

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110424-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Spiess, Vorsitzender, lic.iur. Ruggli und lic.iur. et phil. Glur sowie der Gerichtsschreiber lic.iur. Hafner

Urteil vom 15. November 2011

in Sachen

A. _____,

Angeklagter und Appellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

Anklägerin und Appellatin

betreffend **Raufhandel etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom
18. November 2010 (DG100361)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 9. Juli 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 30).

Beschluss der Vorinstanz:

1. Auf die Anklage betreffend Hehlerei gemäss Anklagevorwurf IV. wird nicht eingetreten.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Angeklagte ist schuldig
 - des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB,
 - der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB sowie
 - der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Juni 2007.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 6 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (6 Monate, abzüglich 20 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Für die Dauer der Probezeit wird dem Angeklagten die Weisung erteilt, das Lernprogramm DOT (Deliktorientiertes Lernprogramm in Einzelsitzungen) zu absolvieren, solange dies erforderlich ist, längstens bis zum Ablauf der Probezeit.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'500.-- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. Kosten der Kantonspolizei

Fr. Kanzleikosten Untersuchung

Fr. 915.40 Auslagen Untersuchung

Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung

Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden zu drei Vierteln dem Angeklagten auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen. Die dem Angeklagten auferlegten Kosten werden definitiv abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Angeklagten:

(Urk. 65 S. 1 f.)

Hauptantrag:

1. Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. November 2010;
2. Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz;

Eventualantrag:

1. Der Angeklagte A. _____ sei

freizusprechen:

- des Raufhandels
im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB;
- der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte,
im Sinne von Art. 285 Ziff. 1 StGB;
- evtl. der Drohung
im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB;

dagegen schuldig zu sprechen:

- der einfachen Körperverletzung
im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB.
2. Er sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Haft von 20 Tagen;
 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei aufzuschieben und die Probezeit auf drei Jahre festzusetzen;
 4. Für die Dauer der Probezeit sei dem Angeklagten die Weisung aufzuerlegen, das Lernprogramm DOT zu absolvieren, solange dies erforderlich ist, längstens bis zum Ablauf der Probezeit;
 5. Die Untersuchungskosten und die erstinstanzlichen Gerichtskosten seien zu ½ dem Angeklagten aufzuerlegen und zu ½ auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die dem Angeklagten aufzuerlegenden Kosten seien definitiv abzuschreiben. Die Kosten für das Berufungsverfahren seien vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen, ebenso die Kosten der amtlichen Verteidigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren;

Subeventuell (im Fall einer Bestätigung der erstinstanzlichen Schuldsprüche):

sei der Angeklagte mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Juni 2007 zu bestrafen, wieder unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren und der nämlichen Weisungserteilung;

Diesfalls sei die Regelung der Kostenfolge für das erstinstanzliche Verfahren zu bestätigen. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien zur Hälfte dem Angeklagten aufzuerlegen und zu einer Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die dem Angeklagten aufzuerlegenden Kosten seien definitiv abzuschreiben und die Kosten der amtlichen Verteidigung für das zweitinstanzliche Verfahren seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- b) des Vertreters der Staatsanwaltschaft See/Oberland:
(Urk. 60 S. 1)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, verurteilte den Angeklagten am 18. November 2010 wegen Raufhandels, Drohung und einfacher Körperverletzung und bestrafte ihn mit einer teilbedingten Strafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil vom 8. Juni 2007. Dabei wurde der zu vollziehende Strafteil auf sechs Monate festgelegt, während für den aufgeschobenen restlichen Teil der Strafe eine Probezeit von drei Jahren angesetzt wurde. Dem Angeklagten wurde zudem die Weisung erteilt, während der Probezeit ein deliktorientiertes Lernprogramm zu absolvieren. Auf den Anklagepunkt IV betref-

fend Hehlerei sowie den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Widerruf der Vorstrafe trat das Bezirksgericht nicht ein (Urk. 57).

Gegen dieses Urteil legte der Angeklagte am 2. Dezember 2010 Berufung ein (Urk. 46). Die Beanstandungsschrift folgte am 20. April 2011 (Urk. 49). Demnach werden die Verurteilungen wegen Raufhandel und Drohung angefochten. Des Weiteren wird die Strafe als übersetzt betrachtet und es wird die Auffassung vertreten, die Zusatzstrafe und die weitere Strafe hätten gesondert ausgefällt und der Vollzug derselben hätte gänzlich aufgeschoben werden sollen bei Ansetzung einer längeren Probezeit.

Die Staatsanwaltschaft beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 60). Während die Anklagebehörde auf Beweisanträge verzichtete (a.a.O.), verlangte die Verteidigung im Zusammenhang mit den angefochtenen Schuldsprüchen die Anhörung diverser Zeugen (Urk. 49), zog diese Beweisanträge aber anlässlich der Berufungsverhandlung wieder zurück (Prot. II S. 20).

Unangefochten geblieben sind somit die Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung (Dispositivziffer 1, teilweise) sowie die Kostenaufstellung durch die Vorinstanz (Dispositivziffer 5). Gleiches gilt für das Nichteintreten der Vorinstanz auf den Anklagepunkt betreffend Hehlerei und auf den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Widerruf der Vorstrafe. Dass dies alles somit bereits in Rechtskraft erwachsen ist, ist vorab festzustellen.

2. Da der angefochtene Entscheid vor dem Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung gefällt wurde, wird diese Berufung gemäss den Übergangsrechtlichen Bestimmungen (Art. 453 Abs. 1 StPO) nach bisherigem kantonalem Prozessrecht beurteilt.

II. Raufhandel

Die Anklage wirft dem Angeklagten vor, sich am 15. April 2007 früh morgens auf der B._____strasse in C._____zusammen mit seinen Brüdern an einer Aus-

einandersetzung mit anderen Jugendlichen, die in einer Schlägerei mit Verletzten endete, beteiligt zu haben. Die Vorinstanz hat sich mit den Einwänden der Verteidigung auseinandergesetzt und dargetan, wieso sie das tätliche Verhalten des Angeklagten zu Beginn der Auseinandersetzung als provokativ und damit ursächlich für die weitere, in Körperverletzungen mehreren Personen mündende Auseinandersetzung zwischen den beiden Gruppen betrachtete; sie legte überdies dar, wieso nicht von lediglich der Abwehr dienenden Schlägen des Angeklagten in der zweiten Phase ausgegangen werden kann (vgl. Urk. 57 S. 7 und S. 13-15). Sie gelangte deshalb zu einer Verurteilung wegen Raufhandels.

Zwar ist der Einwand der Verteidigung berechtigt, dass auf die Zugaben des Angeklagten gegenüber der Polizei vorgängig des Hinweises, dass er als Angeeschuldigter befragt werde und seine Aussagen als Beweismittel gegen ihn verwendet werden können und vorgängig der Frage, ob er weiterhin aussagen wolle, nicht zum Nachteil des Angeklagten abgestellt werden kann (das sind seine Aussagen in Urk. 11 S. 1 bis S. 5 oben). Auch nach dem entsprechenden Hinweis auf seine Rechte wiederholte der Angeklagte jedoch bei der Polizei, dass er am anfänglichen Geschupse mit einem Kontrahenten beteiligt gewesen ist (Urk. 11 S. 6 und 7). Von der Staatsanwaltschaft mit dem Vorwurf der Beteiligung an einem Raufhandel konfrontiert, anerkannte dies der Angeklagte ausdrücklich (Urk. 21 S. 2). Auch anlässlich der Hauptverhandlung liess der Angeklagte den Anklagesachverhalt gelten und bestätigte insbesondere, dass er zweimal einem Kontrahenten einen Tritt gegen den Oberkörper ausgeteilt hat; er sagte weiter aus, dass er und seine Begleiter, als sie auf der Strasse auf die gegnerische Gruppe trafen, auf einander los (gegangen) seien (Prot. I S. 9f.). In der Berufungsverhandlung gab der Angeklagte auf ausdrückliche Frage zu Protokoll, er habe nicht nur Schläge abgewehrt, sondern sich auch aktiv an der Schlägerei beteiligt (Prot. II S. 14).

Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Prot. II S. 18) ist der Angeklagte bei diesen Zugaben zu behaften. Sie zeigen, dass er nicht bloss abgewehrt hat, sondern mit dem Zurückschupsen eines der Gegner, welches Verhalten nicht als blosser Abwehrhandlung, sondern als Gegenprovokation zu taxieren ist, und mit

dem Austeilen von Tritten gegen den Oberkörper von Gegnern, in denen keine der blossen Abwehr dienenden Schläge zu erblicken sind, zumal der Angeklagte den Angriff mit dem Telefonhörer, den es abzuwehren galt, gar nicht mitbekommen haben will (vgl. Urk. 11 S. 5), *aktiv tätlich* geworden ist. Folglich müssen die beteiligten Personen dazu nicht eigens nochmals befragt werden, so dass dem entsprechenden Beweisantrag der Verteidigung nicht zu entsprechen ist. Nicht zu bemängeln ist sodann die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Angeklagte situationsbedingt von Anfang an mit einer möglichen Auseinandersetzung zwischen den gegnerischen Gruppen, und nicht nur von bloss zwei Personen, rechnen musste (Urk. 57 S. 14). Die Aufteilung des Geschehens auf der B._____strasse in zwei unabhängige Phasen, wie sie die Verteidigung vornimmt, erscheint vom gesamten Geschehensverlauf her künstlich und lebensfremd.

Zusammengefasst ist der Tatbestand des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB als erfüllt zu betrachten und es ist die Verurteilung der Vorinstanz in diesem Punkt zu bestätigen.

III. Drohung

Die Anklage wirft dem Angeklagten vor, dem Zugschef D._____ im ...bahnhof in C._____ nachdem dieser die Bahnpolizei avisiert hatte (und den Angeklagten unter Hinweis darauf bis zum Eintreffen derselben festhielt), gesagt zu haben, dass etwas passiere, wenn er ihn (wieder) sehe. D._____ sei dadurch in Schrecken und Angst versetzt worden, da er befürchten musste, der Angeklagte werde ihm ein Leid antun.

Die Vorinstanz hat den Vorgang zu Recht nicht unter den Tatbestand der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte subsumiert, den Angeklagten aber gemäss dem Eventualstandpunkt der Anklage wegen Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB verurteilt (Urk. 57 S. 15-17). Die Staatsanwaltschaft schloss sich inzwischen dieser Auffassung mit ihrem Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an.

Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass der Anklagesachverhalt angesichts der glaubhaften Aussagen des betroffenen Zeugen und der letztendlichen Einräumung durch den Angeklagten, dass er die vorgeworfene Äusserung gemacht zu haben nicht ausschliessen könne, als erstellt zu betrachten ist (a.a.O. S. 8-13). Allerdings erreichte die inkriminierte Drohung noch nicht die Schwere, die Art. 180 Abs. 1 StGB verlangt: Zum einen blieb die Äusserung des Angeklagten abstrakt und benannte das angedrohte Übel nicht. Zudem hielt sich die Äusserung gemäss Aussage des Betroffenen im Rahmen dessen, was er sich als Zugsführer täglich anzuhören gewohnt ist (vgl. Urk. ND 3/9 S. 2). Folglich kann hier - auch wenn der Zugsführer die Drohung des Angeklagten durchaus ernst nahm (vgl. Urk. ND 3/6 S. 2) - noch nicht von einem geradezu schwerwiegenden Angriff auf das innere Gleichgewicht des Bedrohten und davon, dass er durch den inkriminierten Ausspruch geradezu in Schrecken und Angst versetzt worden wäre, gesprochen werden. Der Angeklagte ist deshalb mangels Erfüllung des Tatbestandes vom Anklagevorwurf der Drohung freizusprechen.

IV. Strafe

Auch wenn heute gegenüber dem vorinstanzlichen Urteil ein weiterer Teilfreispruch (Drohung) erfolgt, so bleiben die Erwägungen der Vorinstanz zur Strafzumessung im Übrigen weiterhin zutreffend, so dass im Wesentlichen und insbesondere was die Strafzumessungsgründe und die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten angeht, darauf verwiesen werden kann (Urk. 57 S. 18-22). Insbesondere ist daran festzuhalten, dass das Verschulden des Angeklagten bei der einfachen Körperverletzung und beim Raufhandel insgesamt als erheblich zu werten ist, wobei ersteres Delikt das schwerere ist. Darin, dass als hypothetische Strafe für dieses Delikt sieben Monate angemessen sind, ist der Vorinstanz zu folgen. Für den hinzutretenden Raufhandel, der als Zusatzstrafe zur Verurteilung vom 8. Juli 2007 zu sieben Monaten Freiheitsstrafe zu sanktionieren ist, erwies sich eine Erhöhung der damaligen Strafe um höchstens zwei Monate als gerechtfertigt. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips ist dieser Strafanteil bei

der zusammen mit der Einsatzstrafe zu bildenden Gesamtstrafe nochmals zu reduzieren, so dass im Ergebnis eine Freiheitsstrafe von acht Monaten resultiert.

Da das Gesetz für eine unterjährige Strafe keinen teilbedingten Vollzug vorsieht (Art. 43 Abs. 1 StGB) und in Bestätigung der Erwägung der Vorinstanz, wonach der Angeklagte der Warnwirkung des bedingten Strafvollzugs grundsätzlich zugänglich sei, und in Beachtung des Verschlechterungsverbots ist die Freiheitsstrafe bedingt auszufällen. Die Probezeit ist den verbleibenden Bedenken und der Vorstrafe Rechnung tragend auf drei Jahre anzusetzen. Die erlittene Untersuchungshaft von 20 Tagen ist an die Strafe anzurechnen.

Unter Hinweis auf die zutreffenden und überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 57 S. 24 f.) und nachdem auch die Verteidigung im Berufungsverfahren beantragte, den Angeklagten anzuweisen, ein deliktorientiertes Lernprogramm zu absolvieren (Urk. 65 S. 2), ist der Entscheid der Vorinstanz, dem Angeklagten für die Dauer der Probezeit die Weisung zu erteilen, ein deliktorientiertes Lernprogramm in Einzelsitzungen zu absolvieren, zu bestätigen.

V. Kostenfolge

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens dem Angeklagten nicht zu drei Vierteln, sondern lediglich zur Hälfte aufzuerlegen, jedoch abzuschreiben. Im Übrigen sind diese Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die gleiche Kostenaufteilung und die Abschreibung der Forderung gegenüber dem Angeklagten gelten auch für die Kosten des Berufungsverfahrens. Sodann können die Kosten der amtlichen Verteidigung des noch jungen Angeklagten bezüglich sämtlicher Instanzen auf die Gerichtskasse genommen werden.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 18. November 2010 hinsichtlich Dispositivziffern 1, teilweise (Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung) und 5 (Kostenaufstellung) sowie die dem Urteil zugehörigen Beschlüsse (Nichteintreten auf Anklagevorwurf IV betreffend Hehlerei und Nichteintreten auf den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Widerruf der Vorstrafe) in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Angeklagte A. _____ ist ferner schuldig des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB.
2. Vom Vorwurf der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, evtl. der Drohung (Anklageziffer III) wird der Angeklagte freigesprochen.
3. Der Angeklagte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 20 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Juni 2007.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
5. Für die Dauer der Probezeit wird dem Angeklagten die Weisung erteilt, das Lernprogramm DOT (Deliktorientiertes Lernprogramm in Einzelsitzungen) zu absolvieren, solange dies erforderlich ist, längstens bis zum Ablauf der Probezeit.
6. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden dem Angeklagten zur Hälfte auferlegt, und im Übrigen (einschliess-

lich der Kosten der amtlichen Verteidigung) auf die Gerichtskasse genommen. Der Kostenanteil des Angeklagten wird definitiv abgeschrieben.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Angeklagten zur Hälfte auferlegt, und im Übrigen (einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren) auf die Gerichtskasse genommen. Der Kostenanteil des Angeklagten wird definitiv abgeschrieben.

9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- den Geschädigten E._____, ...[Adresse],
- den Geschädigten D._____, ... [Adresse]

in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- den Geschädigten E._____, ...,
- den Geschädigten D._____, ...

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

10. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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

II. Strafkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Spiess

lic.iur. Hafner

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.