

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170233-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. Ch. Prinz sowie die Gerichtsschreiberin MLaw M. Konrad

Urteil vom 27. November 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend

versuchte schwere Körperverletzung

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, I. Abteilung,
vom 17. Februar 2017 (DG160019)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 26. Juli 2016 (Urk. 13) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 47 S. 51 f.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte A._____ die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen.
5. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte A._____ gegenüber dem Privatkläger B._____ aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatzanspruches wird der Privatkläger B._____ auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
6. Der Beschuldigte A._____ wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ eine Genugtuung von Fr. 500.– zuzüglich 5 % Zins ab 29. September 2014 zu bezahlen.
7. Der Beschuldigte A._____ wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.–, zuzüglich 8 % MWSt. (Fr. 720.–) zu bezahlen.
8. Die Entschädigung von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten A._____ wird auf Fr. 4'093.20 festgesetzt (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).

9. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:
- | | | | |
|-----|----|----------|---------------------------------|
| Fr. | 1. | 3'000.00 | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 2. | 1'871.00 | Gebüher Vorverfahren |
| Fr. | 3. | 4'093.20 | amtliche Verteidigung |
| Fr. | 4. | 8'964.20 | Total |
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten A._____ auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
11. Es wird eine Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes angeordnet. Die Kantonspolizei Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt.
12. Der Beschuldigte A._____ wird verpflichtet, sich innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils bei der Kantonspolizei Zürich, Erkennungsdienst, Kasernenstrasse 29, 8021 Zürich, zur erkennungsdienstlichen Behandlung mit Wangenschleimhautabnahme zu melden.
13. (Mitteilungen)
14. (Rechtsmittel).

Berufungsanträge:

- a) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 72 S. 3)
1. Der Angeklagte sei lediglich – wegen Verstoss gegen Art. 123 StGB – schuldig zu sprechen.
 2. Der Angeklagte sei mit einer – bedingten – Geldstrafe zu 180 (event. 360) Tagessätzen zu sanktionieren.
 3. Eventualiter: Der Angeklagte sei mit gemeinnütziger Arbeit (zu 180 Tagessätzen / 720 Stunden) zu sanktionieren.

4. Subeventualiter: Der Appellant sei mit einer – bedingten – zwölfmonatigen Freiheitsstrafe zu sanktionieren.
 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates.
- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 73 S. 1)
1. Der Beschuldigte A._____ sei mit einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren zu bestrafen.
 2. Die Probezeit sei auf zwei Jahre festzusetzen.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 17. Februar 2017 wurde der Beschuldigte A._____ anklagegemäss der versuchten schweren Körperverletzung schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten sowie einer Busse bestraft, wobei ihm für die Freiheitsstrafe der bedingte Strafvollzug gewährt wurde (Urk. 47 S. 51). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 27. Februar 2017 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 42). Die Berufungserklärung der Verteidigung sowie deren notwendige Erläuterung gingen ebenfalls innert gesetzlicher respektive präsidialiter angesetzter Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 48; Urk. 63). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 30. Juni 2017 innert Frist Anschlussberufung angemeldet (Urk. 55; Art. 400 Abs. 2 f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 48, 55 und 63). Die Verteidigung hat in ihrer ersten Berufungserklärung sowie in ihrer Erläuterung, zu welcher sie angehalten werden musste, das vorinstanzliche Urteil zunächst – sinngemäss – vollumfänglich angefochten (Urk. 48; Urk. 63), daraufhin an der Berufungsverhandlung vom 27. November

2017 jedoch – ebenfalls sinngemäss – erklärt, es seien lediglich der Schuldspruch (Dispoziff. 1), die Strafe (Dispoziff. 2), der Vollzug (Dispoziff. 3) und die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe (Dispoziff. 4) angefochten (Prot. II S. 10).

2. Demnach sind im Berufungsverfahren sämtliche vorinstanzlichen Anordnungen mit Ausnahme der Dispoziffern 1-4 nicht angefochten. Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO).

3. Am 27. November 2017 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, sowie der Leitende Staatsanwalt Rechtsanwalt Dr. iur. R. Jäger als Vertreter der Anklagebehörde erschienen sind (Prot. II S. 6). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 14 ff.).

II. Schuldpunkt

1. Sachverhalt

1.1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift der Anklagebehörde vom 26. Juli 2016 (Urk. 13) zusammengefasst vorgeworfen, er habe am 29. September 2014 auf einem Parkplatz in C._____ dem abgelenkten Privatkläger überraschend und heftig mit der Faust in die linke Gesichtshälfte geschlagen, worauf dieser zu Boden gegangen sei und mit der rechten Gesichtshälfte auf dem Betonboden aufgeschlagen habe. Dem fallenden Privatkläger habe der Beschuldigte zusätzlich mit dem Fuss oder Schienbein kräftig ins Gesicht getreten. Als Folge des Faustschlags und des Fusstritts habe der Privatkläger diverse Verletzungen, darunter eine Augenprellung, eine HWS-Kontusion, eine Rissquetschwunde und eine Zahnlockerung, als Folge des Sturzes zudem eine weitere Rissquetschwunde im Gesicht und einen Ohrmuschelriss erlitten.

1.1. Der Beschuldigte hat stets anerkannt, dem Privatkläger einen Faustschlag ins Gesicht versetzt zu haben (vgl. Urk. 4/2), wobei er an der Berufungsverhandlung dazu präzisierte, dem Privatkläger zwei bis dreimal ins Gesicht geschlagen zu haben (Urk. 71 S. 10 f.) Weiter anerkennt er, den fallenden Privatkläger ge-

treten zu haben, allerdings nicht ins Gesicht, sondern in den Bauch. Sodann anerkennt er – auch an der Befragung im Rahmen der Berufungsverhandlung – die durch den Privatkläger gemäss Anklageschrift erlittenen Verletzungen (Urk. 35 S. 11-15; Urk. 71 S. 8).

1.2. Den Ausführungen der Verteidigung an der Hauptverhandlung ist – zusammengefasst und wohlwollend sinngemäss interpretiert – zu entnehmen, dass der Privatkläger keine schwere Körperverletzung erlitten und der Beschuldigte die Verursachung einer solchen auch nicht in Kauf genommen habe. Der Beschuldigte habe den Privatkläger mit einem Faustschlag niedergestreckt und nicht gegen den Kopf, sondern lediglich gegen den Bauch getreten (Urk. 32; Prot. I S. 14-16).

1.3. Am Tatort tatzeitaktuell präsent waren der Beschuldigte, der Privatkläger sowie die Zeugen D._____ und E._____ (Urk. 1). Die Vorinstanz hat die Aussagen dieser Personen, wie sie im gesamten Verfahren deponiert wurden, ausführlich zitiert (Urk. 47 S. 17-26 mit Verweisen), worauf vorab verwiesen wird (Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.4. Der Zeuge E._____ hat den eigentlichen, tätlichen Angriff des Beschuldigten auf den Privatkläger nicht gesehen (Urk. 6/3; Urk. 6/4). Der Anklagesachverhalt stützt sich namentlich auf die Schilderung des Zeugen D._____ (Urk. 6/1; Urk. 6/2).

1.5. Eine kritische Auseinandersetzung mit den belastenden Aussagen des Zeugen D._____ hat seitens des Beschuldigten – aufgrund deren Überzeugungskraft nachvollziehbar – weder im Hauptverfahren stattgefunden (Urk. 32; Prot. I S. 11 ff.), noch ist dies im vorliegenden Berufungsverfahren der Fall (Urk. 48; Urk. 63; Urk. 72).

1.6. Mit der Vorinstanz (Urk. 47 S. 24 und S. 26 ff.) hat der Zeuge D._____ grundsätzlich widerspruchsfrei und deckungsgleich, keinesfalls aggravierend, differenziert, nachvollziehbar, stringent, konkret, glaubhaft und damit überzeugend geschildert, dass der Beschuldigte den Privatkläger überraschend mit der rechten Faust gegen die linke Gesichtshälfte schlug, während dieser sich telefonierend

abwandte, und der Beschuldigte dem fallenden Privatkläger, noch bevor dieser mit dem Gesicht auf dem Boden aufschlug, ins Gesicht – und nicht etwa in den Bauch – trat (Urk. 6/1; Urk. 6/2). Eine tätliche Handlung des Privatklägers gegen den Beschuldigten, wie sie halbherzig der Beschuldigte (Urk. 35 S. 10 f.), nicht jedoch die Verteidigung (Urk. 32) behauptet, hat der Zeuge nicht bestätigt. Es gibt keinerlei Hinweis oder ein nachvollziehbares Motiv für eine Falschbelastung des Beschuldigten durch den Zeugen. Die Darstellung des Zeugen, der Privatkläger sei zum Zeitpunkt des Faustschlags in ein Telefongespräch vertieft und abgewandt gewesen, wird durch die gleichlautende Aussage des Privatklägers gestützt (Urk. 5/1-5); diejenige, der Beschuldigte habe den Privatkläger gegen das Gesicht – und nicht gegen den Bauch – getreten, durch die ärztlichen Berichte zu den durch den Privatkläger tatsächlich erlittenen Verletzungen (Urk. 3/2; Urk. 8/12; Urk. 8/15-17). Eine weitere Auseinandersetzung mit den vor diesem Beweisresultat offensichtlichen Schutzbehauptungen des Beschuldigten (Urk. 4/1-4; Urk. 35), namentlich zur fehlenden Intensität des Schlags wie auch des Tritts sowie zum angeblichen Ziel des Tritts, ist obsolet.

1.7. Der Beschuldigte hat den Privatkläger fraglos mit Wissen und Willen heftig ins Gesicht geschlagen und getreten. Damit ist der äussere und innere Anklagesachverhalt rechtsgenügend erstellt. Welche Folgen für den Privatkläger der Beschuldigte bei seiner Attacke in Kauf genommen hat, ist nachstehend bei der rechtlichen Würdigung festzustellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_222/2014 vom 15. Juli 2014 E. 1.3.3).

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Der Privatkläger hat beim inkriminierten Übergriff die in der Anklageschrift angeführten Verletzungen erlitten, was der Beschuldigte – wie in der vorstehenden Sachverhaltserstellung erwogen – anerkennt. Allseits anerkanntermassen haben diese Verletzungen insgesamt nicht den Grad einer schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB aufgewiesen (vgl. Urk. 8/15 S. 2). Mangels Eintritts des geforderten Taterfolgs wurde der objektive Tatbestand dieser Bestimmung nicht erfüllt. Zu prüfen ist daher eine versuchte Tatbegehung (Abs. 22 Abs. 1 StGB).

2.2. Wie die Vorinstanz richtig zitiert, wirft die Anklagebehörde dem Beschuldigen vor, er habe durch den Faustschlag und den Tritt gegen das Gesicht des Privatklägers in Kauf genommen, dass das linke Auge des Privatklägers – und somit ein wichtiges Organ im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB – geschädigt wird, dass der Privatkläger durch den Tritt gegen den Kopf eine Hirnverletzung erleidet, sowie dass der Privatkläger als Folge des Faustschlags und des Fusstritts gegen den Kopf unkontrolliert auf den Boden stürzt, mit dem Kopf auf dem harten Strassenbelag aufschlägt und dadurch eine lebensgefährliche Kopf-/Hirnverletzung erleidet (Urk. 47 S. 32 mit Verweis auf Urk. 13 S. 3).

2.3. Die Verteidigung verneint im Berufungs- wie bereits im Hauptverfahren, der Beschuldigte habe in Kauf genommen, den Privatkläger schwer zu verletzen (Urk. 32 S. 4; Urk. 63 S. 2 f.; Urk. 72; Prot. II S. 8 ff).

2.4. Gemäss der einschlägigen bundesgerichtlichen Praxis gilt das Folgende:

Zum Grundsätzlichen (Entscheid des Bundesgerichts 6B_366/2014 vom 23. April 2015 E. 1.2.1-1.2.4):

"Den Tatbestand der schweren Körperverletzung erfüllt u.a., wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt oder eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht (Art. 122 Abs. 1 und Abs. 3 StGB). Eventualvorsätzlich handelt, wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, mag er ihm auch unerwünscht sein (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB; BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4 mit Hinweis).

Ein Versuch liegt vor, wenn der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt oder der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht eintritt oder dieser nicht eintreten kann (Art. 22 Abs. 1 StGB). Beim Versuch erfüllt der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale und manifestiert seine Tatentschlossenheit, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (BGE 137 IV 113 E. 1.4.2 mit Hinweisen).

Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat, muss das Gericht – bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten – aufgrund der Umstände der Tat entscheiden. Es darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich diesem die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweis). Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist, und je schwerer die Rechtsgutsverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 29 E. 3). War der Eintritt des Erfolgs nicht wahrscheinlich, sondern bloss möglich, darf nicht allein aus dem Wissen des Beschuldigten um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen (BGE 133 IV 1 E. 4.1; 131 IV 1 E. 2.2; 125 IV 242 E. 3 f)."

2.5. Sodann zum Konkreten (Bundesgericht Urteile 6B_388/2012 vom 12. November 2012 E. 2.4.1 f.; 6B_802/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.3.3):

"2.4.1. Das Bundesgericht hatte auch in der jüngeren Rechtsprechung wiederholt Körperverletzungen im Zusammenhang mit Faustschlägen zu beurteilen. Im Urteil 6B_758/2010 vom 4. April 2011 (Heftiger Faustschlag in das Gesicht mit tödlichen Folgen) bejahte es eine (eventual-)vorsätzliche schwere Körperverletzung, wobei der Täter gleichzeitig wegen fahrlässiger Tötung verurteilt wurde. In anderen Fällen blieb es bei einem Schuldspruch wegen einfacher Körperverletzung (vgl. etwa BGE 119 IV 25; Bundesgericht Urteile 6B_151/2011 vom 20. Juni 2011 E. 3; 6S.386/2003 vom 18. Mai 2004 E. 3).

2.4.2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass die rechtliche Qualifikation von Körperverletzungen als Folge von Faustschlägen von den konkreten Tatumständen abhängt. Massgeblich sind insbesondere die Heftigkeit des Faustschlags und die Verfassung des Opfers. Bei dem von der Vorinstanz festgestellten, ausserordentlich wuchtigen Faustschlag und dem reduzierten Zustand des Beschwerdegegners 2 waren ein unkontrollierter Sturz desselben und ein Aufschlagen des Kopfs auf dem Asphalt keineswegs aussergewöhnlich. Entgegen

dem Einwand des Beschwerdeführers sind die schweren Körperverletzungen nicht bloss Folge eines äusserst unglücklichen Tatverlaufs. Angesichts der konkreten Tatumstände durfte die Vorinstanz den Eintritt von schweren Körperverletzungen als "ohne Weiteres möglich" einstufen, womit sie von einem eher hohen Risiko ausgeht. Der vorinstanzliche Schluss, der Beschwerdeführer habe dieses Risiko eines unkontrollierten Sturzes und damit einhergehender schwerer Verletzungen erkannt, ist nicht willkürlich. Das Wissen um die Möglichkeit von schweren Verletzungen war aufgrund seiner Lebenserfahrung zu bejahen. Das Verhalten des Beschwerdeführers, der dem Opfer aus nichtigem Anlass einen heftigen Faustschlag ins Gesicht versetzte, ist als schwere Pflichtverletzung zu werten. Der Faustschlag war offensichtlich auf eine Verletzung des Opfers ausgerichtet. Der Beschwerdeführer war sich zudem bewusst, dass schwere Körperverletzungen ohne Weiteres möglich waren (vgl. oben). Bei dieser Ausgangslage kann der Nachweis des Eventualvorsatzes als erbracht gelten."

2.6. In ihren Erwägungen zitiert die Vorinstanz diverse nicht-einschlägige Entscheide des Bundesgerichts (Urk. 47 S. 34 f.). Diesen Entscheiden lag jeweils (und so durch die Vorinstanz auch zitiert) ein Tatvorgehen zu Grunde, bei welchem der Täter auf ein am Boden liegendes, wehrloses Opfer eingeschlagen oder -getreten hat. Solches wird dem Beschuldigten in concreto gerade nicht zur Last gelegt. Die Vorinstanz weicht in der Folge denn auch in unzulässiger Weise sowohl vom eingeklagten wie erstellten und damit massgeblichen Anklagesachverhalt ab: Wenn referiert wird, "wer auf dem Boden liegend mit Fusstritten und Faustschlägen traktiert wird, ist dem Angreifer wehrlos ausgeliefert" und "wer, wie der Beschuldigte, zweimal mit Wucht auf den Kopf eines am Bodenliegenden und wehrlosen Opfers einschlägt bzw. tritt, der weiss um das Risiko (...)" (Urk. 47 S. 36), deckt sich dies in keiner Weise mehr mit dem konkreten Tatablauf!

2.7. Bei seinem einzelnen Faustschlag gegen das Gesicht des Privatklägers ist mit der Verteidigung und entgegen der Anklagebehörde sowie der Vorinstanz zugunsten des Beschuldigten noch nicht davon auszugehen, dass er allein aufgrund dieser Aktion bereits mit einer dauernden Beschädigung des linken Auges des Privatklägers rechnen musste.

2.8. Der nachfolgende Fusstritt wurde zwar vom Zeugen D._____ als kräftig beschrieben und durch die Anklagebehörde auch so eingeklagt. Darüber hinaus blieb die Anklageformulierung jedoch vage: "wohl mit seinem linken Fuss", "mit dem Fuss wie auch mit dem Schienbein", "mutmasslich gegen die linke Gesichtshälfte". Vor diesem Hintergrund ist zugunsten des Beschuldigten noch nicht davon auszugehen, dass er damit rechnete, mit dem Fusstritt – in der inkriminierten Weise – das linke Auge des Privatklägers dauernd zu beschädigen oder bei diesem eine lebensgefährliche Hirnverletzung zu verursachen.

2.9. Hingegen schlug der Beschuldigte den in abgewandter Stellung telefonierenden und damit unvorbereiteten und wehrlosen Privatkläger unvermittelt derart hart ins Gesicht, dass dieser sofort zu Boden ging. Und noch während dieser fiel, trat er dem Fallenden zusätzlich hart mit dem Fuss ins Gesicht. Es war für den Beschuldigten offensichtlich und voraussehbar, dass der Privatkläger als Folge davon völlig unkontrolliert mit dem Kopf auf dem harten Boden aufschlagen würde, was auch geschah. Es ist jedermann bekannt, dass ein solcher Aufprall mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu schweren Kopf- und Hirnverletzungen (Schädelfraktur, Hirntrauma und -blutung) und daraus resultierend zu einer Lebensgefahr führen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_802/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.3.4), was der Beschuldigte selbst an der Berufungsverhandlung als denkbar bestätigte (Urk. 71 S. 10). Folglich hat der Beschuldigte aufgrund der konkreten Tatumstände im Sinne der vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Praxis in Kauf genommen, dass der Privatkläger lebensgefährlich verletzt wird. Dass der Erfolg ausblieb und der Privatkläger keine schwere Hirnverletzung davon trug, ist einzig Glück zu verdanken.

3. Fazit

Damit hat der Beschuldigte den subjektiven Tatbestand von Art. 122 Abs. 1 StGB erfüllt und er ist der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

III. Sanktion

1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten bei anklagegemässer Verurteilung mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten und einer Busse von Fr. 1'000.– bestraft (Urk. 47 S. 51). Die anschlussappellierende Anklagebehörde beantragt wie im Hauptverfahren eine Bestrafung mit zwei Jahren Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.– (Urk. 36; Urk. 55; Urk. 73). Die appellierende Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren, ausgehend von einer Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung, eine Bestrafung mit 180 (evt. 360) Tagessätzen Geldstrafe, eventualiter 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit und subeventualiter mit zwölf Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 63 S. 2; Urk. 72 S. 3). Soweit die Verteidigung die Senkung des angefochtenen Strafmasses mit einem leichter wiegenden Schuldspruch begründet, ist ihr aufgrund der Bestätigung der Verurteilung wegen versuchter schwerer Körperverletzung ab initio nicht zu folgen.

2. Wenn die Vorinstanz bei der Bemessung des anwendbaren Strafrahmens erwägt, es seien "keine Strafmilderungsgründe ersichtlich" (Urk. 47 S. 38), ist dies schlicht falsch: Gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB kann das Gericht beim Vorliegen eines Versuchs die Strafe mildern (vgl. Art. 48a StGB). Gemäss ständiger höchstrichterlicher Praxis sind aber Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe grundsätzlich – und konkret auch im vorliegenden Fall – innerhalb des ordentlichen Strafrahmens (Art. 122 Abs. 4 StGB: Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen) zu berücksichtigen (BGE 136 IV 55 E. 5.8).

3. Zu den theoretischen Grundsätzen der Strafzumessung wird auf die einschlägige Praxis verwiesen (BGE 136 IV 55 E. 5.4. ff.; 134 IV 17 E. 2.1; 132 IV 102 E. 8.1 mit Verweisen).

4.1. Zur Tatkomponente und dort zur objektiven Tatschwere hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, der Beschuldigte habe dem Privatkläger zweimal heftig gegen den Kopf geschlagen respektive getreten, es sei nur dem Zufall zu verdanken, dass keine schweren Verletzungen eingetreten sind, und die effektiv vorliegenden Verletzungen seien noch eher geringfügig (Urk. 47 S. 39 f.). Wenn dann

jedoch "der Tatbeitrag des Beschuldigten eher noch als gering" und "die vom Beschuldigten ausgehende kriminelle Energie als nicht hoch" gewertet wird, ist dies eine nicht zutreffende Verharmlosung: Der Beschuldigte hat ohne Vorwarnung, für diesen überraschend und brutal zweimal gegen den Kopf des Privatklägers geschlagen, was mit der Anklagebehörde (Urk. 73 S. 4) von einiger krimineller Energie zeugt!

Wenn die Vorinstanz die objektive Tatschwere als "gerade noch leicht" taxiert, kann dies im weiten Feld des Möglichen noch übernommen werden. Dies führt dann aber konsequenterweise zu einer Einsatzstrafe am oberen Ende des unteren Drittels des anwendbaren Strafrahmens (vgl. WIPRÄCHTIGER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StGB I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 47 N 19 m.w.H.) und somit von rund 3 Jahren Freiheitsstrafe.

4.2. Zur subjektiven Tatschwere war der Beschuldigte in seiner Schuldfähigkeit in keiner Weise eingeschränkt (Art. 19 Abs. 2 StGB). Er hat direktvorsätzlich auf den Privatkläger eingeschlagen, die Gefahr einer daraus resultierenden lebensgefährlichen Verletzung lediglich in Kauf genommen. Zum Motiv mag sich der Beschuldigte mit der Vorinstanz durch angebliche abfällige Äusserungen des Privatklägers über seine Ehefrau provoziert oder herabgesetzt gefühlt haben. Wer jedoch auf die inkriminierte Weise Selbstjustiz übt, nur um sich für eine Kränkung Satisfaktion zu verschaffen, handelt nichtsdestotrotz egoistisch. Die subjektive Tatschwere wiegt nur unwesentlich leichter als die objektive.

4.3. Da der deliktische Erfolg, eine lebensgefährliche Verletzung beim Privatkläger, nicht eingetreten ist, führt die versuchte Tatbegehung zu einer Strafsenkung, allerdings nicht zu einer wesentlichen: Der Beschuldigte hat mit seinem zweimaligen Zuschlagen gegen den Kopf des überraschten Privatklägers alles Nötige getan, um auch den objektiven Tatbestand zu erfüllen. Dass dies nicht erfolgte, können Beschuldigter und Privatkläger einzig einem glücklichen Zufall verdanken.

4.4. Nach der Beurteilung der Tatkomponente ist eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 24 Monaten Freiheitsstrafe festzusetzen.

Den Ausführungen der Verteidigung zur Tatkomponente im Haupt- wie im Berufungsverfahren lässt sich im übrigen auch bei wohlwollender Lektüre kaum etwas Sachdienliches entnehmen (Urk. 32; Urk. 48; Prot. I S. 11 ff.; Urk. 63; Urk. 72).

4.5. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt (Urk. 47 S. 42). An der Berufungsverhandlung wurde aktualisiert, dass der Beschuldigte aus finanziellen Gründen nach Frankreich umgezogen sei, jedoch nach wie vor in der Schweiz in C._____ arbeite. Weiter gab er zu Protokoll, zwar nicht von seiner Ehefrau getrennt zu sein, jedoch aus familiären Gründen momentan von ihr getrennt zu leben (Prot. II S. 2 ff.). Die persönlichen Verhältnisse wiegen strafzumessungsneutral. Der Beschuldigte weist auch keine gesteigerte Strafempfindlichkeit auf: Ausländerrechtliche Konsequenzen seiner Tat, wie der Verteidiger sie sinngemäss geltend macht (Urk. 63 S. 2; Urk. 72 S. 2 ff.), waren für den Beschuldigten abseh- und kalkulierbar. Wenn die Vorinstanz die Vorstrafe des Beschuldigten aus dem Jahr 2011 (Urk. 50), da nicht einschlägig, überhaupt nicht berücksichtigt (Urk. 47 S. 42), – und die Anklagebehörde dies unterstützt (Urk. 55 S. 3; Urk. 73 S. 6) – ist dies schlicht falsch (Urteil des Bundesgerichts 6B_105/2015 vom 13. Januar 2016 E. 1.3.2). Diese wirkt sich immerhin leicht strafferhöhend aus. Wohl zeigt der Beschuldigte kein exemplarisch positives Nachtatverhalten: Er wirft dem Privatkläger vor, selber tötlich geworden zu sein und verharmlost sein eigenes Tatvorgehen. Er bekundet hingegen eine gewisse Reue und Einsicht (Prot. I S. 20) und ist immerhin im äusseren Sachverhalt ansatzweise geständig. Dies führt – wiederum entgegen der Vorinstanz – zu einer leichten Minderung.

Den Ausführungen der Verteidigung im Rahmen der Berufungsverhandlung (vgl. Urk. 72; Prot. II S. 8 ff.) lassen sich keine für die Strafzumessung relevanten Vorbringen entnehmen. Zugunsten des Beschuldigten ist wohl davon auszugehen, dass er die Genugtuung an den Privatkläger – wie von seiner Verteidigung geltend gemacht (Urk. 70/1) – bezahlt hat. Da dies jedoch nicht belegt ist, kann sich dies höchstens marginal zugunsten des Beschuldigten auswirken, zumal er an der Berufungsverhandlung auch kein Wort des Bedauerns ausgedrückt hat (vgl. Urk. 71; Prot. II S. 14)

4.6. Im Resultat führt die Beurteilung der Täterkomponente weder zu einer Erhöhung noch zu einer Senkung der nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessenen hypothetischen Einsatzstrafe. Der Beschuldigte ist damit dem Antrag der anschlussappellierenden Anklagebehörde folgend mit 24 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen.

5. Dem Beschuldigten ist mit der Vorinstanz und gemäss den übereinstimmenden Anträgen der Verteidigung (Urk. 63; Urk. 72) und der Anklagebehörde (Urk. 55; Urk. 73) der bedingte Strafvollzug zu gewähren. Aufgrund der eingetragenen Vorstrafe des Beschuldigten wäre auch eine nicht-minimale Probezeit von mehr als zwei Jahren denkbar gewesen (Art. 44 Abs. 1 StGB). Da die Anklagebehörde sich jedoch mit der entsprechenden vorinstanzlichen Regelung ausdrücklich einverstanden erklärt (Urk. 55; Urk. 73), kann dies übernommen werden.

6. Die Vorinstanz hat sodann mit zutreffenden Erwägungen eine Verbindungsbusse von Fr. 1'000.– und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen bemessen. Dies ist ohne Ergänzungen zu übernehmen (Urk. 47 S. 44 f.).

V. Kosten

1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen (Art. 426 und 433 StPO).

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

3. Der appellierende Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich, die anschlussappellierende Anklagebehörde obsiegt. Daher sind die Kosten dieses Verfahrens (exklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung) dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt einer Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, I. Abteilung, vom 17. Februar 2017, wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. (...)
2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte A._____ gegenüber dem Privatkläger B._____ aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatzanspruches wird der Privatkläger B._____ auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
6. Der Beschuldigte A._____ wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ eine Genugtuung von Fr. 500.– zuzüglich 5 % Zins ab 29. September 2014 zu bezahlen.
7. Der Beschuldigte A._____ wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.–, zuzüglich 8 % MWSt. (Fr. 720.–) zu bezahlen.
8. Die Entschädigung von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten A._____ wird auf Fr. 4'093.20 festgesetzt (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).
9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'871.00	Gebühr Vorverfahren
Fr.	4'093.20	amtliche Verteidigung
Fr.	8'964.20	Total

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten A._____ auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

11. Es wird eine Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes angeordnet. Die Kantonspolizei Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt.

12. Der Beschuldigte A._____ wird verpflichtet, sich innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils bei der Kantonspolizei Zürich, Erkennungsdienst, Kasernenstrasse 29, 8021 Zürich, zur erkennungsdienstlichen Behandlung mit Wangenschleimhautabnahme zu melden.

13. (Mitteilungen)

14. (Rechtsmittel)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.—.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'605.60 amtliche Verteidigung.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)
 - die Vertretung des Privatklägers im Doppel für sich und die Privatklägerschaft (auszugsweise)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
8. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 27. November 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

MLaw M. Konrad

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.