlich eng miteinander verknüpft sind und eine blosser Geldstrafe bei keinem der in einem engen Zusammenhang stehenden Delikte geeignet ist, in genügendem Masse präventiv auf den Täter einzuwirken. Das Gericht kann somit bei der Wahl der Strafart auch die mehrfache und kontinuierliche gleichartige Delinquenz berücksichtigen (BGer - 29 - 6B\_93/2022 vom 24. November 2022 E. 1.3.5; BGer 6B\_141/2021 vom 23. Juni 2021 E. 1.3.2; je mit Hinweisen).

#### **E. 1.4**

Stehen die (hypothetischen) Einzelstrafen für sämtliche Normverstösse fest und sind diese – zumindest teilweise – gleicher Art, hat das Gericht in einem zweiten Schritt in Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 49 Abs. 1 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden.

Ausgangspunkt ist die Einsatzstrafe des schwersten Delikts, welche um die Strafen der weiteren Delikte angemessen zu erhöhen ist. Dabei ist dem Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihrem Zusammenhang, ihrer grösseren oder geringeren Selbstständigkeit sowie der Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen Rechnung zu tragen (BGE 144 IV 217 E. 3.5.4; BGer 6B\_330/2016 vom 10. November 2017 E. 4.2). Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts ist dabei in der Regel geringer zu veranschlagen, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (BGer 6B\_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4). Nach der Festlegung der hypothetischen Gesamtstrafe für sämtliche Delikte ist schliesslich die Täterkomponente zu berücksichtigen, nachdem sich diese für die einzelnen Normverstösse nicht wesentlich unterscheidet. Der Beschuldigte hat sich der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 16 Abs. 1 StGB, der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB,

des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19bis BetmG, der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziffer 1 StGB sowie der Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. 1 GesG schuldig gemacht.

### **E. 1.5**

Ausgehend vom schwersten Delikt, nämlich der versuchten schweren Körperverletzung, ist somit zunächst die Einsatzstrafe zu ermitteln und diese dann für die einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziffer 1 StGB, das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19bis BetmG sowie die sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziffer 1 StGB ange-

- 30 - messen zu erhöhen. Auf Grund des engen sachlichen Zusammenhangs sowie aus spezialpräventiven Gründen kommt für diese Delikte einzig die Ausfällung von Freiheitsstrafen in Betracht. Für die Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. 1 GesG ist eine Busse auszufällen. 2. Konkrete Strafzumessung

### **E. 2**

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 31. Mai 2022 im Sinne des eingangs wiedergegebenen Dispositivs schuldig gesprochen und bestraft (Urk. 24 sowie Urk. 30). Das Urteil wurde den Parteien am 31. Mai 2022 mündlich sowie schriftlich im Dispositiv eröffnet (Prot. I S. 25; Urk. 14). Die Verteidigung des Beschuldigten hat mit Schreiben vom 8. Juni 2022 Berufung angemeldet (Urk. 16; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil (Urk. 24 bzw. Urk. 30) wurde den Parteien am 10., 11., 13. bzw. 17. August 2022 zugestellt (Urk. 29/1-4), woraufhin die Verteidigung des Beschuldigten am 29. August 2022 ihre Berufungserklärung einreichte (Urk. 33). Innert der angesetzten Frist (Urk. 35) erhob die Privatklägerin 1 (B.\_\_\_\_; nachfolgend Privatklägerin genannt) Anschlussberufung und stellte den Antrag, dass dem urteilenden Gericht eine Person gleichen Geschlechts angehöre sowie sie im Falle einer Befragung von einer Person gleichen Geschlechts einvernommen würde (Urk. 37). Sodann stellte die Privatklägerin ein Gesuch um Dispensation von der Berufungsverhandlung, welches am 25. April 2023 bewilligt wurde (Urk. 41).

### **E. 2.1**

Tatkomponenten

#### **E. 2.1.1**

Versuchte schwere Körperverletzung Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte den Geschädigten M.\_\_\_\_ mit grosser Wucht mit einer Flasche auf den Kopf schlug, wobei diese angesichts der Stärke des Aufpralls sogar zerbrach. Zwar befand sich der Geschädigte nicht in Lebensgefahr, indes war mit lebensbedrohlichen bzw. entstellenden Verletzungen (z.B. Schädelbruch, Hirnblutungen, Entstellung des Gesichts) zu rechnen. Es ist nur dem Zufall zu verdanken, dass nichts Schlimmeres passiert ist. Der Beschuldigte nahm eine Flasche zur Hand – obwohl der Geschädigte unbewaffnet war – und schlug diese dem Geschädigten über den Kopf. Durch die dabei angewandte Wucht und Kraft des Schlages gegen den Kopf war der Eintritt einer schweren Körperverletzung – wie erwähnt eines Schädelbruchs, einer Hirnblutung oder einer Entstellung des Gesichts – als mögliche Folge sehr nahe. Der Beschuldigte hat die Situation durch sein eigenes Handeln, nämlich durch den Faustschlag ins Gesicht des Geschädigten H.\_\_\_\_, provoziert. Dass

ihm danach der Geschädigte M.\_\_\_\_\_ folgte, war eine logische Kon-sequenz. Dem Beschuldigten kann zu Gute gehalten werden, dass die Tat nicht geplant war. Wäre der tatbestandsmässige Erfolg eingetreten, wäre aufgrund der objektiven Tatschwere mindestens ein nicht mehr leichtes Verschulden anzuneh-men und angesichts des Strafrahmens eine hypothetische Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 36 Monaten Freiheitsstrafe gerechtfertigt gewesen. Bei der subjektiven Tatschwere ist zunächst zu erwähnen, dass dem Beschuldig-ten hinsichtlich der schweren Körperverletzung zwar kein direkter Vorsatz, indes ein eventualvorsätzliches Handeln vorzuwerfen ist. Er hat den Schlag mit der Fla-

- 31 - sche gegen den Kopf des Geschädigten M.\_\_\_\_\_ mit grosser Wucht ausgeführt, dies mit dem Wissen darum, dass einerseits der Geschädigte unbewaffnet war und andererseits, dass er mit der Flasche beim Gegenüber schwere Verletzungen hervorrufen kann. Der Beschuldigte hat denn auch die Situation selber verursacht, indem er im Vorfeld den Geschädigten H.\_\_\_\_\_ mit der Faust ins Gesicht schlug. Der Notwehrexzess kann daher nur leicht strafmildernd berücksichtigt werden. Verschuldensrelativierend wirken sich der Alkoholkonsum sowie die Gesamtsitua-tion der gereizten Stimmung aus. Die objektive Tatschwere wird durch die subjektive Schwere der Tat relativiert, wobei die hypothetische Einsatzstrafe auf 2 1/2 Jahre zu senken ist. Dass der tatbestandsmässige Erfolg nicht eingetreten ist und es beim vollendeten Versuch blieb, kann sich im Sinne einer Reduktion der verschuldensangemesse-nen Strafe auswirken. Da es sich bei Art. 22 Abs. 1 StGB um einen fakultativen Strafmilderungsgrund handelt, kann die versuchte schwere Körperverletzung grundsätzlich auch gleich hart bestraft werden wie eine vollendete Tat (BGE 137 IV 113 E. 1.4.2). Das Ausmass der allfälligen Strafreduktion hängt dabei von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und von der Schwere der tatsächlichen Folgen der Tat ab. Die Reduktion der Strafe hat umso geringer auszufallen, je nä-her der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerwiegender die Folgen der tatsächlichen Tat waren (BGE 121 IV 49 E. 1.b). Der Beschuldigte hat dem Ge-schädigten M.\_\_\_\_\_ im Rechtssinne eine noch einfache Körperverletzung zuge-fügt. Dass sie nicht lebensbedrohend im Rechtssinne war und damit nicht schwer, entzog sich seiner Einflussmöglichkeit. Anzumerken ist noch einmal, dass es alleine glücklichen Umständen bzw. dem Zufall zu verdanken ist, dass der Ge-schädigte M.\_\_\_\_\_ keine lebensgefährlichen bzw. entstellenden Verletzungen er-litt. Der tatbestandsmässige Erfolg einer schweren Körperverletzung war somit nahe, indes waren die Folgen glücklicherweise nicht gravierend. Ausgehend von diesen Erwägungen erweist sich eine Reduktion der Strafe um 6 Monate als angemessen, weshalb für die versuchte schwere Körperverletzung eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren festzusetzen ist.

- 32 -

### **E. 2.1.2**

Einfache Körperverletzung Mit Blick auf das objektive Tatverschulden fällt die Stärke und die Art des Schla- ges ins Gewicht: Der Beschuldigte schlug den Geschädigten H.\_\_\_\_\_ mit der Faust in dessen Gesicht, dies mit einer solchen Wucht, dass dieser eine gebro- chene Nase erlitt (Urk. D2/7/1; Urk. D2/1/2). Eine solche Verletzung ist mit gros- sen Schmerzen und auch körperlichen sowie sozialen Beeinträchtigungen ver- bunden. Beim subjektiven Tatverschulden ist anzumerken, dass der Beschuldigte mit dem Wissen und Willen handelte, den Geschädigten H.\_\_\_\_\_ mit der Faust hart gegen dessen Gesicht zu schlagen. Ihm kann strafreduzierend angerechnet werden, dass zuvor eine Provokation durch den

Geschädigten H. \_\_\_\_\_ und des- sen Gruppe stattfand und somit eine gespannte Stimmung herrschte, wobei auch Alkohol im Spiel war. Insgesamt ist ausgehend von einem nicht mehr leichten Verschulden die (hypothetische Einsatzstrafe) auf 8 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen. Zur versuchten schweren Körperverletzung besteht ein enger sachlicher, persönlicher und zeitlicher Zusammenhang. Es rechtfertigt sich daher eine deutliche Asperation um die Hälfte, womit eine Erhöhung der Strafe für die versuchte schwere Körperverletzung um 4 Monate Freiheitsstrafe resultiert.

### **E. 2.1.3**

Sexuelle Handlungen mit Kindern Bei der objektiven Tatschwere sind die sexuellen Handlungen, welche der Be- schuldigte mit der Privatklägerin vornahm, als von erheblicher Schwere einzustu- fen. Es handelt sich um Akte des Berührens, Küssens, Oralverkehrs sowie der mehrmaligen vaginalen Penetration, wobei es einmal auch zu einem versehentli- chen analen Eindringen kam. Die sexuelle Aktivität ist daher als intensiv zu be- zeichnen. Bei der Dauer von ca. 1.5 bis 2 Stunden handelt es sich um eine relativ lange Zeitspanne, dabei kam es auch zu verschiedenen Positionswechseln inner- halb der sexuellen Aktivität. Das Alter der Privatklägerin liegt mit 15 Jahren nicht erheblich unter dem Schutzalter von 16 Jahren, indes fällt in diesem Zusammen- hang der grosse Altersunterschied zum Beschuldigten ins Gewicht, womit es ihm

- 33 - möglich war, deren Unerfahrenheit und Unsicherheit zur Vornahme der sexuellen Handlungen auszunutzen. Bei der subjektiven Tatschwere ist anzumerken, dass der Beschuldigte einzig aus egoistischen Motiven handelte, wollte er doch die sexuellen Handlungen mit der Privatklägerin zur Befriedigung der eigenen Lust vornehmen. Er wusste, dass er diese Handlungen mit der Privatklägerin auf Grund ihres Alters nicht durchführen durfte und handelte trotzdem. Dabei nutzte er ihre Unreife sowie ihre sexuelle Neugierde aus, um seine eigenen Ziele zu erreichen. Es wäre ihm ohne weiteres möglich gewesen, vom strafbaren Verhalten abzusehen. Mit der Vorinstanz (Urk. 30 S. 47 f.) ist das Verschulden insgesamt als nicht mehr leicht zu werten und eine (hypothetische) Einsatzstrafe von 16 Monaten Freiheits- strafe festzusetzen. Zur den Körperverletzungsdelikten besteht kein Zusammen- hang, weshalb nur eine geringe Asperation zu erfolgen hat. Es rechtfertigt sich ei- ne Erhöhung der Strafe um 14 Monate.

### **E. 2.1.4**

Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz Die Vorinstanz hielt hierzu fest, dass das diesbezügliche Tatverschulden sehr leicht wiege. Der Beschuldigte habe der Privatklägerin eine kleine Menge Mari- huana, nämlich zwei Züge eines Joints, zum Rauchen abgegeben, wobei die Pri- vatklägerin schon vorher regelmässig Marihuana konsumiert habe. Die Privatklä- gerin habe sich zudem selber um diesen Konsum bemüht, indem sie den Be- schuldigten aufgesucht habe, um das "Geschenk" entgegenzunehmen. Ange- sichts des geringen Tatverschuldens sowie im Rahmen der Gesamtbeurteilung des strafbaren Verhaltens des Beschuldigten erweise sich das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz als von derart untergeordneter Bedeutung, dass eine weitere Erhöhung der Strafe als nicht angemessen erscheine (Urk. 30 S. 48). Diese Erwägungen sind korrekt und es kann ihnen vollumfänglich gefolgt werden.

### **E. 2.2**

Täterkomponenten In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse wiederholte der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung im Wesentlichen seine bereits vor Vorinstanz

deponierten

- 34 - Aussagen (Urk. 42). Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen kann daher auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 30 S. 50 f. und S. 53 f.). Der Beschuldigte stammt aus der Dominikanischen Republik und kam mit 17 Jahren nach Spanien. Dort arbeitete er als Hilfskoch, Kellner und Aushilfsarbeiter. Nachdem er einen Arbeitsvertrag in der Schweiz erhalten habe, sei er im Sommer 2020 in die Schweiz gekommen und habe bis im Februar oder März 2021 für eine Temporärarbeitsfirma Putzarbeiten ausgeführt sowie für den Lieferdienst N.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Zu seiner Ehefrau, welche er in Spanien kennengelernt und am tt. Februar 2020 geheiratet habe, bestehe derzeit kein Kontakt. Seine Ehefrau stamme ursprünglich ebenfalls aus der Dominikanischen Republik und habe insgesamt drei Kinder, welche aus vorehelichen Beziehungen stammen würden. Seine Mutter lebe in der Dominikanischen Republik, sein Vater in Spanien (Urk. D1/2/1 S. 2 ff.; Urk. D1/2/3 S. 7 ff.; Prot. I S. 8 f.). Aus den persönlichen Umständen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf (Urk. 32), was sich neutral auswirkt. Beim Nachtatverhalten sind Geständnisse strafmildernd zu werten. Vorliegend machte der Beschuldigte teilweise relativ weitgehende Zugeständnisse, weshalb ihm eine Reduktion der Strafe um insgesamt 6 Monate zugestanden werden kann. Insgesamt ergibt sich somit eine auszufällende Freiheitsstrafe von 36 Monaten. Die erstandene Untersuchungshaft sowie der erstandene vorzeitige Strafvollzug sind an die ausgefallte Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). Der Beschuldigte befindet sich bis und mit heute 683 Tage in Haft bzw. im vorzeitigen Strafvollzug.

### **E. 2.2.1**

Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz sowie sexuelle Handlungen mit Kindern Der objektive Sachverhalt bezüglich dieser Vorgänge ist erstellt und eingestanden, weshalb sich diesbezügliche Erörterungen erübrigen, es kann ergänzend auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 30 S. 13 ff.). In subjektiver Hinsicht machte der Beschuldigte geltend, nicht gewusst zu haben, dass die Privatklägerin noch nicht 16 Jahre alt sei. Wie die Vorinstanz richtigerweise ausgeführt hat, bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass der Beschuldigte um das Alter der Privatklägerin wusste. Dies ergibt sich einer-

- 10 - seits aus der Tatsache, dass es u.a. zu dem Treffen der beiden kam, damit der Beschuldigte der Privatklägerin das Cannabis als Geburtstagsgeschenk geben konnte (Urk. D1/2/2 S. 7). Dass er nicht gewusst haben soll, dass es sich dabei um den 15. Geburtstag handle, ist daher unglaubhaft. Dies umso mehr, als dass der Beschuldigte die Familie der Privatklägerin sehr gut kannte, so hatte er auch eine sexuelle Beziehung mit der Mutter der Privatklägerin und einer Cousine (Urk. D1/2/3 S. 2; Urk. D1/4/3 S. 7). Er war auch zu der Geburtstagsfeier eingeladen, nahm daran aber nicht teil (vgl. Urk. D1/3/1 S. 1; D1/4/2 S. 5 und Urk. D1/4/3 S. 4). Bei dem Geburtstagsfest handelte es sich um die "Quinceañera", mithin die Feier zum 15. Geburtstag. Diese Feier hat für Mädchen im lateinamerikanischen Kulturkreis eine besondere Bedeutung (vgl. Urk. D1/4/2 S. 5), was dem Beschuldigten bekannt sein musste. Unbehilflich ist damit auch der Einwand des Verteidigers, dass die Psychologin C.\_\_\_\_\_ in ihrem Bericht zur polizeilichen Befragung der Privatklägerin ausführe, dass diese körperlich älter wirke und er, der Verteidiger, sie auf 18 Jahre geschätzt hätte (Urk. 12 S. 3) sowie derjenige des Beschuldigten, dass eine 14- oder 15-Jährige nicht vor ihrer Mutter rauchen und trinken würde (Urk. D1/2/2 S. 6). Denn

dass sich Frauen unterschiedlich entwickeln ist notorisch, zudem führte die Psychologin C.\_\_\_\_\_ ebenfalls aus, dass die geistige Entwicklung der Privatklägerin altersgerecht gewesen sei (Urk. D1/3/2 S. 1). Der Beschuldigte sagte zudem selber aus, dass er die Privatklägerin gefragt habe, ob sie sicher sei, dass sie mit ihm Geschlechtsverkehr haben wolle, denn das könne ihm Probleme einbringen. Er habe ihr auch gesagt, dass er deshalb auch im Gefängnis landen könne. Die Privatklägerin habe ihm darauf geantwortet, dass sie kein Kind mehr sei und auch nicht dumm sei und sie es nicht rumerzählen würde (Urk. D1/2/2 S. 2). Aus dem Zusammenhang mit der Frage, ob sie mit ihm Sex haben wolle, kann diese Aussage des Beschuldigten die Probleme bzw. ein mögliches Strafverfahren betreffend logischerweise nur im Zusammenhang mit dem jugendlichen Alter der Privatklägerin verstanden werden. Dem Beschuldigten war mithin bewusst, dass er sich durch sexuelle Handlungen mit einer so jungen Partnerin strafbar macht und ihm auch eine Strafe drohen könnte, wenn dies bekannt wird. Daran ändert nichts, dass die Privatklägerin diese Aussage mit der

- 11 - Abgabe des Cannabis in Verbindung brachte, was auch die Verteidigung geltend machte (Urk. D1/3/4 S. 13; Urk. 12 S. 4). Denn der Beschuldigte selber verband die Gefahr einer Strafuntersuchung mit den bevorstehenden sexuellen Handlungen und daher auch mit der Relevanz des Alters der Privatklägerin. Nur in diesem Fall machte auch die Antwort der Privatklägerin, nämlich, dass sie kein Kind sei und es nicht rumerzählen würde, Sinn (Urk. D1/2/2 S. 2). Eine solche Zusicherung wäre für 2 Züge Cannabis sowie den Konsum von einer Flasche Bier kaum erfolgt, zumal die Privatklägerin gemäss eigenen Aussagen generell Marihuana konsumiert (Urk. D1/3/4 S. 13). Somit ist festzuhalten, dass keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass der Beschuldigte um das Alter der Privatklägerin wusste. Dennoch offerierte er ihr Alkohol (und Cannabis) und nahm mit ihr sexuelle Handlungen vor. Damit ist der objektive und subjektive Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB sowie der Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. 1 GesG erfüllt.

### **E. 2.3**

Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz Für die Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. 1 GesG ist eine Busse auszusprechen. Die Vorinstanz erachtete eine solche in Höhe von Fr. 300.– als angemessen (Urk. 30 S. 48 f.). Deren Erwägungen erweisen sich als korrekt und nachvollziehbar und werden von der Verteidigung auch nicht in Frage gestellt. Der Beschuldigte gab der immerhin bereits 15-jährigen

- 35 - Geschädigten, welche auch nach eigenen Angaben schon öfters Alkohol getrunken hatte, eine Flasche Bier ab, wobei er vorsätzlich handelte. Das Tatverschulden ist als sehr leicht zu qualifizieren. Die Busse von Fr. 300.– ist daher zu bestätigen. In Anwendung von Art. 106 Abs. 2 StGB ist für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, die Ersatzfreiheitsstrafe praxisgemäss auf 3 Tagen Freiheitsstrafe festzusetzen. VI. Vollzug 1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Bei einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren kann das Gericht den Vollzug teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB). Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen

(Art. 43 Abs. 2 StGB). Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Materiell ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt, das heisst in Anlehnung an die herrschende Praxis, dass auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr abgestellt wird. Die Gewährung des teilbedingten Vollzugs erscheint in denjenigen Fällen sinnvoll, wenn die Warnwirkung des Teilaufschubs angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvollzugs für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt (HEIMGARTNER, OFK-StGB, 21. Aufl., Zürich 2022, N 3 zu Art. 43 StGB). 2. Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf (Urk. 32), weshalb aufgrund des erstmaligen Aussprechens einer Freiheitsstrafe davon auszugehen ist, dass mit dem zu vollziehenden Teil der Strafe eine Warnwirkung auf ihn besteht. Es kann somit zu seinen Gunsten angenommen werden, der Beschuldigte werde aus diesem Verfahren und der auszufällenden Freiheitsstrafe von 36 Monaten die nöti-

- 36 - gen Lehren ziehen und sich künftig wohlverhalten. Somit kann im Sinne einer Gesamtwürdigung das Fehlen einer eigentlichen Schlechtprognose bejaht werden. 3. Es erscheint angemessen, die auszufällende Freiheitsstrafe von 36 Monaten im Umfang von 18 Monaten aufzuschieben und im Umfang von 18 Monaten unter Anrechnung von 683 Tagen bereits erstandener Haft zu vollziehen. Für den bedingt zu vollziehenden Teil erscheint, da es sich beim Beschuldigten um einen Ersttäter handelt, eine Probezeit von 2 Jahren angemessen. VII. Landesverweisung 1. Die Vorinstanz verwies den Beschuldigten für fünf Jahre des Landes. Eine Landesverweisung greife nicht tief in die Lebensgestaltung des Beschuldigten ein, weshalb kein persönlicher schwerer Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliege, ebenso überwiege das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschuldigten dessen Interesse an einem Verbleib in der Schweiz deutlich (Urk. 30 S. 52 ff.). 2. Die amtliche Verteidigung stellt den Antrag, dass von der Landesverweisung abzusehen sei, da keine Katalogtat vorliege (Urk. 33 S. 2; Urk. 12 S. 27). 3. Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen einem in lit. a bis o genannten Delikte verurteilt wird ("Katalogtaten"), unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz. Die Landesverweisung greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (BGE 144 IV 332 E. 3.1.3.). Sie muss zudem unabhängig davon ausgesprochen werden, ob es beim Versuch geblieben ist und ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausfällt (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1. und BGer 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.1.). Es kann nach Art. 66a Abs. 2 StGB ausnahmsweise von der Landesverweisung abgesehen werden, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufge-

- 37 - wachsen sind. Erst wenn ein schwerer persönlicher Härtefall festgestellt wird, ist in einem nächsten Schritt das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an der Landesverweisung gegenüberzustellen (BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, S. 102; siehe auch BGer 6B\_659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.3.). Ob ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, beurteilt sich anhand von Kriterien wie bspw. die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die

Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Bei sämtlichen Aspekten ist der Fokus einerseits auf die Situation in der Schweiz und andererseits auf die Situation im Heimatland zu legen. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu eruieren. Dabei sind sämtliche härtefallbegründenden Aspekte zu berücksichtigen und zu bewerten (BUSSLINGER/UEBERSAX, a.a.O., S. 101 f.). Ein Beschuldigter muss nachweisen, dass seine sozialen und beruflichen Bande zur Schweiz speziell intensiv sind, was deutlich über den Rahmen einer gewöhnlichen Integration hinausgeht (BGer 6B\_598/2019 vom 5. Juli 2019 E. 4.3.2.). Ein Härtefall lässt sich bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen. Unter dem Titel der Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen selbst eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration nicht. Erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (BGE 144 II 1 E. 6.1.; BGer 6B\_186/2020 vom 6. Mai 2020 E. 2.3.2.; 6B\_1314/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.6.; 6B\_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.5.2.).

- 38 - 4. Bei der versuchten schweren Körperverletzung sowie der sexuellen Handlungen mit Kindern handelt es sich um Katalogtaten (Art. 66a Abs. 1 lit. b und lit. h StGB), womit der Beschuldigte als Staatsangehöriger von Spanien grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen ist. Mit der Vorinstanz ist das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls zu verneinen: Der Beschuldigte verbrachte seine prägenden Jahre bis ins Erwachsenenalter in der Dominikanischen Republik sowie in Spanien. Er arbeitete in Spanien und lernte dort auch seine Ehefrau kennen. Er spricht die Sprache, ist in beiden Ländern verwurzelt und verfügt über Freunde sowie Arbeitsmöglichkeiten. Auch die Familienangehörigen beider Ehegatten leben in der Dominikanischen Republik bzw. in Spanien, womit dort auch die kulturellen Wurzeln beheimatet sind. Erst im Sommer 2020 kam der Beschuldigte in die Schweiz, wobei er sich offenkundig nicht integriert hat. Weder spricht er die deutsche Sprache, noch verfügt er über eine wirtschaftlich genügende Eingliederung. Er hat Schulden in der Höhe von Fr. 3'000.– bis Fr. 5'000.– und hat in der Schweiz nur aushilfsweise als Reinigungskraft und für N.\_\_\_\_\_ gearbeitet (Urk. D1/2/1 S. 2 ff., Urk. D1/2/3 S. 7 ff., Prot. I S. 8 f.). Eine gefestigte Beziehung zur Schweiz besteht nicht, auch seine Ehefrau – zu der er offenbar keinen Kontakt pflegt (Urk. 42 S. 3) – verfügt über keine längere Integration in der Schweiz. Ihr wäre es zudem ohne Weiteres zuzumuten, ihrem Ehemann wieder nach Spanien oder auch in die Dominikanische Republik zu folgen, woher sie selber ursprünglich stammt. Offenbar lebe die Ehefrau auch bereits wieder in Spanien (Urk. 42 S. 4). Der Beschuldigte hält sich somit erst seit kurzer Zeit in der Schweiz auf, dies ohne soziale und wirtschaftliche Integration. In dieser Zeitspanne wurde er zudem massiv straffällig, indem er die körperliche Integrität von anderen Menschen schädigte sowie sexuelle Handlungen mit Kindern vornahm. Dem Beschuldigten ist es daher ohne weiteres zuzumuten, in Spanien oder der Dominikanischen Republik zu leben (Urk. D1/2/3 S. 9). Dem hatte der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung nichts entgegenzusetzen (Urk. 42 S. 3). In beiden Ländern könnte der Beschuldigte zudem auf die Unterstützung durch seine Verwandtschaft zählen. Auch die Verteidigung macht keine Umstände geltend, welche

einer (besseren) Wiedereingliederung des Beschuldigten in Spanien oder der Dominikanischen Republik

- 39 - entgegenstehen würden (Urk. 12 S. 27; Urk. 43 S. 24). Das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls ist daher zu verneinen. Zudem überwiegt auch das öffentliche Interesse der Schweiz an der Fernhaltung des Beschuldigten dessen Interesse an einem Verbleib deutlich. Die Ausweisung des Beschuldigten aus der Schweiz dient der öffentlichen Sicherheit, mit dieser kann die Begehung ähnlich gelagerter Delikte durch den Beschuldigten verhindert werden. Der Ausweisung steht auch das Freizügigkeitsabkommen (FZA) nicht entgegen, beging der Beschuldigte die ihm zur Last gelegten Taten doch innert kürzester Zeit nach seiner Einreise in die Schweiz. Die Straftaten haben ihre Ursache zudem im persönlichen Verhalten des Beschuldigten und sind als schwer einzustufen. Es kann ergänzend auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 30 S. 52 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die von der Vorinstanz festgesetzte Dauer der Landesverweisung von fünf Jahren (Urk. 30 S. 55) ist nur schon auf Grund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) zu bestätigen. VIII. Tätigkeitsverbot 1. Die Verteidigung beantragte, dass von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots abzusehen sei (Urk. 33 S. 2; Urk. 43 S. 2). 2. Wird jemand wegen sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 StGB zu einer Strafe verurteilt, so verbietet ihm das Gericht zwingend lebenslanglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB). 3. Der Beschuldigte hat sich der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 87 Ziffer 1 StGB schuldig gemacht. Ihm ist daher ein lebenslangliches Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB aufzuerlegen. Es liegt kein besonders leichter Fall vor, in welchem ausnahmsweise von der Anordnung des Tätigkeitsverbotes abgesehen werden dürfte (Art. 67 Abs. 4bis StGB). Die Handlungen beinhalteten Geschlechtsverkehr und waren zudem von

- 40 - einer längeren Dauer. Der Beschuldigte hat bislang nicht mit Kindern gearbeitet, weshalb ein für die Schweiz geltendes Tätigkeitsverbot ihn in seiner beruflichen Freiheit nicht stark einschränkt, wohingegen das öffentliche Interesse an der Prävention neuerlicher Sexualstraftaten zu Lasten von Minderjährigen deutlich höher zu gewichten ist. IX. Zivilansprüche 1. Die Vorinstanz sprach der Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 8'000.– zu und wies im Mehrbetrag die Genugtuungsforderung ab. Der Beschuldigte habe widerrechtlich und schuldhaft in die sexuelle Integrität der Privatklägerin eingegriffen und sie dabei in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt (Urk. 30 S. 56 f.). Der Beschuldigte verlangte mit seiner Berufung die Verweisung der Zivilansprüche auf den Zivilweg, soweit sie nicht abzuweisen seien (Urk. 33 S. 2; Urk. 43) und die Privatklägerin beantragte eine Zusprechung einer Genugtuungssumme in Höhe von Fr. 20'000.– (Urk. 37 S. 2; Urk. 45). 2. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern dies durch die Schwere der Verletzung als gerechtfertigt erscheint und falls die Verletzung nicht anders wieder gut gemacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Dem Gericht steht bei der Beurteilung ein grosses Ermessen zu. Die Höhe der Genugtuung hängt dabei in erster Linie von der Art und Schwere der Verletzung, der Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit der betroffenen Person sowie vom Grad des Verschuldens des Schädigers am Schadensereignis ab. Der Eingriff muss aussergewöhnlich schwer sein und in seinen Auswirkungen das Mass einer Aufregung oder einer alltäglichen Sorge klar übersteigen.

Erforderlich ist ein physisches oder psychisches Leiden, verursacht durch eine Verletzung der Persönlichkeit, die das Wohlbefinden beeinträchtigt (BSK OR I-KESSLER, Art. 49 N 11, mit Hinweisen). 3. Vorliegend gibt es keine objektiven Berichte oder Urkunden, welche zur Beurteilung der geltend gemachten Persönlichkeitsverletzung der Privatklägerin herangezogen werden können. Auffallend ist, dass die Privatklägerin ca. zwei

- 41 - Monate zuwartete, bis sie vom Vorfall berichtete und es zur Anzeige bei der Polizei kam (Urk. D1/1/1). Ebenso suchte sie erst nach der Anzeigeerstattung einen Gynäkologen auf, wobei sie als Beschwerden eine Infektion nannte (Urk. D1/6/3; Urk. D1/3/4 S. 8 f.). Eine psychologische oder psychiatrische Konsultation fand nicht statt, entsprechend gibt es auch keine diesbezüglichen Berichte (Urk. 10 S. 10 ff). Die Privatklägerin machte geltend bzw. liess ausführen, dass sie das Ereignis weiterhin schwer belaste, ihre Psyche sei durch den Vorfall massiv in Mitleidenschaft gezogen worden. U.a. habe sie das Vertrauen zu Männern verloren. Die sexuellen Handlungen hätten ihr massive Schmerzen bereitet und sie habe befürchtet, dass sie schwanger oder geschlechtskrank sein könnte. Es sei nicht gut, dass sie ihr "erstes Mal" mit 15 Jahren auf diese Weise habe erleben müssen (Urk. 10 S. 10 ff.; Urk. 45). Diese Ausführungen zeigen, dass die Privatklägerin das Ereignis als belastend empfand und immer noch empfindet. Dass es bei der ersten Penetration zu Schmerzen kommen kann, ist notorisch und tritt unabhängig von den Umständen ein. Nachdem dem Beschuldigten keine Vergewaltigung bzw. sexuelle Nötigung vorzuwerfen ist, kann aus der Art der sexuellen Handlungen auch keine schwere Persönlichkeitsverletzung resultieren. Zudem hatte die Privatklägerin selber das Interesse, sexuelle Handlungen zu erleben (Urk. D1/3/1 S. 3: "Sie habe sich selber gesagt, dass sie ab 15 Jahren Geschlechtsverkehr haben möchte [...]"). Sie willigte denn auch zur Vornahme der sexuellen Handlungen ein und war dabei nicht gänzlich passiv. Dass die Privatklägerin eine schwere Persönlichkeitsverletzung einzig auf Grund des Umstandes, dass sie ihren ersten Geschlechtsverkehr mit 15 Jahren und mit einem älteren Mann erlebte, erlitt, ergibt sich weder aus den eigenen Ausführungen der Privatklägerin bzw. deren Vertreters noch aus den Akten. Dass sie unsicher war, ob sie schwanger sein könnte (Urk. D1/3/4 S. 9 f.), kann ebenfalls nicht als schwere Verletzung der Persönlichkeit gewertet werden. Aus all diesen Gründen ist die Genugtuungsforderung der Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ abzuweisen.

- 42 - X. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, soweit sie selber einen neuen Entscheid fällt. Die Kostenaufgabe erfolgt bei einer Verurteilung gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO grundsätzlich an den Beschuldigten. Ausgenommen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung, welche vom Beschuldigten zurückzubezahlen sind, sobald die wirtschaftlichen Verhältnisse es erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO). Wird die beschuldigte Person bei einer Mehrzahl von Delikten teilweise schuldig und teilweise freigesprochen, so sind die Verfahrenskosten anteilmässig der beschuldigten Person aufzuerlegen, wobei dem Gericht ein gewisser Ermessensspielraum zukommt. 2. Zufolge des teilweisen Freispruchs erscheint es gerechtfertigt, dem Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des vorinstanzlichen Verfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft) zu 1/2 aufzuerlegen und im verbleibenden 1/2 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Sodann sind die Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft im Umfang von 1/2 einzustellen und im Umfang von 1/2 definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Ein staatlicher Rückzahlungsanspruch über 1/2

der Kosten bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO). 3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 4'000.– festzusetzen. 4. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung betreffend die Schuldsprüche hinsichtlich der versuchten schweren Körperverletzung, der sexuellen Handlungen mit Kindern sowie der Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz, weiter betreffend die Landesverweisung sowie das Tätigkeitsverbot sowie grösstenteils mit Bezug auf die Strafhöhe. Er obsiegt betreffend die Vorwürfe der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung (Oral- und Analverkehr) sowie hinsichtlich der Genugtuungsforde-

- 43 - rung. Es erscheint deshalb angemessen, die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, dem Beschuldigten zu 1/2 aufzuerlegen und im Umfang von 1/2 auf die Gerichtskasse zu nehmen. 5. Die amtliche Verteidigung machte für ihre Aufwendungen und Barauslagen im Berufungsverfahren Fr. 10'177.95 (inkl. Aufwand für die Berufungsverhandlung und MwSt.) geltend (Urk. 44). Das geltend gemachte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen. Die kürzere Dauer der Berufungsverhandlung ist nur unwesentlich zu berücksichtigen, womit Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ mit einem pauschalen Honorar von Fr. 10'000.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist. Die unentgeltliche Vertretung der Privatklägerin machte für ihre Aufwendungen und Barauslagen im Berufungsverfahren Fr. 3'519.95 (exkl. Aufwand für die Berufungsverhandlung und MwSt.) geltend (Urk. 46). Auch dieses geltend gemachte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen, womit Rechtsanwalt Y. \_\_\_\_\_ pauschal mit Fr. 4'000.– (inkl. Aufwand für die Berufungsverhandlung, Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 1/2 vorbehalten ist.

- 44 - Es wird beschlossen:

### **E. 2.3.1**

Betreffend die Vergewaltigung sowie die mehrfache sexuelle Nötigung den Anal- und Oralsex betreffend sind zur Erstellung des Sachverhalts in erster Linie die polizeiliche Video-Einvernahme der Privatklägerin vom 3. Juni 2021, der Bericht zur Analyse der Videobefragung der beauftragten Psychologin C. \_\_\_\_\_ (Urk. D1/3/1-3) sowie die staatsanwaltschaftliche Einvernahme der Privatklägerin vom 9. Juli 2021 (Urk. D1/3/4 und D1/3/5) relevant. Des Weiteren die Einvernahmen des Beschuldigten, wobei er nur anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 12. August 2021 Aussagen zur Sache machte (Urk. D1/2/2). Aus den weiteren Einvernahmen, nämlich den Aussagen der Mutter der Privatklägerin, D. \_\_\_\_\_ (Urk. D1/4/1; Urk. D1/4/3) sowie von E. \_\_\_\_\_ (Urk. D1/4/2) können keine sachdienlichen Erkenntnisse gewonnen werden. Deren Depositionen beruhen auf reinem Hörensagen, nämlich den Schilderungen der Privatklägerin selber, welche zudem erst einige Wochen nach dem Vorfall stattfanden. Auch die ärztliche Untersuchung vom 3. Juni 2021 liefert keine Erkenntnisse, da diese über 2 Monate nach dem Vorfall stattfand und zudem aufgrund eines Verdachts auf ei-

- 12 - ne Infektion vorgenommen wurde (Urk. D1/6/3; Urk. D1/3/4 S. 8). Es ist daher eine Würdigung der Aussagen der Privatklägerin sowie des Beschuldigten vorzunehmen, wobei diese frei zu würdigen sind. Es ist anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen ankommt, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen. Es darf aber nicht einfach auf die Persönlichkeit oder die allgemeine Glaubwürdigkeit des Aussagenden abgestellt werden, sondern auf die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Diese sind einer Analyse bzw. kritischen Würdigung zu unterziehen, wobei auf das Vorhandensein von sogenannten Realitätskriterien grosses Gewicht zu legen ist (BENDER, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81, S. 53 ff.).

### **E. 2.3.2**

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass vorliegend die Beweislage erschwert wird, indem es keine unmittelbare medizinische Untersuchung gab und keine unmittelbaren Aussagen bei den Akten liegen. Bei der Glaubwürdigkeit der Privatklägerin fällt sodann auf, dass es zwei Monate dauerte, bis Anzeige bei der Polizei erstattet wurde. Erst kurz zuvor erzählte die Privatklägerin einer Freundin der Familie von diesem Vorfall, welche es dann der Mutter der Privatklägerin mitteilte (Urk. D1/4/3 S. 3 f.). Auf Insistieren der Mutter kam es in der Folge zur Anzeige (Urk. D1/1/1). Die Mutter der Privatklägerin war ausserdem selber die zeitweilige Sexualpartnerin des Beschuldigten und deren Verhältnis war im Zeitpunkt des angeklagten Vorfalles getrübt (Urk. D1/4/1 S. 2; Urk. D1/4/3 S. 7 f.). Sie sagte anlässlich ihrer Zeugenaussage aus, dass es ihr wichtig sei, dass der Beschuldigte bestraft werde, er solle aufhören, über Frauen, welche alleine seien, Witze zu machen (Urk. D1/4/3 S. 12). Sie hat zudem an dem Tag, an welchem sie "ihn rausgeschmissen" habe, "das Ganze" mit der Privatklägerin thematisiert und ihr erzählt, dass der Beschuldigte etwas mit ihr und der Cousine gehabt habe (Urk. D1/4/3 S. 8). Die Zeugin E.\_\_\_\_\_ schilderte in diesem Zusammenhang, dass es nicht normal sei, dass man mit dem Ex der Mutter und der Cousine gleichzeitig etwas habe (Urk. D1/4/2 S. 4). Es lässt sich somit nicht ausschliessen, dass die Aussagen der Privatklägerin einerseits durch den langen Zeitablauf zwischen dem Vorfall und den Einvernahmen und andererseits durch die Tatsa-

- 13 - che, dass deren Mutter gegen den Beschuldigten eine Abneigung hatte, mithin eine Beeinflussung nicht ausgeschlossen werden kann, verfälscht sein könnten. Weiter scheint die Privatklägerin ein sehr ambivalentes Verhältnis zum Vorfall zu haben. So wusste sie, dass der Beschuldigte ein oder zwei Tage vor ihrem Geburtstag Streit mit ihrer Mutter hatte, diese hatte ihr auch untersagt, den Beschuldigten zu sehen. Dennoch sei sie zu ihm gegangen (Urk. D1/3/1 S. 1; D1/3/4 S. 6). Weiter hatte sie durchaus das Interesse, sexuelle Handlungen zu erleben, so sagte sie aus, dass sie sich selber gesagt habe, dass sie mit 15 Jahren Geschlechtsverkehr haben wolle. Sie war zum Zeitpunkt des Vorfalls noch Jungfrau (Urk. D1/3/1 S. 3). Sie sagte zudem aus, dass es nicht so schlimm für sie gewesen wäre, wenn es sich nicht um das "erste Mal" gehandelt hätte (Urk. D1/3/1 S. 4) sowie dass es sie am meisten störe, dass der Beschuldigte kein Kondom benutzt habe (Urk. D1/3/4 S. 8). Im Nachhinein hat sie ausserdem erfahren, dass der Beschuldigte auch sexuelle Handlungen mit ihrer Mutter und der Cousine hatte. Auf Grund all dieser Umstände besteht die Möglichkeit, dass die Privatklägerin – durchaus auch unbewusst – dazu geneigt sein könnte, den Vorfall in einem Sinne darzustellen, welcher ihr eigenes Verhalten zu relativieren vermag. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Privatklägerin Zivilansprüche

in Höhe von Fr. 30'000.– bzw. neu Fr. 20'000.– geltend machte (Urk. 10, 37 und 45) und somit zusätzlich ein finanzielles Eigeninteresse hat. All diese Umstände sind bei der Beurteilung der Depositionen der Privatklägerin einzubeziehen.

### **E. 2.3.3**

Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl der Beschuldigte als auch die Privatklägerin aussagen, dass der Beschuldigte diese vor Beginn der sexuellen Handlungen gefragt hatte, ob sie mit dem Geschlechtsverkehr einverstanden sei. Diese Frage hat die Privatklägerin bejaht (Urk. D1/3/1 S. 1; D1/3/4 S. 18: "ja, er darf"). Es kam in der Folge zu Küssen, wobei sie diese auch erwiderte und mit diesen einverstanden war. Zudem schilderte die Privatklägerin, dass der Beschuldigte dann sie und sich selber ausgezogen und sie angefasst habe. Sie habe den Beschuldigten gefragt, ob er ein Kondom benutze und ihm gesagt, dass sie es nur mit Kondom "machen" wolle (Urk. D1/3/4 S. 8). Dies alles impliziert ein zumindest grundsätzliches Einverständnis der Privatklägerin zu sexuellen Handlungen inkl. Geschlechtsverkehr. Übereinstimmend sind auch die Aussagen, dass die sexuel-

- 14 - len Handlungen insgesamt 1.5 bis 2 Stunden dauerten (Urk. D1/3/4 S. 11; D1/2/2 S. 5). Des Weiteren werden die ausgeführten Stellungen inkl. des Ablaufs vom Beschuldigten und der Privatklägerin gleich beschrieben, nämlich zunächst die Privatklägerin auf dem Rücken und der Beschuldigte über ihr, dann die "Reiterstellung", in der Folge die Stellung von Hinten und dann noch Oralverkehr. Ebenso ist unbestritten, dass die Privatklägerin beim Verkehr bzw. dem Versuch des Verkehrs Schmerzen hatte, da sie Jungfrau war (Urk. D1/2/2 S. 3, S. 6; Urk. D1/3/4 S. 7). Allenfalls wurde das Jungfernhäutchen verletzt (vgl. Urk. D1/3/1 S. 4).

### **E. 2.3.4**

Unbestritten ist weiter, dass die Privatklägerin dem Beschuldigten "nein" bzw. "halt" bzw. "stopp" sagte, wobei diese Äusserungen von der Privatklägerin und dem Beschuldigten in ihren Einnahmen unterschiedlich interpretiert werden. Während der Beschuldigte schilderte, dass die Privatklägerin "halt" bzw. "stopp" gesagt habe, da sie Schmerzen gehabt habe und sie es dann erneut versucht hätten (Urk. D1/2/2 S. 5), führte die Privatklägerin aus, dass sie mit keinem Geschlechtsverkehr einverstanden gewesen wäre und der Beschuldigte sich darüber hinweggesetzt habe (u.a. Urk. D1/3/4 S. 10). Wie aufzuzeigen sein wird, bestehen nicht überwindliche Zweifel daran, dass beim Beschuldigten der nötige subjektive Vergewaltigungswille, welcher Teil der Sachverhaltsermittlung ist, vorgelegen hat. Dafür müsste ihm nämlich nachgewiesen werden, dass er zumindest mit der Möglichkeit rechnete, dass der Wille der Privatklägerin dem Geschlechtsverkehr entgegensteht und diesen dennoch unter Einsatz von Nötigungsmitteln vollzog. Vorliegend sprechen auf Grund sämtlicher Umstände mehrere Faktoren dafür, dass die Privatklägerin zwar auf Grund ihrer Schmerzen mit den jeweiligen Stellungen nicht einverstanden war – und es daher zu weiteren Versuchen in anderen Stellungen kam –, der Beschuldigte jedoch nicht davon ausgehen musste, dass die Privatklägerin grundsätzlich mit dem Geschlechtsverkehr nicht einverstanden war. Dies mag zwar im Sinne einer Mentalreservation der Fall gewesen sein (vgl. "Ich weiss, dass er mich fragte, ob ich das wolle und ich meinte ja. Aber eigentlich wollte ich das nicht, ich weiss nicht, weshalb ich ja gesagt habe.", Urk. D1/3/4 S. 6 f.), dies ist indes dem Beschuldigten nicht anzulasten. Ausgehend von der Tatsache, dass er die Privatklägerin fragte, ob sie mit dem Ge-

- 15 - schlechtsverkehr einverstanden sei und sie dies bejahte, lag zu Beginn von Vorn- herein kein erzwungener Geschlechtsverkehr vor. Zudem legte sich die Privatklä- gerin, als sie in der Wohnung ankamen, gleich "breit" auf das Bett, obwohl auch drei Stühle in dem Zimmer vorhanden waren (Urk. D1/3/4 S. 6 und S. 18). Selbst wenn die Privatklägerin – was sie ausführte – ausser Atem gewesen sein sollte, impliziert ein sich auf das Bett legen doch – im Zusammenhang mit der anschlies- senden Einwilligung, sexuelle Handlungen vorzunehmen – ihre diesbezügliche Bereitschaft. Die Privatklägerin liess sich dann auch durch den Beschuldigten ausziehen und von ihm an den Schenkeln und den Brüsten anfassen (Urk. D1/3/1 S. 4; Urk. D1/3/4 S. 6 und S. 8). Aus den Aussagen der Privatkläge- rin ergibt sich auch für den weiteren Verlauf nicht ohne jeden vernünftigen Zwei- fel, dass der Beschuldigte ihren – für ihn erkennbaren – Willen, keine weiteren sexuellen Handlungen vornehmen zu wollen, gebrochen haben soll, indem er sie zu weiteren sexuellen Handlungen genötigt hätte. So wurde der erste Versuch des Beischlafs (mit der Privatklägerin auf dem Rücken) nach übereinstimmenden Depositionen abgebrochen, da die Privatklägerin Schmerzen hatte. Dass der Be- schuldigte ihr beim Versuch, in sie einzudringen, Schmerzen bereitete und sie dies als gewaltsam erlebte ("Einfach rein, voll aggressiv", Urk. D1/3/1 S. 3; sowie: "Er wollte mich penetrieren, aber es ging nicht, weil ich noch Jungfrau war und es eng war [...] dann steckte er es Vollgas rein", Urk. D1/3/4 S. 7), ist nachvollzieh- bar, doch geschah dies nicht gegen ihren Willen. Dass sie den Beschuldigten nach diesem schmerzhaften Eindringen wegstiess und ihm sagte, dass er aufhö- ren soll, ist nachvollziehbar und wird vom Beschuldigten ebenfalls so dargelegt. In der Folge kam es – wiederum nach übereinstimmen Aussagen – zu weiteren se- xuellen Handlungen. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Privatklägerin nach diesem ersten Vorfall – wenn sie denn tatsächlich keinen weiteren sexuellen Kon- takt mehr wollte – nicht die Wohnung verliess und sich in der Folge auch nicht dagegen wehrte, dass es zu weiterem Verkehr in anderen Positionen (die Privat- klägerin sitzend auf dem Beschuldigten, Eindringen von hinten) kam. Ohne die Mitwirkung der Frau lässt sich insbesondere die "Reiterstellung" nicht ausführen, zumal diese Stellung für den Mann mit einem hohen Verletzungsrisiko verbunden ist, wenn die Frau nicht vorsichtig ist. Beim Eindringen von hinten führte die Pri-

- 16 - vatklägerin zudem selber aus, dass der Beschuldigte aufgehört habe, als sie ihm gesagt habe, dass es weh tue (Urk. D1/3/4 S. 19: "Ich habe gesagt, dass es weh tut. Er hat dann aufgehört, weil es mir weh tat."). Diese Schilderung spricht klar gegen einen erzwungenen Verkehr und stützt vielmehr die Aussagen des Be- schuldigten, dass sie es gemeinsam in verschiedenen Stellungen versucht hätten, indes jeweils wegen Schmerzen wieder abbrechen mussten. Auf die konkrete Frage, wie sie denn dem Beschuldigten zu verstehen gegeben habe, dass sie nicht mit dem Geschlechtsverkehr einverstanden sei, führte die Privatklägerin zu- dem aus, dass er dies aus ihrem Gesichtsausdruck hätte merken müssen (Urk. D1/3/4 S. 10 und S. 11). Abschliessend kam es ausserdem zum Oralver- kehr, welchen die Privatklägerin in der ersten Einvernahme nicht schilderte, son- dern erst anlässlich der staatsanwaltschaftliche Deposition. Gegen diesen Oral- verkehr habe sie sich nicht gewehrt, sie habe den Penis des Beschuldigten in den Mund genommen und auch an diesem gelutscht (Urk. D1/3/4 S. 20). Oralverkehr ist für den Mann nicht ungefährlich, wenn er gegen den Willen der Frau vollzogen werden soll, kann diese doch mit den Zähnen schwere Verletzungen verursachen und den Mann ohne Weiteres handlungsunfähig machen. Ein "Lutschen" impli- ziert zudem eine aktive Mitwirkung der Privatklägerin bei dieser Handlung und kann ohne psychischen Druck nicht erzwungen werden. Dass dies der

Fall gewesen wäre, wird von der Privatklägerin nicht geschildert und geht aus den gesamten Umständen auch nicht hervor. Ein psychischer Druck oder physische Gewalt liegt insgesamt nicht vor und wurde auch nie geltend gemacht. Vor diesem Hintergrund kann mit Blick auf den nötigen objektiven und insbesondere den subjektiven Vergewaltigungswillen, welcher notwendiger Teil der Sachverhaltsermittlung ist, nicht rechtsgenügend davon ausgegangen werden, dass dem Beschuldigten die (wohl) vorhandene innere Mentalreservation der Privatklägerin bekannt war und er trotzdem Geschlechtsverkehr mit ihr hatte. Für ihn musste es vielmehr so aussehen, dass die Privatklägerin trotz den Schmerzen mit ihm die sexuellen Handlungen weiterführen wollte, indem andere Stellungen ausprobiert und zum Schluss der Oralverkehr – als für die Privatklägerin schmerzfreie Variante – vollzogen wurde.

- 17 - Das Gesagte gilt selbstredend auch mit Bezug auf den angeklagten Analverkehr. Diesbezüglich fehlt es zudem am erforderlichen Vorsatz, sagte die Privatklägerin doch selber aus, dass der Beschuldigte es vaginal gewollt, indes das "falsche Loch" erwischt habe (Urk. D1/3/4 S. 19).

### **E. 2.3.5**

Der Beschuldigte ist somit von den Vorwürfen der Vergewaltigung sowie der mehrfachen sexuellen Nötigung freizusprechen.

### **E. 2.4**

Versuchte schwere Körperverletzung

#### **E. 2.4.1**

Ausgangslage Sachverhaltsmässig unbestritten und im Berufungsverfahren nicht angefochten ist der erste Teil des Anklagevorwurfs (welcher die einfache Körperverletzung betrifft): Der Beschuldigte hatte am 24. April 2021 um ca. 00:20 Uhr zunächst vor der F.\_\_\_\_-Filiale an der G.\_\_\_\_-strasse in Zürich mit der linken Faust den Geschädigten H.\_\_\_\_ ins Gesicht geschlagen, wodurch dieser eine Nasenbeinfraktur erlitt (Urk. 30 S. 22 ff.). Die Vorinstanz erachtete es als erstellt, dass der Beschuldigte sich danach in Richtung I.\_\_\_\_-platz entfernt habe, wohin ihm der Geschädigte J.\_\_\_\_ gefolgt sei. Der Geschädigte J.\_\_\_\_ sei in einer bedrohlichen Haltung auf den Beschuldigten zugegangen, um diesen zu stellen und zu schlagen. Dabei habe er keinen Gegenstand, geschweige denn eine Waffe, in der Hand gehalten. Der Beschuldigte habe ihm eine Glasflasche, die er mit der linken Hand am Flaschenhals gehalten habe, über den Kopf gezogen, sodass die Flasche zerbrochen sei. Der Geschädigte J.\_\_\_\_ habe hierdurch Schnittverletzungen am rechten Ohr erlitten, die mit sechs Stichen hätten genäht werden müssen. Durch den Schlag mit der Flasche habe der Beschuldigte den Geschädigten verletzen wollen und auch lebensgefährliche Kopfverletzungen in Kauf genommen. Um was für eine Flasche es sich gehandelt habe, ob um eine etwas grössere (und schwerere) Absolut-Vodkaflasche oder eine etwas kleinere (und leichtere) Bierflasche, könne offen bleiben (Urk. 30 S. 30 ff.).

- 18 - Der Beschuldigte räumt ein, dass er dem Geschädigten J.\_\_\_\_ mit einer Glasflasche gegen den Kopf geschlagen habe. Indes sei dies in Selbstverteidigungsabsicht erfolgt: Als der Geschädigte J.\_\_\_\_ ihm gefolgt sei, hätten ihm seine Begleiter zugerufen, dass er aufpassen solle. Als er sich umgedreht habe, habe er gesehen, dass der Geschädigte einen Gegenstand in der Hand gehalten habe und ihn damit habe angreifen wollen. Daraufhin habe er nach einer herumstehenden Glasflasche gegriffen und gegen

den Kopf des Geschädigten geschlagen. Er habe sich nur verteidigen wollen (Urk. D2/2/1 S. 1 ff.; Urk. D2/2/3 S. 2 ff.; Urk. D2/2/4 S. 2; Urk. D1/2/3 S. 6).

#### **E. 2.4.2**

Würdigung Der Geschädigte J.\_\_\_\_\_ erlitt durch den Schlag mit der Flasche eine Schnitt-/Stichverletzung auf der rechten Seite hinter dem Ohr mit freiliegendem Knorpel, wobei sich die Wunde tief bis auf das Knorpelgewebe zeigte mit sickernder Blutung (Urk. D2/6/1; Urk. D2/6/6; Urk. D2/1/2). Zur Erstellung des im vorliegenden Berufungsverfahrens relevanten Sachverhalts, nämlich ob der Geschädigte J.\_\_\_\_\_, als er dem Beschuldigten folgte und auf diesen in einer bedrohlichen Haltung auf ihn zuzuging, um diesen zu stellen und zu schlagen, einen Gegenstand in der Hand hielt, liegen diverse Depositionen im Recht. Die Vorinstanz hat die entsprechenden Aussagen ausführlich wiedergegeben, worauf vorab vollumfänglich zu verweisen ist (Urk. 30 S. 23 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ausser dem Beschuldigten schildert nur K.\_\_\_\_\_, welcher vom Beschuldigten als Zeuge bezeichnet wurde, dass der Geschädigte J.\_\_\_\_\_ einen Gegenstand in der Hand gehalten habe, nämlich eine Flasche (Urk. D2/5/7 S. 2 ff.). Diese Zeugenaussage ist indes von vornherein unglaubhaft, da sie offensichtlich zu Gunsten des Beschuldigten gemacht wurde, dies sogar in dem Masse, dass der Zeuge zu Beginn der Einvernahme nicht einmal schilderte, dass der Beschuldigte den Geschädigten J.\_\_\_\_\_ mit der Flasche schlug, obwohl dieser dies ja selbst einräumte. Er sagte dazu lediglich aus, dass einer von den anderen eine Flasche zer schlagen habe und damit auf den Beschuldigten habe "zustechen" wollen

- 19 - (Urk. D2/5/7 S. 4). Erst auf konkrete Nachfrage, ob der Beschuldigte einen Gegenstand in der Hand gehalten habe, führte er aus, dass er glaube, dass der Beschuldigte eine Flasche in der Hand gehabt habe, nämlich als "die anderen" die Flasche kaputt gemacht hätten. Wiederum erst auf Nachfrage, was denn der Beschuldigte mit der Flasche gemacht habe, erwähnte der Zeuge, dass der andere Junge den Beschuldigten mit der Flasche bedroht habe, und sie hätten sich beide einander gegenübergestellt mit den Flaschen. Auf die erneute Nachfrage, ob er gesehen habe, ob der Beschuldigte mit der Flasche geschlagen habe, verneinte er dies (Urk. D2/5/7 S. 5). Im Rahmen der Ergänzungsfragen wurde dem Zeugen dann von Seiten der beschuldigten Person und seiner Verteidigung gesagt, dass der Beschuldigte (selber) ausgesagt habe, dass er dem Geschädigten J.\_\_\_\_\_ eine Flasche über den Kopf gezogen habe, weil er ihm mit etwas in der Hand nachgerannt sei. Auf die Frage, ob das stimme, führte der Zeuge aus, dass der andere eine Flasche genommen habe, sie am Boden kaputt gemacht habe und dann der Beschuldigte ebenfalls eine Flasche genommen habe und sie auf dem Boden kaputt gemacht habe (Urk. D2/5/7 S. 9). Dies kann erstens vom Ablauf her nicht stimmen, rannte J.\_\_\_\_\_ doch dem Beschuldigten nach, und zudem sagte nicht einmal der Beschuldigte aus, dass er die Flasche zuerst auf dem Boden zerbrochen habe, bevor er den Geschädigten J.\_\_\_\_\_ damit schlug. Nach dieser Aussage wünschte die Verteidigung einen Unterbruch, nach welcher der Beschuldigte dem Zeugen seine gemachten Aussagen konkret mitteilte. Insbesondere wies er den Zeugen darauf hin, dass er die Flasche nicht kaputt gemacht habe. Er habe diese dem Geschädigten gegen den Kopf geschlagen, um sich zu verteidigen. Daraufhin machte der Zeuge geltend, sich nicht genau erinnern zu können und "jetzt" nicht zu wissen, ob der Beschuldigte die Flasche zerbrochen habe oder nicht. Es sei aber so, dass der Geschädigte zuerst eine Flasche genommen und sie "geschlagen" (wohl: zerschlagen) habe, und so habe auch der Beschuldigte eine Flasche in die Hand genommen und den Geschädigten geschlagen (Urk. D2/5/7 S. 9

f.). Aufgrund dieser klaren Widersprüche sowie der offensichtlich erfolgten Instruktion durch den Beschuldigten ist die Zeugenaussage als unglaubhaft einzustufen. Es finden sich weiter Aggravierungen sowie Unwahrheiten: So schilderte der Zeuge zudem, dass der Geschädigte J. \_\_\_\_\_ eine

- 20 - "Stechbewegung" gemacht habe (Urk. D2/5/7 S. 10), was der Beschuldigte nie schilderte. Dieser sprach auch immer nur von einem "Gegenstand", nie von einer (zerbrochenen) Flasche. Weshalb der Zeuge den "Gegenstand" erkannt haben will, wo er doch viel weiter weg war vom Geschehen, ist nicht nachvollziehbar. Ausserdem will der Zeuge – nachdem er zunächst behauptete, nicht gesehen zu haben, ob der Beschuldigte den Geschädigten mit der Flasche geschlagen hatte (Urk. D2/5/7 S. 5) – dennoch wahrgenommen haben, dass der Beschuldigte den Schlag mit der rechten Hand ausgeführt habe (Urk. D2/5/7 S. 11). Gemäss den eigenen Aussagen des Beschuldigten führte dieser den Schlag indes mit der linken Hand aus (Urk. D2/2/3 S. 8). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aussage des Zeugen K. \_\_\_\_\_ offensichtlich unglaubhaft ist, da er einerseits eindeutig die Version des Beschuldigten stützen will und sich andererseits Aggravierungen und Unstimmigkeiten in seinen Schilderungen finden. L. \_\_\_\_\_, welche ebenfalls vom Beschuldigten als Zeugin genannt wurde, erwähnte weder eine Flasche oder einen "Gegenstand" in der Hand des Geschädigten J. \_\_\_\_\_ gesehen zu haben (Urk. D2/5/8 S. 1 ff.). Die übrigen Beteiligten hatten entweder den Vorfall nicht gesehen oder schilderten keinen Gegenstand in der Hand des Geschädigten J. \_\_\_\_\_. Weiter sind auch die eigenen Aussagen des Beschuldigten diesbezüglich unglaubhaft. Denn wer, wenn nicht er selbst, hätte erkennen können, um was für einen Gegenstand es sich gehandelt hatte, welchen der Geschädigte in der Hand gehalten haben soll (zumal K. \_\_\_\_\_ von Stechbewegungen mit einer zerbrochenen Flasche sprach). Wenn der Beschuldigte behauptete, keine Zeit gehabt zu haben zu erkennen, was der Geschädigte J. \_\_\_\_\_ in der Hand gehalten haben soll (Urk. D2/2/3 S. 9), so ist dies klar als Schutzbehauptung zu werten, insbesondere, dass er kein Messer oder dergleichen auf sich trug, standen sich die beiden doch in geringer Entfernung gegenüber, als der Beschuldigte J. \_\_\_\_\_ die Flasche über den Kopf zog. Er hätte somit in jedem Fall gesehen, wenn dieser eine Flasche oder ein Messer in der Hand gehalten hätte (vgl. Urk. D2/2/3 S. 9: "Er wird sicher nicht sagen, dass er eine Flasche oder ein Messer in der Hand hatte").

- 21 - Es ist somit erstellt, dass der Geschädigte J. \_\_\_\_\_ in einer bedrohlichen Haltung auf den Beschuldigten zugegangen ist, um diesen zu stellen und erneut zu schlagen, dabei aber keinen "Gegenstand", insbesondere keine Waffe oder Flasche, in der Hand hielt. IV. Rechtliche Würdigung 1. Die Handlungen des Beschuldigten die Privatklägerin betreffend hat die Vorinstanz zu Recht als sexuelle Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB sowie als Widerhandlung gegen das Gesundheitsgesetz im Sinne von § 61 Abs. 1 lit. 1 GesG gewürdigt. Diese Würdigung ist zutreffend und wird von der Verteidigung auch nicht in Frage gestellt (Urk. 12 S. 3 ff.; Urk. 43 S. 3 ff.). Der Schuldspruch wegen des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19bis BetmG wurde nicht angefochten. 2. Die Handlung des Beschuldigten den Geschädigten M. \_\_\_\_\_ betreffend würdigte die Vorinstanz als versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 16 Abs. 1 StGB. Der Geschädigte M. \_\_\_\_\_ habe durch den Schlag mit einer Glasflasche gegen den Kopf eine Schnittverletzung am Ohr erlitten, welche genäht werden musste. Eine Lebensgefährdung, bleibende Schädigung oder Entstellung sei nicht eingetreten. Der

objektive Tatbestand der schweren Körperverletzung sei nicht erfüllt, indes liege eine Versuchsstrafbarkeit vor, bei welcher der Vorsatz des Beschuldigten mit Bezug auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale vorliege. Ein heftiger Schlag mit einer Glasflasche gegen den Kopf eines Menschen, wobei die Flasche dabei sogar zu Bruch gegangen sei, sei geeignet, zu einem Schädelbruch oder einer Hirnblutung zu führen. Durch die scharfen Kanten der zerbrochenen Flasche hätten zudem entstellende Schnitte im Gesicht des Geschädigten gedroht. Indem der Beschuldigte um die Möglichkeit schwerer Verletzungen durch das Schlagen mit einer Glasflasche wusste und dennoch so handelte, habe er diese in Kauf genommen. Der Beschuldigte sei zwar berechtigt gewesen, sich angemessen gegen den Geschädigten, welcher ihn habe stellen und schlagen wollen, zu verteidigen. Indem sich der Beschuldigte jedoch damit verteidigte, dass er eine Glasflasche

- 22 - als Waffe benutzte und diese mit Wucht gegen den Kopf des Geschädigten schlug, habe er das zulässige Mass einer Notwehrhandlung überschritten. Da der Beschuldigte durch sein eigenes gewalttätiges Verhalten den Angriff letztlich provoziert habe, könne er nicht geltend machen, die unangemessene Abwehr sei auf eine entschuldbare Aufregung oder Bestürzung zurückzuführen. Es liege ein Notwehrexzess in Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB vor, welcher im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sei (Urk. 30 S. 41 ff.).

### **E. 3**

Die Verteidigung stellt einerseits in Abrede, dass der Beschuldigte mit seiner Handlung in Kauf genommen habe, den Geschädigten im Sinne einer schweren Körperverletzung zu verletzen. Der Beschuldigte habe die Tat nicht geplant, es habe sich um eine nicht näher reflektierte Reaktion gehandelt. Zudem bestehe ein Rechtfertigungsgrund, sei der Geschädigte dem Beschuldigten doch nachgerannt und der Beschuldigte habe gesehen, dass dieser einen "Gegenstand" in der Hand gehalten habe. Er habe davon ausgehen dürfen, dass es sich dabei um ein Messer handeln könnte und habe sich daher gegen diesen Angriff wehren dürfen. Aus Sicht des Beschuldigten habe dieser Angriff mit einem Messer oder einem ähnlichen Gegenstand unmittelbar bevorgestanden, weshalb seine Abwehr objektiv verhältnismässig gewesen sei. Der Schlag des Beschuldigten mit der Flasche gegen den Kopf des Geschädigten sei daher rechtmässig erfolgt und der Beschuldigte vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung freizusprechen (Urk. 12 S. 22 ff.; Urk. 43 S. 22 ff.).

### **E. 4**

Objektiv setzt der Tatbestand der schweren Körperverletzung voraus, dass der Täter einen Menschen lebensgefährlich verletzt oder den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied verstümmelt, ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht oder das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt (Art. 122 Abs. 1 und 2 StGB). Die durch den Geschädigten erlittenen Verletzungen weisen nicht den Grad einer schweren Körperverletzung auf. Die Verletzungen hatten keine längeren Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität zur Folge, es kam zu einer Schnitt-/Stichverletzung auf der rechten Seite hinter dem Ohr mit freiliegendem Knorpel,

- 23 - welche genäht werden musste (Urk. D2/6/1; Urk. D2/6/6). Der Tatbestand der schweren Körperverletzung kann daher nur im Sinne einer versuchten Tatbegehung erfüllt sein. Ein Versuch im Sinne von Art. 22 StGB liegt vor, wenn der Täter sämtliche sub-

jektiven Tatbestandselemente erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert hat, ohne dass jedoch alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (BGE 140 IV 150 E. 3.4). Hinsichtlich des Tatbestands der schweren Körperverletzung ist subjektiv Vorsatz erforderlich, der sich auf die lebensgefährliche Verletzung eines Menschen oder schwere Schädigung des Körpers bzw. der Gesundheit beziehen muss, wobei Eventualvorsatz genügt (BSK Strafrecht I- ROTH/BERKEMEIER, Art. 122 N 25). Eventualvorsätzlich handelt, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB). Der Täter strebt also den tatbestandsmässigen Erfolg nicht an, sondern weiss lediglich, dass dieser möglicherweise mit der willentlich vollzogenen Handlung verbunden ist. Eventualvorsatz liegt vor, wenn sich dem Täter der Erfolg seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängt, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann (BSK Strafrecht I- NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 53). Soweit der Täter nicht geständig ist, muss aus den äusseren Umständen auf den inneren Willen des Täters geschlossen werden. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählen die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tat handlung. Je grösser das Risiko ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (vgl. u.a. BGE 143 IV 285 E. 4.2.4; 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 26 E. 3.2.2).

## E. 5

Dass ein Schlag mit einer Flasche auf den Kopf zu schweren Körperverletzungen, so unter anderem zu Entstellungen des Gesichts sowie Gehirn- /Schädelverletzungen führen kann, ist Allgemeinwissen und war auch dem Beschuldigten bekannt. Der Beschuldigte wusste, dass er eine Flasche in der Hand

- 24 - hielt und schlug den Geschädigten gezielt gegen dessen Kopf. Er handelte dabei in Bezug auf die Schlagbewegung absichtlich und mutwillig und wollte den Geschädigten verletzen. Angesichts der angewendeten Wucht seines Schlages mit der Flasche gegen den Kopf durfte er nicht darauf vertrauen, dass dadurch keine schweren Verletzungen hervorgerufen werden. Denn das Ausführen eines solchen Schlages gegen den Kopf in der angewendeten Wucht – welche sehr gross war, zerbrach die Flasche doch beim Aufprall auf den Kopf –, ist klarerweise mit dem Wissen verbunden, dass damit beim Gegenüber schwere Verletzungen, seien es Schnitte im Gesicht oder Schädigungen des Gehirns bzw. Schädels, eintreten können. Der Beschuldigte räumte ein, dass durch solch einen Schlag gegen den Kopf Schnittverletzungen entstehen könnten und man damit einen Menschen sogar töten könnte (Urk. D2/2/3 S. 13). Am Wissen um die Gefährlichkeit eines Schlages mit einer Flasche gegen den Kopf ändert sich selbstredend nichts, dass der Beschuldigte im Rahmen eines "dynamischen Geschehens" handelte und es eine "nicht näher reflektierte Kurzschlussreaktion" gewesen sein soll, was die Verteidigung geltend machte (Urk. 12 S. 25; Urk. 43 S. 22). Der Beschuldigte wusste um die Tatsache, dass sein Gegenüber nicht bewaffnet war und hat dennoch mit der Flasche mit so grosser Wucht gegen den Kopf des Geschädigten geschlagen, dass diese beim Aufprall zu Bruch ging. Der Beschuldigte führte den Schlag schwungvoll und ungebremst aus (Urk. D2/2/3 S. 11). Wer mit Schwung und grosser Wucht mit einer Flasche gegen den Kopf eines anderen schlägt, weiss in jedem Fall, dass er damit beim Gegenüber schwere Verletzungen hervorrufen kann und nimmt

dies mit der entsprechenden Handlung zumindest in Kauf. Dies gilt sowohl für den Fall des zu Bruch-Gehens der Flasche, woraus schwere Schnitt-Verletzungen resultieren können, als auch für die Wucht des Schlages an sich, welcher Schädigungen des Schädels und/oder des Gehirns zur Folge haben kann. Beim Kopf handelt es sich notorischerweise um einen sehr verletzlichen Körperteil des Menschen, welcher zudem von überragender Bedeutung für die Gesundheit sowie die soziale Interaktion ist. Es kann somit festgehalten werden, dass der Beschuldigte um die Möglichkeit schwerer Verletzungen durch das schwingvolle Schlagen mit der Glasflasche gegen den Kopf des Geschädigten wusste. Indem er trotzdem handelte, nahm er

- 25 - den Eintritt des entsprechenden Erfolges im Sinne des Eventualvorsatzes zumindest in Kauf, es liegt keine Fahrlässigkeit vor. Dass es nicht zu lebensgefährlichen Verletzungen kam, ist alleine dem Zufall zu verdanken.

## **E. 6**

Der Beschuldigte hatte, bevor es zum Schlag mit der Flasche gegen den Kopf des Geschädigten M. \_\_\_\_\_ kam, mit der linken Faust den Geschädigten H. \_\_\_\_\_ ins Gesicht geschlagen, wodurch dieser eine Nasenbeinfraktur erlitt (die entsprechende Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung ist im vorliegenden Berufungsverfahren nicht angefochten). Nach dieser Auseinandersetzung rannte der Geschädigte M. \_\_\_\_\_ dem Beschuldigten nach, welcher sich Richtung I. \_\_\_\_\_-platz entfernte, und ging auf diesen in bedrohlicher Haltung zu, um ihn zu stellen und zu schlagen. Da zu diesem Zeitpunkt die erste Auseinandersetzung nicht mehr unmittelbar im Gange war, wurde der Beschuldigte in dem Sinne von einem Angriff bedroht, als dass ihm eine Tötlichkeit durch den Geschädigten unmittelbar bevorstand. Gestützt auf Art. 15 StGB, wonach wer ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht wird, berechtigt ist, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren, durfte sich der Beschuldigte gegen den bevorstehenden Schlag angemessen verteidigen. Die Abwehr in einer Notwehrsituation muss nach der Gesamtheit der Umstände als verhältnismässig erscheinen. Bei dieser Frage sind zwei Faktoren von Relevanz, nämlich die Subsidiarität (Erforderlichkeit) und die Verhältnismässigkeit i.e.S., weshalb die betroffenen Rechtsgüter nicht in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen dürfen. Eine Rolle spielen vor allem die Schwere des Angriffs, die durch den Angriff und die Abwehr bedrohten Rechtsgüter, die Art des Abwehrmittels und dessen tatsächliche Verwendung. Die Angemessenheit der Abwehr ist aufgrund jener Situation zu beurteilen, in der sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand. Es dürfen nicht nachträglich allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen. Besondere Zurückhaltung ist bei der Verwendung von gefährlichen Werkzeugen zur Abwehr (Messer, Schusswaffen etc.) geboten, da deren Einsatz stets die Gefahr schwererer oder gar tödlicher Verletzungen mit sich bringt

- 26 - (BGer 6B\_853/2016 vom 18. Oktober 2017 E. 2.2.1 f.; BGE 136 IV 49 E. 3.1 f.; BSK Strafrecht I-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15 N 29). Vorliegend hielt der Geschädigte keinen Gegenstand, insbesondere keine Flasche oder Messer in der Hand, weshalb dem Beschuldigten keine schweren Verletzungen drohten. Zu rechnen war mit Einwirkungen im Rahmen von Tötlichkeiten, deren Abwehr mit dem Einsatz der Körperkraft, nämlich den Händen und allenfalls den Fäusten, gerechtfertigt gewesen wäre. Indem aber der Beschuldigte dem Geschädigten – bevor dieser überhaupt zu einem Schlag ausgeholt hatte

(vgl. Urk. D2/2/3 S. 9) – mit der Flasche mit voller Wucht auf den Kopf schlug, überschritt er die Grenzen der zulässigen Notwehr deutlich. Dabei hat der Beschuldigte die Grenzen der Notwehr nicht in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff überschritten (Art. 16 Abs. 2 StGB). Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Aufregung oder die Bestürzung des Täters allein oder zumindest vorwiegend auf den rechtswidrigen Angriff zurückzuführen wäre. Zudem ist erforderlich, dass es dem Täter aufgrund der Aufregung oder Bestürzung über den Angriff nicht möglich war, besonnen und verantwortlich zu reagieren. Dabei ist ein strenger Massstab anzulegen. Bei der Beurteilung der Entschuldbarkeit des Notwehrexzesses wird ein umso höherer Grad entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung verlangt, je mehr die Reaktion des Täters den Angreifer verletzt oder gefährdet (BSK Strafrecht I-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 16 N 4; BGE 102 IV 1 E. 3b). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben: Vorliegend hatte der Beschuldigte durch sein Verhalten, nämlich den Faustschlag ins Gesicht des Geschädigten H.\_\_\_\_\_, selber die Reaktion des Geschädigten M.\_\_\_\_\_ provoziert. Er wusste um die gewaltsame Auseinandersetzung sowie den Umstand, dass er mit seinem Verhalten "Gegenreaktionen" auslösen könnte. Er kann sich somit nicht auf den Entschuldigungsgrund der entschuldbaren Aufregung oder Bestürzung berufen.

#### **E. 7**

Nachdem der Erfolg einer schweren Körperverletzung nicht eingetreten ist, ist der Beschuldigte wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Notwehrexzess im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 16 Abs. 1 StGB zu verurteilen.

- 27 - V. Strafzumessung 1. Vorbemerkungen

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