

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB120181-O/U/eh

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic.iur. S. Volken und  
lic.iur. Ch. Prinz sowie der Gerichtsschreiber lic.iur. P. Rietmann

## Urteil vom 17. Dezember 2012

in Sachen

**Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**  
vertreten durch Staatsanwältin lic.iur. B. Groth,  
Anklägerin und I. Berufungsklägerin

sowie

**A.\_\_\_\_\_**,  
Privatkläger und II. Berufungskläger  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_**,  
Beschuldigter und Berufungsbeklagter sowie Anschlussberufungskläger  
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic.iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend

**versuchte Tötung etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung,  
vom 19. Dezember 2011 (DG110204)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 18. Juli 2011 (Urk. 36) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 72 und 75)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte B. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB;
  - des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (18 Monate, abzüglich 91 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Es wird eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen) angeordnet.
5. Der bedingte Vollzug der mit Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 24. August 2009 ausgefallenen Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 100.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
6. Die mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts Zürich vom 4. Februar 2011 angeordnete Kontaktsperre wird mit Eintritt der Rechtskraft aufgehoben.
7. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmte Glas-Pitcher (Sachkautionsnummer ...) wird der Berechtigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.
8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände
  - 1 hellbeige Hose (Asservat-Nr. ...)

- 1 rot/schwarzes Gilet (Asservat-Nr. ...)
- 1 gemusterter Pullover (Asservat-Nr. ...)

werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

9. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände

- 1 blau/graue Jeanshose (Asservat-Nr. ...)
- 1 schwarzes T-Shirt (Asservat-Nr. ...)

werden C.\_\_\_\_\_ auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

10. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände

- 1 blaue Jeanshose (Asservat-Nr. ...)
- 1 schwarze Windjacke (Asservat-Nr. ...)

werden D.\_\_\_\_\_ auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

11. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände

- 1 Paar Schuhe (Asservat-Nr. ...)
- 1 hellgrauer Kapuzenpullover (Asservat-Nr. ...)
- 1 blaue Jeanshose mit braunem Gürtel (Asservat-Nr. ...)
- 1 dunkelblaue Jacke (Asservat-Nr. ...)
- 1 blaues T-Shirt (Asservat-Nr. ...)

werden A.\_\_\_\_\_ auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

12. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der E.\_\_\_\_\_ [Versicherung] anstelle des Privatklägers A.\_\_\_\_\_ (Unfall-Nr. ...) gemäss seiner Anerkennung Fr. 22'902.40 zu bezahlen.

13. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger A.\_\_\_\_\_ Fr. 6'000.- zuzüglich 5 % Zins ab dem 6. November 2010 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte Fr. 5'000.- anerkannt hat.

14. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- |     |           |  |
|-----|-----------|--|
| Fr. | 7'000.–   | ; die weiteren Kosten betragen:                                      |
| Fr. | 243.–     | Kosten Kantonspolizei  |
| Fr. | 15'000.–  | Gebühr Anklagebehörde  |
| Fr. | 15'803.95 | Auslagen Untersuchung  |
| Fr. | 931.30    | amtliche Verteidigung Untersuchung                                   |
| Fr. |           | unentgeltliche Vertretung Privatlägerschaft RA X. _____ (ausstehend) |
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
15. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der zeitweiligen amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatlägerschaft werden auf die Gerichtskasse genommen.
16. (Mitteilungen.)
17. (Rechtsmittel.)"

### **Berufungsanträge:**

- a) der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 104 S. 2):
1. Der Beschuldigte sei schuldig der Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB.
  2. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 12 Monaten.
  3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
  4. Der bedingte Vollzug der mit Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 24. August 2009 ausgefallten Geldstrafe sei nicht zu widerrufen.

b) der Staatsanwaltschaft (Urk. 102 S. 2):

1. Der Beschuldigte sei wegen versuchter vorsätzlicher Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren zu bestrafen.
3. Bezüglich der Anordnung einer Massnahme, des Widerrufs, des Zivilanspruchs, der Nebenfolgen des Urteils und den Kostenfolgen, soweit sie nicht schon in Rechtskraft erwachsen sind, sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 19. April 2011 zu bestätigen.

c) der Privatklägerschaft (Urk. 103 S. 1):

1. In Abänderung von Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils vom 19. Dezember 2011 sei der Beschuldigte wegen versuchter Tötung und wegen Angriffs schuldig zu sprechen und in schuldangemessener Weise zu bestrafen.
2. Der Beschuldigte sei in Abänderung von Dispositivziffer 13 des vorinstanzlichen Urteils weiter zu verpflichten, dem Privatkläger eine angemessene Genugtuung von CHF 35'000.– zuzüglich 5% Zins seit 6. November 2010 zu bezahlen.
3. Ausgangsgemäss seien die Verfahrenskosten dem Beschuldigten aufzuerlegen.

**Erwägungen:**

**I. Prozessuales**

1. Nachdem der angefochtene erstinstanzliche Entscheid am 19. Dezember 2011 ergangen ist, gelten die Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung (Art. 448 und Art. 454 Abs. 1 StPO).

2. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 19. Dezember 2011 wurde der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ der versuchten schweren Körperverletzung sowie des Angriffs schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten bestraft, wobei ihm für die Hälfte der Freiheitsstrafe der bedingte Strafvollzug gewährt wurde. Zudem wurde eine bedingt aufgeschobene Geldstrafe vollziehbar erklärt und es wurde für den Beschuldigten eine ambulante Massnahme angeordnet, wobei der Strafvollzug nicht zugunsten des Massnahmevollzugs aufgeschoben wurde (Urk. 75 S. 140f.). Gegen diesen Entscheid meldeten die Anklagebehörde und der Privatkläger durch seinen unentgeltlichen Rechtsvertreter mit Eingaben vom 22. respektive 28. Dezember 2011 innert gesetzlicher Frist Berufung an (Urk. 68 und 69; Art. 399 Abs. 1 StPO). Die Berufungserklärungen der genannten Parteien gingen ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Urk. 76 und 79; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Verteidigung hat mit Eingabe vom 15. Mai 2012 innert Frist Anschlussberufung erhoben (Urk. 83; Art. 400 Abs. 2f. und Art. 401 StPO). Mit Präsidialverfügung vom 6. August 2012 wurde der bisher erbetene Verteidiger des Beschuldigten rückwirkend per 15. Mai 2012 als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 96). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Urk. 76, 79 und 83; Urk. 102-104; Art. 389 Abs. 3 StPO). Die appellierenden Parteien haben ihre Berufungen jeweils teilweise beschränkt (Urk. 76, 79 und 83; Art. 399 Abs. 4 StPO).

3. Demnach sind im Berufungsverfahren nicht angefochten

- die vorinstanzliche Aufhebung der im Untersuchungsverfahren angeordneten Kontaktsperre (Urteilsdispositiv-Ziff. 6)
- die vorinstanzlichen Anordnungen betreffend die im Untersuchungsverfahren beschlagnahmten Gegenstände (Urteilsdispositiv-Ziff. 7-11)
- die vorinstanzliche Verpflichtung des Beschuldigten zur Leistung von Schadenersatz an den Unfallversicherer des Privatklägers (Urteilsdispositiv-Ziff. 12)
- die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Urteilsdispositiv-Ziff. 14).

Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO).

## II. Schuldpunkt

1.1. Dem Beschuldigten B.\_\_\_\_\_ wird in der Sachverhaltsdarstellung der Anklageschrift der Anklagebehörde vom 18. Juli 2011 zum einen zusammengefasst vorgeworfen, er habe am 6. November 2010, ca. um 00.25 Uhr, beim ... in F.\_\_\_\_\_, im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung, an welcher insgesamt fünf Personen beteiligt gewesen seien, dem Privatkläger A.\_\_\_\_\_ mit grosser Wucht einen ca. 1,8 Kilogramm schweren Bierbehälter aus Glas, einen sog. Pitcher, an den Kopf geschlagen, wodurch der Privatkläger einen Schädelknochenbruch mit einer Blutung, die zu einer Kompression des Gehirns, nicht jedoch zu einer Lebensgefahr oder bleibenden Nachteilen geführt habe, erlitten habe. Dabei habe der Beschuldigte um die Möglichkeit tödlicher Folgen für den Privatkläger gewusst und den Tod des Privatklägers gewollt oder zumindest in Kauf genommen (Urk. 36 S. 2f.).

Weiter wird dem Beschuldigten B.\_\_\_\_\_ - wiederum zusammengefasst - vorgeworfen, im Rahmen der gleichen Auseinandersetzung einerseits bei einer Baustelle eine Eisenhalterung ergriffen zu haben, in der Absicht diese gegen seine Kontrahenten einzusetzen, jedoch von Dritten daran gehindert worden zu sein; andererseits habe er bei der besagten Baustelle eine rot-weisse Baulatte ergriffen und diese dann vor dem Kontrahenten D.\_\_\_\_\_ auf den Boden geworfen; schliesslich habe er versucht, den Kontrahenten D.\_\_\_\_\_ mit den Fäusten zu schlagen, während D.\_\_\_\_\_ von einem Mitglied aus der Gruppe des Beschuldigten, G.\_\_\_\_\_, festgehalten worden sei, ohne dabei D.\_\_\_\_\_ jedoch zu treffen. Der Beschuldigte habe sich bewusst und gewollt aktiv am Angriff - auch - gegen D.\_\_\_\_\_ beteiligt und zumindest in Kauf genommen, dass dieser einfache Körperverletzungen erleide (Urk. 36 S. 2f.).

### Anklagevorwurf versuchte vorsätzliche Tötung:

1.2. Vorab ist zum Ganzen allseits anerkannt, dass es zum fraglichen Datum am fraglichen Ort zu einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldig-

ten B.\_\_\_\_\_ und seinen Begleitern C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ auf der einen Seite und dem Privatkläger A.\_\_\_\_\_ und seinem Begleiter D.\_\_\_\_\_ auf der anderen Seite gekommen ist.

Zur erstzitierten Sachverhaltsdarstellung sind die geschilderten Verletzungen des Privatklägers A.\_\_\_\_\_ aufgrund entsprechender Arztberichte erstellt (Urk. 16/3 und 16/6). Die Richtigkeit dieser Berichte wird seitens des Beschuldigten nicht angezweifelt. Er ist auch geständig, den fraglichen Schlag mit dem Glasbehälter gegen den Kopf des Privatklägers ausgeführt zu haben. Hingegen stellen Beschuldiger und Verteidigung die Umstände, die zum Schlag des Beschuldigten geführt haben sollen, anders dar als die Anklagebehörde in der Anklageschrift. Zusammengefasst soll es sich beim Schlag des Beschuldigten um eine Reaktion auf ein provozierendes, auch tätliches Verhalten des Privatklägers A.\_\_\_\_\_ und seines Begleiters D.\_\_\_\_\_ gehandelt haben. Schliesslich macht die Verteidigung geltend, die Verletzungen des Privatklägers hätten nicht nur aus dem inkriminierten Schlag des Beschuldigten resultiert, sondern auch aus einer in einem späteren Zeitpunkt der Auseinandersetzung erfolgten und nicht dem Beschuldigten zuzuschreibenden Einwirkung auf den Privatkläger (Urk. 64 und 104).

1.3. Zur Erstellung des doch in wesentlichen Teilen bestrittenen Sachverhalts sind die folgenden Beweismittel zu würdigen:

- Die Aussagen der direkt Beteiligten, d.h. des Beschuldigten B.\_\_\_\_\_, dessen Begleiter C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ sowie des Privatklägers A.\_\_\_\_\_ und dessen Begleiters D.\_\_\_\_\_
- die Aussagen der nicht an der Auseinandersetzung beteiligten Augenzeugen des Vorfalls, H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_
- die medizinischen Berichte und Gutachten zu den Verletzungen des Privatklägers und schliesslich
- die Aufzeichnungen der am Tatort installierten Video-Überwachungskamera.

1.4. Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundsätze der richterlichen Beweiswürdigung angeführt, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen

ist (Urk. 75 S. 9f. und S. 12; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ferner hat sie zutreffend festgestellt, dass sämtliche Beweismittel prozessual verwertbar sind, mit der einzigen Einschränkung, dass die Aussagen G.\_\_\_\_s nicht zulasten des Beschuldigten zu verwerten sind (Urk. 75 S. 79); dies wird im Berufungsverfahren von keiner Seite beanstandet. Sodann hat die Vorinstanz zur Glaubwürdigkeit der Direktbeteiligten erwogen, deren Aussagen seien "mit Vorsicht" zu würdigen (Urk. 75 S. 10ff.). Dies ist zwar korrekt, jedoch wenig aussagekräftig, da sämtliche Beweismittel im Rahmen einer Beweiswürdigung vorsichtig zu würdigen sind. Entscheidend ist aber der zutreffende Hinweis der Vorinstanz, dass die Glaubhaftigkeit der Aussagen entscheidender ist als die Glaubwürdigkeit der Aussagenden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_692/2011 E.1.4.; BGE 133 I 33 E. 4.3).

1.5. Die Vorinstanz hat in den Erwägungen des allseits angefochtenen Entscheides die obzitierten Beweismittel, namentlich die Aussagen der Direktbeteiligten sowie der Augenzeugen, äusserst detailliert wiedergegeben, worauf vollumfänglich zu verweisen ist (Urk. 75 S. 15-78).

1.6. Absatz 1 des Anklagesachverhalts, wonach zwischen dem Beschuldigten und C.\_\_\_\_ auf der einen und dem Privatkläger und D.\_\_\_\_ auf der anderen Seite eine verbale Auseinandersetzung stattgefunden hat, ist einerseits durch die Aussagen der Beteiligten erstellt und auch nicht bestritten. Absolut korrekt ist die diesbezügliche Bemerkung der Vorinstanz, dass öffentliches Urinieren, insbesondere in unmittelbarer Nähe anderer Personen, eine Provokation darstellt (Urk. 75 S. 81). Wer - wie vorliegend der Beschuldigte und C.\_\_\_\_ - neben anderen Personen öffentlich und an einem stark frequentierten Ort in eine Hecke uriniert, darf sich weder darüber wundern noch aufregen, dass er verbal gemassregelt wird, selbst wenn dies unverblümt und harsch ausfällt. Keinesfalls geben solche berechtigten Kommentare dem Gemassregelten einen entschuldigenden Anlass, gegen sich entsprechend äussernde Personen aggressiv zu werden.

Wenn der Beschuldigte und die Verteidigung geltend machen, der Schlag des Beschuldigten gegen den Privatkläger sei als unmittelbare Folge eines Angriffs gegen seinen Begleiter C.\_\_\_\_ erfolgt (Urk. 60 S. 6; Urk. 64 S. 9; Urk. 104 S. 6 ff.), ist zunächst festzuhalten, dass dies nicht mit den diesbezüglichen Aussagen der übrigen Beteiligten korrespondiert. C.\_\_\_\_ selbst schilderte nie, geschlagen

worden zu sein (Urk. 10/4 S. 3: "Ich (C.\_\_\_\_\_) habe keinen Schlag abbekommen und auch nicht mitbekommen, dass ein solcher ausgeführt worden wäre"; vgl. auch Urk. 10/7 S. 3f.). D.\_\_\_\_ hat angegeben, im fraglichen Zeitraum keine Schläge ausgeteilt zu haben (Urk. 10/15 S. 3 und S. 5). G.\_\_\_\_ hat geschildert, er habe D.\_\_\_\_ "zur Seite genommen, dieser wehrte sich nicht" (Urk. 10/9 S. 2). Diese Aussagen von D.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ sprechen dafür, dass D.\_\_\_\_ zu diesem Zeitpunkt mit G.\_\_\_\_ beschäftigt und somit gar nicht in der Lage war, C.\_\_\_\_ zu schlagen (Urk. 10/9 S. 2; Urk. 10/15 S. 6). Der Beschuldigte gab anlässlich seiner Einvernahmen entgegen all dieser Aussagen wiederholt zu Protokoll, dass D.\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_ geschlagen habe, wobei er angab, dass letzterer sich geduckt und sich die Arme schützend über den Kopf gehalten habe, um dem Schlag auszuweichen, worauf C.\_\_\_\_ durch den Schlag vermutlich nicht richtig getroffen worden sei (Urk. 8/1 S. 5; Urk. 8/2 S. 2; Urk. 8/3 S. 2 und 7). Die diesen Sachverhaltsabschnitt betreffende Videosequenz lässt keinen Schlag von D.\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_ erkennen, zeigt jedoch, dass eine Person aus der Gruppe um den Beschuldigten kurz vor dem Schlag des Beschuldigten gegen den Privatkläger nach links zurückweicht, stolpert oder gar stürzt (Urk. 12/3, Zeit 00:29:06ff.). Ein Schlag gegen C.\_\_\_\_, wie ihn der Beschuldigte geltend macht, lässt sich aufgrund des Videomaterials und vor dem Hintergrund der Aussagen der übrigen Beteiligten jedoch nicht objektiv erstellen. Denkbar ist aber, dass der Beschuldigte diese auf der Aufnahme erkennbare Bewegung nach links als ein Ausweichen von C.\_\_\_\_ interpretiert hat. Selbst vor diesem Hintergrund ist jedoch anzumerken, dass der Beschuldigte kurz vor Ausführung seines Schlages gegen den Privatkläger in keiner Art und Weise bedrängt wurde und dass seine Ausführungen, er sei mit dem Pitcher dazwischen gegangen, um sich und C.\_\_\_\_ zu schützen bzw. um zu schlichten (Urk. 8/1 S. 5; Urk. 8/2 S. 2; Urk. 8/3 S. 2 und 5) sowohl in der Videoaufnahme als auch in sämtlichen Aussagen der übrigen Beteiligten keinerlei Stütze finden. Somit sind die Absätze 1 und 2 der Anklageschrift entgegen den Bestreitungen des Beschuldigten und der Verteidigung dahingehend rechtsgenügend erstellt, dass G.\_\_\_\_ zur Gruppe trat und D.\_\_\_\_ am Kragen packte sowie dass der Beschuldigte darauf - allenfalls nach einem von ihm wahrgenommenen Zurück- bzw. Ausweichen von C.\_\_\_\_ - mit dem Glas-Krug gegen den Kopf des Privatklägers schlug. Dass es sich dabei um

eine sehr schwungvolle Schlagbewegung handelte und der Beschuldigte somit mit grosser Wucht zuschlug, ist auf der Aufnahme der Überwachungskamera klar zu sehen. Der Privatkläger ging denn auch sofort zu Boden (Urk. 12/3, Zeit 00:29:10ff.). Auf dem Film ist sodann klar zu sehen, dass der Beschuldigte unmittelbar nachdem er den Privatkläger niedergeschlagen hatte, mehrmals wuchtig gegen den am Boden liegenden Privatkläger getreten hat. Selbst wenn er kurz vor seinem Schlag gegen den Privatkläger einen Schlag und ein auf diesen folgendes Zurückweichen von C.\_\_\_\_\_ wahrgenommen haben will, kann er aufgrund der in der entsprechenden Videosequenz erkennbaren Situation - wie bereits erwähnt - nicht im Ernst geltend machen, dass dies erfolgte, weil er seinen Begleiter C.\_\_\_\_\_ und sich habe "schützen" wollen (Urk. 60 S. 7). Vielmehr belegt dies eine im fraglichen Zeitpunkt ungezügelter Aggression des Beschuldigten.

Die Verteidigung macht geltend, wesentliche Elemente des tatsächlichen Tatablaufs würden in der Anklageschrift *nicht* umschrieben, so namentlich ein tätlicher Angriff seitens der Gruppe des Privatklägers gegen C.\_\_\_\_\_ (Urk. 64 S. 9). Diesbezüglich ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte nicht bedrängt wurde und es auch keinen erkennbaren Anlass gab, einem seiner Begleiter zu Hilfe eilen zu müssen. Mit der überzeugenden Beweiswürdigung der Vorinstanz ist ferner erstellt, dass der Beschuldigte kurz vor seinem Schlag gegen den Privatkläger herumgeschrien hat, wobei der genaue Wortlaut offen bleiben kann; jedenfalls handelte es sich um laut und aggressiv geäusserte Androhungen physischer Gewalt (Urk. 75 S. 87f.). Infolge der diesbezüglichen Argumentation der Verteidigung ist schliesslich zu erstellen, wodurch die Verletzungen des Privatklägers verursacht wurden (Urk. 64 S. 15; Urk. 104 S. 14f.). Anerkanntermassen schlug der Beschuldigte dem Privatkläger den Glas-Krug an den Kopf (Urk. 60 S. 6; Urk. 64 S. 8); dass dies mit grossem Schwung geschah, ist auf dem Überwachungsfilm ersichtlich (Urk. 12/3, Zeit 00:29:10f.). Ebenfalls auf dem Film ist ersichtlich, dass der Privatkläger am Schluss der Auseinandersetzung ein zweites Mal zu Fall kommt und dabei rücklings hinfällt (Urk. 12/3, Zeit 00:30:51). Gemäss dem ärztlichen Befund der Klinik M.\_\_\_\_\_ vom 7. Dezember 2010 sowie dem Aktengutachten des IRM der Universität Zürich vom 29. März 2011 erlitt der Privatkläger eine grosse Rissquetschwunde sowie einen ausgedehnten, verschobenen, mehrteiligen Schädelknochenbruch *frontal links* mit Blutung im Bereich

des Bruchs und anschliessender Einblutung von Blutgefässen, wobei die notfallmässige chirurgische Behandlung dazu führte, dass *keine* konkrete Lebensgefahr eintrat. Verletzungen am Hinterkopf des Privatklägers wurden nicht geschildert, nicht einmal eine Beule oder ein Kratzer (Urk. 16/3 und 16/6).

Entgegen der Verteidigung wurde der Privatkläger somit nicht "2-mal und von zwei verschiedenen Personen am Kopf verletzt". Er wurde - lediglich - zweimal (und von zwei verschiedenen Personen, nämlich das erste Mal durch den Beschuldigten und das zweite Mal mutmasslich durch G.\_\_\_\_\_) zu Fall gebracht. Die massgeblichen Verletzungen resultierten jedoch gestützt auf die zitierten Arztberichte einzig aus dem Schlag des Beschuldigten. Bei der Darstellung der Verteidigung, der Privatkläger sei beim zweiten Fall "mit dem Kopf voll auf das Trottoir geknallt, was seine Verletzungen deutlich verschlimmert habe" (Urk. 64 S. 15; Urk. 104 S. 15), handelt es sich gestützt auf den Videofilm und die Arztberichte um eine tatsachenwidrige, zu Gunsten des Beschuldigten konstruierte - und widerlegte - Schutzbehauptung. Entscheidend dazu sind jedoch - und dies hat bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt (Urk. 75 S. 95f.) - nicht primär die tatsächlich erlittenen Verletzungen des Privatklägers (die in ihrer Intensität tatsächlich nicht über eine einfache Körperverletzung hinausgingen), sondern ist vielmehr, ob die Tathandlung des Beschuldigten *geeignet* war, beim Privatkläger lebensgefährliche oder gar tödliche Verletzungen zu verursachen. Dabei handelt es sich um eine Frage der Adäquanz und damit gemäss konstanter Praxis nicht um eine Tat-, sondern um eine Rechtsfrage (Entscheid des Bundesgerichts 4A\_540/2010 E. 1.1f.).

2.1. Die Anklagebehörde hat den vorstehend erstellten Anklagesachverhalt als versuchte vorsätzliche Tötung im Sinne von Art. 111 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB eingeklagt und insistiert auch im Berufungsverfahren auf dieser rechtlichen Qualifikation (Urk. 76; Urk. 102). Der Verteidiger des Beschuldigten qualifiziert dessen Tat dagegen als einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB (Urk. 104 S. 2 und 17ff.). Die Vorinstanz hat auf versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB erkannt (Urk. 75 S. 140).

2.2. Die Vorinstanz hat erwogen, der Beschuldigte habe den objektiven Tatbestand von Art. 111 StGB nicht erfüllt. Da gestützt auf das ärztliche Gutachten seine Tat jedoch geeignet gewesen sei, den Tod des Privatklägers zu verursachen, könne ein Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB vorliegen (Urk. 75 S. 101). Zum Subjektiven hat die Vorinstanz vorab die theoretischen Grundsätze zum Vorsatz und zum Eventualvorsatz angeführt, worauf zu verweisen ist (Urk. 75 S. 102 bis 104).

Anschliessend hat sie zusammengefasst erwogen, es gehöre zum Allgemeinwissen eines Durchschnittsbürgers - und somit auch des überdurchschnittlich intelligenten Beschuldigten -, dass ein Schlag mit einem schweren Gegenstand von oben herab auf den Kopf eines Menschen zu schweren Verletzungen bis hin zum Tod führen könne, insbesondere wenn der Schlag mit grosser Wucht ausgeführt werde. Der Beschuldigte habe sich trotz seiner gemessenen maximalen Blutalkoholkonzentration von 2.35 Gewichtspromillen zum Tatzeitpunkt als nicht erheblich betrunken, sondern nur als angetrunken bezeichnet; er habe nach eigener Einschätzung normal gehen können und keine verwaschene Sprache gehabt; er habe noch gewusst, was er mache. Damit sei - auch mit dem Gutachter - von einer erhaltenen Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten auszugehen. Trotz seiner Alkoholisierung und momentanen Erregung sei dem Beschuldigten implizit bewusst gewesen, dass er den Privatkläger – angesichts der ausholenden, von oben nach unten ausgeführten Schwungbewegung – im empfindlichen Kopfbereich (sei es auf den Schädel, an die Seite ins Gesicht, in die Nase, Augen, Mund, Zähne und Kiefer) treffen könnte und dadurch beim Privatkläger schwere, allenfalls gar tödliche Verletzungen hervorrufen könnte. Es sei somit davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Tat mit Wissen (gemeint: um die Möglichkeit des Eintritts einer Lebensgefahr beim Privatkläger) im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB ausgeführt habe (Urk. 75 S. 104).

2.3. Diese Erwägung ist im Resultat korrekt (vgl. Urk. 17/10 S. 44) und inhaltlich einzig dahingehend zu korrigieren, dass ein von oben nach unten ausgeübter Schlag "gegen Nase, Augen, Mund, Zähne und Kiefer" zwar empfindliche, nicht jedoch lebensgefährliche Verletzungen im Sinne des vorliegend interessierenden Tatbestandes verursachen kann. Dies ist in concreto jedoch unmassgeblich: Der

Beschuldigte hat gemäss vorstehendem Beweisresultat offensichtlich von oben nach unten in Richtung von Schädel, Stirn oder Schläfe des Privatklägers geschlagen. Die Inkaufnahme einer Verletzung von Nase, Augen, Mund, Zähnen oder Kiefer des Privatklägers im Sinne einer Entstellung oder Verstümmelung eines wichtigen Organs (Art. 122 Abs. 2 StGB) wird in der Anklageschrift auch nicht dargestellt.

2.4. Die Vorinstanz hat weiter - zutreffend - erwogen, die entscheidende Frage sei, ob sich der Beschuldigte im Sinne eines Eventualvorsatzes damit abgefunden habe, den Privatkläger zu töten, wobei im Nachhinein "nicht allzu subtile Überlegungen angestellt werden dürften" über einen in Sekundenbruchteilen gefassten Entschluss zu einer Tat, welche selbst nur etwa eine Sekunde gedauert habe (Urk. 75 S. 105).

Entgegen seiner Darstellung sei der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt aggressiv gewesen und habe den starken Mann spielen wollen. Die zu beurteilende Tat sei als Eskalation einer erst lapidaren Auseinandersetzung erfolgt und ein Motiv des Beschuldigten für die Tötung des Privatklägers sei nicht ersichtlich gewesen. Zwar habe der Beschuldigte kurz vor dem Schlag herum geschrien, "er bringe alle um". Alleine diese eine Äusserung (von mehreren) des Beschuldigten zeige jedoch noch keine tatsächliche Bereitschaft zur Tötung eines Menschen mit entsprechendem, konkret umrissenen Tatplan. Es habe sich vielmehr eher um eine unbedachte und unüberlegte, durch den Alkoholkonsum und die damit einhergehende Enthemmung geförderte Aussage gehandelt. Die Tat sei ein spontaner, zufälliger, unkontrollierter, durch die alkoholbedingte Enthemmung geförderter, sich blitzartig entladender, sinnloser, gewalttätiger Ausbruch gewesen. Dem Tatentschluss sei keinerlei Phase der Überlegung oder gar Planung hinsichtlich der Tötung eines Menschen vorausgegangen, sondern es sei eine krass unbeherrschte Handlung in erheblich alkoholisiertem Zustand gewesen.

Sodann habe der Beschuldigte keinen gezielten Schlag gegen den Kopf des Privatklägers ausgeführt und er sei als Folge der Spontaneität des Schlages und seines alkoholisierten Zustands auch nicht in der Lage gewesen, gezielt eine sensible Stelle am Kopf des Privatklägers zu treffen. Der Beschuldigte habe einen

Treffer am Kopf des Privatklägers jedoch keinesfalls ausgeschlossen und damit - immerhin - in Kauf genommen.

Angesichts der Wucht des Schlages habe das Risiko einer Gehirnerschütterung, einer Hirnverletzung infolge Schädelbruchs, einer Nervenverletzung, einer Organschädigung oder einer Entstellung - übrigens auch aufgrund des nachfolgenden Sturzes des Privatklägers - bestanden. Bei Kopfverletzungen dränge sich jedoch ein tödlicher Verlauf, obgleich denkbar, nicht geradezu auf. Der Tod des Privatklägers sei damit ein mögliches Ergebnis des Schlages, nicht jedoch das naheliegendste Ergebnis gewesen. Den Tod des Privatklägers als möglichen, entfernten Erfolg eines einzelnen Schlags mit dem Pitcher habe der Beschuldigte nicht ernsthaft in Betracht ziehen müssen. Damit habe er sich auch nicht mit einem tödlichen Ausgang abgefunden. Aufgrund der gesamten Umstände müsse sich für den Beschuldigten die allerfatalste Folge einer tödlichen Verletzung demnach nicht mit einer derartigen Wahrscheinlichkeit aufdrängt haben, als dass vernünftigerweise nur davon ausgegangen werden könne, er habe den Erfolg in Kauf genommen. Der Beschuldigte habe damit den Tatbestand der eventualvorsätzlichen versuchten Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB nicht erfüllt (Urk. 75 S. 105-107).

2.5. Diese Beurteilung der Vorinstanz ist grundsätzlich überzeugend und im Resultat zu übernehmen: In objektiver Hinsicht hat der Beschuldigte mit seinem inkriminierten Schlag weder den Tod des Beschuldigten (Art. 111 StGB) noch lebensgefährliche Verletzungen (Art. 122 Abs. 1 StGB) verursacht (Urk. 16/6). Gemäss dem Aktengutachten des IRM war die Tatwaffe jedoch - zumindest - *grundsätzlich geeignet*, lebensgefährliche oder gar tödliche Verletzungen zu verursachen, wenn sie einem erwachsenen Menschen gegen den Kopf geschlagen werde (Urk. 16/6 S. 3).

Der Beschuldigte war zum Tatzeitpunkt massiv alkoholisiert (Urk. 14/5) und entsprechend enthemmt respektive reizbar. Sein Schlag mit dem Glas-Krug gegen den Privatkläger erfolgte als spontane, hitzige Reaktion auf eine Auseinandersetzung mit dem Privatkläger und dessen Begleiter D.\_\_\_\_\_, welche ihn eigentlich explosionsartig jegliche Beherrschung verlieren liess. Dies ergibt sich mit der Vorinstanz aus dem Umstand, dass der Beschuldigte sich erst vergleichsweise

ruhig verhielt, um dann plötzlich in höchster Erregung los zu schreien und unvermittelt zuzuschlagen. Eine Überlegungsphase oder ein Plan hinsichtlich einer Tötung des Privatklägers bestand in der Tat nicht; dies wäre für die Annahme eines Eventualvorsatzes jedoch auch nicht notwendig. Relevant ist hingegen, dass der Beschuldigte nicht eigentlich gezielt zuschlug; wohl schlug er von oben nach unten, jedoch auch mit einer Drehbewegung in Richtung des Privatklägers. Er nahm mit Sicherheit in Kauf, diesen mit hoher Wahrscheinlichkeit wuchtig am Kopf oder einem anderen Körperteil zu treffen. Hätte er jedoch dem Privatkläger eigentlich den Schädel einschlagen wollen, wie die Anklagebehörde dies mit ihrer Anklage wegen versuchter Tötung behauptet, hätte er gezielter und mit einem geraden Schwung von oben nach unten zugeschlagen. Die vorgängigen verbalen Äusserungen des Beschuldigten kündigten mit der Vorinstanz den folgenden unkontrollierten Einsatz physischer Gewalt an, nicht jedoch verbunden mit der Absicht oder Inkaufnahme, dass dieser bei seinem Kontrahenten gleich zum Tod führen sollte. Entgegen der appellierenden Anklagebehörde (Urk. 76; Urk. 102) fehlte dem Beschuldigten zum Tatzeitpunkt das für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes der versuchten vorsätzlichen Tötung notwendige Willenselement.

2.6. Die Vorinstanz hat schliesslich den Tatbestand von Art. 122 StGB angeführt und erwogen, der Beschuldigte habe ausdrücklich anerkannt, dass schwere Verletzungen ohne Weiteres eine mögliche Folge eines Schlags, wie er ihn ausführte, seien. Es sei dem Beschuldigten trotz seiner Alkoholisierung und momentanen Erregung implizit bewusst gewesen, dass er mit seinem Schlag beim Privatkläger schwere, allenfalls lebensgefährliche Verletzungen hervorrufen könnte. Der Beschuldigte habe die Tat demnach mit Wissen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB ausgeführt. Das Risiko einer schweren Verletzung des Privatklägers sei sodann derart hoch gewesen und die Möglichkeit einer schweren Verletzung habe sich als Folge des Schlages als so wahrscheinlich aufgedrängt, dass das Verhalten des Beschuldigten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme einer schweren Verletzung ausgelegt werden könne, weshalb der Beschuldigte mit Bezug auf die schwere Körperverletzung eventualvorsätzlich gehandelt habe.

Im vorliegenden Fall habe der Beschuldigte die subjektiven Tatbestandsmerkmale der vorsätzlichen schweren Körperverletzung erfüllt; da der tatbestandsmässige

Erfolg ausgeblieben sei, habe der Beschuldigte den Tatbestand der vollendet versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB erfüllt. Die tatsächlich resultierende einfache Körperverletzung des Privatklägers werde durch den erfüllten Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung konsumiert. Gemäss erstelltem Sachverhalt habe vor dem Schlag mit dem Glas-Pitcher zu keinem Zeitpunkt eine Situation bestanden, in welcher der Beschuldigte oder eine andere Person vom Privatkläger angegriffen worden wäre oder er mit einem drohenden, unmittelbaren Angriff zu rechnen gehabt hätte. Der Beschuldigte habe auch subjektiv keine vom Privatkläger ausgehende Bedrohungssituation für sich oder andere annehmen dürfen. Eine Notwehr- oder Putativnotwehrsituation liege damit nicht vor (Urk. 75 S. 108 bis 111).

2.7. Diese Einschätzungen der Vorinstanz sind im Wesentlichen zutreffend und zu übernehmen. In der Tat hat der Beschuldigte unumwunden sein Bewusstsein eingestanden, dass ein Zuschlagen in der von ihm begangenen Art beim Getroffenen schwere Verletzungen verursachen kann (Urk. 60 S. 7f.). Beim spontanen, wuchtigen, jedoch nicht punkt-genau gezielten Schlag mit einem Glas-Krug im Rahmen einer Wirtshaus- oder Strassen-Schlägerei dürfte es sich eigentlich um einen Musterfall einer (je nach Verletzungsergebnis: versuchten oder vollendeten) schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB handeln. In diesem Sinne beurteilte auch das Bundesgericht in seinem sehr aktuellen Urteil 6B\_336/2012 E.1.6. vom 29. Oktober 2012 einen gezielten Wurf eines schweren Bierglases aus knapp 2 Metern Distanz an den Kopf eines Geschädigten; ein gezielter Wurf eines schweren Bierglases kann betreffend Intensität der Einwirkung, Art der Tatwaffe und Inkaufnahme der Verursachung einer schweren Körperverletzung zwanglos mit dem vorliegend zu beurteilenden Fall verglichen werden.

Auch die von der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Prüfung einer Notwehr- bzw. Putativnotwehrsituation getätigten Ausführungen sind zu bestätigen. Selbst wenn angenommen wird, der Beschuldigte habe eine von ihm kurz vor Ausführung seines Schlages mit dem Pitcher wahrgenommene Bewegung als (missglückten) Schlag von D.\_\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_\_ interpretiert, kann aufgrund der

konkreten Situation keine putative Notwehr angenommen werden, richtete sich der Schlag des Beschuldigten doch nicht gegen den Verursacher der durch ihn wahrgenommenen Ausweichbewegung, sondern gegen den Privatkläger, wobei aufgrund der Videosequenz und der Zeugenaussagen nicht als erstellt erachtet werden kann, dass sich C.\_\_\_\_\_ oder gar der Beschuldigte tatsächlich in Bedrängnis befunden hätten.

Der Beschuldigte ist daher insgesamt in Bestätigung des angefochtenen Entscheides der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

#### Anklagevorwurf Angriff:

3.1. Zur in Ziff. 1.1. vorstehend zweit-zitierten Sachdarstellung ist vorab zu bemerken, dass sich aus den Schilderungen, der Beschuldigte habe "um die Hausecke" eine Eisenhalterung ergriffen, sei jedoch an deren (deliktischen) Verwendung durch Dritte gehindert worden, sowie, er habe eine rot-weiße Baulatte ergriffen und diese vor dem Kontrahenten D.\_\_\_\_\_ auf den Boden geworfen, kein hinsichtlich des Tatbestandes des Angriffs relevantes Tatvorgehen ableiten lässt. Sodann ist ein offensichtlicher Verschreiber der Vorinstanz zu korrigieren, wonach "D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (recte: A.\_\_\_\_\_) anfänglich völlig passiv blieben und anschliessend lediglich abwehrten" (Urk. 75 S. 111).

Mit der zutreffenden - bereits vorstehend zitierten - Beweiswürdigung der Vorinstanz ist gestützt auf die Aussagen der Beteiligten erstellt, dass zum Zeitpunkt des Schlages des Beschuldigten gegen den Privatkläger A.\_\_\_\_\_ der Begleiter des Beschuldigten, G.\_\_\_\_\_, den Begleiter des Privatklägers, D.\_\_\_\_\_, bereits am Kragen gepackt (und damit tätlich angegangen) hatte (Urk. 75 S. 85f. mit Verweisen). Ferner ist gestützt auf die Aussagen der Beteiligten sowie namentlich die Videoaufzeichnung erstellt, dass der Beschuldigte im weiteren Verlauf der Auseinandersetzung versucht hat, D.\_\_\_\_\_ über G.\_\_\_\_\_ hinweg mit den Fäusten zu schlagen, während G.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ - weiterhin oder erneut - am Kragen gepackt und in dieser Weise bedrängt hatte (Urk. 75 S. 93f. mit Verweisen; Urk. 12/3, Zeit: 00:29:48 bis 00:30:15).

3.2. Verteidigung und Beschuldigte haben diese konkreten Darstellungen der Anklage bestritten und geltend gemacht, es sei keine einseitige Aggression des Beschuldigten, G.\_\_\_\_s und C.\_\_\_\_s, sondern vielmehr eine wechselseitig geführte Auseinandersetzung zwischen zwei aktiven Gruppen gewesen (Urk. 60 S. 5ff.; Urk. 64 S. 7ff.; Urk. 104 S. 3ff. und 21ff.). Der Verteidiger des Beschuldigten führte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, das gesamte Tatgeschehen sei als Einheit zu werten (Urk. 104 S. 21). Bereits in der ersten Phase der Auseinandersetzung sei es entgegen der Vorinstanz zu tätlichen Angriffen von D.\_\_\_\_ und dem Privatkläger gekommen, indem ein Schlag mit der Hand sowie ein Kick mit dem Fuss ausgeführt worden seien. In der zweiten Phase, unmittelbar vor dem Schlag mit dem Pitcher, sei es zudem zu einem weiteren Schlag gegen die Gruppe des Beschuldigten gekommen. Im Übrigen sei es nicht möglich, die in der Auseinandersetzung nach dem Pitcher-Schlag durch D.\_\_\_\_ und den Privatkläger ausgeübten Fusstritte und Schläge als blosser Abwehrhandlungen zu werten. Es sei folglich von einer wechselseitigen Schlägerei auszugehen, wodurch der Tatbestand des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB nicht verwirklicht worden sei (Urk. 104 S. 22f.).

Entgegen der Darstellung der Vorinstanz und der Verteidigung kann das zur Anklage gebrachte Tatgeschehen nicht als Einheit betrachtet werden. Es sind im Rahmen der rechtlichen Würdigung zwei Phasen der Auseinandersetzung zu unterscheiden, zwischen welchen es über mehrere Minuten hinweg zu einer Beruhigung gekommen ist, erklärte der Zeuge H.\_\_\_\_ doch wiederholt glaubhaft, es sei nach einem Schlag von D.\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_ in der ersten Phase zu einer Beruhigung der Situation gekommen, infolge welcher die Beteiligten normal miteinander gesprochen hätten (Urk. 11/7 S. 2; Urk. 11/8 S. 2f. und S. 4). Etwa zwei bis drei Minuten sei es ruhig gewesen bis dann G.\_\_\_\_ dazu gekommen sei (Urk. 11/8 S. 10). Bezüglich der ersten Phase ist mit den überzeugenden Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_ davon auszugehen, dass es zu einem Faustschlag seitens der Gruppe des Privatklägers gegen einen Beteiligten der Gruppe des Beschuldigten (von D.\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_) gekommen ist. Die entsprechende Videosequenz zeigt sodann auch auf, dass in dieser ersten Phase darüber hinaus gegen die Gruppe des Beschuldigten ein Fusstritt ausgeführt wurde (Urk. 12/3, Zeit 00:26:06). Mit dem Zeugen H.\_\_\_\_ ist in der Folge jedoch auch von einer

über mehrere Minuten dauernden Beruhigung der Auseinandersetzung auszugehen, während welcher die Beteiligten diskutiert haben, weshalb die hierauf folgende zweite Phase für sich allein betrachtet werden muss.

In der zweiten Phase bestand die erste relevante Tathandlung darin, dass G.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ am Kragen packte. Dem hat sich der Beschuldigte durch seine gegen den Privatkläger und gegen D.\_\_\_\_\_ gerichteten Einwirkungen angeschlossen. Dass der von der Verteidigung geltend gemachte Schlag zu Beginn der zweiten Sachverhaltsphase dabei aufgrund der Videosequenz und der Aussagen der weiteren an der Auseinandersetzung Beteiligten objektiv nicht erstellt werden kann, wurde bereits in Ziff. 1.6. dieses Urteils erörtert. Entgegen der Behauptung des Beschuldigten wurde also seine und G.\_\_\_\_\_s Attacke auf den Privatkläger sowie D.\_\_\_\_\_ nicht durch einen vorgängigen Faustschlag von D.\_\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_\_ provoziert und initiiert. Sodann hat sich D.\_\_\_\_\_, als er von G.\_\_\_\_\_ bedrängt und erst vom Beschuldigten, dann von C.\_\_\_\_\_ und dann wieder vom Beschuldigten attackiert wurde, lediglich passiv verhalten. Erst anschliessend begann D.\_\_\_\_\_, sich zu verteidigen respektive zurückzuschlagen und zu -treten (Urk. 12/3, Zeit 00:30:30; Aussage von G.\_\_\_\_\_ in Urk. 10/9 S. 2). Entgegen der Verteidigung sind die vom Privatkläger und von D.\_\_\_\_\_ in Reaktion auf die Attacken der Gegenseite ausgeführten Fusstritte und Schläge - auch wenn diese teilweise nicht unzimperlich ausfielen - in einer Gesamtbetrachtung als blosse Abwehrhandlungen zu werten, welche es noch nicht rechtfertigen, die während der vorliegenden zweiten Phase verwirklichten Tathandlungen als Raufhandel im Sinne von Art. 133 StGB zu qualifizieren.

4.1. Gemäss dem vorstehenden Beweisergebnis hat der Beschuldigte in der zweiten Phase zusammen mit C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ den Privatkläger A.\_\_\_\_\_ sowie D.\_\_\_\_\_ attackiert. G.\_\_\_\_\_ initiierte - dies in Abweichung zur Vorinstanz, Urk. 75 S. 111 - das tätliche Vorgehen, indem er D.\_\_\_\_\_ am Kragen packte, worauf der Beschuldigte seinerseits aktiv wurde und den Privatkläger niederschlug und verletzte. In der Folge versuchte er - wie auch C.\_\_\_\_\_ - gegen D.\_\_\_\_\_, der immer noch von G.\_\_\_\_\_ drangsaliert wurde, tötlich zu werden. Der Angriff des Beschuldigten gegen den Privatkläger wird mit der Vorinstanz nicht durch die Körperverletzung konsumiert, da der Privatkläger zum Zeitpunkt der Begehung der Körper-

verletzung durch den Beschuldigten nicht der einzige Angegriffene war, wurde doch parallel auch D.\_\_\_\_\_ von G.\_\_\_\_\_ attackiert (Urk. 75 S. 112; BGE 118 IV 127).

4.2. Im Übrigen wurden G.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ für ihren jeweiligen Tatbeitrag rechtskräftig - ebenfalls - des Angriffs schuldig gesprochen (Urk. 48/1 und 48/2): G.\_\_\_\_\_, weil er D.\_\_\_\_\_ ein erstes Mal tätlich anging, worauf der Privatkläger A.\_\_\_\_\_ vom Beschuldigten niedergeschlagen und verletzt wurde, und G.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ auch in der Folge weiter tätlich drangsalierte, während C.\_\_\_\_\_ versuchte, D.\_\_\_\_\_ mit einer Baulatte zu schlagen. C.\_\_\_\_\_, weil er, nachdem G.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ tätlich angegangen und der Beschuldigte den Privatkläger niedergeschlagen und verletzt hatte, in das Geschehen eingriff und versuchte, D.\_\_\_\_\_ mit einer Baulatte zu schlagen.

Der Schuldspruch des Beschuldigten wegen Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB ist insgesamt nicht zu beanstanden, sondern vielmehr als zutreffend zu bestätigen.

### **III. Sanktion**

1. Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundsätze der richterlichen Strafzumessung ausführlich angeführt und anschliessend den konkret anwendbaren Strafrahmen korrekt bemessen, mit der zutreffenden Bemerkung, dass die Strafmilderungsgründe und der Strafschärfungsgrund innerhalb des ordentlichen Strafrahmens des Delikts mit der höchsten Strafandrohung zu berücksichtigen sind (Urk. 75 S. 112 bis 115). Darauf ist zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu korrigieren ist einzig die Erwägung, das Verschulden des Beschuldigten wiege daher nicht leicht, da er mehrere Straftatbestände erfüllt habe (Urk. 75 S. 114). Das Verschulden des Beschuldigten wiegt in der Tat nicht leicht, dies ergibt sich jedoch aus der Beurteilung der konkreten Tatkomponente.

2.1. Zur Beurteilung der Tatkomponente der versuchten schweren Körperverletzung und dort zur objektiven Tatschwere hat die Vorinstanz erwogen, der Beschuldigte habe nach einer harmlosen, verbalen Auseinandersetzung unvermit-

telt und ohne Vorwarnung, unkontrolliert und mit Wucht dem Privatkläger einen Glas-Pitcher an den Kopf - und somit gegen ein Körperteil mit sehr wichtigen und sensiblen Organen - geschlagen, wobei der Privatkläger einen Schädelknochenbruch mit Blutung im Bereich des Bruchs erlitten habe, wodurch sein Gehirn als lebenswichtige Struktur unmittelbar betroffen worden sei. Die Verletzung sei zwar nicht lebensgefährlich gewesen, ohne sofortige, notfallmässige chirurgische Behandlung hätte der Privatkläger jedoch sterben können. Der Privatkläger habe zwar - lediglich - eine einfache Körperverletzung erlitten. Dennoch sei die Möglichkeit einer schweren Körperverletzung sehr naheliegend gewesen. Es habe nicht im Einflussbereich des Beschuldigten gelegen, ob der Erfolg letztlich eingetreten sei oder nicht. Der Beschuldigte habe sich nach dem Schlag nicht um das Opfer gekümmert, sondern noch auf den Privatkläger eingetreten; anschliessend sei er geflüchtet. Dass keine unmittelbare Lebensgefahr eingetreten sei, sei nicht dem Zutun des Beschuldigten zu verdanken, sondern der rechtzeitigen medizinischen Versorgung sowie dem Zufall. Auch die tatsächlichen Folgen des Schlages mit dem Pitcher seien aufgrund der erheblichen Verletzung des Privatklägers schwerwiegend. Der Versuch falle damit nur leicht strafmindernd ins Gewicht. Durch sein Verhalten habe der Beschuldigte eine hohe Gewaltbereitschaft manifestiert und er sei mit übermässiger Gewalt vorgegangen. Er habe auf krasse Weise die physische Integrität des Privatklägers missachtet. Die an den Tag gelegte kriminelle Energie sei bedeutend. Hingegen sei die Tat nicht geplant gewesen, der Schlag sei vielmehr die Folge eines spontanen Gewaltausbruchs gewesen. Es sei von einem "Austicken" des Beschuldigten auszugehen. Das objektive Verschulden bezüglich der versuchten schweren Körperverletzung wiege erheblich bis beträchtlich (Urk. 75 S. 115f.).

2.2. Die Erwägungen der Vorinstanz sind zutreffend. Der Beschuldigte übte mit einem gefährlichen Gegenstand überfallartig gegen einen daher geradezu Wehrlosen brutale Gewalt aus. Dass sich der deliktische Erfolg in Grenzen hielt und es beim Versuch einer schweren Körperverletzung blieb, ist in der Tat mehr oder weniger dem Zufall sowie dem notfallmässigen, immerhin chirurgischen Eingriff durch die M.\_\_\_\_\_ zu verdanken (vgl. Urk. 16/3 S. 2). Wäre der Privatkläger nicht sofort ins nahegelegene ...spital transportiert und dort fachärztlich operiert worden, hätte sich die Blutung in seinem Kopf fraglos zu einer Lebensbedrohung

entwickelt. Der Beschuldigte hat sich sodann in keiner Weise um den durch ihn Verletzten gekümmert: Erst hat er sich am Angriff gegen D.\_\_\_\_\_ beteiligt und anschliessend ist er geflohen. Die Verteidigung konzidiert sodann, dass es sich bei den tatsächlich bewirkten Verletzungen um eine gravierende Körperverletzung des Privatklägers handle (Prot. I S. 10).

3.1. Zur subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz erwogen, der Beschuldigte habe - lediglich - eventualvorsätzlich gehandelt. Die Beweggründe der Tat seien unklar. Der Beschuldigte habe sich offenbar provoziert und in seinem Stolz gekränkt gefühlt und habe sich für die Zurechtweisungen, Beleidigungen und Beschimpfungen rächen wollen. Der Beschuldigte habe daher aus egoistischem Motiv gehandelt, was auch auf seine im psychiatrischen Gutachten beschriebene narzisstische Persönlichkeitsstruktur zurückzuführen sei. Seine Reaktion aus nichtigem Anlass, nach Beruhigung der anfänglich aufgeladenen Situation, sei in keiner Weise gerechtfertigt gewesen.

Zur Schuldfähigkeit des Beschuldigten hat die Vorinstanz auf das über den Beschuldigten erstellte psychiatrische Gutachten vom 15. Mai 2011 verwiesen (Urk. 17/10), wonach beim Beschuldigten bezogen auf den Tatzeitpunkt von einer erhaltenen Einsichtsfähigkeit und einer leichtgradig verminderten Steuerungsfähigkeit und damit von einer leichtgradig verminderten Schuldfähigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB auszugehen sei (Urk. 17/10 S. 40 und 44). Eine Einschränkung der Einsichtsfähigkeit sei nicht erkennbar, hingegen sei von einer deutlichen Alkoholisierung auszugehen; die grundsätzliche Aggressionsbereitschaft, welche sich in nüchternem Zustand nur verbal äussere und sich bei Provokationen aufgrund der narzisstischen Persönlichkeitsstruktur des Beschuldigten akzentuiere, werde durch die Alkoholwirkung in ihrer Kontrolle deutlich gelockert. Ein relevanter Einfluss des ausgeprägten Alkoholkonsums auf die Steuerung sei daher anzunehmen und auch sichtbar, weshalb bei gegebener Einsichtsfähigkeit von einer leichtgradig verminderten Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden könne. Bereits für die Annahme einer leichtgradigen Minderung sei eine relevante Einschränkung gefordert, welche hier aber vorliege. Aufgrund des mehrsequentiellen Tatablaufs, der Zielgerichtetheit der aggressiven Handlungen, der ausgeprägten Wucht des Schlagens, des schnellen Laufens mit der Baulatte, der

schnellen Reaktionsfähigkeit bei Abwehrbewegungen während der Auseinandersetzungen etc. resultiere, dass keine höhergradige Einschränkung in der Steuerungsfähigkeit vorliegen könne. Die Vorinstanz hat zum Gutachten festgestellt, dass der Gutachter von einer zu tiefen maximalen Blutalkoholkonzentration zum Tatzeitpunkt ausgehe, liege diese doch bei 2.35 Gewichtspromille. Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Praxis zur Bedeutung der Blutalkoholkonzentration für die Beurteilung der Schuldfähigkeit und gestützt auf die eigenen Aussagen des Beschuldigten resultiere jedoch kein vom Gutachten abweichendes Ergebnis:

Gestützt auf die Selbsteinschätzung des Beschuldigten müsse davon ausgegangen werden, dass er sich trotz des errechneten maximalen Blutalkoholgehaltes von 2.35 Promille zum Tatzeitpunkt zwar merkbar angetrunken, aber nicht total betrunken gefühlt habe (der Beschuldigte: "Ich hatte aber nicht den Eindruck, dass ich soviel getrunken habe." [Urk. 8/1 S. 2], "Ich war sicherlich angetrunken." [Urk. 8/2 S. 8], "Ja, ich habe sicherlich etwas getrunken. [...] Ich fühlte mich aber noch so... Es war mir nicht übel oder so... Ich hatte auch noch einen normalen Gang." [Urk. 8/3 S. 12], "Er habe jedoch noch gerade laufen können, keine verwaschene Sprache gezeigt [...]" [Urk. 17/10 S. 23]). Dies decke sich mit den Aussagen weiterer Anwesender, welche zwar eine Alkoholisierung, aber kein alkoholbedingt auffälliges Verhalten - wie beispielsweise ein Herumtorkeln, sich Übergeben oder Lallen - des Beschuldigten wahrgenommen hätten (D.\_\_\_\_\_: Urk. 10/14 S. 4, Urk. 10/15 S. 6, Urk. 10/17 S. 5; H.\_\_\_\_\_: Urk. 11/8 S. 8). Mit dem Gutachter seien die verbliebenen Kompetenzen des Beschuldigten zu ausgeprägt, um eine höhergradige alkoholbedingte Minderung der Steuerungsfähigkeit anzunehmen. Trotz des erheblichen Promillewertes und der bestehenden Aggressionsproblematik sowie der akzentuierten, narzisstischen Persönlichkeitszüge sei gestützt auf sämtliche Umstände von einer nicht höher als leichtgradig verminderten Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Tatzeitpunkt auszugehen.

Das dem Beschuldigten vorwerfbare subjektive Verschulden, so die Vorinstanz, entspreche grundsätzlich dem objektiven, werde jedoch in Berücksichtigung der leichtgradig verminderten Schuldfähigkeit entsprechend relativiert. Insgesamt wiege das Verschulden keinesfalls mehr leicht. Aufgrund der gesamten Tat-

schwere erscheine eine hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von 3 1/2 Jahren angemessen (Urk. 75 S. 116 bis 119).

3.2. Auch diese zitierten Erwägungen der Vorinstanz, insbesondere auch jene zum psychiatrischen Gutachten, sind zutreffend und überzeugend. Der Beschuldigte handelte aus nichtigem, wenn man von einer Reaktion auf eine Kränkung ausgeht, egoistischen Motiv. Wie bereits vorstehend erwogen, waren die Zurechtweisungen durch den Privatkläger und D.\_\_\_\_\_ aufgrund des anstössigen Verhaltens des Beschuldigten und C.\_\_\_\_\_s gerechtfertigt und rechtfertigten keine aggressive Reaktion. Aufgrund der wiederholten und eindeutigen Angaben zu seinem Befinden (wie vorstehend zitiert) ist anzunehmen, dass die tatsächliche (Blut-)Alkoholisierung des Beschuldigten wohl eher im unteren Bereich als am oberen Rand des rückgerechneten Spektrums lag (vgl. Urk. 14/5), auch wenn dies in Nachachtung des Grundsatzes in dubio pro reo (mit der Vorinstanz und entgegen dem Gutachter) nicht als erstellt zu erachten ist. Massgebend ist aber ohnehin nicht der effektive Blutalkoholgehalt, sondern vielmehr die tatsächliche, alkoholbedingte Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit des Beschuldigten (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_725/2009 E.2.; BGE 6S.17/2002 E.1.c.). Diese war - seinen eigenen Angaben folgend - eben nur leicht. Auch der untersuchende Arzt beurteilte den Beschuldigten im Übrigen 2 ½ Stunden nach dem Vorfall als in jeder Hinsicht unauffällig und lediglich gering beeinträchtigt respektive unter Alkoholeinfluss stehend (Urk. 14/2). Ein Abweichen von der gutachterlichen Einschätzung einer nur leichten Einschränkung der Schuldfähigkeit ist nicht indiziert und auch nicht zu begründen. Relevant ist schliesslich, dass der Beschuldigte nicht mit direktem Vorsatz gehandelt und eine lebensgefährliche Verletzung des Privatklägers nicht gewollt, sondern eine solche mit Eventualvorsatz lediglich - aber immerhin - in Kauf genommen hat.

3.3. Das Verschulden wiegt gemessen an der objektiven Tatschwere fraglos mittelschwer und da die subjektive Tatschwere aufgrund der leicht eingeschränkten Schuldfähigkeit und des Handelns mit Eventualvorsatz zwei erleichternde Momente aufweist, insgesamt immer noch erheblich. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe erscheint angemessen.

4. Die Vorinstanz hat zur Sanktionierung des Angriffs erwogen, dieser führe lediglich zu einer marginalen Erhöhung der Einsatzstrafe (Urk. 75 S. 120). Die diesbezüglichen Mittäter G.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ wurden für vergleichbare Tatbeiträge mit Geldstrafen von 80 respektive 90 Tagessätzen bestraft (Urk. 48/1 und 48/2). Eine Strafe in diesem Bereich ist ohne Weiteres auch für den Beschuldigten angezeigt.

5. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten und dessen Werdegang angeführt, worauf zu verweisen ist (Urk. 75 S. 120f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung hielt der Beschuldigte ergänzend zu seinen bisherigen Ausführungen fest, dass er die Berufsmatura mittlerweile abgeschlossen habe. Derzeit arbeite er mit einem Arbeitspensum von 40% im Restaurant "...", wodurch er Fr. 700.– bis Fr. 1'000.– pro Monat verdiene. Zusätzlich studiere er im ersten Semester Industriedesign an einer Fachhochschule, wobei er noch fünf Semester zu absolvieren habe. Er lebe nach wie vor bei seinem Vater. Mit seiner Freundin sei er nicht mehr zusammen. Er trinke mittlerweile weniger Alkohol als im Zeitraum der Tat. Hochprozentige Alkoholika konsumiere er selten bis gar nicht mehr (Urk. 101 S. 1ff.; vgl. auch Urk. 93 und 95). Mit der Vorinstanz wirken sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten bei der Strafzumessung neutral aus. Eine gesteigerte Strafempfindlichkeit weist er nicht auf. Der Beschuldigte weist zwei nicht einschlägige Vorstrafen auf und er hat die heute zu beurteilenden Delikte in der Probezeit der einen der genannten früheren Verurteilungen sowie während laufender Untersuchung eines neuen Strafverfahrens begangen (Urk. 78). Dies ist doch merklich strafehöhend zu berücksichtigen: Offensichtlich ist dem Beschuldigten die Einhaltung der Rechtsordnung alles andere als ernst und er lässt sich auch durch durchlebte Strafverfahren sowie bedingte und unbedingte Geldstrafen nicht beeindrucken. Der Beschuldigte ist grundsätzlich geständig, den inkriminierten Schlag gegen den Privatkläger geführt zu haben. Hingegen macht er eine vorgängige Aggression der Gegenseite geltend. Auch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beschuldigte ein auf der Videoaufnahme erkennbares Zurückweichen bzw. Stolpern eines seiner Begleiter derart interpretierte, dass ein Schlag gegen C.\_\_\_\_\_ ausgeführt worden sei, ist erneut festzuhalten, dass sich aufgrund der entsprechenden Videosequenz und der Aussagen sämtlicher Betei-

ligter nicht objektiv erstellen lässt, dass C.\_\_\_\_\_ oder gar der Beschuldigte kurz vor der Tat in Bedrängnis gewesen sein könnten. Des Weiteren ist festzuhalten, dass der Beschuldigte auch die eigene Tathandlung beschönigend schilderte. Daher kann er nicht überzeugend eine volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat und entsprechende uneingeschränkte Reue für sich als Strafminderungsgrund reklamieren. Der Umstand, dass er die Zivilforderungen des Privatklägers zumindest teilweise anerkennt und auch regelmässige Abschlagszahlungen leistet, ist als positiver Punkt seines Nachtatverhaltens leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

6. Die abschliessenden Erwägungen der Vorinstanz zur Strafzumessung sind nicht schlüssig respektive nicht eindeutig nachvollziehbar und im Resultat zu korrigieren: Sie rechnet dem Beschuldigten sein abgeschwächtes Geständnis sowie seine Zugeständnisse hinsichtlich der Zivilforderungen des Privatklägers je leicht strafmindernd an und folgert dann, dies ergäbe eine "deutliche Strafminderung". Die erhöhenden und senkenden Faktoren der Täterkomponente würden sich die Waage halten. Dennoch kommt die Vorinstanz mit 36 Monaten Freiheitsstrafe zu einem Strafmass, welches unter der nach der Beurteilung der Tatkomponente (3 ½ Jahre) bemessenen hypothetischen Einsatzstrafe liegt (Urk. 75 S. 119 und 124). Allenfalls hat die Vorinstanz von dieser Einsatzstrafe noch eine Strafminderung infolge Versuchs in Abzug gebracht (Urk. 75 S. 119f.). Solches wäre aber bei der Beurteilung der objektiven Tatschwere zu berücksichtigen.

7. Die Strafzumessung hat sich vielmehr wie folgt zu gestalten: Die nach der Beurteilung der Tatkomponente der versuchten schweren Körperverletzung bemessene hypothetische Einsatzstrafe von 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe ist in Abgeltung des Angriffs (und in Berücksichtigung des Asperationsprinzips; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_169/2011 E.1.3., mit Verweis auf BGE 132 IV 102 E.8.1.) um rund 2 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen. Bei der Täterkomponente überwiegen die erhöhenden Faktoren. Beschränkt positive Ansätze im Nachtatverhalten vermögen die Vorstrafen und die Delinquenz in der Probezeit sowie während laufendem neuen Verfahren nicht zu kompensieren. Insgesamt erscheint somit eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren angemessen.

Lediglich nebenbei ist zu bemerken, dass der Strafantrag der appellierenden Anklagebehörde von 12 Jahren Freiheitsstrafe, selbst bei einer rechtlichen Qualifikation in ihrem Sinne, angesichts der Tatsache, dass der Taterfolg und sogar eine Lebensgefahr ausblieben, der verminderten Schuldfähigkeit des Beschuldigten und des Handelns - lediglich - mit Eventualvorsatz klar übersetzt gewesen wäre.

8. Mit der Vorinstanz ist infolge unterschiedlicher Strafarten keine Zusatzstrafe zur Geldstrafe gemäss Verurteilung vom 17. Dezember 2010 auszufällen (Urk. 78; BGE 137 IV 57 ff.).

9. Der Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

10. Angesichts der Höhe der auszufällenden Sanktion steht die Gewährung eines (teil-)bedingten Strafvollzugs schon aus objektiven Gründen nicht zur Diskussion (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB).

11. Der Beschuldigte beging die vorliegend zu beurteilenden Taten innerhalb der Probezeit gemäss Strafentscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 24. August 2009 (Urk. 78). Die Vorinstanz hat daher die mit diesem Entscheid bedingt ausgefallte Geldstrafe unter Verweis auf die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 46 Abs. 1 StGB vollziehbar erklärt (Urk. 75 S. 132f.; BGE 134 IV 140 E.4.). Der Entscheid ist ohne Weiteres zu bestätigen: Dem Beschuldigten kann infolge der ihm im psychiatrischen Gutachten attestierten Massnahmebedürftigkeit sowie Rückfallgefahr keine positive Legalprognose gestellt werden (Urk. 17/10 S. 43f.).

Eine Gesamtstrafe aus zu widerrufender Vorstrafe und heute auszufällender Sanktion ist nicht zu bilden (BGE 134 IV 241 E.4.4; BGE 137 IV 249 E.3.4.3).

12. Die vorinstanzliche Anordnung einer ambulanten Massnahme für den Beschuldigten wird im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet (Urk. 76 und 83; Urk. 102-104). Der Beschuldigte hat geäussert, dass er eine Behandlung wünsche und die begonnene Therapie ihm gut tue (Urk. 60 S. 11f., Urk. 101 S. 3f.). Die Anordnung ist daher ohne Weiteres zu bestätigen.

Die Verteidigung beantragt, im Fall der Verurteilung des Beschuldigten zu einer unbedingten Freiheitsstrafe sei diese zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 83; Urk. 104 S. 28). Dieser Antrag widerspricht diametral der Feststellung im Gutachten, dass ein gleichzeitiger Strafvollzug die Erfolgsaussichten des Massnahmevollzugs nicht nennenswert einschränken würde (Urk. 17/10 S. 45). Der strafvollzugsbegleitende Massnahmevollzug stellt gemäss konstanter Praxis die Regel dar (vgl. BGE 129 IV 161 E.4.1.). Die Freiheitsstrafe ist somit nicht zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.

13. Als obiter dictum immerhin noch das Folgende: Wenn der Beschuldigte im Gutachten als massnahmebedürftig im Sinne von Art. 56 StGB taxiert wird (Urk. 17/10 S. 43 und 45) und die Vorinstanz für den Beschuldigten gestützt auf diese fachärztliche Einschätzung eine bessernde Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet hat, hätte sich konsequenterweise die vorinstanzliche Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs verboten, da dieser eine günstige Legalprognose voraussetzt (BGE 134 IV 1 E.5.6; BGE 134 IV 60 E.7.4), Massnahmebedürftigkeit eine solche jedoch gerade zwingend ausschliesst (Entscheidung des Bundesgerichts 6B\_342/2010 E.3.5.2. mit Verweisen; 6B\_71/2012 E.6).

#### **IV. Genugtuung**

1. Der Privatkläger hat im Hauptverfahren durch seinen unentgeltlichen Rechtsvertreter eine Genugtuung von Fr. 40'000.-- zuzüglich Zins geltend machen lassen (Urk. 62). Die Vorinstanz hat den Beschuldigten verpflichtet, dem Privatkläger eine Genugtuung von Fr. 6'000.-- zuzüglich Zins auszurichten und die Zivilforderung des Privatklägers im Mehrbetrag abgewiesen. Sodann wurde Vormerk genommen, dass der Beschuldigte eine Genugtuungsforderung des Privatklägers im Umfang von Fr. 5'000.-- anerkannt hat (Urk. 75 S. 142; Prot. I S. 10). Im Berufungsverfahren beantragt der Privatkläger eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 35'000.-- zuzüglich Zins (Urk. 103).

2. Die Vorinstanz hat zum Rechtlichen das Notwendige (vgl. dazu BGE 132 II 117 E.2.2.) sowie die Argumentationen des Vertreters des Privatklägers und der Verteidigung detailliert angeführt, worauf zu verweisen ist (Urk. 75 S. 136 bis 139).

In der Folge hat sie erwogen, der Privatkläger habe einen verschobenen, mehrteiligen Schädelknochenbruch mit Blutung im Bereich des Bruchs erlitten, der jedoch nicht lebensgefährlich gewesen sei. Er sei notfallmässig am 6. November 2010 operiert und es sei sein Schädel geöffnet worden, um eingedrückte Knochenfragmente zu entfernen. Er habe 10 Tage im Spital verbracht. Aus dem Therapiebericht seien Minderleistungen einzelner kognitiver Funktionen des Privatklägers belegt. Ebenso sei seine Leistungsfähigkeit vermindert. Für den im 2. Lehrjahr stehenden Privatkläger, der unter anderem mit Kindern arbeite, sei dies ein erheblicher Nachteil. Der Privatkläger leide ein Jahr nach der Tat noch unter einem schwerwiegenden Verlust an Selbstwert und Selbstvertrauen. Genugtuungserhöhend sei das keinesfalls leichte Verschulden des Beschuldigten. Dagegen treffe den Privatkläger kein Selbstverschulden. Durch die vom Beschuldigten verursachte Verletzung sei der Privatkläger in seinem Wohlbefinden ganz erheblich beeinträchtigt worden, zumal die Verletzung Schmerzen verursacht haben dürfte. Zudem sei er gemäss ärztlichem Zeugnis vom 6. November 2010 bis zum 5. Dezember 2010 zu 100% und in der Folge bis zum 19. Dezember 2010 zu 50% arbeitsunfähig gewesen. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. Dezember 2011 sei im Gesicht des Privatklägers keine Narbe erkennbar gewesen. Angesichts dieser Umstände erscheine eine Genugtuungssumme von Fr. 6'000.– als angemessen (Urk. 75 S. 139).

3. Zur aktuellen Befindlichkeit des Privatklägers hat dessen Rechtsvertreter anlässlich der Berufungsverhandlung ausgeführt, dass sich viele der im Therapiebericht umschriebenen Beeinträchtigungen des Privatklägers nach wie vor nicht wirklich verbessert hätten. Zwar habe sich dessen Leidensdruck im vergangenen Jahr etwas vermindert, doch an eine Normalität, wie sie sich vor der Tat präsentiert habe, sei nicht zu denken. Der Privatkläger sei insbesondere auch heute noch auf psychotherapeutische Hilfe angewiesen (Urk. 103 S. 14).

4. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil BGE 127 IV 215 E.2.a. erwogen, die Festlegung der Höhe der Genugtuung beruhe auf richterlichem Ermessen, wobei dem Sachrichter ein weiter Spielraum des Ermessens zustehe. Dementsprechend auferlege sich das Bundesgericht bei der Überprüfung praxisgemäss Zurückhaltung und schreite nur ein, wenn der Sachrichter grundlos von den in Lehre und

Rechtsprechung ermittelten Bemessungsgrundsätzen abgewichen sei, wenn er Tatsachen berücksichtigt habe, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielten, oder wenn er andererseits Umstände ausser Betracht gelassen habe, die er in seinen Entscheid hätte mit einbeziehen müssen. Es greife ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig bzw. als in stossender Weise ungerecht erweisen würden.

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid sämtliche relevanten Kriterien der Bemessung einer Genugtuung berücksichtigt und angeführt. Natürlich handelt es sich bei der Berufung im Gegensatz zur bundesrechtlichen Beschwerde in Strafsachen aber um ein ordentliches, vollkommenes und reformatorisches Rechtsmittel (vgl. BSK StPO, Eugster, Art. 398 StPO N 1). Die durch die Vorinstanz ausgesprochene Genugtuungshöhe erweist sich als leicht zu tief bemessen. Im Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen rechtfertigt es sich, die Genugtuung vorliegend auf Fr. 8'000.– festzusetzen. Die Forderung des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Privatklägers ist jedoch mit Sicherheit überrissen, auch wenn er von einer anderen rechtlichen Würdigung ausgeht (versuchte vorsätzliche Tötung anstelle von versuchter schwerer Körperverletzung).

## **V. Kosten und Entschädigung**

1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen (Art. 426 StPO).
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 4'000.-- anzusetzen.
3. Im Berufungsverfahren unterliegt die appellierende Anklagebehörde mit ihren Anträgen mehrheitlich, der appellierende Privatkläger grösstenteils und der anschlussappellierende Beschuldigte betreffend den Sanktionspunkt.

Demnach sind die Kosten des Berufungsverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Privatklägers) zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen und je zu  $\frac{1}{4}$  dem Privatkläger und dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im

Berufungsverfahren sind zu  $\frac{3}{4}$  auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei für  $\frac{1}{4}$  eine Rückforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO gegen den Beschuldigten vorzubehalten ist, und im verbleibenden  $\frac{1}{4}$  dem Privatkläger aufzuerlegen. Die Kosten seines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Berufungsverfahren sind dem Privatkläger aufzuerlegen (Art. 428 StPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 19. Dezember 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird erkannt:**

- 1.-5. (...)
6. Die mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts Zürich vom 4. Februar 2011 angeordnete Kontaktsperre wird mit Eintritt der Rechtskraft aufgehoben.
7. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmte Glas-Pitcher (Sachkautionsnummer ...) wird der Berechtigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.
8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände
  - 1 hellbeige Hose (Asservat-Nr. ...)
  - 1 rot/schwarzes Gilet (Asservat-Nr. ...)
  - 1 gemusterter Pullover (Asservat-Nr. ...)werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.
9. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände
  - 1 blau/graue Jeanshose (Asservat-Nr. ...)
  - 1 schwarzes T-Shirt (Asservat-Nr. ...)werden C. \_\_\_\_\_ auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

10. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände

- 1 blaue Jeanshose (Asservat-Nr. ...)
- 1 schwarze Windjacke (Asservat-Nr. ...)

werden D. \_\_\_\_\_ auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

11. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. Mai 2011 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich sichergestellten Gegenstände

- 1 Paar Schuhe (Asservat-Nr. ...)
- 1 hellgrauer Kapuzenpullover (Asservat-Nr. ...)
- 1 blaue Jeanshose mit braunem Gürtel (Asservat-Nr. ...)
- 1 dunkelblaue Jacke (Asservat-Nr. ...)
- 1 blaues T-Shirt (Asservat-Nr. ...)

werden A. \_\_\_\_\_ auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

12. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der E. \_\_\_\_\_ [Versicherung] anstelle des Privatklägers A. \_\_\_\_\_ (Unfall-Nr. ...) gemäss seiner Anerkennung Fr. 22'902.40 zu bezahlen.

13. (...)

14. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 7'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 243.- Kosten Kantonspolizei
- Fr. 15'000.- Gebühr Anklagebehörde
- Fr. 15'803.95 Auslagen Untersuchung
- Fr. 931.30 amtliche Verteidigung Untersuchung
- Fr. unentgeltliche Vertretung Privatklägerschaft RA X. \_\_\_\_\_ (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

15. (...)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie
  - des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 4 Jahren Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von 91 Tagen erstandener Untersuchungshaft.
3. Es wird eine strafvollzugsbegleitende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen) angeordnet.
4. Der bedingte Vollzug der mit Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 24. August 2009 ausgefallten Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 100.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger A.\_\_\_\_\_ Fr. 8'000.– zuzüglich 5 % Zins ab dem 6. November 2010 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte das Genugtuungsbegehren im Umfang von Fr. 5'000.– anerkannt hat.
6. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 15.) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
  - Fr. 4'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
  - Fr. amtliche Verteidigung (RA Y.\_\_\_\_\_)
  - Fr. unentgeltliche Geschädigtenvertretung (RA Dr. X.\_\_\_\_\_)
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Privatklägers) werden zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen und je zu  $\frac{1}{4}$  dem Privatkläger und dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren wird zu  $\frac{3}{4}$  auf die Gerichtskasse

genommen, wobei für  $\frac{1}{4}$  eine Rückforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO gegen den Beschuldigten vorbehalten wird, und im verbleibenden  $\frac{1}{4}$  dem Privatk Kläger auferlegt. Die Kosten seines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Berufungsverfahren werden dem Privatk Kläger auferlegt (Art. 428 StPO).

9. 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 (übergeben)
- die unentgeltliche Vertretung der Privatk lagerschaft im Doppel für sich und zuhanden des Privatk lagers A. \_\_\_\_\_ (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die unentgeltliche Vertretung der Privatk lagerschaft im Doppel für sich und zuhanden des Privatk lagers A. \_\_\_\_\_

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

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- den Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, betr. Aktenzeichen S 09 1618
- den Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Rechnungswesen, betr. Vollzug der Geldstrafe gemäss Ziffer 4
- die KOST Zürich, mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B

11. 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, den 17. Dezember 2012

Der Präsident:

Dr. F. Bollinger

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. P. Rietmann