Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB110532-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und Ersatzoberrichterin lic. iur. M. Bertschi sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hauser

Urteil vom 18. Oktober 2012

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. M. Oertle,
Anklägerin und I. Berufungsklägerin (Rückzug)

sowie

A._____,
Privatkläger und II. Berufungskläger
bis 31.08.2011 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____
ab 11.10.2011 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____,
Beschuldigter und Berufungsbeklagter sowie Anschlussberufungskläger
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend

versuchte schwere Körperverletzung und Widerruf

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 27. April 2011 (DG110051)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 22. Februar 2011 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 33)

"**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte 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 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Polizeiverhaft erstanden sind.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 7 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (7 Monate, abzüglich 2 Tage, die durch Polizeiverhaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

4. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2009 ausgefällte, bedingte Teil der Strafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– wird widerrufen und vollzogen.

5. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatze nach schadenersatz- und genugtuungspflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatz- und Genugtuungsanspruches wird der Geschädigte auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	4'000.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten Kantonspolizei
Fr.	2'500.–	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.		amtliche Verteidigung
Fr.		unentgeltliche Rechtsvertretung des Privatklägers

7. Die Kosten, inklusive der Gebühren und Kosten des Vorverfahrens sowie der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Privatklägers werden auf die Gerichtskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

8. (Mitteilungen)

9. (Rechtsmittelbelehrung)"

Berufungsanträge:

a) Des Vertreters des Privatklägers:
(Urk. 79 S. 1)

1. Die Berufung des Privatklägers sei gutzuheissen, unter Kosten und Entschädigungsfolgen.

2. Der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.

3. Es sei gegen ihn eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten auszusprechen und die Strafe sei zu vollziehen.

4. Der Beschuldigte habe dem Privatkläger Schadenersatz in noch zu beziffernder Höhe und eine Genugtuung von Fr. 5'000.– zu leisten.

5. Es sei ein neurologisches Fachgutachten einzuholen und von einer Kautionsleistung des Privatklägers abzusehen.

6. Sistierung des Prozesses bis zum Vorliegen des Gutachtens sowie der nötigen Beweisunterlagen.

b) Des Verteidigers des Beschuldigten:
(Urk. 81 S. 1 f.)

10. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 1 des Urteils der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 27. April 2011 sei Herr B._____ schuldig zu sprechen der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB.

11. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 2 sei Herr B._____ mit einer Freiheitsstrafe von höchstens zwölf Monaten als Zusatzstrafe zum Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 29. August 2012 zu bestrafen.

12. Die Zusatzstrafe sei im Umfang von höchstens vier Monaten zu vollziehen und im restlichen Umfang bedingt unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren aufzuschieben.

13. Es sei Vormerk zu nehmen, dass die 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich mit Urteil vom 29. August 2012 die nicht angefochtene Ziff. 4 des Dispositivs des vorinstanzlichen Urteils bestätigt hat. Es sei von der Rechtskraft dieses Urteils Vormerk zu nehmen.

14. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 7 seien die Kosten der amtlichen Verteidigung unter Einräumung des Nachforderungsrechts gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

15. Die Kosten des Verfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

16. Der amtliche Verteidiger sei auch für das Berufungsverfahren als amtlicher Verteidiger zu bestätigen und dessen Kosten seien unter Einräumung des Nachforderungsrechts gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

17. Die Anträge des Berufungsklägers seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

c) <u>Der Staatsanwaltschaft:</u>

Keine Anträge.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit dem vorstehend im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 27. April 2011 wurde der Beschuldigte der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Polizeiverhaft erstanden waren, bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 7 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen wurde die Freiheitsstrafe für vollziehbar erklärt. Gleichzeitig widerrief die Vorinstanz den bedingten Vollzug des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2009 für eine Geldstrafe von 360 Tagessätzen aufgeschobenen Strafteils von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.–. Sodann stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatze nach schadenersatz- und genugtuungspflichtig sei, wobei zur genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatz- und Genugtuungsanspruches der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen wurde. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Privatklägers wurden unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 31 = 33 S. 18 f.).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft am 29. April 2011 (Urk. 27) und der unentgeltliche Vertreter des Privatklägers am 3. Mai 2011 (Urk. 28) innert Frist Berufung an. Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 31) zog die Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 17. August 2011 die Berufung zurück (Urk. 34). Der unentgeltliche Vertreter des Privatklägers reichte mit Eingabe vom 31. August 2011 fristgerecht die Berufungserklärung ein und stellte den Beweisantrag, es sei ein Gutachten über die Kausalität zwischen dem strafbaren Verhalten des Beschuldigten und dem Schaden sowie der Genugtuung

einzuholen (Urk. 38). Gleichentags beantragte er ferner, er sei als unentgeltlicher Vertreter des Privatklägers zu entlassen, da es zwischen ihm und dem Privatkläger zu einem unüberbrückbaren Vertrauensbruch gekommen sei (Urk. 40). Mit Präsidialverfügung vom 5. September 2011 wurde Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ als (bisheriger) unentgeltlicher Rechtsbeistand des Privatklägers entlassen (Urk. 42 = Prot. II S. 2 f.). In der Folge wurde mit Präsidialverfügung vom 12. Oktober 2011 Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ als (neuer) unentgeltlicher Rechtsbeistand des Privatklägers bestellt. Gleichzeitig wurden dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft je eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 45 = Prot. II S. 4).

1.3. Mit Eingabe vom 3. November 2011 beantragte der amtliche Verteidiger, es sei teilweise auf die Berufung des Privatklägers nicht einzutreten und es sei zu prüfen, ob dem Privatkläger für das beantragte Gutachten zumindest ein teilweiser Kostenvorschuss aufzuerlegen sei. Zudem erhob der amtliche Verteidiger Anschlussberufung (Urk. 47). Dem Privatkläger sowie der Staatsanwaltschaft wurde mit Präsidialverfügung vom 16. November 2011 Frist angesetzt, um zu den Anträgen des Beschuldigten Stellung zu nehmen (Urk. 49 = Prot. II S. 5). Die Staatsanwaltschaft teilte mit Schreiben vom 24. November 2011 mit, dass sie auf eine Stellungnahme verzichte (Urk. 51). Der Privatkläger liess sich nicht vernehmen.

1.4. Mit Beschluss vom 9. Januar 2012 nahm die hiesige Kammer vom Rückzug der Erstberufung der Staatsanwaltschaft Vormerk und beschloss, auf die Zweitberufung des Privatklägers - und damit auch auf die Anschlussberufung des Beschuldigten - einzutreten. Zudem wurde festgehalten, dass es sich einstweilen nicht aufdränge, ein Gutachten, wie es vom Privatkläger beantragt wurde, einzuholen. Damit stelle sich auch nicht die Frage, ob der Privatkläger einen entsprechenden Kostenvorschuss zu leisten habe. Sodann wurde dem Privatkläger Frist angesetzt, um der hiesigen Kammer entweder Arztberichte von Dr. med. C._____ und Dr. med. D._____ über die Konsultationen zwischen dem 26. Januar 2010 und 3. September 2010 oder eine Entbindung dieser Ärzte vom Berufsgeheimnis einzureichen (Urk. 53 S. 16 f.).

1.5. Nachdem der Privatkläger die entsprechenden Entbindungen vom Berufsgeheimnis eingereicht hatte (Urk. 56/1 und 56/2), wurden Dr. med. C._____ und Dr. med. D._____ ersucht, einen medizinischen Bericht betreffend die Behandlung des Privatklägers einzureichen (Urk. 59/1 und 59/2). Der medizinische Bericht von Dr. med. C._____ ging am 2. März 2012 (Urk. 60), jener von Dr. med. D._____ - nachdem ihm mit Präsidialverfügung vom 17. April 2012 unter Androhung einer Ordnungsbusse Frist zur Einreichung des Berichts angesetzt worden war (Urk. 64 = Prot. II S. 8) - am 2. Mai 2012 bei der hiesigen Kammer ein (Urk. 64).

1.6. Die auf den 21. Juni 2012 anberaumte Berufungsverhandlung wurde infolge Ferienabwesenheit des Beschuldigten verschoben (Urk. 66-71). Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines Verteidigers Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ sowie der Privatkläger in Begleitung seines Vertreters Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ (Prot. II S. 9). Zu Beginn der Verhandlung wurden keine Vorfragen gestellt (Prot. II S. 11). Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ beantragte, es sei ein neurologisches Fachgutachten einzuholen(Urk. 79 S. 1; Prot. II S. 11 f.). Dieser Beweisantrag wurde in der Folge abgewiesen. Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 15 ff.).

2. <u>Umfang der Berufung</u>

2.1. Der Privatkläger lässt - nachdem er anlässlich der Berufungsverhandlung die Berufung insofern einschränken liess, als dass er nunmehr den vorinstanzlichen Schuldpunkt im Wesentlichen anerkennt - das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Strafzumessung (Dispositivziffern 2), des Strafvollzugs (Dispositivziffer 3) und der Regelung der Zivilansprüche (Dispositivziffer 5) anfechten (Urk. 43; Urk. 79 S. 1 ff.).

2.2. Der Beschuldigte lässt seine Anschlussberufung auf die Frage des Schuldpunkts (Dispositivziffer 1), der Strafzumessung (Dispositivziffern 2), des Strafvollzugs (Dispositivziffer 3) und der Auferlegung der Kosten der amtlichen Verteidigung (Dispositivziffer 7) beschränken.

2.3. Der Widerruf des bedingten Vollzugs des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2009 ausgefällten, bedingten Teils der Strafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– (Dispositivziffer 4) ist zwar nicht ausdrücklich angefochten worden, stellt aber einen konnexen Teil des angefochtenen Strafpunkts dar und gilt damit ebenfalls als von der Berufung umfasst. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil nur in Bezug auf die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 6) und die Auferlegung der Kosten des Untersuchungsverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens sowie diejenigen des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Privatklägers (Dispositivziffer 7) unangefochten geblieben und demnach in Rechtskraft erwachsen, was vorab vorzumerken ist (Art. 399 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO; vgl. Prot. II S. 11):

3. Sachverhalt

3.1. Der objektive Tatvorwurf, wie er in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft vom 22. Februar 2011 (Urk. 18) umschrieben ist, wurde vom Beschuldigten sowohl in der Untersuchung als auch im Hauptverfahren in Übereinstimmung mit dem Untersuchungsergebnis im Grundsatz anerkannt. Auf die entsprechenden und zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (Urk. 33 S. 4; Art. 82 Abs. 4 StPO). Auch im Berufungsverfahren führte die Verteidigung aus, es sei unbestritten, dass der Beschuldigte den Privatkläger getreten habe. Dass die Intensität des Fusstrittes heftig gewesen sei, habe der Beschuldigte ebenfalls anerkannt. Der Beschuldigte habe allerdings nicht auf den Kopf, sondern bloss in die Richtung des Privatklägers gezielt und dann zufällig den Kopf getroffen. Er habe weder damit rechnen müssen, dass der Privatkläger aufsitzen würde, noch, dass der Tritt eine Stelle des Körpers treffen würde, bei der eine bleibende Schädigung zu erwarten gewesen wäre (Urk. 81 S. 2 f.).

3.2. Demnach ist rechtsgenügend erstellt, dass der Beschuldigte am 26. Januar 2010 um 23.00 Uhr in der Bar "E._____" in … im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung dem Privatkläger, während dieser bereits wehrlos am Boden lag, mit dem Fuss mindestens einmal heftig gegen den Hinterkopf trat, was zur Bewusstlosigkeit des Privatklägers führte und bei ihm eine Hirnerschütterung verursachte.

3.3. Was der Täter wusste und wollte bzw. in Kauf nahm, gehört zum subjektiven Tatbestand. Es geht dabei um einen inneren Vorgang, auf den nur anhand einer Würdigung des äusseren Verhaltens des Täters sowie allenfalls weiterer Umstände geschlossen werden kann. Die Feststellung des subjektiven Tatbestands ist damit Bestandteil der Sachverhaltsabklärung. Da in diesem Bereich Tat- und Rechtsfragen (insbesondere bei der Frage des Eventualvorsatzes) sehr eng miteinander verbunden sind, drängt sich regelmässig auf, diese Fragen lediglich einmal unter dem Aspekt der rechtlichen Würdigung zu behandeln. Hiezu ist deshalb auf die folgenden Erwägungen zu verweisen.

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Der Beschuldigte beantragte, er sei ausschliesslich der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen, (Urk. 47 S. 1; Urk. 81 S. 1). Zur Begründung liess er im Wesentlichen vorbringen, ein einziger Tritt auch in einen sensiblen Bereich vermöge regelmässig keine bleibende Schädigung zu erzeugen. Sodann sei durch die in sich stimmige Zeugenaussage von Frau F._____ erstellt, dass der Privatkläger sich bewegt bzw. sich aufgesetzt habe, mithin ohne dass dies vom Tatenschluss des Beschuldigten mitumfasst gewesen sei, seinen Kopf in die Tretrichtung bewegt habe. Ohne diese Bewegung des Privatklägers hätte der Tritt die Brust oder einen anderen Bereich getroffen, bei dem von einer bleibenden Schädigung nicht die Rede gewesen wäre (Urk. 81 S. 6).

4.1.1. Nach Art. 122 StGB macht sich schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt, wer vorsätzlich den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht, das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt, wer vorsätzlich eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht.

In subjektiver Hinsicht setzt Art. 122 StGB Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz genügt. Gemäss Art. 12 Abs. 2 begeht ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Satz 1; direkter Vorsatz). Vorsätzlich

handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Satz 2; Eventualvorsatz). Eventualvorsatz im genannten Sinn ist somit gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (Bundesgerichtsentscheid 6B_180/2011 vom 5. April 2012, E. 2.1.1, mit Hinweisen). Nicht erforderlich ist damit, dass der Täter den Erfolg "billigt" (BGE 125 IV 242 E. 3c). Eventualvorsatz kann etwa angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs infolge seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolgs gewertet werden kann (BGE 131 IV 1 E. 2.2 mit Hinweisen).

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 (Bundesgerichtsentscheid 6B_180/2011 vom 5. April 2012, E. 2.1.3, mit Hinweisen; BGE 137 IV 113 E. 1.4.2).

4.1.2. Wie dem Austrittsbericht des …spitals G._____ vom 27. Januar 2010 (Urk. 8/1), dem Untersuchungsbericht von Dr. med. H._____ vom 7. Oktober 2010 (Urk. 8/2) sowie den im Berufungsverfahren eingeholten Berichten der Dres. C._____ und D._____ (Urk. 60 und 64) entnommen werden kann, wurde dem Privatkläger durch den fraglichen Fusstritt des Beschuldigten - unbestrittenermassen - weder eine lebensgefährliche noch eine andere schwere Verletzung zugefügt. Entsprechend liegt - mit der Vorinstanz - keine vollendete schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB vor.

Zu prüfen bleibt demnach, ob der Beschuldigte sich der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat.

4.1.3. Das Bundesgericht hatte - wie im vorinstanzlichen Urteil erwähnt - in seiner neueren Rechtsprechung einen ähnlich gelagerten Fall zu beurteilen. Der Beschuldigte schlug damals dem Geschädigten unvermittelt und ohne Vorwarnung mit der rechten Faust gezielt und willentlich ins Gesicht, worauf dieser zu Boden fiel. Danach trat der Beschuldigte dem am Boden liegenden Geschädigten absichtlich und mit voller Wucht mit dem Fuss gegen den Kopf. Das Verhalten des Beschuldigten würdigte das Bundesgericht - da der entsprechende Erfolg ausblieb - als versuchte eventualvorsätzliche schwere Körperverletzung. In seinen Erwägungen hielt es fest, dass der Beschuldigte in massivster Weise auf den Kopf des reglos am Boden liegenden Geschädigten eingewirkt habe. Bereits aufgrund der offenkundigen Gefahr dieser Handlung hätte der Beschuldigte um die Gefährlichkeit seiner Handlung wissen können und müssen. Nur durch Zufall sei es nicht zu einem lebensgefährlichen Zustand oder zu schweren bleibenden Schäden am Kopf oder im Gesicht des Opfers gekommen (Bundesgerichtsentscheid 6B_954/2010 vom 10. März 20. März 2011, E. 2.2 und 3.4).

In einem weiteren Fall hatte das Bundesgericht den Sachverhalt zu beurteilen, in welchem der Beschuldigte dem körperlich unterlegenen Geschädigten zwei Mal mit der Faust ins Gesicht schlug, wodurch der Geschädigte beide Male zu Boden ging. In der Folge stiess der Beschuldigte den Geschädigten mit dessen Kopf voran gegen eine Schaufensterscheibe und warf ihn hernach mit dem Kopf voran gegen ein Bushäuschen. Das Bundesgericht hielt hierzu fest, dass bei einem solchen Verhalten schwere Körperverletzungen eintreten könnten. Wer dergestalt vorgehe, nehme eine schwere Körperverletzung in Kauf. Welche Schädigungen ein auf die beschriebene Weise malträtierter Geschädigter letztlich erleide, hänge auch etwa davon ab, in welchem Winkel der Geschädigte mit dem Kopf gegen die harte Unterlage aufschlage und ob es die Wirkung eines Faustschlags in das Gesicht durch ein Zurückweichen im letzten Moment noch etwas verringern könne. Dass das Opfer im konkreten Fall nur geringfügige Verletzungen erlitten habe, sei in Anbetracht des Vorgehens des Beschwerdeführers nicht entscheidend und entlaste diesen nicht (Bundesgerichtsentscheid 6B_161/2011 vom 23. Juni 2011, E. 1.3).

4.1.4. Im Sinne dieser Rechtsprechung darf als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass angesichts der Empfindlichkeit der gesamten Kopfregion grundsätzlich Faustschläge oder Fusstritte mit einer gewissen Wucht an den Kopf eines Menschen schwere und gegebenenfalls irreversible Schädigungen hervorrufen können. Demnach muss, wer massive Gewalt gegen den sensiblen Kopfbereich eines Menschen ausübt, aufgrund der hohen Wahrscheinlichkeit von schweren und gegebenenfalls irreversiblen Schädigungen mit solchen Konsequenzen rechnen und nimmt sie damit zumindest in Kauf.

4.1.5. Wie dem unbestrittenen und erstellten Sachverhalt zu entnehmen ist, hat der Beschuldigte dem bereits wehrlos am Boden liegenden Privatkläger mit dem Fuss mindestens einmal heftig gegen den Hinterkopf getreten, was zur Bewusstlosigkeit des Privatklägers führte und bei ihm eine Gehirnerschütterung verursachte.

4.1.6. Wie vorstehend dargelegt, macht die Verteidigung geltend, der Beschuldigte habe nicht auf den Kopf, sondern bloss in die Richtung des Opfers gezielt und dann den Kopf zufällig getroffen, er mithin weder damit habe rechnen müssen, dass der Privatkläger aufsitzen würde, noch damit, dass der Tritt eine Stelle des Körpers treffen würde, bei der eine bleibende Schädigung zu erwarten wäre (Urk. 26 S. 3; Urk. 81 S. 3 f). Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. So führte der Beschuldigte anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 18. Juni 2010 aus, seine ganze Stimmung sei dann irgendwie dahin gewesen. Er sei eigentlich zum Feiern in den "E._____" gegangen. Er habe Alkohol getrunken und sei den ganzen Abend vom Geschädigten gestresst worden. Da habe sich seine Wut entladen. Er habe dem Privatkläger noch eines auswischen wollen, daher habe er ihn mit dem Fuss, als er am Boden gelegen sei, getreten (Urk. 4/3 S. 2). Anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 17. November 2010 führte der Beschuldigte zwar aus, er wisse nicht mehr recht, ob der Privatkläger am Boden gelegen habe, als er ihn getreten habe, oder ob er im Begriff gewesen sei, wieder aufzustehen, oder ob er allenfalls sogar noch am hinfallen gewesen sei (Urk. 4/4 S. 2). In der Schlusseinvernahme vor der Staatsanwaltschaft am 25. Januar 2011 anerkannte der Beschuldigte sodann aber wieder, dass er den

wehrlos am Boden liegenden Privatkläger mit dem Fuss mindestens einmal heftig gegen den Hinterkopf getreten habe (Urk. 4/5 S. 2). Wie den vorstehenden Aussagen entnommen werden kann, hat der Beschuldigte in der gesamten Untersuchung nicht geltend gemacht, der Privatkläger habe sich wider erwarten aufgerichtet, sodass er ihn lediglich versehentlich am Hinterkopf getroffen habe. Der Beschuldigte machte auch nicht geltend, dass sich der Privatkläger in diesem Moment gewehrt oder er versucht habe, dem Fusstritt auszuweichen. Vielmehr führte er das erste Mal gegenüber der Staatsanwaltschaft klar und unmissverständlich aus, der Privatkläger sei am Boden gelegen, als er ihn getreten habe. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Privatkläger wehrlos am Boden lag und damit ein statisches Ziel darstellte, als der Beschuldigte - entgegen den Ausführungen der Verteidigung - gezielt gegen dessen Hinterkopf trat.

4.1.7. Als der Beschuldigte mit seinem Fuss gegen den Kopf des am Boden liegenden Privatkläger trat, musste ihm - entgegen der Verteidigung (Urk. 81 S. 3) - bewusst gewesen sein, dass er dadurch massive Gewalt gegen eine sehr sensible Körperstelle ausübte. Entsprechend musste er damit rechnen, dass der Privatkläger dadurch schwer und gegebenenfalls irreversibel verletzt werden könnte. So führte der Beschuldigte auch selber anlässlich der Hauptverhandlung aus, dass durch einen solchen Tritt an den Kopf schwere Verletzungen zugefügt werden können, wenn man Pech habe (Prot. I S. 6).

4.1.8. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte gezielt mit seinem Fuss gegen den Kopf des am Boden liegenden Privatklägers trat und er damit in Kauf nahm, ihn durch diese Handlung schwer zu verletzen. Dass der Privatkläger durch diesen Fusstritt weder lebensgefährlich noch schwer verletzt wurde, hing schlussendlich lediglich vom Zufall ab. Dementsprechend hat sich der Beschuldigte - mit der Vorinstanz - der versuchten eventualvorsätzlichen schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

4.2. Der Privatkläger beantragte, der Beschuldigte sei der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldigt zu sprechen (Urk. 81 S. 1).

Damit beantragt der Beschuldigte im Wesentlichen die Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs. Wie vorstehend ausgeführt, ist der Beschuldigte in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. Damit erübrigt es sich, auf die entsprechenden Ausführungen des Privatklägers zum Schuldpunkt weiter einzugehen.

5. Strafzumessung

5.1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten wegen versuchter schwerer Körperverletzung mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten bestraft (Urk. 33 S. 18).

5.2. Der Privatkläger beantragte, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen (Urk. 38). Zwar ist möglich, dass ein Privatkläger zusammen mit dem Schuldpunkt auch die Strafzumessung im Berufungsverfahren anfechten kann (vgl. den Zwischenbeschluss der Kammer vom 9. Januar 2012, Urk. 53 S. 14). Nachdem nun aber die Verteidigung im Wesentlichen die Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs beantragte, ist der Berufung des Privatklägers hinsichtlich der Strafzumessung der Boden entzogen: Im Rechtsmittelverfahren kann die Privatklägerschaft einen Entscheid alleine hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten (Art. 382 Abs. 2 StPO). Damit ist auf die Berufung des Privatklägers in Bezug auf die Strafzumessung nicht einzutreten.

5.3. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 29. August 2012 (Geschäfts-Nr. DG120161) im abgekürzten Verfahren des Lenkens eines Motorfahrzeuges in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG sowie mit Art. 2 Abs. 1 VRV, der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG sowie Art. 32 Abs. 1 SVG sowie der mehrfachen Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft (Urk. 76, 77).

Der vorliegend vorzunehmenden Strafzumessung liegt ein Delikt zugrunde, welches der Beschuldigte am 26. Januar 2010 und damit vor dem vorstehend genannten Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 29. August 2012 beging. Damit stellt sich nunmehr die Frage der Strafzumessung bei retrospektiver Konkurrenz nach Art. 49 Abs. 2 StGB.

5.3.1. Gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB bestimmt das Gericht, wenn es eine Tat zu beurteilen hat, die der Täter beging, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt wurde, die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Somit soll das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet werden. Der Täter soll durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, über die zeitlich zusammen hätte befunden werden können, nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden. Die Zusatzstrafe gleicht dementsprechend die Differenz zwischen der ersten Einsatz- oder Grundstrafe und der hypothetischen Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Richters bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre (BGE 137 IV 57 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

5.3.2. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat, das heisst derjenigen Tat, die mit der schwersten Strafe bedroht ist, und erhöht sie angemessen (Asperationsprinzip). Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). In diesem Zusammenhang ist aber festzuhalten, dass Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe in aller Regel obligatorisch bei der Strafzumessung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen sind (Donatsch/ Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18.A., Zürich 2010 N 6 zu Art. 49 StGB unter Hinweis auf N 4 zu Art. 48a StGB; BGE 116 IV 302, 121 IV 55), wobei das Gewicht je nach dem Ausmass des privilegierenden oder qualifizierenden Umstandes sehr unterschiedlich sein kann. Dabei ist zu beachten, dass der ordentliche Rahmen nur zu verlassen ist, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat ange-

drohte Strafe im konkreten Fall zu hart beziehungsweise zu milde erscheint (BGE 136 IV 55 E. 5.8.).

5.4. Zur Bestimmung des Strafrahmens ist vorliegend von der versuchten schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB als schwerste Straftat auszugehen. Die Vorinstanz hat den diesbezüglichen theoretischen Strafrahmen - Busse von Fr. 1.– bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe - korrekt abgesteckt, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 33 S. 6 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Vorliegend sind indessen keine Gründe gegeben, den ordentlichen Strafrahmen zu verlassen. Damit ist die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb des ordentlichen Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen (Art. 122 Abs. 4 StGB) zu bestimmen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Hernach sind alle weiteren Delikte verschuldensmässig zu bewerten und es muss die Einsatzstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB unter Berücksichtigung der in Frage kommenden weiteren Strafzumessungskriterien angemessen erhöht werden. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen, indem er alle diesbezüglichen straferhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat er die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss er den jeweiligen Umständen Rechnung tragen. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei nicht besonders schwerem Verschulden in aller Regel die Strafen im unteren bis mittleren Teil des vorgegebenen Strafrahmens ansiedelt. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen, sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (BSK StGB I -Wiprächtiger, 2.A., Basel 2007, Art. 47 N 15).

5.5. Die Grundsätze der Strafzumessung und der Verschuldensbewertung sind im angefochtenen Urteil ebenfalls richtig wiedergegeben und es kann zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden (Urk. 33 S. 7 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

5.6. Auszugehen ist - wie vorstehend ausgeführt - von der versuchten eventualvorsätzlichen schweren Körperverletzung als schwerstes Delikt im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB.

5.6.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere führte die Vorinstanz aus, dass der Beschuldigte dem Privatkläger einen - eingestandenermassen heftigen - Fusstritt gegen den Kopf versetzt habe, sodass schwere Verletzungen wie etwa Gehirnblutungen hätten eintreten können. Die Art und Weise dieses Vorgehens müsse als brutal bezeichnet werden. Erschwerend sei sodann zu berücksichtigen, dass der alkoholisierte Privatkläger bereits wehrlos am Boden gelegen sei, als der Beschuldigte den Tritt ausgeführt habe. Andererseits erschöpfe sich der gemäss dem Anklagevorwurf tatsächlich eingetretene Erfolg in einer eher geringfügigen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, namentlich einer Hirnerschütterung und einer kurzen Bewusstlosigkeit. Dass es demnach nur bei einer versuchten schweren Körperverletzung geblieben sei, falle verschuldensmindernd ins Gewicht (Urk. 33 S. 8). Diesen Ausführungen kann vollumfänglich gefolgt werden. Zwar handelt es sich anklagegemäss um einen einzigen Tritt, dieser war aber heftig und gezielt gegen den Hinterkopf des am Boden liegenden und sich nicht wehrenden Privatklägers. Unter Berücksichtigung, dass die tatsächlichen Schädigungen gering waren und es damit beim Versuch der schweren Körperverletzung blieb, erscheint die vorinstanzliche Qualifikation des objektiven Tatverschuldens als "noch eher leicht" als dem Verschulden des Beschuldigten angemessen und ist zu übernehmen.

5.6.2. In Bezug auf die subjektive Tatschwere führte die Vorinstanz aus, dass dem Beschuldigten lediglich Eventualvorsatz in Bezug auf eine schwere Körperverletzung vorzuwerfen sei. Im Vorfeld der Tat sei der Beschuldigte vom Privatkläger provoziert worden, was sich leicht entlastend auszuwirken habe. Der Beschuldigte habe aber aus Rache oder Vergeltung gehandelt, was sich nicht unerheblich zu seinen Lasten niederschlage (Urk. 33 S. 8). Diese Erwägungen sind im Wesentlichen zutreffend. Es erscheint allerdings eher wohlwollend, wenn die Vorinstanz die angeblichen Provokationen des Privatklägers als leicht strafmindernd berücksichtigt. Die Verteidigung macht geltend, es liege ein Strafminderungsgrund vor, denn der Beschuldigte habe in einer entschuldbaren heftigen

Gemütsbewegung im Sinne von Art. 48 lit. c StGB gehandelt. Der Privatkläger habe nicht nur den Beschuldigten, sondern auch die Barmaid mehrfach beschimpft. Die andauernden und intensiven - auch tätlichen - Provokationen des Privatklägers hätten dazu geführt, dass der Beschuldigte für die betroffene Barmaid Partei ergriffen und erklärt habe, man schlage doch keine Frau. Nach der Schlägerei vor der Tür habe der Privatkläger gegen den Willen der Barmaid wieder das Lokal betreten und diese auf die Seite drängen wollen. Der Beschuldigte habe interveniert, indem er den Privatkläger festgehalten habe. Dies sei nachweislich an der Grenze zum Notstand gewesen. Der Privatkläger habe jedoch nicht abgelassen und habe ihn so in Rage gebracht, dass seine Intervention überschossen und im bedauerlichen Tritt kulminiert habe. Dieser Affekt sei in der vorliegenden Situation menschlich begreiflich und nicht überwiegend - geschweige denn ausschliesslich - auf Seiten des Täters zu verorten (Urk. 81 S. 7). Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Es mag zwar zutreffen, dass der Privatkläger durch sein Verhalten die anwesenden Gäste und das Barpersonal belästigte und dadurch negativ aufgefallen war. Als der Privatkläger aber am Boden lag, bestand für den Beschuldigten in keiner Weise Anlass, dem Privatkläger gegen den Hinterkopf zu treten. Auch musste er in diesem Zeitpunkt weder sich noch das Barpersonal vor Angriffen des am Boden liegenden Privatklägers schützen. So wollte der Beschuldigte - wie die Vorinstanz zutreffend festhielt - dem Privatkläger aufgrund dessen offenbar bemühenden Verhaltens lediglich "eins auswischen". Damit kann nicht von einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung des Beschuldigten ausgegangen werden. Vielmehr hat der Beschuldigte - entgegen der Verteidigung (Urk. 81 S. 8) - aus letztlich nichtigem Anlass dem Privatkläger gegen den Hinterkopf getreten, um seinem Ärger Luft zu machen. Die subjektiven Umstände wirken sich damit gegenüber dem objektiven Tatverschulden - entgegen der Vorinstanz - leicht straferhöhend aus.

5.6.3. Ausgehend von der objektiven und subjektiven Tatschwere erscheint die von der Vorinstanz angesetzte hypothetische Einsatzstrafe von rund 16 Monaten Freiheitsstrafe jedoch angemessen.

5.7. Wie vorstehend ausgeführt, wurde der Beschuldigte mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 29. August 2012 (Geschäfts-Nr. DG120161) wegen Lenkens eines Motorfahrzeuges in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG sowie mit Art. 2 Abs. 1 VRV, wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG sowie Art. 32 Abs. 1 SVG sowie wegen mehrfacher Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft (Urk. 76). Nachdem der Beschuldigte das heute zu beurteilende Delikte vor dem 29. August 2012 begangen hat, ist - wie erwähnt - zu diesem Urteil eine Zusatzstrafe auszufällen.

5.7.1. Der Beschuldigte fuhr am 13. August 2011, um ca. 12.15 Uhr, mit einem Personenwagen vom …platz in … her kommend, über den …platz in Richtung …brücke, wobei er aufgrund vorgängigen Alkoholkonsums einen erhöhten Blutalkoholwert von mindestens 1.88 Promille sowie infolge vorgängigen Konsums von unreinem Kokain und Marihuana einen rechtlich relevanten Gehalt an Tetrahydrocannabinol (THC), Methylendioxymethamphetamin (MDMA), Methylendioxyethylamphetamin (MDEA) sowie Kokain im Blut aufwies. Auf Höhe der …brücke … in … verlor der Beschuldigte aufgrund seines infolge des vorgängigen Alkohol- und Drogenkonsums reduzierten Zustandes sowie der nicht den Umständen angepassten Fahrweise die Kontrolle über das Fahrzeug und kollidierte mit einem Inselschutzpfosten, welcher sich auf einer die Fahrtrichtungen trennenden Verkehrsinsel befand (Urk. 77).

Bezüglich der objektiver Tatschwere ist zu bemerken, dass der Beschuldigte durch sein Verhalten - wie in der Anklageschrift zurecht festgehalten - eine erhebliche Gefahr für die anderen Verkehrsteilnehmer schuf, dies insbesondere deshalb, da der Unfall um die Mittagszeit geschah und es sich beim …platz um einen wichtigen und verkehrsreichen Knotenpunkt insbesondere auch des öffentlichen Verkehrs handelt. In subjektiver Hinsicht ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschuldigte eine derartige Fahrt in Angriff nahm, obwohl er unter Alkohol- und Drogeneinfluss stand.

5.7.2. Der Beschuldigte hat zudem während einem unbekannten Zeitraum von ca. 3 Jahren vor dem 13. August 2011 gelegentlich an den Wochenende Marihuana konsumiert und schnupfte in dieser Zeitdauer zwei bis dreimal Kokain (Urk. 77).

Bei einem solchen Konsum von Marihuana und Kokain ist sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht noch von einem eher leichten Verschulden auszugehen.

5.8. Bei Gesamtwürdigung aller genannten Delikte (Erwägungen 5.6. - 5.7.) und in Beachtung des Asperationsprinzips, wonach sich jede zusätzliche Straftat nur unterproportional erschwerend auswirkt (BGE 132 IV 104 und 129 IV 115), resultiert für das Tatverschulden eine hypothetische Strafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe sowie eine Busse von Fr. 500.–.

5.9. Die Täterkomponente (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB) umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren. Bei der Beurteilung des Vorlebens fallen einerseits früheres Wohlverhalten, andererseits Zahl, Schwere und Zeitpunkt von Vorstrafen ins Gewicht. Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse ist etwa zu berücksichtigen, ob sich der Täter im Strafverfahren kooperativ verhielt, ob er Reue und Einsicht zeigte, ob er mehr oder weniger strafempfindlich ist.

5.9.1. Die Vorinstanz hat den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ausführlich angeführt, worauf zu verweisen ist (Urk. 33 S. 8 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er habe unterdessen die Handelsschule abgeschlossen und den Bürofachausweis erworben. Er arbeite bei der I._____ und verdiene monatlich ca. Fr. 4'500.– netto. Er habe ca. Fr. 16'000.– bis 17'000.– Schulden. Seine Ehefrau arbeite nicht. Sie sei Hausfrau und betreue die beiden gemeinsamen Kinder im Alter von knapp 3 und 1 ½ Jahren (Urk. 78 S. 2 f.). Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, wirken sich die vorliegenden persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten bei der Strafzumessung neutral aus.

5.9.2. Wie die Vorinstanz zurecht ausführte, weist der Beschuldigte in den Jahren 2003 bis 2009 vier Verurteilungen auf (Urk. 35). Diese Vorstrafen ergingen - wie vorstehend erwähnt - vorwiegend wegen Vergehen gegen das Strassenverkehrsgesetz sowie wegen Betäubungsmitteldelikten und sind dementsprechend - teilweise - einschlägig. Damit sind sie bei der Strafzumessung erheblich straferhöhend zu berücksichtigen. Zudem ist - mit der Vorinstanz - zu beachten, dass der Beschuldigte noch während der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2009 angesetzten Probezeit erneut delinquierte. Damit manifestierte der Beschuldigte auch hier seine Geringschätzung gegenüber der geltenden Rechtsordnung. Auch dieser Umstand schlägt sich deutlich straferhöhend zu Buche.

5.9.3. In Bezug auf das Nachtatverhalten ist sodann zutreffend, wenn die Vorinstanz dem Beschuldigten bei der versuchten schweren Körperverletzung sein Geständnis und seine Reue strafmindernd zugute hält (Urk. 33 S. 13). Ebenso ist das umfassende Geständnis bezüglich der übrigen Delikte strafmindernd zu berücksichtigen, da es das Verfahren vereinfacht hat, konnte doch mithin das Urteil im abgekürzten Verfahren ergehen (vgl. Urk. 77).

5.9.4. Unter Würdigung der genannten Umstände kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sich die Täterkomponente insgesamt noch leicht strafmindernd auswirken würde. Vielmehr hat das unbeeindruckte Weiterdelinquieren des Beschuldigten trotz diverser, teilweise einschlägiger Verurteilungen und während laufender Probezeit eine ebenso stark straferhöhende Konsequenz wie das Geständnis und die Reue eine Strafminderung zur Folge haben.

5.9.5. Die Verteidigung führt aus, es wäre besonders stossend, wenn eine Freiheitsstrafe ausgefällt würde, die nicht mehr in Halbgefangenschaft vollzogen werden könne, mithin zum Verlust der Stelle und der Existenzgrundlage führen werde. Dadurch würde nicht in erster Linie der Beschuldigte bestraft, sondern seine Familie, die nichts dafür könne. Eine in Halbgefangenschaft zu verbüssende Freiheitstrafe ermögliche es ihm, einerseits die Verantwortung für seine Tat zu übernehmen und anderseits seiner Unterhaltsaufgabe gegenüber seiner Familie weiterhin nachzukommen. Es sei auch nicht im Interesse des Privatklägers, dass

er als Verdiener ausfalle. Diesfalls sei er auch nicht in der Lage, seinen Schadenersatzpflichten nachzukommen (Urk. 81 S. 8 f.). Vorliegend fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt des vorliegend zu beurteilenden Fusstritts bereits seit kurzem Vater eines Kindes war (vgl. Urk. 4/3 S. 2). Dementsprechend mussten ihm seine Verantwortung als Vater und Ehemann sowie die Konsequenzen bei einer allfälligem Straffälligkeit bekannt gewesen sein. Schliesslich hielt ihn nicht einmal das vorliegende Strafverfahren davon ab, ein weiteres Mal straffällig zu werden, weshalb er - wie vorstehend ausgerührt - vom Bezirksgericht Zürich zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt wurde. Aufgrund des Gesagten kann vorliegend nicht von einer günstigen Entwicklung des Beschuldigten gesprochen werden, die bei der vorliegenden Strafzumessung besonders zu berücksichtigen wäre. Eine besonderen Strafempfindlichkeit ist nicht ersichtlich.

5.10. In gesamthafter Würdigung sämtlicher Strafzumessungskriterien ist eine Gesamtstrafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe sowie eine Busse von Fr. 500.– dem Verschulden und den persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angemessen.

5.11. Von der ermittelten hypothetischen Gesamtstrafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 500.– ist die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 29. August 2012 ausgefällte Freiheitsstrafe von 8 Monaten sowie die Busse von Fr. 500.– in Abzug zu bringen. Die so errechnete Zusatzstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe gleicht damit die Differenz zwischen der im früheren Urteil ausgefällten Strafe (Einsatz- oder Grundstrafe) und der hypothetischen Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Gerichts bei Kenntnis der später beurteilten Straftaten ausgefällt worden wäre (Ackermann, BSK StGB I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 49 N 68; Trechsel / Affolter-Eijsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49 N 12 und 19; BGE 109 IV 93).

5.12. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Beschuldigte mit 12 Monaten Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 29. August 2012 zu bestrafen ist. Die vom Beschuldigten

bereits erstandenen 2 Tage Polizeiverhaft sind ihm auf diese Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

6. Strafvollzug

6.1. Vorab kann darauf hingewiesen werden, dass bei der sich aus Grundstrafe und Zusatzstrafe ergebenden gesamten (hypothetischen) Strafdauer von 20 Monaten grundsätzlich sowohl der bedingte als auch der teilbedingte Strafvollzug möglich ist.

6.2. Die Voraussetzungen des bedingten und teilbedingen Strafvollzugs hat die Vorinstanz zutreffend ausgeführt, weshalb darauf vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 33 S. 10 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Soweit der Privatkläger beantragt, es sei die gegen den Beschuldigten ausgesprochene Freiheitsstrafe vollständig zu vollziehen, kann auch diesbezüglich nicht weiter auf seine Berufung eingegangen werden (Art. 382 Abs. 2; vgl. Erw. 5.2 vorstehend).

6.3. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist vorliegend - aufgrund der mit Urteil vom 8. April 2009 ausgesprochenen Geldstrafe von 360 Tagessätzen - der bedingte Strafvollzug nur bei Vorliegen besonders günstiger Umstände gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB zulässig. Unter den "besonders günstigen Umständen" sind solche Umstände zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Bei Art. 42 Abs. 2 StGB gilt demnach die Vermutung einer günstigen Prognose beziehungsweise des Fehlens einer ungünstigen Prognose nicht. Vielmehr kommt der früheren Verurteilung zunächst die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung zu, dass der Täter weitere Straftaten begehen könnte. Die Gewährung des bedingten Strafvollzugs fällt daher nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht (BGE 134 IV 1 E. 4.2.3).

6.3.1. Für die Beurteilung der Prognose im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB sind vorliegend sämtliche Delikte, welche vor dem 29. August 2009 begangen wurden, zu berücksichtigen. Es kann zwar mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass

dem Beschuldigten in Bezug auf die versuchte schwere Körperverletzung alleine gerade eine "noch günstige Legalprognose" gestellt werden kann. Entsprechend ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zu verweisen (Urk. 33 S. 11, Art. 82 Abs. 4 StPO). Demgegenüber ist der Beschuldigte in Bezug auf die übrigen Delikte bereits mehrfach und einschlägig vorbestraft. Aufgrund dieser Vorstrafen kann ihm gesamthaft gesehen keine günstige Prognose mehr gestellt werden. Es sind keine besonders günstigen Umstände ersichtlich, die darauf schliessen lassen würden, dass sich der Beschuldigte in Zukunft deliktsfrei verhalten würde.

6.3.2. Nach dem Gesagten ist vorliegend - mangels Vorliegens von besonders günstigen Umständen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB - der bedingte Vollzug der auszufällenden Strafe nicht zulässig.

6.4. Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1).

6.4.1. Im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 StGB kommt dementsprechend ein teilbedingter Strafvollzug nicht zur Anwendung. Sofern besonders günstige Umstände vorliegen, ist der (voll-)bedingte Vollzug zu gewähren. Andernfalls ist die Strafe in voller Länge - und damit nicht lediglich teilweise - zu vollziehen (Hug, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 2010, N 20 zu Art. 42 StGB und N 3 zu Art. 43, mit Verweis auf Bundesgerichtsentscheid 6B_492/2008, E. 3.1.3).

6.4.2. Wie vorstehend dargelegt, liegen beim Beschuldigten keine besonders günstigen Umstände gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB vor. Es kann demnach nicht darauf geschlossen werden, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dementsprechend besteht kein Raum für die Ausfällung einer teilbedingten Strafe im Sinne von Art. 43 StGB.

6.5. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Voraussetzungen des bedingten bzw. teilbedingten Strafvollzugs nicht geben sind, weshalb die hypothetische Gesamtstrafe von 20 Monaten grundsätzlich zu vollziehen wäre. Entsprechend wäre - logischerweise - auch hinsichtlich der im vorliegenden Verfahren ausgefällten 12 Monate Freiheitsstrafe der (unbedingte) Vollzug anzuordnen. Dem steht nun aber der Umstand entgegen, dass die Vorinstanz lediglich 7 der gesamthaft 14 Monate Freiheitsstrafe für vollziehbar erklärt hat und eine Abänderung dieses Urteils zum Nachteil des Beschuldigten aus prozessualen Gründen nicht in Frage kommt, nachdem die Staatsanwaltschaft ihre Berufung zurückgezogen hat und der Privatkläger die Sanktion nicht anfechten kann (Verbot der reformatio in peius; Art. 391 Abs. 2 StPO; Entscheide des Bundesgerichts 6B_165/2011 E. 3.2.f.; 6B_156/2011 E. 2.5.2.).

6.6. Damit ist die vorliegend auszusprechende Strafe von 12 Monaten im (aus prozessualen Gründen höchstmöglichen) Umfang von 7 Monate zu vollziehen und im Umfang der übrigen 5 Monate bedingt aufzuschieben, unter Ansetzung - entsprechend der Vorinstanz - einer Probezeit von 4 Jahren. Es ist zu unterstreichen, dass dem nicht etwa Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB entgegen steht, wonach der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen darf und sowohl der aufgeschobene als auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen muss: Nachdem vorliegend eben gerade keine teilbedingte Strafe ausgesprochen wird, gelangen die genannten Bestimmungen nicht zur Anwendung. Dass nicht die gesamten 12 Monate Freiheitsstrafe für vollziehbar erklärt werden, liegt einzig im Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO begründet.

7. Widerruf

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 29. August 2012 (Geschäfts-Nr. DG120161) wurde der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom

8. April 2009 bedingt ausgefällte Teil der Geldstrafe in der Höhe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.– widerrufen (Dispositiv-Ziffer 5, Urk. 76). Damit steht der Widerruf im vorliegenden Verfahren nicht mehr zur Diskussion und es ist auf den entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft nicht einzutreten. Vom Widerruf ist aber - der Klarheit halber - Vormerk zu nehmen.

8. Zivilansprüche

8.1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für das Zusprechen zivilrechtlicher Ansprüche aus der Straftat im Adhäsionsprozess - worunter sowohl Schadenersatzforderungen als auch Genugtuungsbegehren fallen - in ihrem Entscheid richtig aufgeführt (Urk. 33 S. 13 ff.). Es kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

8.2. Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Entscheid fest, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatze nach schadenersatz- und genugtuungspflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatz- und Genugtuungsanspruches wurde der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen (Urk. 33 S. 18).

8.3. Der Privatkläger beantragte im vorliegenden Verfahren, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihm Schadenersatz in noch zu beziffernder Höhe zuzusprechen (Urk. 79 S. 1). Für den Moment würden - wie bereits vor Vorinstanz, aber ohne die Geltendmachung einer Lohneinbusse zufolge Einvernahmen - folgende Beträge geltend gemacht (Urk. 79 S. 12):

- Fr. 18'480.– zuzüglich 5% Zins ab dem 1. Juli 2010;
- Fr. 2'016.– zuzüglich 5% Zins ab dem 2. August 2010;
- Fr. 840.– zuzüglich 5% Zins ab dem 14. Februar 2011;
- Fr. 1'230.20 zuzüglich 5% Zins ab dem 12. März 2011.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Privatkläger durch die Tat des Beschuldigten gesundheitliche Schäden körperlicher und geistiger Art erlitten habe. Die Tat habe für ihn in erster Linie Schmerzen, Schwindel, Vergesslichkeit und Konzentrationsstörungen sowie Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt. Wie es

in Zukunft weiter gehe, wisse der Privatkläger nicht. Bis heute seien seine Beschwerden und Beeinträchtigungen anhaltend. Die Beweisführung der Vorinstanz sei unhaltbar. Sie habe die Zivilforderungen kurzerhand auf den Zivilweg verwiesen, ohne sich mit dem Thema einlässlich auseinanderzusetzen (Urk. 79 S. 7).

8.3.1. Der Beschuldigte beantragte, dass in diesem Punkt der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen sei (Urk. 38 S. 2; Urk. 81 S. 10).

8.3.2. Das Gericht entscheidet über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht (Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO). Wenn aber die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwändig wäre, so kann das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen (Art. 126 Abs. 3 StPO). In einem solchen Fall spricht das Strafgericht nicht eine betragsmässig umschriebene Leistung zu, sondern entscheidet nur über die Haftung und die Haftungsquote, d.h. ob und in welchem Umfang der Beschuldigte haftet. Die Frage der Höhe des Schadenersatzanspruchs bleibt demgegenüber einem anschliessenden Zivilverfahren vorbehalten (vgl. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, N 17 zu Art. 126 StPO).

8.3.3. Der Privatkläger macht einen Schadenersatzanspruch von Fr. 1'230.20 (zuzüglich Zins) für die Honorarrechnung von Dr. H._____ geltend (Urk. 24 S. 6). Aufgrund der vorliegenden Akten ist allerdings nicht ersichtlich, ob der Privatkläger diese Rechnung selber bezahlen musste oder ob diesbezüglich ein Versicherungsanspruch besteht. So lässt sich insbesondere dem ärztlichen Bericht von Dr. H._____ vom 18. August 2011 entnehmen, dass die Behandlungen und die Arbeitsunfähigkeit wegen der Kostenträgerschaft auf "Krankheit" genommen worden seien (Urk. 25/2 S. 1 f.). Damit stellt sich - wie die Vorinstanz zutreffend ausführte - die Frage, ob die geltend gemachte Rechnung nicht von der Krankenkasse bereits bezahlt wurde oder ob zumindest ein Anspruch auf Kostenübernahme besteht (vgl. Urk. 33 S. 14).

8.3.4. Der Privatkläger macht weiter Schadenersatzansprüche von insgesamt Fr. 21'336.00 (zuzüglich Zins) für seinen Erwerbsausfall geltend. Er führt aus,

dass er aufgrund des vorliegend zu beurteilenden Vorfalls während der Zeit vom 27. Januar bis 30. Juni 2010, vom 14. Juli bis 1. August 2010 und vom 6. bis 13. Februar 2011 arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 24 S. 6).

8.3.4.1. Der eingeklagte Vorfall ereignete sich am 26. Januar 2010. Der Beschuldigte wurde in der Folge hospitalisiert und am 27. Januar 2010 gemäss Austrittsbericht des …spitals G._____ "bei unauffälligem Schädel-TC und Thoraxröntgen nach stabiler GCS-Überwachung… sowie problemloser Nahrungsaufnahme" aus dem Spital entlassen (Urk. 8/1).

Im ärztlichen Bericht von Dr. C._____ vom 28. Februar 2012 wird festgehalten, der Privatkläger sei am 28. Januar 2010 in dessen Sprechstunde zur Nachbehandlung nach dem Ereignis vom 26. Januar 2010 von seiner Hirnerschütterung gewesen. Der Privatkläger habe über keine Beschwerden geklagt. Er hätte angegeben, es gehe ihm gut, was darauf habe schliessen lassen, dass die Hirnerschütterung am Abklingen gewesen sei. Es sei dem Privatkläger keine Arbeitsunfähigkeit ausgestellt worden (Urk. 60).

Dr. D._____ hält in seinem ärztlichen Bericht vom 20. April 2012 fest, der Privatkläger sei am 23. Juli 2010 das erste Mal bei ihm in der Sprechstunde gewesen wegen einer Kontusion der linken Kleinzehe durch einen Stein bei der Arbeit auf der Baustelle. Am 28. Juli 2010 sei der Privatkläger erneut bei ihm in der Sprechstunde gewesen. Der Grund dieser Konsultation seien Bauchschmerzen gewesen. Zudem habe der Privatkläger eine tätliche Auseinandersetzung Ende Februar erwähnt. In der Folge wurden weitere Abklärungen in Bezug auf die erwähnten Bauchschmerzen durchgeführt. Die gegen die Kopfschmerzen verordnete Physiotherapie habe der Privatkläger allerdings nicht angetreten, was darauf habe schliessen lasse, dass der Leidensdruck nicht besonders hoch gewesen sei. Zudem habe er im Verlauf der weiteren Sitzungen die Kopfschmerzen nicht mehr erwähnt. Was die tätliche Auseinandersetzung betreffe, könne Dr. D._____ nur auf seinen Eintrag vom 28. Juli 2010 verweisen. Danach leide der Privatkläger seit diesem Ereignis an häufigen Kopfschmerzen im Nackenbereich, welche während einiger Stunden anhalten würden. Der Privatkläger habe während zwei Monaten in der Reinigung gearbeitet. Nachdem Ereignis habe er im Hotel und danach in einer Fabrik gearbeitet (Urk. 64).

Wie dem Austrittsbericht des …spitals G._____ und dem ärztlichen Bericht von Dr. C._____ entnommen werden kann, wurde dem Privatkläger unmittelbar nach dem vorliegend zu beurteilenden Vorfall keine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt. Zudem wird im Bericht von Dr. D._____ erwähnt, dass der Privatkläger - wohl nach dessen eigenen Angaben - nach der tätlichen Auseinandersetzung einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Damit ist nicht ersichtlich, dass der Privatkläger aufgrund des vorliegend zu beurteilen Ereignisses in der Zeit vom 27. Januar bis 30. Juni 2010 keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen sei bzw. nicht hätte nachgehen können. Eine allfällige Lohneinbusse in dieser Zeit ist demnach nicht ausgewiesen.

8.3.4.2. Wie dem ärztlichen Bericht von Dr. D._____ weiter entnommen werden kann, sei es möglich, dass die Kopfschmerzen des Privatklägers zumindest zu einem Teil die Folgen der tätlichen Auseinandersetzung seien. Dazu seien die Angaben des Privatklägers aber zu wenig konkret. Es bestehe zwar eine zeitliche Koinzidenz zwischen der tätlichen Auseinandersetzung und den Kopfschmerzen. Die Kopfschmerzen, wie sie der Privatkläger habe, seien aber sehr häufig und könnten durchaus auch andere Gründe haben. Spannungskopfschmerzen würden zu den häufigsten Kopfschmerzen gehören und liessen sich nicht auf eine einzige Ursache zurückführen. Abschliessend hält Dr. D._____ fest, dass der Privatkläger für die Zeit vom 14. Juli bis 5. August 2010 arbeitsunfähig geschrieben wurde (Urk. 64).

Aus dem Bericht von Dr. D._____ geht nicht hervor, ob der Privatkläger aufgrund der Bauch- oder aufgrund der Kopfschmerzen arbeitsunfähig geschrieben wurde. Selbst wenn aber die Kopfschmerzen zur Arbeitsunfähigkeit geführt hätten, lässt sich dem ärztlichen Bericht von Dr. D._____ nicht abschliessend und hinreichend entnehmen, ob diese auf das vorliegend zu beurteilende Ereignis vom 26. Januar 2010 zurückzuführen sind. Zudem hat der Privatkläger nicht hinreichend belegt, dass er während dieser Zeit tatsächlich eine Lohneinbusse bzw. einen finanziellen Schaden erlitt. Dementsprechend ist auch für diesen Zeitraum eine Lohneinbusse nicht hinreichend ausgewiesen.

8.3.4.3. Schliesslich kann dem ärztlichen Bericht von Dr. H._____ vom 18. April 2011 entnommen werden, dass der Beschuldigte während der Zeit vom 6. Febru-

ar bis 13. Februar 2011 wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig geschrieben war (Urk. 25/2). Gemäss seinem Bericht vom 25. Oktober 2010 bejahte Dr. H._____ den Kausalzusammenhang zwischen dem fraglichen Ereignis und der Arbeitsunfähigkeit des Beschuldigten. Dieser Bericht stützt sich unter anderem auf die computertomographischen Untersuchungen des Privatklägers vom 3. September 2010 und 8. September 2010, bei welchen eine linksseitige Traumatisierung des Schädels diagnostiziert wurde (Urk. 25/1 = Urk. 8/2). Diese Feststellungen stehen aber - wie die Vorinstanz zutreffend festhielt - im Widerspruch zum Austrittsbericht des …spitals G._____, in welchem aufgrund der damals erstellten Computertomographie keine Veränderung des Schädels festgestellt werden konnte (Urk. 8/1; vgl. Urk. 33 S. 15). Mithin kann gestützt auf den Bericht von Dr. H._____ nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Arbeitsunfähigkeit alleine auf das Ereignis vom 26. Januar 2010 zurückzuführen ist oder ob diesbezüglich andere bzw. weiter Ursachen massgeblich sind. Zudem hat der Privatkläger auch hier nicht hinreichend belegt, dass er während dieser Zeit tatsächlich eine Lohneinbusse bzw. einen finanziellen Schaden erlitt. Demnach ist auch für diesen Zeitraum die geltend gemachte Lohneinbusse nicht hinreichend ausgewiesen.

8.3.5. Der Privatkläger macht schliesslich geltend, es würden noch weitere Schadenersatzforderungen vorbehalten werden, so einerseits Forderungen wegen Erwerbsaufalls, insbesondere für die sieben Monate, während denen der Privatkläger bei J._____ gearbeitet habe, und andererseits - insbesondere künftige - medizinische Kosten jeglicher Art (Urk. 79 S. 12). Aufgrund dieser Ausführungen ist allerdings nicht ersichtlich, wie sich der geltend gemachte Schadenersatz konkret zusammensetzt, denn die einzelnen Schadenersatzpositionen bleiben weitgehend unbestimmt. Zudem wurden auch hier keine weiteren Unterlagen eingereicht, um die geltend gemachten Ansprüche zu belegen.

8.3.6. Nach dem Gesagten erscheinen die verschiedenen Schadenersatzansprüche des Privatklägers weitgehend als lediglich behauptet und kaum belegt. Die vorliegenden Unterlagen sprechen jedenfalls grossmehrheitlich nicht für seine Position. Auch anlässlich der Berufungsverhandlung wurden keine entsprechenden Belege eingereicht. Vielmehr führte der Vertreter des Privatklägers aus,

es sei ihm zeitlich nicht möglich gewesen, noch vorhandene Unterlagen zu beschaffen und die nötigen Abklärungen hinsichtlich Arbeitsstellen und Arbeitsunfähigkeit zu beschaffen (Urk. 79 S. 11). Die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs erforderte daher umfangreiche weitere Beweismassnahmen; das vom Privatkläger beantragte Gutachten wäre nur ein Teil davon. Der hierfür nötige Aufwand muss als für eine adhäsionsweise geführte Klage unverhältnismässig bezeichnet werden, weshalb der Privatkläger damit auf den Zivilweg zu verweisen ist.

8.3.6. Da die vollständige Beurteilung der geltend gemachten Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwändig wäre und deshalb die vorliegende Zivilklage nur dem Grundsatz nach zu entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg zu verweisen ist, ist der Beweisantrag des Privatklägers um Einholung eines Fachgutachtens abzuweisen. Entsprechend ist auch auf die weiteren prozessualen Anträge des Privatklägers betreffend Kautionierung und Sistierung des vorliegenden Verfahrens nicht weiter einzugehen.

8.4. Der Privatkläger beantragte, ihm sei eine Genugtuungssumme von Fr. 5'000.– zuzüglich 5% Zins ab dem 27. Januar 2010 zuzusprechen (Urk. 38 S. 2; Urk. 79 S. 1). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Privatkläger seit dem Vorfall vom 26. Januar 2010 unter Kopfschmerzen, Schwindelanfällen, Vergesslichkeit, Kopf- und Nackenbeschwerden, Ohr- und Augenschmerzen, sowie Beschwerden bei der Wirbelsäule und im Bereich des Schlüsselbeins. Zudem sei er für längere Zeit arbeitsunfähig sowie in finanzieller und sozialer Hinsicht beeinträchtigt gewesen (Urk. 24 S. 7 f.). Weiter wird geltend gemacht, dass eine Erhöhung der Genugtuung vorbehalten bleibe, sofern die Beeinträchtigungen des Privatklägers dies rechtfertigen würden (Urk. 79 S. 12).

8.4.1. Der Beschuldigte beantragte, dass in diesem Punkt der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen sei (Urk. 38 S. 2; Urk. 81 S. 10).

8.4.2. Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen (Art. 47 OR). Die Genugtuung setzt neben der Körperverletzung bzw. der Tötung eines

Menschen die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung (Widerrechtlichkeit, Verschulden, Kausalzusammenhang) voraus. Zudem müssen besondere Umstände gegeben sein, welche die Zusprechung einer Genugtuung rechtfertigen. Solche liegen nicht bereits bei jeder geringfügigen Beeinträchtigung des Wohlbefindens vor. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass der erlittene körperliche oder seelische Schmerz von einer gewissen Schwere sein muss (Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bern 2009, S. 112; ZHK-Ch. Müller, N 6 zu Art. 47 OR). Die Genugtuung bezweckt den Ausgleich für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder die Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird. Die Bemessung der Genugtuung richtet sich vor allem nach der Art und Schwere der Verletzung, der Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen, den Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen, einem allfälliges Selbstverschulden des Geschädigten sowie der Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrags. Die Höhe der Summe lässt sich naturgemäss nicht errechnen, sondern nur schätzen (132 II 117 E. 2.2.2 S. 119, mit weiteren Hinweisen). Dem Richter kommt dabei ein erhebliches Ermessen zu. Anhand von konkreten Fällen lassen sich aber Massstäbe setzen, die in anderen, einigermassen vergleichbaren Fällen Anhaltspunkte für die Bemessung sein können. Schliesslich bleibt aber stets im Auge zu behalten, dass die Genugtuungsleistung als Wiedergutmachung immaterieller Unbill zu verstehen ist, die sich aber nicht in Geld umsetzen lässt, folglich immer nur ein ungefährer Ausgleich für Schmerzen, Leid und andere Beeinträchtigungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens sein kann (BGE 112 II 131 E. 2 S. 133 f.).

8.4.3. Der Privatkläger erlitt durch die inkriminierte Handlung vom 26. Januar 2010 eine Hirnerschütterung und wurde vorübergehend bewusstlos. Er musste aufgrund dieses Ereignisses hospitalisiert werden, wobei er bereits am nächsten Tag wieder entlassen werden konnte (Urk. 8/1). Während der Privatkläger noch am 28. Januar 2010 gegenüber Dr. C._____ keine Beschwerden beklagte und ausführte, es gehe ihm gut (Urk. 60), erwähnte er erst am 28. Juli 2010 gegenüber Dr. D._____, er habe aufgrund einer tätlichen Auseinandersetzung Kopfschmerzen. Da der Privatkläger aber die ihm verordnete Physiotherapie nicht an

trat, kann davon ausgegangen werden, dass die Kopfschmerzen nicht erheblich einschneidend oder störend waren. Damit standen bei diesen Arztbesuchen wohl nicht die Kopfschmerzen, sondern vielmehr die von ihm geäusserten Bauchschmerzen im Vordergrund (vgl. Urk. 64). Schliesslich kann - wie vorstehend ausgeführt - nicht abschliessend beurteilt werden, ob die gegenüber Dr. H._____ geäusserten Kopfschmerzen in kausalem Zusammenhang mit dem fraglichen Ereignis vom 26. Januar 2010 stehen oder ob nicht weitere oder neue Ursachen hinzugetreten sind, welche die Kopfschmerzen verschlimmern bzw. verursachen.

Wie aus dem vorstehend Gesagten ersichtlich ist, sind die vom Privatkläger geltend gemachten Beeinträchtigungen, die eine Genugtuung rechtfertigen würden, weder hinreichend ausgewiesen noch ist der Kausalzusammenhang zwischen den einzelnen Schädigungen und dem schädigenden Ereignis hinreichend bewiesen. Ebenso sind die Ausführungen des Privatklägers, wonach er während längere Zeit arbeitsunfähig und in finanzieller sowie sozialer Hinsicht beeinträchtigt gewesen sein soll, weder substantiiert dargelegt noch bewiesen. Auch hier wären damit noch unverhältnismässig aufwändige Beweismassnahmen nötig, um die Klage des Privatklägers vollständig beurteilen zu können (vgl. dazu auch Erw. 8.3.6 vorstehend). Damit ist der Privatkläger auch mit der geltend gemachte Genugtuungsforderung auf den Zivilweg zu verweisen.

8.5. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass der Beschuldigte aufgrund seines Verhaltens - wie die Vorinstanz zutreffend ausführte - den aus diesem Ereignis entstandene Schaden schuldhaft und widerrechtlich verursachte, wird er doch wegen versuchter schwerer Körperverletzung verurteilt. Damit ist der Beschuldigte dem Grundsatz nach schadenersatz- und genugtuungspflichtig. Zur genauen Feststellung des Umfangs des Schadenersatz- und Genugtuungsanspruchs ist der Privatkläger aber auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen (Art. 126 Abs. 3 StPO).

9. Kostenfolgen

9.1. Vor dem Hintergrund von Art. 426 Abs. 1 StPO und Art. 135 Abs. 4 StPO war nicht zulässig, dass die Vorinstanz dem Beschuldigten die Kosten seiner

amtlichen Verteidigung auferlegt hat. Jedenfalls wäre weder ersichtlich noch hätte die Vorinstanz begründet, dass der Beschuldigte während des Verfahrens in günstige wirtschaftliche Verhältnisse im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO gekommen wäre. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Untersuchungsverfahren und das erstinstanzliche Verfahren sind deshalb gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO und unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

9.2. Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenverlegung nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Im vorliegenden Verfahren unterliegt der Privatkläger vollumfänglich. Demgegenüber obsiegt der Beschuldigte teilweise, namentlich in Bezug auf die Strafzumessung, die Zivilklage und die Auferlegung der Kosten der amtlichen Verteidigung. Demgegenüber unterliegt er bezüglich des Strafpunkts. Damit rechtfertigt sich vorliegend die folgende Kostenverlegung:

Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der Kosten der amtlichen Verteidigung, aber ohne die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands der Privatklägerschaft, sind zu zwei Dritteln dem Privatkläger aufzuerlegen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands der Privatklägerschaft, aber ohne die Kosten der amtlichen Verteidigung, sind zu einem Drittel dem Beschuldigten aufzuerlegen.

Im Umfang von einem Drittel sind die Kosten der amtlichen Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

Im Umfang von zwei Dritteln sind die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands der Privatklägerschaft einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Privatklägers gemäss Art. 138 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 27. April 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. (…)

2. (…)

3. (…)

4. (…)

5. (…)

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	4'000.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten Kantonspolizei
Fr.	2'500.–	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.		amtliche Verteidigung
Fr.		unentgeltliche Rechtsvertretung des Privatklägers

7. Die Kosten, inklusive der Gebühren und Kosten des Vorverfahrens (…) werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Privatklägers werden auf die Gerichtskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

8. (Mitteilungen)

9. (Rechtsmittelbelehrung)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte 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 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Polizeiverhaft erstanden sind, als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. August 2012.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 5 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (7 Monate, abzüglich 2 Tage, die durch Polizeiverhaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

4. Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft um Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2009 ausgefällten, bedingten Teils der Strafe von 180 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– wird nicht eingetreten. Es wird davon Vormerk genommen, dass dieser Widerruf bereits mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. August 2012 erfolgt ist.

5. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger aus dem eingeklagten Ereignis dem Grundsatze nach schadenersatz- und genugtuungspflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatz- und Genugtuungsanspruches wird der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

6. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Untersuchungsverfahren und das erstinstanzliche Verfahren werden unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'500.--	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	154.85	Gutachten
Fr.		amtliche Verteidigung (RA Y._____)
Fr.	782.15	unentgeltlicher Rechtsbeistand (RA X1._____)
Fr.		unentgeltlicher Rechtsbeistand (RA X2._____)

18. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, aber ohne die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands der Privatklägerschaft, werden zu zwei Dritteln dem Privatkläger auferlegt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands der Privatklägerschaft, aber ohne die Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu einem Drittel dem Beschuldigten auferlegt.

Im Umfang von einem Drittel werden die Kosten der amtlichen Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

Im Umfang von zwei Dritteln werden die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistands der Privatklägerschaft einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, wobei die Rückzahlungspflicht des Privatklägers gemäss Art. 138 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

19. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die Vertretung des Privatklägers im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die Vertretung des Privatklägers im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

20. 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, 18. Oktober 2012

Der Präsident:	Der Gerichtsschreiber:
Dr. F. Bollinger	M. Hauser