

# ZH\_OBERGERICHT SB230013 vom 2. Februar 2024

ZH Obergericht, 2024-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB230013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230013)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB230013 du 2 février 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT SB230013 del 2 febbraio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Die Beschuldigte hat sich nach dem Gesagten einzig der Tötlichkeit im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafandrohung von Art. 126 Abs. 1 StGB lautet auf Busse, welche nach Art. 106 Abs. 1 StGB maximal auf Fr. 10'000.– festgesetzt werden kann. Die Höhe der Busse ist nach den Verhältnissen des Täters so festzusetzen, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

Relevant ist dabei in erster Linie das Verschulden des Täters – unterteilt in tatbezogene (Tatschwere, Tatmotiv etc.) und täterbezogene Komponenten (Vorleben, Nachtatverhalten etc.). In zweiter Linie sind dessen finanzielle Verhältnisse in Betracht zu ziehen (BSK StGB I-HEIMGARTNER, 4. Aufl., Basel 2018, Art. 106 N 19 f.).

#### E. 1.2

Das strafbare Verhalten der Beschuldigten liegt vorliegend darin, dass sie dem Geschädigten C.\_\_\_\_\_ für diesen überraschend Pfefferspray in das Gesicht bzw. die Augen sprühte, als sie auf dem Parkplatz in F.\_\_\_\_\_ aufeinander trafen. Der Pfefferspray führte beim Geschädigten C.\_\_\_\_\_ – wie bei jedem Einsatz des Pfeffersprays – zu einem heftig brennenden Schmerz in den Augen und zu einem krampfartigen Schluss der Augenlider für mehrere Minuten. Dem Ereignis lag eine gewisse Planung zugrunde, konnte der Geschädigte C.\_\_\_\_\_ den Angriff nicht voraussehen oder abwehren. Beim Tatmotiv der Beschuldigten ist von einer Abrechnung mit der Privatklägerin und dem Geschädigten C.\_\_\_\_\_ auszugehen; sie wirft der Privatklägerin vor, noch während ihrer Ehe mit dem Geschädigten ein Verhältnis mit diesem gehabt zu haben, und sich noch immer in ihr Privatleben

- 41 - einzumischen. Der Geschädigte C.\_\_\_\_\_ soll ausserdem die Alimente für die Kinder nicht bezahlen. Die Beschuldigte handelte aus Eifersucht und damit aus einem emotionalen Beweggrund.

#### E. 1.2.1

So gab die Privatklägerin an, die Beschuldigte ebenfalls an den Haaren gepackt und daran gezogen zu haben (Urk. D1/5/1 F/A 14). Auf Nachfrage, was sie gemacht habe, als sie von der Beschuldigten geschlagen worden sei, führte sie aus, dass sie nichts habe machen können. Sie habe sich in der ersten Sekunde einigermaßen verteidigen können, indem sie die Beschuldigte an den Haaren gepackt habe, danach habe sie keine Chance mehr gehabt (Urk. D1/5/1 F/A 19). Dies wiederholte sie später in der Einvernahme nochmals und ergänzte, dass sie sich nur noch geschützt habe und habe fliehen wollen (Urk. D1/5/1 F/A

31).

### **E. 1.2.2**

Die Verteidigung führte vor Vorinstanz (und erneut vor dem Berufungsgericht, Urk. 46 S. 6 ff.) aus, die Staatsanwaltschaft hätte das Verfahren unter dem Titel Raufhandel ebenfalls auf die Privatklägerin ausweiten und diese als Beschuldigte einvernehmen müssen, da die Privatklägerin selber zugegeben habe, die Beschuldigte an den Haaren gerissen zu haben (Urk. 25 S. 7 f.). Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, dass sich die Privatklägerin lediglich versucht habe, defensiv zu schützen und die Intensität des einmaligen Haare-Ziehens die Grenze des aktiven Tätigwerdens bzw. eines effektiven wechselseitigen Kampfs nicht erreichte, wodurch in objektiver Hinsicht nicht von einem Raufhandel, sondern von einem Angriff im Sinne von Art. 134 StGB auszugehen sei.

### **E. 1.2.3**

Nach der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt auch der Abwehrende als Beteiligter, welcher jedoch gemäss Art. 133 Abs. 2 StGB nicht strafbar ist. Nur wer sich völlig passiv verhält, sich nur zu verteidigen versucht und keine Schläge austeiht, ist von der Bestimmung nicht erfasst. Durch das (zwar einmalige) An-den-Haaren-Ziehen ist die Privatklägerin selber tötlich geworden, wo-

- 38 - durch ein Angriff im Sinne von Art. 134 StGB ausscheidet und vielmehr ein Raufhandel im Sinne von Art. 133 StGB zum Zug käme. 2. Raufhandel

### **E. 1.3**

Bezüglich der persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten ist auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. D1/33 S. 30 f.). Ferner ist zu erwähnen, dass die Beschuldigte seit knapp 19 Jahren in der Schweiz lebt, mit dem Geschädigten C.\_\_\_\_\_ zwei Kinder hat (Sohn Jahrgang 2012, Tochter Jahrgang 2015), seit Juli 2023 selbständig erwerbend ist und monatlich ca. Fr. 3'200.– netto verdient und weder im Ausland noch in der Schweiz Vermögen oder Schulden hat. Zudem stehen ihr seitens des Geschädigten C.\_\_\_\_\_ zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge in Höhe von insgesamt Fr. 2'700.– zu; davon Fr. 1'800.– inkl. Kinderzulagen für die beiden gemeinsamen Kinder (Prot. II S. 11 ff.). Die Beschuldigte weist eine Vorstrafe auf. Mit Strafbefehl vom 14. Juni 2021 wurde sie von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis wegen eines Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen à Fr. 70.–, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren verurteilt (Urk. D1/14/2). Die Vorstrafe ist zwar nicht einschlägig, jedoch delinquierte die Beschuldigte rund drei Wochen später erneut, weshalb die Vorstrafe leicht strafferhöhend zu berücksichtigen ist. Zugunsten der Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass sie den Vorwurf von Anfang an eingestanden hat. Reue oder Einsicht ins Unrecht ihrer Tat liegen jedoch nicht vor.

### **E. 1.4**

Im Lichte obiger Erwägungen erscheint es angesichts des Verschuldens sowie der persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Beschuldigten daher angemessen, sie für die von ihr begangene Tötlichkeit mit einer Busse von Fr. 500.– zu bestrafen. Die Busse ist zu bezahlen. 2. Anrechnung der Haft

### **E. 1.5**

Die Vorinstanz stellte das Verfahren hinsichtlich des Vorwurfs der einfachen Körperverletzung mangels Strafantrag ein (Urk. 33 S. 45). Vorliegend ist damit nur zu prüfen, ob ein Angriff im Sinne von Art. 134 StGB vorliegt. In diesem Zusammenhang stellt sich vor allem die Frage, ob ein körperlicher Angriff durch mindestens zwei Personen vorgelegen hat. 2. Voraussetzungen des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB Da die Voraussetzungen des Angriffs relevant sind für den Umfang der Erstellung des Sachverhaltes, ist an dieser Stelle auf diese sowie auch auf die Unterscheidung zum Raufhandel gemäss Art. 133 StGB einzugehen: Gemäss Art. 134 StGB wird bestraft, wer sich an einem Angriff auf einen oder mehrere Menschen beteiligt, der den Tod oder die Körperverletzung eines Angegriffenen oder eines Dritten zur Folge hat. Ein Angriff ist die einseitige, von feindseligen Absichten getragene, gewaltsame Einwirkung auf den oder die Körper eines oder mehrerer Menschen. Der körperliche Angriff muss von mehreren, mindestens zwei Personen ausgehen. Eine Beteiligung am Angriff kann auf jede Art erfolgen, solange die Beteiligten an Ort und Stelle in das Geschehen eingreifen. Beteiligung kann auch eine sachlich unterstützende, psychische oder verbale Mitwirkung zugunsten der angreifenden Partei sein, z.B. durch Zustecken von Kampfinstrumenten, Anfeuerungen, Ratschläge oder Warnung vor Gefahren. Während der Raufhandel eine wechselseitige tätliche Auseinandersetzung darstellt, ist der Angriff als einseitige körperliche Einwirkung auf eine oder mehrere Personen definiert. Daraus geht hervor, dass die angegriffene Seite entweder völlig passiv bleibt oder sich nur defensiv zu schützen versucht. Sie darf keinesfalls selber tötlich werden, sonst han-

- 13 - delt es sich um einen Raufhandel (BSK StGB I-MAEDER, 4. Aufl., Basel 2018, Art. 134 N 7 ff. m.w.H). Ein Raufhandel ist eine wechselseitige tätliche Auseinandersetzung von mindestens drei Personen, die den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen zur Folge hat. Ein Streit zwischen zwei Personen wird zum Raufhandel, wenn ein Dritter tötlich eingreift. Strafbar ist, wer sich beteiligt, d.h. wer aktiv am Raufhandel teilnimmt in einer Weise, die geeignet ist, die Auseinandersetzung zu fördern bzw. deren Intensität zu steigern. So ist auch derjenige Beteiligter, der vor der Erfüllung der objektiven Strafbarkeitsbedingung – den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen – vom Raufhandel ausscheidet, da seine bisherige Mitwirkung die Streitfreudigkeit der Beteiligten gesteigert hat, so dass die dadurch erhöhte Gefährlichkeit der Schlägerei regelmässig auch über die Dauer der Beteiligung einzelner Personen hinaus fortwirkt. Darüber hinaus gilt auch der Abwehrende als Beteiligter. Er ist gemäss Art. 133 Abs. 2 StGB nicht strafbar. Aber nur wer sich völlig passiv verhält, ist von der Bestimmung nicht erfasst (BGE 137 IV 1 E. 4.2.2; BGE 106 IV 246 E. 3b, d und e; je mit Hinweisen). Wenn eine Person sich rein passiv verhält, sich nur zu verteidigen sucht und keine Schläge austeilt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie sich am Raufhandel beteiligt. Tatsächlich wird eine gewisse Form der Beteiligung verlangt, d.h. ein aktiver, effektiver und wechselseitiger Kampf zwischen mindestens drei Personen. Wenn eine der drei Personen nicht kämpft und keine Gewalt anwendet, um den Angriff abzuwehren, liegt kein Raufhandel vor. In einem solchen Fall liegt ein Angriff, eine Tötlichkeit, eine Körperverletzung oder eine Tötung vor. Wenn hingegen eine Person eine aktive, aber rein defensive oder trennende Haltung einnimmt, d.h. Schläge austeilt, aber ausschliesslich um sich selbst oder andere zu schützen oder die Kämpfenden zu trennen, liegt Raufhandel vor. In diesem Sinne hat die Rechtsprechung klargestellt, dass, sobald das Gesetz demjenigen Straffreiheit gewährt, der sich auf die Verteidigung beschränkt hat, es annimmt, dass er auch ein Teilnehmer im Sinne von Art. 133 StGB ist. Diese Person kann jedoch in den Genuss der Straffreiheit nach

Art. 133 Abs. 2 StGB kommen, da sie sich durch ihr Verhalten darauf beschränkt hat, sich selbst oder andere zu verteidigen oder die Kämpfenden zu trennen. Diese Auslegung steht im Einklang

- 14 - mit der Rechtsprechung, dem Willen des Gesetzgebers und der Meinung der Lehre (BGE 131 IV 150 E. 2.1.2 m.w.H.). 3. Beweisgrundsätze

## **E. 2**

Verfahrenseinheit und Rückweisung an die Untersuchungsbehörde

### **E. 2.1**

Die Beschuldigte befand sich vom 4. Juli 2021, 14.00 Uhr, bis zum 5. Juli 2021, 16.00 Uhr, somit zwei Tage in Haft (Urk. D1/10/7), was ihr auf die Strafe an- zurechnen ist (vgl. Art. 51 StGB).

- 42 -

### **E. 2.2**

Anrechnung von erstandener Haft an eine Busse ist grundsätzlich zulässig, wobei der Anrechnungsfaktor demjenigen Faktor entspricht, nach welchem die Er- satzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse zu bestimmen ist (BGE 135 IV 126, E. 1.3.9). Eine entsprechende Anrechnung ist insbesondere auch dann möglich, wenn die Haft wegen eines Verbrechens oder Vergehens an- geordnet wurde, später jedoch nur eine Verurteilung wegen einer Übertretung er- folgt (Urteil des Bundesgerichts 6B\_182/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 1.3). Dies ist sogar der Fall, wenn die Haft und die Verurteilung wegen anderer Delikte er- folgten (Urteil des Bundesgerichts 1B\_179/2011 vom 17. Juni 2011 E. 4.2).

### **E. 2.3**

In diesem Sinne ist die vom Beschuldigten erstandene Haft von 2 Tagen ohne Weiteres an die auszufällende Busse anzurechnen. 3. Ersatzfreiheitsstrafe

## **E. 3**

Verwertbarkeit der Aussagen

### **E. 3.1**

Der Richter spricht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus (Art. 106 Abs. 2 StGB). Die Ersatzfreiheitsstrafe ist nach den Verhältnissen des Täters so festzusetzen, dass dieser eine Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

### **E. 3.2**

Beim Umwandlungssatz ist von Fr. 100.– auszugehen, da die finanzielle Situation der Beschuldigten nicht derart prekär ist, dass sie bei der Höhe der Busse substantiell zu berücksichtigen ist (vgl. dazu auch JOSITSCH/EGE/SCHWAR- ZENEGGER, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, S. 137). Demnach ist die Ersatzfreiheitsstrafe auf 3 Tage festzusetzen.

### **E. 3.3**

Die Busse ist zwingend zu bezahlen. Bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen anzuordnen. VI. Widerruf 1. Das Gericht widerruft eine bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder ein Vergehen begeht und zu erwarten ist, dass er weitere Straftaten verüben wird (Art. 46

- 43 - Abs. 1 StGB). Dabei ist zu beachten, dass die Probezeit erst mit der Eröffnung des Urteils zu laufen beginnt, das vollstreckbar wird (Art. 44 Abs. 4 StGB). 2. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Juni 2021 wurde die Beschuldigte wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG schuldig gesprochen und mit einer bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 40 Tagessätzen à Fr. 70.– bestraft, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (vgl. Urk. D1/14/2). Der Entscheid wurde am 14. September 2021 eröffnet (Urk. 43 S. 1), womit die Probezeit erst zu laufen begann. Da die Beschuldigte am 3. Juli 2021 und damit vor Eröffnung des vorgenannten Entscheids respektive vor Beginn der Probezeit erneut straffällig wurde, findet Art. 46 Abs. 1 StGB keine Anwendung. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 14. Juni 2021 ausgesprochenen Geldstrafe ist nicht zu widerrufen. VII. Zivilansprüche 1. Die Vorinstanz entsprach dem Antrag der Privatklägerin und verpflichtete die Beschuldigte, ihr in solidarischer Haftung mit dem Mitbeschuldigten B. \_\_\_\_\_ eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 1'000.– nebst 5 % Zins seit 3. Juli 2021 zu bezahlen. In der Berufungserklärung beantragt der Verteidiger die Abweisung der Genugtuungsforderung (Urk. 35 S. 7). 2. Die geschädigte Person kann nach Art. 122 Abs. 1 StPO im Strafverfahren zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat adhäsionsweise geltend machen. Sie hat diese spätestens im Parteivortrag zu beziffern und zu begründen (Art. 123 Abs. 2 StPO). Das Gericht entscheidet gemäss Art. 126 Abs. 1 StPO über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht (lit. a) oder wenn es die beschuldigte Person freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (lit. b). Die Zivilklage wird hingegen auf den Zivilweg verwiesen, wenn namentlich die Privatklägerschaft ihre Klage nicht hinreichend begründet oder beziffert hat (Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO; BSK StPO-DOLGE, 3. Aufl., Basel 2023, Art. 126 N 36 ff. m.w.H.) oder die Zivilsache noch nicht spruchreif ist

- 44 - (Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO; BSK StPO-DOLGE, 3. Aufl., Basel 2023, Art. 126 N 22). 3. Zwar ist hier die Beschuldigte von der zur Anklage gebrachten Straftat gegenüber der Privatklägerin infolge fehlender Tatbestandsmässigkeit freizusprechen, jedoch hat eine Abweisung der Genugtuungsforderung aufgrund der damit einhergehenden materiellen Rechtskraft des Anspruchs nicht zu erfolgen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Privatklägerin ihre Zivilforderung basierend auf vertragsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts in einem Zivilverfahren durchsetzen könnte. Die Zivilsache ist in diesem Sinne nicht spruchreif. Aus diesem Grund ist die Genugtuungsforderung auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen. VIII. Kosten 1. In Anbetracht dessen, dass die Beschuldigte mit ihren Berufungsbegehren vollumfänglich obsiegt bzw. – wie von ihr vor Vorinstanz und Berufungsinstanz beantragt – lediglich wegen Tätlichkeiten zum Nachteil des Geschädigten C. \_\_\_\_\_ verurteilt wird, sind die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario, Art. 428 Abs. 1 und 3 StPO, Art. 429 StPO). Angesichts des Freispruchs vom Vorwurf des Angriffs und dem damit einhergehenden Wegfall der Landesverweisung, des Widerrufs der Geldstrafe sowie

der Genugtuung an die Privatklägerin fällt die Verurteilung wegen Tätlichkeit nicht ins Gewicht, sodass von einer teilweisen Auf-erlegung der Kosten auf die Beschuldigte abgesehen werden kann. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz (vgl. Art. 426 Abs. 2 und Art. 428 Abs. 1 StPO). 2. Der seitens der amtlichen Verteidigung geltend gemachte Aufwand für das zweitinstanzliche Gerichtsverfahren ist ausgewiesen und erscheint angemessen (Urk. 47). Es rechtfertigt sich daher, Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ für seine Auf-wendungen im Berufungsverfahren pauschal und gesamthaft mit Fr. 8'500.– (inkl.

- 45 - Auslagen und MwSt.) zu entschädigen. Die entsprechenden Kosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. 3. Bei diesem Verfahrensausgang beziehungsweise mangels eines strafbaren Verhaltens der Beschuldigten gegenüber der Privatklägerin steht dieser keine Entschädigung zu (Art. 433 Abs. 1 StPO e contrario). Es wird beschlossen:

## **E. 6**

in SB230014 / Urk. D1/6/1-2 in SB230013). Mit diesen Hintergründen bleiben seine Aussagen im Strafverfahren verwertbar.

- 10 - 4. Beweisanträge 4.1. In der Berufungserklärung vom 17. Januar 2024 beantragte der amtliche Verteidiger den Beizug der vollständigen, von der Kantonspolizei Zürich ab dem sichergestellten Mobiltelefon von A. \_\_\_\_\_ ausgelesenen Daten; die Befragung von Kpl D. \_\_\_\_\_ und von Wm mbA E. \_\_\_\_\_ (eventualiter Einholung eines schrift-lichen Berichts) c/o Kantonspolizei Zürich, Station F. \_\_\_\_\_; die Befragung der Pri- vatklägerin und von C. \_\_\_\_\_ sowie die Befragung von G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ (Urk. 35 S. 7 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte er weiter das Einholen von Amtsberichten von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Dietikon und des Kinder- und Jugendhilfezentrums Dietikon (Urk. 45; Prot. II S. 17). 4.2. Wie sich nachfolgend zeigen wird, erfolgt hinsichtlich Angriffs nach Art. 134 StGB ein Freispruch, womit auch die Anordnung einer Landesverweisung entfällt. Da die Beweisanträge für den Fall eines Schuldspruchs betreffend Angriff sowie der Landesverweisung gestellt wurden, erübrigt sich zufolge Freispruchs eine Prüfung der Beweisanträge. III. Sachverhalt 1. Anklage

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