

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB150469-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und
lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Hässig

Urteil vom 22. April 2016

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, vertreten durch Leitenden Staats-
anwalt Dr. Weder,
Anklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

sowie

A._____,
Privatkläger und Berufungskläger

gegen

B._____,
Beschuldigter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung**
Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom
24. September 2015 (DG150139)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 4. Mai 2015 (Urk. 28) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung in Notwehrexzess im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 StGB.
2. Vom Vorwurf der versuchten Tötung wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 10 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 18 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre angesetzt.
5. Der Privatkläger wird mit seinem Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
6. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 22. April 2015 beschlagnahmte 1 Paar halbhohle Freizeitschuhe, schwarz, "G-Star Raw", Grösse 44 (...), wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben.

Verlangt der Beschuldigte oder eine durch ihn entsprechend bevollmächtigte Person (amtliche Verteidigung etc.) die Herausgabe nicht innert zwei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils, wird der genannte Gegenstand vernichtet.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'500.00 die übrigen Kosten betragen:

Fr. 3'000.00 Gebühr Strafuntersuchung

Fr. 483.00 Kosten Kantonspolizei Zürich

Fr. 3'568.10 Auslagen Untersuchung

Fr. 10'578.60 amtliche Verteidigung

Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird separat entschieden.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu drei Vierteln auferlegt und im Übrigen definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu einem Viertel definitiv und zu drei Vierteln einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung des einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen Betrages gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

9. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.– (zuzügl. 8 % MwSt) zu bezahlen.

Berufungsanträge:

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(Urk. 71 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen;

2. Er sei mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen 18 Tage Haft und Gewährung des teilbe-

dingten Strafvollzugs, wobei 15 Monate als vollziehbar und 21 Monate, unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit, als bedingt vollziehbar zu erklären seien;

3. Die Kosten des Haupt- und Berufungsverfahrens seien, ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 72 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei vollumfänglich freizusprechen.
2. Der Beschuldigte sei für die erstandene Polizei- und Untersuchungshaft mit Fr. 200.– pro Hafttag zu entschädigen.
3. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. September 2015 zu bestätigen und die Anträge der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerschaft abzuweisen.
4. Die Kosten des Untersuchungs- sowie beider Gerichtsverfahren inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen.
5. Die Zivilforderungen der Geschädigten seien vollumfänglich abzuweisen, evtl. auf den Zivilweg zu verweisen.

c) Des Privatklägers:

(Urk. 57 S. 2; Prot. II S. 7, 22 ff.)

1. Die Dispositivziffer 1 und 2 des Urteils seien aufzuheben und der Beschuldigte sei der versuchten (eventualvorsätzlichen) Tötung im Sinne von Art. 111 StGB schuldig zu sprechen.

2. Die Dispositivziffer 5 des Urteils sei aufzuheben und dem Privatkläger sei sowohl Schadenersatz als auch eine Genugtuung von Fr. 50'000.– zuzusprechen.
3. Die Dispositivziffer 9 des Urteils sei aufzuheben und der Beschuldigte sei zu verpflichten dem Privatkläger eine volle Prozessentschädigung (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Prozessuales

1. Das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 24. September 2015 wurde am selben Tag mündlich eröffnet und sogleich den Parteien ausgehändigt (Prot. I S. 8 und S. 15 ff.; Urk. 46). Noch vor Schranken meldete die damalige Rechtsvertreterin des Privatklägers Berufung gegen das Urteil an (Prot. I S. 17). Am 28. September 2015 ging die Berufungsanmeldung der Staatsanwaltschaft rechtzeitig bei der Vorinstanz ein (Urk. 47; Art. 399 Abs. 1 StPO). Den Empfang des begründeten Urteils quittierten die amtliche Verteidigung am 6. November 2015, die Anklagebehörde am 9. November 2015 und die Rechtsvertreterin des Privatklägers am 11. November 2015 (Urk. 54/1-3). Mit Eingabe vom 19. November 2015 reichte die Staatsanwaltschaft rechtzeitig die Berufungserklärung ein. Die Berufungserklärung des Privatklägers vom 27. November 2015 (Datum des Poststempels) ging ebenfalls fristwährend am 30. November 2015 ein (Urk. 55; Urk. 57; Art. 399 Abs. 3 StPO). Mit Präsidialverfügung vom 2. Dezember 2015 wurde den Parteien Frist für Anschlussberufung angesetzt (Urk. 58). Am 21. Dezember 2015 (Datum des Poststempels: 18. Dezember 2015) ging die auf "Freispruch in allen Punkten" lautende Anschlussberufung der amtlichen Verteidigung, samt Datenerfassungsblatt und Bei-

lagen (Urk. 61/1-5) rechtzeitig ein (Urk. 60; Urk. 59/1; Art. 400 Abs. 3 StPO). Mit Präsidialverfügung vom 11. Januar 2016 wurde die Anschlussberufung des Beschuldigten den anderen Parteien mitgeteilt (Urk. 62 f.). Am 1. Februar 2016 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 22. April 2016 vorgeladen (Urk. 64). Mit Eingabe vom 3. Februar 2016 gab die Rechtsvertreterin des Privatklägers ihre sofortige Niederlegung des Mandates bekannt (Urk. 65).

2. Die Berufung der Staatsanwaltschaft richtet sich gegen die Zuerkennung eines Notwehrexzesses im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB und verlangt einen Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und eine höhere Freiheitsstrafe, welche den bedingten Strafvollzug nicht mehr zulässt (Urk. 56). Der Privatkläger lässt mit seiner Berufungserklärung einen Schuldspruch wegen eventualvorsätzlich versuchter Tötung im Sinne von Art. 111 StGB, die Zusprechung von Schadenersatz als auch Genugtuung und eine volle Prozessentschädigung beantragen (Urk. 57 S. 2). Der Beschuldigte lässt mit seiner Anschlussberufung einen Freispruch ("in allen Punkten") beantragen und ficht das vorinstanzliche Urteil damit vollumfänglich an (Urk. 60). Unangefochten blieb demnach einzig die Herausgabe der halbhohen Freizeitschuhe an den Beschuldigten gemäss Dispositivziffer 6.

3. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem einzig die Urteilsdispositivziffer 6 (Herausgabe) unangefochten blieb, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Anträge auf Beweisergänzung oder Nichteintreten auf die Anklage wurden von keiner Seite gestellt.

II. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift zusammengefasst vorgeworfen, am Sonntag, 18. Januar 2015, um ca. 06.30 Uhr, in der ...-Unterführung,

... Zürich, den wehrlos und sich nicht mehr bewegenden, auf dem Rücken am Boden liegenden Privatkläger zuerst ein Mal gegen den Oberkörper und anschliessend mindestens drei Mal heftig von oben herab auf das Gesicht bzw. den Kopf getreten zu haben. Durch dieses bewusste Einwirken des Beschuldigten auf den Privatkläger habe dieser ein schweres Schädelhirntrauma mit multiplen Brüchen im Mittelgesicht (darunter Frakturen beider mittleren Augenhöhlenwände, der Siebbeinzelle und der Stirnhöhle), multiple oberflächliche Hautabschürfungen, Hautein- und unterblutungen im Gesicht und am Kopf, ein Monokelhämatom links, ein retrobulbäres Hämatom (Einblutung hinter dem Augapfel), zwei Quetsch-Risswunden an der Stirn, und eine Quetsch-Risswunde am Kinn, erlitten, wobei der Beschuldigte bei seinen Tritten auf bzw. gegen das Gesicht bzw. den Kopf des Privatklägers auch lebensbedrohende, eventualiter tödliche Verletzungen zumindest in Kauf genommen habe, welche Folgen jedoch nicht eingetreten seien (Urk. 28 S. 2).

2. Der Beschuldigte hat diesen Vorwurf bei der Polizei, im Vorverfahren und vor Vorinstanz im Wesentlichen bestritten. Er machte zwar stets geltend, dem von seinem Kollegen C._____ zu Boden gebrachten und rücklings auf dem Boden liegenden Privatkläger mit einem Fusstritt lediglich das Messer aus der rechten Hand zu schlagen beabsichtigt zu haben. Dabei habe er den Privatkläger mit seinem Schuh am Kopf getroffen. Dieser habe das Messer aber nicht losgelassen, sondern sich immer wieder in seine Richtung bewegt, weshalb er diesen ca. zwei bis drei Mal mit dem Fuss in Richtung Messer getreten und diesen mindestens 2 Mal am Kopf getroffen habe. Der Beschuldigte stellte demgegenüber konstant in Abrede, den Privatkläger mit seinen Füßen getreten zu haben, als dieser wehrlos am Boden gelegen habe. Dies habe er nur während jenes Zeitraums getan, als der Privatkläger das Messer noch in der rechten Hand gehalten, sich bewegt und aufzustehen versucht habe. Der Privatkläger habe die ganze Zeit mit dem Messer herum, bzw. in seine Richtung gefuchelt. Er habe diesen nicht verletzen wollen. Er sei angegriffen worden und habe sich einfach gewehrt. Er habe Zivilcourage bewiesen, da der Privatkläger mit seiner Begleiterin ziemlich aggressiv umgegangen sei (Urk. 4/1 S. 2 f., 5; Urk. 4/4 S. 2 ff.; Urk. 4/6 S. 4 f.; Urk. 4/8 S. 2 f.; Urk. 4/9 S. 3, S. 4 u.; Urk. 42 S. 4 ff., insbes. S. 12 f.; Prot. II S. 13 ff.).

2.1. Bei dieser Darstellung blieb der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung und wiederholte seine bereits gemachten Aussagen (Prot. II S. 13 ff.). Ergänzend zu seinen bisherigen Ausführungen gab er auf entsprechende Frage an, dass sich die Hand des Privatklägers mit dem Messer vor dessen Gesicht befunden habe (Prot. II S. 16).

2.2. Die vom Beschuldigten bestrittenen Elemente des der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalts und die geltend gemachte Notwehrsituation sind daher aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu würdigen. Die wesentlichen Aussagen der befragten Beteiligten sind nochmals näher zu betrachten.

2.3. Die rechtstheoretischen Grundlagen der Beweismwürdigung und der Würdigung von Aussagen wurden im angefochtenen Urteil korrekt aufgeführt; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 55 S. 7 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.4. Als Beweismittel liegen die Aussagen des Beschuldigten bei der Polizei, im Vorverfahren, inklusive Konfrontationseinvernahme mit dem damals noch Mitbeschuldigten C._____, sowie vor beiden Gerichtsstanzzen (Urk. 4/1; Urk. 4/4; Urk. 4/6; Urk. 4/8+9; Urk. 42; Prot. II S. 7 ff.), ebenso die Aussagen des Privatklägers (Urk. 5/4 f.), von C._____ (Urk. 4/5 ff.), der Freundin des Privatklägers, D._____, als Zeugin (Urk. 6/3; Urk. 6/7) und von E._____ als Zeugen (Urk. 6/1; Urk. 6/8), bei der Polizei und im Vorverfahren, sowie die Wahrnehmungsberichte der drei Polizeibeamten F._____, G._____ und H._____ (Urk. 6/4-6), vor.

2.4.1. Im angefochtenen Urteil wurde ohne die Angabe einer Rechtsgrundlage erwogen, dass ein Teil der Aussagen der Befragten nicht zu Ungunsten des Beschuldigten verwertbar seien, da die Einvernahmen teilweise nicht in Anwesenheit des Beschuldigten durchgeführt wurden, oder nachdem die Konfrontation mit der betreffenden befragten Person bereits erfolgt war (Urk. 55 S. 8 f., Ziff. 5.1.1 [C._____], S. 12, Ziff. 5.2.1 [E._____], S. 15, Ziff. 5.3.1 [Privatkläger], S. 15 f., Ziff. 5.4.1 [D._____]). Dies ist unzutreffend.

2.4.1.1. Das in Art. 147 StPO geregelte Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Aussagen können nur verwertet werden, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die ihn belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an die befragte Person zu richten. Ein Anspruch auf mehrmalige Konfrontation mit den Aussagen eines Zeugen oder darauf, den Zeitpunkt der Ausübung des Teilnahme- und Mitwirkungsrechts durch den Beschuldigten selber zu bestimmen, besteht dagegen nicht. Auch aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK lässt sich nicht ableiten, dass die Konfrontation in einem bestimmten Verfahrensabschnitt zu erfolgen hat oder dem Beschuldigten mehrmals Gelegenheit geboten werden muss, dass z.B. Zeugen in seiner Gegenwart oder ein zweites Mal ergänzend befragt werden (RIKLIN, StPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2014, N 4 zu Art. 147 StPO; SCHLEIMINGER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, N 4 f. zu Art. 147 StPO).

2.4.1.2. Dem Beschuldigten wurde bei allen Befragten die Gelegenheit eingeräumt anlässlich einer staatsanwaltschaftlichen Befragung seine Mitwirkungs- und Teilnahmerechte auszuüben (C._____: Urk. 4/6; Privatkläger: Urk. 5/5 S. 6 f.; D._____: Urk. 6/7 S. 9 f.; E._____: Urk. 6/8 S. 11 f.). Der Umstand, dass C._____ nach der Konfrontation mit dem Beschuldigten noch einmal befragt wurde, wirkte sich nicht zum Nachteil des Beschuldigten aus, da die betreffenden Aussagen keine neuen Belastungen zum Inhalt hatten, welche dem Beschuldigten nicht bereits anlässlich der Konfrontation bekannt waren (vgl. Urk. 4/7). Ausserdem war dem Privatkläger der weitere Einvernahmetermin vom 11. Februar 2015 durch die Staatsanwaltschaft bekanntgegeben worden (Urk. 5/5 S. 7), weshalb die Möglichkeit zur Teilnahme bestand. Es sind demzufolge alle Aussagen der befragten Personen in sämtlichen Einvernahmen uneingeschränkt auch zu Ungunsten des Beschuldigten verwertbar.

2.4.2. Zusätzlich sind das Gutachten zur körperlichen Untersuchung des Privatklägers des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM) vom 3. Februar 2015 und ein forensisch-radiologischer Befund vom 21. Januar 2015

(Urk. 10/4+5), der Austrittsbericht des Universitätsspitals Zürich vom 23. Januar 2015 (Urk. 10/6) sowie die Fotodokumentationen des Forensischen Instituts Zürich (FOR) und der Stadtpolizei Zürich über die Verletzungen des Privatklägers und die Tatörtlichkeit (Urk. 7/1 S. 3; Urk. 7/2), das Gutachten zur körperlichen Untersuchung des Beschuldigten des IRM Zürich vom 3. Februar 2015 (Urk. 12/3), die Protokolle der ärztlichen Untersuchungen, die pharmakologisch-toxikologischen Gutachten und ärztlichen Berichte zur Blutalkoholanalyse des Beschuldigten (Urk. 12/5; Urk. 12/7+8: im Tatzeitpunkt min. 1.75, max. 2.52 Gewichtspromille) und von C. _____ (Urk. 11/3; Urk. 11/5; Urk. 11/7+8: im Tatzeitpunkt min. 1.88, max. 2.68 Gewichtspromille), sodann die Berichte der Klinik für Neurologie vom 21. Mai 2015 und der Augenklinik vom 6. Mai 2015 (Urk. 36 S. 7 f.; Urk. 40/1) und schliesslich die CD mit Aufzeichnungen der beiden Notruftelefonate des Zeugen E. _____ (Urk. 9/3) als weitere Beweismittel vorhanden.

2.5. Die Aussagen des Beschuldigten, jene des Privatklägers und jene der weiteren Befragten wurden im angefochtenen Urteil korrekt zusammengefasst wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 55 S. 8-21; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.6. Auch hinsichtlich der Vorgeschichte, des Aneinandergeratens von C. _____ und dem Beschuldigten mit dem Privatkläger am Tatort, das bedrohliche Zücken eines Messers durch den Letzteren sowie den Faustschlag von C. _____ zur Abwehr kann vollumfänglich auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 55 S. 23 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO), mit dem Hinweis, dass diese Vorgeschichte nicht Bestandteil des Anklagesachverhaltes bildet (vgl. Urk. 28 S. 2).

2.7. Bereits die ersten polizeilichen Aussagen des Beschuldigten sind wenig anschaulich. Es ist nicht nachvollziehbar, wie der Beschuldigte den Privatkläger beim Treten gegen das sich in der rechten Hand befindliche Messer mehrmals am Kopf getroffen haben will, zumal sich das Messer kaum, wie der Beschuldigte erstmals anlässlich der Berufungsverhandlung geltend machte (Prot. II S. 16), in der Nähe des Kopfes des Privatklägers befunden hätte, wenn sich dieser, wie vom Beschuldigten bereits von Beginn weg und in der Folge stets geltend ge-

macht (Urk. 6/5 S. 2, 2. Absatz; Urk. 4/1 S. 2), am Boden liegend immer wieder in seine Richtung bewegt hätte. Auch die weitere Aussage des Beschuldigten auf die Frage, was er gemacht habe, nachdem er dem am Boden liegenden Privatkläger das Messer aus der Hand habe kicken können, will nicht recht einleuchten: Er habe dann gesehen, wie der Privatkläger am Boden liege. Dieser habe sich fast nicht mehr bewegt (ebenda, S. 2 u.).

2.7.1. Weshalb sollte sich der Privatkläger erst nach dem Wegkicken des Messers fast nicht mehr bewegt haben, nachdem dieser auch laut vorangehenden Aussagen des Beschuldigten bereits vor dem Wegkicken des Messers rücklings auf dem Boden gelegen hatte. Wäre der Privatkläger in jenem Zeitpunkt noch reaktionsfähig gewesen, wäre viel naheliegender und zu erwarten gewesen, dass er aufzustehen und vom Beschuldigten zurückzuweichen oder ihn allenfalls erneut mit dem Messer in der Hand anzugehen versucht hätte, anstatt sich vom Beschuldigten mehrmals gegen und auf den Kopf treten zu lassen.

2.7.2. Aus den Aussagen der übrigen Befragten ergibt sich denn auch vielmehr übereinstimmend und damit glaubhaft, dass der Privatkläger – entgegen der anderslautenden Schutzbehauptung des Beschuldigten – regungslos am Boden lag und das zuvor bedrohlich gegen den Beschuldigten und C._____ gerichtete Messer keine Bedrohung mehr dargestellt haben konnte (vgl. nachfolgend, Erw. II.2.8. ff.).

2.8. C._____ hatte bereits in seiner ersten polizeilichen Befragung und in der Folge stets eingeräumt, den Privatkläger reflexartig mit einem Faustschlag ins Gesicht geschlagen zu haben, um einen befürchteten Messerangriff zu verhindern, wodurch der Privatkläger zu Boden gefallen und leicht seitlich zum Liegen gekommen sei. Weiter sagte C._____ u.a. aus, gesehen zu haben, dass der Beschuldigte hinzugetreten sei und dem am Boden liegenden Mann einen Tritt versetzt habe. Er sei daraufhin zum Beschuldigten hingegangen und habe ihn vom Privatkläger weggezogen (Urk. 4/2 S. 3 f.). Gleichlautende Aussagen gab er anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme zu Protokoll (Urk. 4/3 S. 2 ff.; Urk. 4/5 S. 1). Er glaube, der Privatkläger habe das Messer noch in der Hand gehabt, damit aber nichts mehr gemacht. Er nehme an, der Privatkläger sei

bewusstlos gewesen. Dieser sei am Boden gewesen und habe sich nicht mehr bewegt (ebenda, S. 5 ff.).

2.8.1. All dies bestätigte der damals noch mitbeschuldigte C._____, dessen Verfahren in der Folge mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 4. Mai 2015 wegen rechtfertigender Notwehr (zu Recht) rechtskräftig eingestellt wurde (Urk. 24), anlässlich der Konfrontationseinvernahme mit dem Beschuldigten vom 4. Februar 2015 uneingeschränkt (Urk. 4/6 S. 2 ff., S. 5 f.). Die Frage, ob sich der Privatkläger noch bewegt habe, als dieser auf dem Boden gelegen habe, beantwortete C._____ wie folgt: "Ich habe keine Bewegung mehr gesehen, nein." Auf die Frage, was der Privatkläger genau noch getan habe, als dieser am Boden gelegen habe, antwortete er: "Nichts mehr. Sagen wir so, ich habe nichts mehr gesehen." Auf die weitere Frage, was zu diesem Zeitpunkt mit dem Messer gewesen sei, gab C._____ wörtlich zu Protokoll: "Es war schon in der Nähe der Hand. Ich glaube schon, dass er es noch in der Hand hielt." Auf die Anschlussfrage, ob der Privatkläger noch etwas damit (mit dem Messer) getan habe, als dieser am Boden gelegen sei, war seine Antwort: "Ich habe nichts gesehen." Schliesslich gab er auf die Frage, ob seiner Einschätzung nach der Privatkläger noch dazu fähig gewesen wäre, etwas mit dem Messer zu machen, zu Protokoll: "Genau habe ich es nicht gesehen. Ich habe mir noch gedacht, jetzt ist er am Boden und macht nichts mehr." (Urk. 4/6, S. 4). Auf die im weiteren Verlauf der Konfrontationseinvernahme nochmals gestellte Frage, in welchem Zustand der Privatkläger gewesen sei, als der Beschuldigte auf diesen eingetreten habe, antwortete er: "Er war bewusstlos. Hat sich nicht bewegt, das heisst, ich habe nichts gesehen." Er habe sich zwar dem Zeugen E._____ zugewandt. Er schätze, "ca. 1 bis 2 Meter" vom Geschädigten und dem Beschuldigten entfernt gewesen zu sein (ebenda, S. 7). Die vorinstanzliche Erwägung, gemäss C._____ habe sich der Privatkläger *nach* dem Zutreten nicht mehr bewegt (Urk. 55 S. 27), ist demzufolge unzutreffend und aktenwidrig. Aus den wörtlich zitierten Aussagen von C._____ ergibt sich vielmehr, dass sich der Privatkläger bereits *vor* den Tritten des Beschuldigten nicht mehr bewegt hatte.

2.8.2. Die Aussagen von C._____ sind glaubhaft. Er belastet sich mit diesen selber, und seine Schilderungen sind frei von Übertreibungen. Soweit er den Beschuldigten belastete, waren seine Aussagen sehr zurückhaltend. Er gab bei der Art, Intensität und Anzahl der Fusstritte beispielsweise an, dies nicht genau gesehen zu haben (Urk. 4/6 S. 5 f.), bestätigte auf Vorhalt der betreffenden Zeugenaussage von E._____, wonach der Beschuldigte richtiggehend auf den Kopf des Privatklägers gesprungen sei, richtig in die Luft gesprungen sei, sich sehr brutal verhalten und völlig die Kontrolle verloren habe, dann aber die Angaben des Zeugen als "gut möglich" (Urk. 4/3 S. 7; Urk. 4/6).

2.8.3. C._____ schilderte damit in Übereinstimmung mit den Aussagen des Zeugen E._____ (vgl. nachfolgend, Erw. II.2.9.) keine Situation, in welcher der Beschuldigte noch in irgendeiner Weise vom Privatkläger mit dem Messer bedroht gewesen wäre oder ein irgendwie gelagerter Angriff noch bevorstanden hätte, als er diesen trat. Die diesbezügliche Darstellung des Beschuldigten wurde damit in keiner Weise bestätigt. Hätte sich der Beschuldigte in einer Situation der Bedrohung oder eines bevorstehenden Angriffs des Privatklägers befunden, wäre dieser wohl kaum regungslos am Boden gelegen, und er hätte nicht von seinem Kollegen C._____ von diesem weggezogen und zurückgehalten werden müssen.

2.9. Der mit den Tatbeteiligten nicht bekannte Zeuge E._____ gab am 18. Januar 2015, 08.05 Uhr, mithin weniger als zwei Stunden nach dem Tatgeschehen, bei der Polizei zum eigentlichen Tathergang im Wesentlichen zu Protokoll (Urk. 6/1 S. 1 ff.), er habe sowohl die Auseinandersetzung zwischen C._____ und dem Beschuldigten mit dem Privatkläger als auch die Schläge des Privatklägers gegen dessen Begleiterin gesehen, worauf der Beschuldigte und C._____ stärker interveniert hätten. Als er bemerkt habe, dass es immer heftiger geworden sei, habe er die Polizei angerufen. Er habe gesehen, dass ein Messer im Spiel gewesen sei und der Privatkläger damit herumgefuchelt habe. Jener "mit dem Bärtli" (der Beschuldigte; vgl. Urk. 6/8 S. 2) habe dem Opfer dann mit der Faust ins Gesicht geschlagen. Dieser sei auf den Boden gefallen und bewusstlos liegengeblieben (S. 2 oben). Dann sei der "mit dem Bärtli" zum Opfer hingegangen. Er nehme an, dieser habe ein Blackout gehabt und sei ausgetickt, habe völlig die

Kontrolle verloren und auf das Opfer eingetreten; zuerst nur am Körper und dann auf den Kopf. Dann sei dieser auf den Kopf des Opfers gesprungen, dies sicher zwei bis drei Mal. Zuerst habe er den Beschuldigten verbal davon abhalten wollen und zu diesem gesagt, die Polizei werde kommen, worauf er von diesem weggestossen worden sei. Auch dessen Kollege (C._____) habe den Beschuldigten davon abzuhalten und wegzuziehen versucht. Die Freundin des Privatklägers sei erst wieder hinzugekommen, als er dem Privatkläger die Jacke unter den Kopf gelegt habe. Dieser habe geröchelt, und er habe diesen in Seitenlage gebracht. Die anderen Beiden hätten sich dann entfernt. Es sei hell gewesen. Die Unterführung sei beleuchtet (S. 2). Der "mit dem Bärtli" habe das Messer mit dem Fuss weggestossen (ebenda, S. 3). Auf nochmaliges Nachfragen nach dem Zustand des Privatklägers, welcher nach dem Schlag auf dem Boden lag (S. 3, Frage17), bestätigte der Zeuge wörtlich: "Er war ohnmächtig, bewegte sich nicht mehr. Er war bewusstlos. Dann kam der mit dem Bärtli und hat ihn getreten, vor allem in den Kopf, sehr brutal und mehrmals. Das Gesicht war alles Matsch, nicht nur von einem Schlag."

2.9.1. Seine tatnahen Aussagen bestätigte E._____, auch anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Befragung als Zeuge in Gegenwart des Beschuldigten vollumfänglich (Urk. 6/8 S. 2 ff.), insbesondere auch, dass der Privatkläger nach dem "Verteidigungsschlag" bewusstlos zu Boden gefallen sei, dort auf dem Rücken gelegen sei und nichts mehr gemacht habe. Das Messer sei dann weggetreten worden, in den Tunnel hinein. Im ersten Moment habe es so ausgesehen, als ob sich der Beschuldigte und C._____ entfernen würden. Ein paar Sekunden später habe sich der Beschuldigte umgedreht und sei zum am Boden Liegenden hingegangen. Er glaube, der Beschuldigte habe dann ein erstes Mal gegen den Oberkörper eingetreten und dann mit dem Fuss ins Gesicht und mit ziemlicher Wucht auf den Kopf (S. 6). Auf die Frage, ob der Privatkläger das Messer noch in der Hand gehabt habe, als dieser am Boden gelegen habe, antwortete der Zeuge: "Ich glaube, dass ich es klimpern hörte, deswegen nein, aber genau kann ich es nicht mehr sagen" (S. 7).

2.9.2. Zeuge E._____ hat sich offenkundig über die Person ("der mit dem Bärtchen") geirrt, welche den Privatkläger mit einem Faustschlag niedergeschlagen hatte (Urk. 6/1 S. 2; Urk. 6/8 S. 10). Es bestehen keine Zweifel daran, dass dieser Faustschlag von C._____ ausgeführt worden war, nachdem C._____ selber dies von Beginn weg eingeräumt hatte. Entgegen der vorinstanzlichen Würdigung (Urk. 55 S. 25) weisen die Aussagen des Zeugen aber keine Übertreibungen oder Dramatisierungstendenzen auf, zumal dessen Beschreibung, wonach der Beschuldigte auf den Kopf des Privatklägers gesprungen sei, auch von C._____ auf Vorhalt mit den Worten kommentiert wurde: "Das kann gut sein." (Urk. 4/3 S. 7). Auch angesichts der vom Privatkläger erlittenen Verletzungen (vgl. nachfolgend, Erw. II.2.13.) erscheint die Darstellung des Zeugen nicht übertrieben. Dem Einwand der Verteidigung, dass die Wahrnehmungsfähigkeit des Zeugen aufgrund des Alkoholkonsums getrübt gewesen sein müsse (Urk. 72 S. 7), ist entgegenzuhalten, dass die Blutalkoholkonzentration des Zeugen E._____ 0.32 Gewichtspromille betrug (Urk. 1 S. 4), er mithin noch fahrfähig gewesen wäre. Eine getrübt Wahrnehmung aufgrund des Alkoholkonsums ist folglich auszuschliessen.

2.10. D._____ konnte keine sachdienlichen Beobachtungen zu den eigentlichen, gegen den Beschuldigten erhobenen Tatvorwürfen machen, da sie die Geschehnisse im Zeitpunkt der Tritte gegen den Privatkläger von zu weit weg, aus ihr sicher scheinenden Distanz, beobachtet hatte und daher nicht sagen konnte, wer getreten hatte (Urk. 6/3 S. 2 ff.). Ein auch bei ihr durchgeführter Atemlufttest hatte offenbar das Ergebnis von 1.39 Gewichtspromille ergeben (Urk. 6/3 S. 2; Urk. 6/7 S. 5). Ferner gab sie zu Protokoll, dass ihr beim vorangehenden Streit mit dem Privatkläger ein Zahn abgebrochen sei (ebenda, S. 4 u.). Anlässlich ihrer Zeugenbefragung vom 4. Februar 2015 gab sie u.a. zu Protokoll, nicht mehr mit dem Privatkläger zusammen zu sein (Urk. 6/7 S. 3). Sie sei am Ende des Tunnels gewesen und der Vorfall eher an dessen Anfang. Sie habe in diesem Moment einfach gehofft, dass es nicht der Privatkläger sein würde, der dort am Boden liege. Sie habe zwei Männer gesehen, welche auf ihn eingetreten hätten. Als sie zurückgerannt sei, habe sie gesehen, dass es der Privatkläger gewesen sei, der am Boden gelegen habe (Urk. 6/7 S. 7 f.).

2.11. Der Privatkläger konnte anlässlich seiner polizeilichen Befragung und bei der Staatsanwaltschaft infolge fehlender Erinnerung an den Vorfall keinerlei sachdienlichen Aussagen zum eigentlichen Tathergang aus eigener Wahrnehmung machen (Urk. 5/4; Urk. 5/5). Auch er wies beim Spitaleintritt vom 18. Januar 2015, ca. 06.45 Uhr, einen Blutalkoholspiegel von 1.7 Gewichtspromille sowie ein positives Testergebnis für THC und Kokain auf (Urk. 10/6 S. 1).

2.12. Aus den Wahrnehmungsberichten der drei Polizeibeamten ergeben sich ebenfalls keine sachdienlichen Erkenntnisse über die gegen den Beschuldigten erhobenen Tatvorwürfe aus eigener Wahrnehmung, da sie erst nach erfolgter Tat hinzukamen und daher lediglich im Nachhinein vom Hörensagen berichten konnten, was ihnen vom Beschuldigten und von C._____ vor Ort mündlich berichtet worden sei (Urk. 6/4-6). Ihren Schilderungen in den Wahrnehmungsberichten kommt daher lediglich der Beweiswert von Hilfsstatsachen zu, zumal sie nie förmlich als Zeugen befragt wurden. Die Wiedergabe der von C._____ vor Ort gegenüber dem Polizeibeamten F._____ offenbar gemachten mündlichen Angabe, wonach sich der nach seinem Faustschlag auf dem Boden liegende Privatkläger noch bewegt habe (Urk. 6/4 S. 2, 2. Absatz), vermag daher die späteren einheitlichen Aussagen von C._____ in den förmlichen Befragungen bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft, wonach der Privatkläger bewusstlos am Boden gewesen sei, sich nicht mehr bewegt und nichts mehr gemacht habe (vgl. vorstehend, Erw. II.2.8. ff.), nicht in Zweifel zu ziehen, erst recht nicht, nachdem seine diesbezüglichen protokollarischen Aussagen auch mit jenen des Zeugen E._____ übereinstimmen (vgl. vorstehend, Erw. II.2.9. a.E.).

2.13. Hinzukommt, dass auch die Schwere der Verletzungen am Kopf des Privatklägers alles andere als von einem bloss versehentlichen Geschehen zeugen, bei welchem der Beschuldigte quasi beim Treten gegen die Hand und das Messer nur beiläufig auch noch den Kopf des Privatklägers getroffen habe. Insofern kann auch den Erwägungen der Vorinstanz nicht gefolgt werden, dass der Zeuge E._____ die Tritte des Beschuldigten gegen den Kopf des Privatklägers dramatisiert habe (Urk. 55 S. 22). Das vom Privatkläger erlittene schwere Schädelhirntrauma mit multiplen Brüchen des Mittelgesichts, insbesondere die erlitte-

nen Frakturen beider mittleren Augenhöhlenwände, der Siebbeinzelle und der Stirnhöhle sowie die Einblutung hinter dem Augapfel, zeugen vielmehr von einer beträchtlichen Brutalität und direkten Gewalteinwirkung. Angesichts der Verletzungen des Privatklägers im Gesicht und am Kopf, der multiplen oberflächlichen Hautabschürfungen, Hautein- und unterblutungen, der zwei Quetsch-Risswunden an der Stirn sowie Quetsch-Risswunde am Kinn (Urk. 10/4 S. 2 ff., insbes. S. 5; Urk. 10/5; Urk. 10/6; Urk. 7/1 S. 3; Urk. 7/2 S. 25 ff.), bestehen keine Zweifel, dass diese von den wuchtigen Fusstritten des Beschuldigten mitverursacht wurden und nicht alleine vom singulären Faustschlag von C._____ herrühren. Die Hautabschürfungen am Hinterkopf sind laut IRM-Gutachten dagegen am ehesten auf einen Sturz auf den Hinterkopf zurückzuführen (Urk. 10/4 S. 5) und daher nicht vom Beschuldigten zu verantworten. Unbeachtlich ist der Einwand der Verteidigung, wonach das IRM keine Verletzungen im Gesicht des Privatklägers festgestellt habe, welche den Schuhprofilen des Beschuldigten entsprochen hätten (Urk. 72 S. 8; Urk. 10/4 S. 5). Die rechtsmedizinische Untersuchung des Privatklägers fand am 18. Januar 2015, um 10.50 Uhr, mithin 4 Stunden nach dem geltend gemachten Ereignis in den Räumlichkeiten des USZ statt (Urk. 10/4 S. 2). Zu diesem Zeitpunkt war der Privatkläger bereits ärztlich versorgt und dementsprechend gereinigt worden. Allfällige Schmutzanhaftungen wären folglich bereits entfernt worden.

3. Nach dem Dargelegten erweist sich der Anklagesachverhalt, wonach der Beschuldigte den wehrlos und sich nicht mehr bewegenden, auf dem Rücken am Boden liegenden Privatkläger zuerst ein Mal gegen den Oberkörper und anschliessend mindestens drei Mal heftig von oben herab auf das Gesicht bzw. den Kopf getreten habe, entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 55 S. 29 f.), als vollumfänglich erstellt.

III. Rechtliche Würdigung

1. Die Staatsanwaltschaft wendet sich gegen die Zuerkennung eines Notwehrexzesses im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB und verlangt einen Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB

in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Urk. 56; Urk. 71 S. 1 ff.). Der Privatkläger liess mit seiner Berufungserklärung einen Schuldspruch wegen eventualvorsätzlich versuchter Tötung im Sinne von Art. 111 StGB beantragen (Urk. 44/1 S. 2; Urk. 44 A/1 S. 3 f.; Prot. I S. 10; Urk. 57 S. 2). Der Beschuldigte strebt mit seiner Anschlussberufung einen Freispruch an (Urk. 60; Urk. 72 S. 1; Prot. II S. 7).

2. Im Rahmen der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ergänzte die Staatsanwaltschaft zwar den zweiten Absatz der Anklage auf Seite 2 dahingehend, dass "auch lebensbedrohende, *eventualiter tödliche* Verletzungen...", mithin der Vorwurf der vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB Bestandteil der Anklage wurde (Prot. I S. 9). Sie führte jedoch gleichzeitig aus, dass sie nach wie vor der Überzeugung sei, dass der Beschuldigte den Tod des Privatklägers nicht gewollt oder in Kauf genommen habe. Der Beschuldigte habe kein über die Lebensgefahr hinausgehendes Tötungsrisiko in Kauf genommen (Prot. I S. 9). Diese Ansicht vertrat die Staatsanwaltschaft auch anlässlich der Berufungsverhandlung (Urk. 71 S. 5; Prot. II S. 21).

3. Die rechtstheoretischen Ausführungen der Vorinstanz zum Tötungsvorsatz sind zutreffend, weshalb darauf zu verweisen ist (Urk. 55 S. 31 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz erkannte sodann zu Recht, dass dem Beschuldigten kein Tötungsvorsatz nachgewiesen werden kann, zumal er keine Waffe einsetzte, dem Privatkläger keine lebensgefährlichen Verletzungen zufügte und sich zumindest durch C._____ von weiteren, möglicherweise tödlichen Tritten abhalten liess. Auf die diesbezüglichen Erwägungen kann ebenfalls verwiesen werden (Urk. 55 S. 32).

4. Nach Art. 122 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft, 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 oder vorsätzlich eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht.

4.1. Die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur rechtlichen Würdigung betreffend Versuch, objektive und subjektive Tatbestandselemente der schweren Körperverletzung und Eventualvorsatz brauchen nicht wiederholt zu werden; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 55 S. 31 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.2. Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein oder kann dieser nicht eintreten, liegt ein Versuch vor (Art. 22 Abs. 1 StGB). Eine Lebensgefahr bestand beim Privatkläger nicht. Die ihm zugefügten Verletzungen (vorstehend, Erw. II.2.13.; Urk. 10/4 S. 2 ff., S. 5; Urk. 10/5; Urk. 10/6) erfüllen den objektiven Tatbestand der schweren Körperverletzung nicht. Mehrere heftige Tritte gegen den Kopf eines wehr- und regungslos am Boden liegenden Menschen sind indessen zweifelslos geeignet, lebensgefährliche Verletzungen zu bewirken. Das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolges einer schweren Körperverletzung beruhte mithin lediglich darauf, dass der Beschuldigte von seinem Kollegen C._____ daran gehindert wurde, weiter auf den Privatkläger, resp. dessen Kopf einzutreten, und dass noch schwerwiegendere Verletzungsfolgen am Kopf des Privatklägers, wie beispielsweise ein mögliches Hirnödem oder eine mögliche intrakranielle Blutung (vgl. Urk. 10/4 S. 5 f.; Urk. 10/6 S. 1), aus Zufall nicht eintraten. Auch bleibende körperliche oder seelische Beeinträchtigungen sind nicht bekannt (Urk. 36/2; Urk. 40/1). Es liegt somit eine versuchte Tatbegehung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB vor.

4.3. Der Tatbestand der schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB setzt in subjektiver Hinsicht keine besondere Vorsatzform voraus, weshalb Eventualvorsatz genügt. Es zählt zum Allgemeinwissen, dass heftiges Treten gegen den Kopfbereich zu lebensgefährlichen Verletzungen führen kann. Dieses Wissen ist dem Beschuldigten anzurechnen. Ausserdem anerkannte er, dass schwere oder lebensgefährliche Verletzungen eintreten können, wenn man mit Schuhen mehrfach auf den Kopf eines Menschen tritt (Urk. 4/4 S. 7; Prot. II S. 19).

4.3.1. Das Risiko und die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des tatbestandsmässigen Erfolges ist bei mehreren so heftigen Fusstritten derart gross und nahe-

liegend, dass das Verhalten des Beschuldigten nur als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann. Umso mehr, als er laut Aussage des Zeugen E._____ die Kontrolle über sich selber verloren hatte und förmlich ausgetickt war (Urk. 6/1 S. 2; Urk. 6/8 S. 10), während der Privatkläger gleichzeitig bewusst- und regungslos, und damit zur Abwehr gänzlich unfähig, rücklings auf dem Boden lag (vgl. vorstehend, Erw. II.2.7.2. ff., insbes. II.3.).

4.3.2. Unter diesen Umständen kann dem Beschuldigten auch nicht zuerkannt werden, er habe auf das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolges vertraut. Wer sich so verhält, nimmt die Verursachung schwerer oder lebensgefährlicher Verletzungen zumindest in Kauf.

4.4. Demzufolge hat sich der Beschuldigte der (eventualvorsätzlich) versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

5. Im angefochtenen Urteil wurde dem Beschuldigten ein Notwehrexzess im Sinne von Art. 15 StGB in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 StGB zuerkannt, mit der Begründung, es habe offensichtlich ein rechtswidriger Angriff durch den Privatkläger stattgefunden, und dieser habe den Konflikt durch sein äusserst brutales Verhalten gegenüber seiner Freundin provoziert und dem Beschuldigten und C._____ mit einem Messer gedroht (Urk. 55 S. 37). Die Vorinstanz legte ihren Erwägungen zum objektiven und subjektiven Tatbestand den Sachverhalt zugrunde, wonach der Beschuldigte "gegen den aufgrund des Zustands der Bewusstlosigkeit zur Abwehr unfähigen Privatkläger" eingewirkt habe (Urk. 55 S. 34). Bei der Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrsituation ging die Vorinstanz demgegenüber leicht abweichend vom Sachverhalt aus, wonach die ersten Tritte des Beschuldigten dem Messer oder dem Oberkörper des Privatklägers gegolten hätten und aus einer Notwehrsituation im Sinne von Art. 15 StGB heraus erfolgt seien. Erst die zwei letzten Tritte gegen den nunmehr erkennbar regungslosen Beschuldigten könnten dagegen nicht mehr als Notwehrhandlungen erachtet werden (Urk. 55 S. 37, Ziff. 3.3.3). Dem kann nicht gefolgt werden.

5.1. Ein Notwehrrecht besteht für diejenige Person, welche ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht wird. Dabei ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen als Angriff zu verstehen. Als unmittelbarer Angriff gilt ein Angriff, sobald die Rechtsgutverletzung entweder bereits im Gange, also gegenwärtig ist und noch andauert oder unmittelbar droht. Dabei ist die Bedrohung durch einen Angriff unmittelbar, wenn sie aktuell und konkret ist, sodass mit einem Angriff ernstlich zu rechnen ist und jedes weitere Zuwarten die Verteidigungschance gefährdet. Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr verlangt vom Angegriffenen damit nicht, dass er mit einer Reaktion zuwartet, bis es für eine Abwehr zu spät ist. Doch setzt die Unmittelbarkeit der Bedrohung voraus, dass jedenfalls Anzeichen einer Gefahr vorhanden sind, die eine Verteidigung nahelegen. Solche Anzeichen liegen namentlich vor, wenn der Angreifer eine drohende Haltung einnimmt, sich zum Kampf vorbereitet oder Bewegungen macht, die in diesem Sinne gedeutet werden können. Der Angriff droht mit anderen Worten nicht erst unmittelbar, wenn es für den Angreifer kein Zurück mehr gibt, sondern bereits, wenn der Bedrohte nach den gesamten Umständen mit dem sofortigen Angriff rechnen muss. Handlungen, die lediglich darauf gerichtet sind, einem zwar möglichen aber noch unsicheren Angriff vorzubeugen, einem Gegner also nach dem Grundsatz, dass der Angriff die beste Verteidigung ist, zuvorzukommen und ihn vorsorglich kampfunfähig zu machen, fallen nicht unter den Begriff der Notwehr (SEELMANN, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage 2013, N 4 ff. zu Art. 15 StGB; BGE 136 IV 49 E. 3.2 f.; Urteile des Bundesgerichts 6B_780/2009 vom 21. Januar 2010 E. 2.3 und 6B_289/2008 vom 17. Juli 2008 E. 7.3).

5.2. Im angefochtenen Urteil wurde ausser Acht gelassen, dass das aggressive Verhalten und der erfolgte Angriff des Privatklägers mit dem Faustschlag von C._____ beendet wurde. Wie die Vorinstanz bei der nicht Gegenstand der Anklage bildenden Vorgeschichte zutreffend erstellte, ging der Privatkläger aufgrund des Faustschlages von C._____ zu Boden und lag hernach leicht seitlich auf dem Rücken am Boden (Urk. 55 S. 24; vorstehend, Erw. II.2.6.), wobei er – entgegen der weiteren vorinstanzlichen Beweiswürdigung – gemäss erstelltem Anklagesachverhalt bereits vor dem ersten Fusstritt des Beschuldigten wehrlos war und sich

nicht mehr bewegte (vgl. vorstehend, Erw. II.2.8.1. a.E. und Erw. II.3.). Nachdem vom regungs- und wehrlos am Boden liegenden Privatkläger keine Gefahr mehr ausging (vorstehend, Erw. II.2.7.2.), konnte und durfte der Beschuldigte auch nicht mehr ernstlich mit einem konkreten, unmittelbar bevorstehenden Angriff rechnen. Eine Notwehrsituation lag demzufolge im Zeitpunkt der Fusstritte nicht mehr vor.

IV. Strafzumessung

1. Die schwere Körperverletzung wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen geahndet (Art. 122 StGB i.V.m. Art. 40 StGB). Der ordentliche Strafrahmen ist trotz des Vorliegens von Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu mild erscheint. Das Gericht ist indessen verpflichtet, Strafschärfungsgründe zumindest strafe erhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (BGE 121 IV 55; BGE 136 IV 55 E. 5.5 ff.).

2. Beim Beschuldigten sind trotz des Vorliegens der Strafmilderungsgründe der verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB (nachfolgend, Erw. IV.2.2.2.1. ff.) und des Versuches im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB keine ausserordentlichen Umstände gegeben, welche eine Unterschreitung des regulären Strafrahmens als angezeigt erscheinen liessen. Strafschärfungsgründe liegen nicht vor.

2.1. Innerhalb des Strafrahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Gericht das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt. Das Verschulden wird dabei nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Beschuldigten sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder

Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens hat sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat zu beziehen. Dabei ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden (HUG, IN: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 19. Auflage, Zürich 2013, N 6 zu Art. 47 StGB).

2.2. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges (Deliktobetrag, Gefährdung des geschützten Rechtsguts, das Risiko, körperliche und psychische Schäden beim Opfer, Sachschaden etc.), die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Mittel, kriminelle Energie, Provokation), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen zu beachten (objektive Tatschwere). Sodann sind für das Verschulden auch das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens (subjektive Tatschwere) bedeutsam (HUG, a.a.O., N 7 ff. zu Art. 47 StGB). Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Urteil des Bundesgerichts 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1.; BGE 122 IV 241; TRECHSEL ET AL., StGB-Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 21 zu Art. 47 StGB).

2.2.1. Bei der objektiven Tatschwere ist vorzuschicken, dass der Tatbestand der schweren Körperverletzung die körperliche (und psychische) Integrität und damit eines der wichtigsten Rechtsgüter des Menschen schützt. Unter dem Eindruck des vorausgehenden Angriffs und der Bedrohung mit gezücktem Messer durch den im Tatzeitraum (ebenfalls) einen Blutalkoholspiegel in der Grössenordnung von 1.7 Gewichtspromille sowie ein positives Testergebnis für THC und Kokain aufweisenden Privatkläger (Urk. 10/6 S. 1) begab sich der Beschuldigte auf den von seinem Kollegen C._____ mit einem Faustschlag inzwischen bereits ausser Gefecht gesetzten und nunmehr regungslos seitlich auf dem Rücken am Boden liegenden Privatkläger zu und trat diesen zuerst einmal gegen den Oberkörper und hernach mehrmals heftig von oben herab auf das Gesicht, bzw. den Kopf. Sein Vorgehen stellt einen üblen Gewaltexzess dar und zeugt von seiner erheblichen Gewaltbereitschaft sowie von beträchtlicher Brutalität und Gering-

schätzung der körperlichen Integrität eines anderen Menschen, der obendrein reigungs- und bewusstlos war. Andererseits hinterlässt dieses Geschehen den Eindruck eines unbedachten, aus dem Augenblick heraus triebhaften, unreflektierten und von Kontrollverlust geprägten Handelns des Beschuldigten.

2.2.1.1. Mit diesen brutalen Fusstritten verursachte er beim wehrlosen Privatkläger keine Lebensgefahr. Das vom Privatkläger erlittene schwere Schädelhirntrauma kann nicht mit Sicherheit dem Beschuldigten als Allein- oder Mitverursacher zugeordnet werden, da dieses auch vom Aufschlag mit dem Hinterkopf auf den Boden als Folge des Faustschlages von C._____ herrühren kann. Dieser Teil der Verletzung des Privatklägers ist daher bei der Gewichtung der objektiven Schwere seiner Tat nicht zu berücksichtigen (nachfolgend, Erw. IV.2.2.1.2.). Bei den dem Privatkläger zugefügten multiplen Brüchen des Mittelgesichts (Frakturen beider mittleren Augenhöhlenwände, der Siebbeinzelle und der Stirnhöhle) und der Einblutung hinter dem Augapfel, der multiplen oberflächlichen Hautabschürfungen, Hautein- und unterblutungen, den zwei Quetsch-Risswunden an der Stirn sowie der Quetsch-Risswunde am Kinn (vgl. vorstehend, Erw. II.2.13. und II.2.2.), ist zugunsten des Beschuldigten leicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen, dass der singuläre Faustschlag seines Kollegen C._____ ebenfalls für einen Teil der Verletzungen ursächlich war. Bei der eventualvorsätzlich versuchten schweren Körperverletzung kommt es aber ohnehin nicht ausschlaggebend auf die Zuordnung der tatsächlich eingetretenen, im Sinne von Art. 123 StGB einfachen Verletzungen des Privatklägers an, sondern vielmehr auf die vom Beschuldigten eventualvorsätzlich in Kauf genommenen möglichen, aber aufgrund glücklicher Umstände nicht eingetretenen, im Sinne von Art. 122 StGB schweren Verletzungen beim Privatkläger, wie z.B. ein lebensbedrohliches Hirnödem oder eine lebensbedrohliche intrakranielle Blutung (Urk. 10/4 S. 6; Urk. 10/6 S. 1 "Anamnese"). Die Verletzungen des Privatklägers hatten sodann weiter zur Folge, dass dieser sich für 5 Tage in stationäre Spitalpflege, mit anschließender ambulanter Behandlung durch den Hausarzt, hatte begeben müssen und vom 18. Januar 2015 bis zum 29. Januar 2015 zu 100 % arbeitsunfähig war. Bleibende körperliche Beeinträchtigungen als Folge der Fusstritte des Beschuldigten sind nicht bekannt (Urk. 10/6; Urk. 36/1; Urk. 40/1; Urk. 44/2).

2.2.1.2. Vorausgesetzt, der tatbestandsmässige Erfolg der schweren Körperverletzung wäre durch eine im Sinne von Art. 122 StGB schwere oder lebensgefährliche Verletzung eingetreten, wäre insgesamt von einer erheblichen objektiven Tatschwere auszugehen. Angesichts des zur Verfügung stehenden Strafrahmens wäre eine hypothetische Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 4 bis 5 Jahren Freiheitsstrafe angemessen.

2.2.2. Bei der subjektiven Tatschwere ist nochmals klarzustellen, dass im Zeitpunkt der Fusstritte keine das Verschulden mindernde Notwehrsituation mehr vorlag (vorstehend, Erw. III.3.2.). Zwar fügte der Beschuldigte die im Sinne des Gesetzes einfachen Verletzungen dem Privatkläger direktvorsätzlich zu. Merklich verschuldensmindernd fällt indessen ins Gewicht, dass er hinsichtlich einer schweren Körperverletzung nicht direkt-, sondern nur eventualvorsätzlich, aus dem Augenblick heraus und damit planlos handelte.

2.2.2.1. Mit der Vorinstanz (Urk. 55 S. 40, Ziff. 2.2.2) und der Staatsanwaltschaft (Urk. 71 S. 6) ist dem Beschuldigten ein Handeln im Affekt, mithin in einer heftigen Gemütsbewegung zuzubilligen. Da der Privatkläger seine damalige Freundin, die Zeugin D._____, ebenfalls übel malträtiert hatte und ihn (den Privatkläger) das überwiegende Verschulden am Zustandekommen der Vorgeschichte des Vorfalls getroffen haben dürfte (vgl. vorstehend, Erw. II.2.6.), da der Privatkläger auch auf C._____ losging, nachdem der Beschuldigte und C._____ ihn aufgefordert hatten, von seiner damaligen Freundin abzulassen, ist dem Beschuldigten ein Handeln im Affekt zuzubilligen. Das Verschulden des Beschuldigten wird dadurch merklich gemindert.

2.2.2.2. Mit der Vorinstanz ist sodann verschuldensmindernd zu berücksichtigen, dass beim Beschuldigten im Zeitpunkt der Tat eine Verminderung der Schuldfähigkeit infolge seiner Alkoholisierung vorlag (Urk. 55 S. 40).

2.2.2.2.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt bei einer Blutalkoholkonzentration von über 2 Gewichtspromille eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in Betracht. Der Blutalkoholkonzentration kommt bei der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit allerdings keine vorrangige Bedeutung zu. Sie bie-

tet lediglich eine grobe Orientierungshilfe. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung lediglich davon aus, dass bei einer Blutalkoholkonzentration von unter 2 Gewichtspromille in der Regel keine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit gegeben ist und dass bei einer solchen von 3 Promille und darüber meist Schuldunfähigkeit vorliegt. Bei einer Blutalkoholkonzentration im Bereich zwischen 2 und 3 Promille besteht somit im Regelfall die Vermutung für eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit. Diese Vermutung kann jedoch im Einzelfall durch Gegenindizien umgestossen werden. Im medizinischen Schrifttum wird hervorgehoben, dass es keine feste Korrelation zwischen Blutalkoholkonzentration und darauf beruhender forensisch relevanter Psychopathologie gibt. Gewöhnung, Persönlichkeit und Tatsituation sind stets in die Beurteilung einzubeziehen (Urteil des Bundesgerichts 6B_725/2009 vom 26. November 2009 E. 2.2 mit Verweis auf BGE 122 IV 49 E. 1b, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 6S.17/2002 vom 7. Mai 2002 E. 1.c.aa). In BGE 122 IV 49 hat das Bundesgericht die Verneinung einer verminderten Schuldfähigkeit aufgrund vorliegender Gegenindizien sogar bei einer Blutalkoholkonzentration von 2.09 bis 2.32 Promille gestützt (E. 1c). Somit haben konkrete Feststellungen über Alkoholisierung oder Nüchternheit prinzipiell Vorrang gegenüber Blutalkoholwerten. Ausschlaggebend für die Beeinträchtigung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ist der psychopathologische Zustand (der Rausch), und nicht dessen Ursache, die Alkoholisierung, die sich in der Blutalkoholkonzentration widerspiegelt. Eine aufgehobene Steuerungsfähigkeit läge aus psychiatrischer Sicht sodann erst vor, wenn sich psychotische Störungen des Realitätsbezuges feststellen liessen. Dies wäre der Fall bei Störungen der Orientierung mit Situations- oder Personenverknennung sowie bei Zuständen, die von Halluzinationen oder Wahnvorstellungen determiniert wären, wie beispielsweise Fehlen der Ansprechbarkeit oder fehlende Reagibilität auf Aussenreize (Urteile des Bundesgerichts 6S.17/2002 vom 7. Mai 2002 E. 1.c.aa und 6S.79/2007 vom 30.5.2007 E. 3.3 = BGE 133 IV 145 ff., m.w.H.).

2.2.2.2.2. Das pharmakologisch-toxikologische Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich über den Beschuldigten vom 16. Februar 2015 hält fest, dass dieser zur Tatzeit eine (zurückgerechnete) Blutalkoholkonzentration von maximal 2.52 und minimal 1.75 Gewichtspromille aufwies

(Urk. 12/7+8). Zugunsten des Beschuldigten ist grundsätzlich vom höheren Wert auszugehen. Weiter hält das Gutachten fest, dass sich die akute Alkoholwirkung bei einer Blutalkoholkonzentration von mehr als 2 Promille u.a. regelmässig in deutlichen Gang- und Sprachstörungen und "später häufiger Amnesie" und bei einer Konzentration von 2.5 Promille u.a. in "schwerem Rausch", allgemeinem Persönlichkeitsabbau sowie Bewusstseinsbeeinträchtigung bemerkbar macht. Eine Blutalkoholkonzentration von über 3 Promille bewirke in der Regel schwere Störungen der Orientierung (zu Person, Zeit, Ort), Torkeln und Lallen, zunehmende Benommenheit bis hin zur Bewusstlosigkeit sowie Amnesie nach Abklingen des Rausches (Urk. 12/7 S. 3).

2.2.2.2.3. Es fällt auf, dass der Beschuldigte bereits im Zeitpunkt der ca. drei Stunden nach der Tat durchgeführten ärztlichen Untersuchung gemäss Einschätzung des untersuchenden IRM-Arztes trotz des Alkoholkonsums offenbar nur noch "leicht beeinträchtigt" wirkte (Urk. 12/5). Laut seiner eigenen Einschätzung war der Beschuldigte während des Vorfalls "ziemlich angetrunken". Er würde sagen, er sei "betrunken" gewesen. Er wisse, was er getrunken habe. Er habe noch "normal laufen und sprechen" können. Er habe noch gewusst, was er tue (Urk. 4/4 S. 8). Als weiterer Hinweis auf den Zustand des Beschuldigten sind die Angaben des Polizeibeamten G._____ in dessen Wahrnehmungsbericht vom 18. Januar 2015 vorhanden, welcher nach der Tat vor Ort mit dem Beschuldigten gesprochen hatte, als sie sich zu Fuss gemeinsam zum Tatort zurückbegeben hatten. Dabei gingen sie offenbar nebeneinander her und unterhielten sich, ohne dass der Polizeibeamte dabei besondere Auffälligkeiten beim Beschuldigten notiert hätte (Urk. 6/5 S. 1 f.). Andererseits wurde vom Zeugen E._____ beschrieben, dass der Beschuldigte (im Tatzeitpunkt) die Kontrolle verlor und "austickte".

2.2.2.3. Nach dem Dargelegten ist zu Gunsten des Beschuldigten, wie bereits von der Vorinstanz (Urk. 55 S. 40, Ziff. 2.2.2), eine leichte Verminderung der Schuldfähigkeit zu berücksichtigen. Eine stärkere Verminderung kommt nicht in Betracht, nachdem der Beschuldigte weder durch deutliche Gang- oder Sprachstörungen noch durch eine spätere Amnesie hinsichtlich des Tatgeschehens (vgl.

Urk. 12/5 S. 3) aufgefallen ist und sich überdies auch selber nachträglich schlicht als "betrunken" einschätze.

2.2.2.4. Aufgrund der leichten Verminderung der Schuldfähigkeit sowie des Handelns im Affekt wird die objektive Schwere der Tat durch die subjektive Tat-schwere merklich gemindert.

2.2.3. Es liegt daher insgesamt ein Verschulden im mittleren Bereich vor, die hypothetische Einsatzstrafe ist auf 3 ½ Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren.

2.3. Wie bereits dargelegt, erlitt der Privatkläger keine im Sinne von Art. 122 StGB schweren Verletzungen. Dem fakultativen Strafmilderungsgrund des Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB ist strafreduzierend Rechnung zu tragen. Das Ausmass der Strafreduktion hängt dabei von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und von der Schwere der tatsächlichen Folgen der Tat ab. Die Reduktion der Strafe hat umso geringer zu sein, je näher der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerwiegender die Folgen der tatsächlichen Tat waren (WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage 2013, N 23 ff. zu Art. 48a StGB).

2.3.1. Das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolges einer schweren Körperverletzung beruhte lediglich darauf, dass der Beschuldigte von seinem Kollegen C._____ und dem Zeugen E._____ daran gehindert wurde, weiter auf den Privatkläger, resp. dessen Kopf einzutreten. Der Beschuldigte hatte alles unternommen, was zur Erfüllung des Tatbestandes der schweren Körperverletzung erforderlich ist. Dass noch schwerwieendere Verletzungsfolgen am Kopf des Privatklägers, wie beispielsweise ein mögliches Hirnödem oder eine mögliche intrakranielle Blutung (vgl. Urk. 10/4 S. 5 f.; Urk. 10/6 S. 1), ausgeblieben sind, ist im Übrigen lediglich glücklichen Umständen zu verdanken.

2.3.2. Demzufolge ist die Strafe wegen Versuchs bloss leicht auf 3 Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren.

2.4. Bei der Würdigung der Täterkomponente kann die verschuldensangemessene Strafe aufgrund von Umständen, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu

tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Massgebend hierfür sind im Wesentlichen täterbezogene Komponenten wie die persönlichen Verhältnisse, Vorstrafen, Leumund, Strafempfindlichkeit und Nachtatverhalten, wie Geständnis, Einsicht, Reue etc. (HUG, a.a.O., N 14 ff. zu Art. 47 StGB).

2.4.1. Der Beschuldigte wurde am tt. Januar 1994 in Bülach geboren und ist dort bei seinen Eltern aufgewachsen. Er hat eine zehn Jahre ältere Schwester. Seine Eltern sind seit seinem vierten Lebensjahr geschieden. Er ist je hälftig bei seiner Mutter und seinem Vater aufgewachsen und pflegt zu beiden Elternteilen ein gutes Verhältnis. Im Alter von 4 Jahren zogen sie nach Zürich... um, wo der Beschuldigte den Kindergarten und die Primarschule besuchte. Er absolvierte die Sekundarstufe B und hernach das 10. Schuljahr an einer Privatschule. Eine Lehre als Gärtner hat er in der Probezeit abgebrochen und war hernach ca. drei Monate lang arbeitslos. Weitere Anstrengungen zur Suche einer Ausbildungsstelle traf er in der Folge nicht mehr. Seit einigen Jahren arbeitet er in einem 100 % Pensum als Hilfs-Polymechaniker bei der Firma I._____ AG in ..., wobei der Beschuldigte im Stundenlohn zu Fr. 25.– ca. Fr. 3'600.– netto, inklusive 13. Monatslohn, pro Monat verdient. Er ist ledig, hat keine Kinder und wohnt nach wie vor mit seiner Mutter zusammen, welcher er pro Monat Fr. 300.– für das Wohnen beisteuere und sich zusätzlich am Essen beteilige. Über Vermögen verfügt er nicht. Bei seiner Mutter hat er Schulden in der Höhe von ca. Fr. 2'500.–. Die Krankenkassenprämie betrage Fr. 250.– pro Monat. Er hat keine Unterhaltspflichten. Beim SV ... spielt der Beschuldigte zusammen mit seinem Kollegen C._____ Fussball in der 3. Liga. Weiter gab der Beschuldigte im Vorverfahren und vor Vorinstanz an, im Februar 2016 eine Ausbildung zum technischen Kaufmann beginnen zu wollen (Urk. 4/1 S. 2 ff.; Urk. 4/9 S. 3 f.; Urk. 21/3; Urk. 42 S. 1 ff.).

2.4.2. Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, dass er die Ausbildung zum Technischen Kaufmann nicht begonnen habe. Er wolle zunächst das EFZ nachholen und anschliessend allenfalls den Technischen Kaufmann machen. Er werde demnächst bei der Firma I._____ festangestellt. Weiter gab er an, dass er in der Zwischenzeit von zu Hause ausgezogen sei. Die Wohnkosten würden Fr. 740.– betragen (Prot. II S. 9 f.). Aus seinen persönlichen Ver-

hältnissen gehen keine Umstände hervor, aus denen sich zusätzliche, strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen.

2.4.3. Im Anschluss an sein früheres Strafverfahren wegen einer tätlichen Auseinandersetzung vom 28. Januar 2012 (nachfolgend, Erw. IV.2.4.4.) wurde der Beschuldigte im Rahmen einer Weisung dazu verpflichtet, einen Gewaltpräventionskurs zu besuchen (Urk. 4/1 S. 5). Dabei absolvierte er das Lernprogramm des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich, Bewährungs- und Vollzugsdienste, gemäss Abschlussbericht vom 22. Juni 2014 vollständig. Im gesamten Prozess sei auch das Alkoholkonsumverhalten als risikofördernder Faktor ein permanentes Thema gewesen. Aufgrund des damals aktuellen Kenntnisstandes wurde das Rückfallrisiko beim Beschuldigten als klar gesenkt eingeschätzt (Urk. 21/7).

2.4.4. Der Beschuldigte ist im Schweizerischen Strafregister mithin mit einer Vorstrafe verzeichnet (Urk. 66). Er wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. September 2012 wegen Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB mit einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.–, bei einer Probezeit von 2 Jahren, und mit Fr. 300.– Busse bestraft. Er befand sich bereits damals für 2 Tage in Polizeiverhaft (Urk. 21/6). Diese – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 55 S. 42, Ziff. 2.3.2.2) – einschlägige Vorstrafe sowie der Umstand, dass der Beschuldigte bloss vier Monate nach Ablauf der vorerwähnten Probezeit erneut wegen eines Deliktes gegen die körperliche Integrität, verbunden mit Alkoholmissbrauch, straffällig wurde, obwohl er nur wenige Monate zuvor das erwähnte Lernprogramm beendet hatte, ist merklich, mit 4 Monaten Freiheitsstrafe, straf erhöhend zu berücksichtigen.

2.4.5. Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Ein Verzicht auf Strafminderung ist zulässig, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht er-

leichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2011 6B_558/2011 E. 2.3). Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise. Ferner gehört kooperatives Verhalten im Vorverfahren dazu, wozu auch gehört, dass beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N 169 ff. zu Art. 47 StGB; vgl. auch TRECHSEL ET AL., a.a.O., N 22 und N 24 zu Art. 47 StGB).

2.4.5.1. Der Beschuldigte hatte sich zusammen mit seinem Kollegen C._____ unmittelbar nach der Tat zwar vom Tatort entfernt, sich wenig später aber der Polizei gestellt. Zudem hat er zwar grundsätzlich eingeräumt, gegen den Privatkläger getreten zu haben, bestreitet indessen alle wesentlichen Belastungsmomente und machte stets einen noch andauernden Angriff des Privatklägers und, gestützt darauf, eine Notwehrsituation geltend, weshalb sein Teilgeständnis das Verfahren nicht erleichtert hat. Es liegt daher bloss ein beschränktes Teilgeständnis vor. Das Beharren auf Notwehr zeugt auch nicht von wirklicher Einsicht.

2.4.5.2. Insgesamt rechtfertigt das Nachtatverhalten des Beschuldigten daher eine Strafreduktion in der Grössenordnung von 4 Monaten.

2.5. Die strafferhöhenden und strafmindernden Faktoren der Täterkomponente halten sich daher gerade in etwa die Waage, weshalb der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren zu bestrafen ist.

3. Einer Anrechnung der vom Beschuldigten erstandenen Untersuchungshaft von 18 Tagen steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

V. Vollzug

1. Für Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren und höchstens drei Jahren sieht das Gesetz die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs vor (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Gesetzgeber geht davon aus, bei Freiheitsstrafen in dieser Höhe wiege das Verschulden (siehe Art. 43 Abs. 1 StGB) so schwer, dass trotz günstiger bzw. nicht ungünstiger Prognose ein Teil der Strafe zum Ausgleich des Verschuldens vollzogen werden muss (Urteil des Bundesgerichts vom 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008 E. 3.1.3; BGE 134 IV 241). Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB), und sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe müssen mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 Satz 1 StGB). Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat sind, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingt vollziehbare Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 97 E. 6.3.4.3; BGE 134 IV 1 E. 5.6).

2. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges, wobei 15 Monate als vollziehbar und 21 Monate, unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit, als bedingt vollziehbar zu erklären seien. Dabei würde die Vorstrafe als eher prognosebelastend ins Gewicht fallen. Demgegenüber seien die konkreten Umstände, mithin das Handeln des Beschuldigten im Affekt, zu berücksichtigen. Insgesamt fehle es an einer ungünstigen Prognose (Urk. 71 S. 1, 8; Prot. II S. 22). Die Verteidigung verwies diesbezüglich auf die Begründung im vorinstanzlichen Urteil und beantragte in ihrem Eventualantrag den bedingten Strafvollzug und eine Probezeit von zwei Jahren (Urk. 72 S. 12 f.).

3. Der Beschuldige ist sozial und beruflich integriert, was gegen Bedenken an seiner Legalbewährung spricht. Negativ wirkt sich jedoch aus, dass er bloss vier Monate nach Ablauf der Probezeit seiner Vorstrafe erneut wegen eines Deliktes gegen die körperliche Integrität, verbunden mit übermässigem Alkoholkonsum, straffällig wurde, obwohl er nur wenige Monate zuvor das erwähnte Lernprogramm zur Gewaltprävention beendet hatte (vorstehend, Erw. IV.2.4.4.). Sein Verschulden bei der vorliegend beurteilten Tat wurde als insgesamt im mittleren Bereich liegend eingestuft (vgl. vorstehend, Erw. IV.2.2.3.). Unter diesem Aspekt erscheint es angemessen zum Schuldausgleich von der ausgefallten Freiheitsstrafe von 3 Jahren 12 Monate zu vollziehen. Die restlichen 24 Monate sind aufzuschieben. Den bei der Legalprognose verbleibenden Restbedenken ist mit einer Probezeit von 3 Jahren Rechnung zu tragen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

VI. Zivilansprüche

1. Die Vorinstanz hat über die Zivilansprüche nicht entschieden, sondern den Privatkläger mit seinem Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren gestützt auf Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen, mit der Begründung (Urk. 55 S. 45), es lasse sich nicht erstellen, welche Verletzungen auf jene Tritte des Beschuldigten zurückzuführen seien, welche noch in Notwehr erfolgt seien, und welche nicht, sowie welche Verletzungen vom Faustschlag von C._____ und vom Sturz auf den Hinterkopf stammten, weshalb sich die Beurteilung im Sinne von Art. 126 Abs. 3 StPO unverhältnismässig aufwendig gestalten würde. Dabei hat es die Vorinstanz unterlassen, wenigstens dem Grundsatz nach darüber zu entscheiden (Art. 126 Abs. 3 StPO).

2. Der Privatkläger liess mit seiner Berufung die Zusprechung von Schadenersatz und einer Genugtuung beantragen (Urk. 57). Bereits vor Vorinstanz beantragte er, den Beschuldigten dem Grundsatz nach zu verpflichten, ihm Schadenersatz im Zusammenhang mit der Tat vom 18. Januar 2015 zu leisten und für bereits entstandenen Schaden (Kleider- und Handykosten) Fr. 750.– zu bezahlen. Ausserdem sei ihm Fr. 50'000.–, zzgl. 5 % Zins seit dem 18. Januar 2015, als Genugtuung zu entrichten (Urk. 44 S. 2). Der Privatkläger hielt anlässlich der Be-

rufungsverhandlung an seinen Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen fest (Prot. II S. 7, 22 ff.). Der Beschuldigte verlangte vor Vorinstanz wie auch anlässlich der Berufungsverhandlung die Abweisung dieser Anträge (Urk. 45 S. 1; Urk. 72 S. 13 f.; Prot. II S. 26).

3. Mit der Zivilklage im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StPO kann die geschädigte Person im Strafverfahren gegen die beschuldigte Person zivilrechtliche Ansprüche, die sich aus der Straftat herleiten, adhäsionsweise geltend machen. Die Zivilklage dient damit vor allem den Interessen der geschädigten Person, welche sich mit verhältnismässig geringem Aufwand am Strafverfahren beteiligen kann und keinen ordentlichen Zivilprozess anstrengen muss. Klageberechtigt ist ausschliesslich die Privatklägerschaft, welche im Sinne von Art. 118 Abs. 1 StPO gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ausdrücklich erklärt hat, sich am Strafverfahren als Zivilkläger beteiligen zu wollen. Wie im Zivilprozess gilt auch im Adhäsionsprozess die Dispositionsmaxime und es bleibt der Privatklägerschaft überlassen, ob und in welchem Umfang sie einen Anspruch geltend machen will. Die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast bleibt zwar bei der geschädigten Person, ist aber dadurch gemindert, dass sie von den Ergebnissen der Strafuntersuchung profitieren und darauf verweisen kann (DOLGE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, N 5 ff. zu Art. 122 StPO).

3.1. Das Strafgericht entscheidet über eine anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht (Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO). Die Zivilklage wird auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen, wenn die Privatklägerschaft ihre Klage nicht hinreichend begründet oder beziffert hat (Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO). Wäre die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig, so kann das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Weg des Zivilprozesses verweisen. Ansprüche von geringer Höhe beurteilt das Gericht nach Möglichkeit selbst (Art. 126 Abs. 3 StPO).

3.2. Gemäss Art. 47 OR kann der Richter bei Körperverletzung unter Würdigung der besonderen Umstände der verletzten Person eine angemessene Geld-

summe als Genugtuung zusprechen. Die Genugtuung bezweckt den Ausgleich für erlittene seelische Unbill. Ihre Bemessung richtet sich im Wesentlichen nach der Art und Schwere der Verletzung, der Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen, dem Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen, einem allfälligen Selbstverschulden des Geschädigten, sowie der Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrages (BREHM, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abt., Art. 41-61 OR, 3. Auflage 2006, N 9 zu Art. 47 OR; Urteil des Bundesgerichts 6B_768/2014 vom 24. März 2015 E. 3.3, nicht publ. in: BGE 141 IV 97).

3.2.1. Gemäss erstelltem Anklagesachverhalt lag keine Notwehrsituation vor. Die heftigen Fusstritte des Beschuldigten gegen den Kopf und das Gesicht des Privatklägers waren widerrechtlich und erfolgten absichtlich. Mit diesen brutalen Fusstritten verursachte er beim wehrlosen Privatkläger keine Lebensgefahr. Der Privatkläger erlitt aber ein schweres Schädelhirntrauma mit multiplen Brüchen des Mittelgesichts (Frakturen beider mittleren Augenhöhlenwände, der Siebbeinzelle und der Stirnhöhle) und eine Einblutung hinter dem Augapfel, ferner multiple oberflächliche Hautabschürfungen, Hautein- und unterblutungen, zwei Quetsch-Risswunden an der Stirn sowie eine Quetsch-Risswunde am Kinn zu (vgl. vorstehend, Erw. II.2.14. und II.2.2.), sodass dieser sich für 5 Tage in stationäre Spitalpflege, mit anschliessender ambulanter Behandlung durch den Hausarzt, hatte begeben müssen und vom 18. Januar 2015 bis zum 29. Januar 2015 zu 100 % arbeitsunfähig war.

3.2.2. Der Beschuldigte hat die im Sinne von Art. 123 StGB einfachen Kopfverletzungen des Privatklägers, mit Ausnahme derjenigen am Hinterkopf, welche vom Sturz stammten, zumindest mitzuverantworten. Die Hautabschürfungen am Hinterkopf sind laut IRM-Gutachten dagegen am ehesten auf einen Sturz auf den Hinterkopf zurückzuführen (Urk. 10/4 S. 5) und daher nicht vom Beschuldigten zu verantworten (vorstehend, Erw. II.2.13. a.E.). Die übrigen Gesichts- und Kopfverletzungen hat somit der Beschuldigte zumindest mitverursacht. Dem Umstand, dass der singuläre Faustschlag von C._____ teilweise Mitursache der Gesichtsverletzungen des Beschuldigten bilden konnte und der genaue Verursacher jeder

einzelnen Verletzung im Nachhinein nicht mehr detailliert rechtsgenügend zu eruieren ist, ist mit einer angemessenen Reduktion der Genugtuungshöhe zu begegnen.

3.2.3. Anders als bei der Strafzumessung hat das beträchtliche Mitverschulden des Privatklägers am Zustandekommen der Vorgeschichte der Tat mit seinem bedrohlichen Messereinsatz eine erhebliche Reduktion der Genugtuungssumme zur Folge.

3.3. Insgesamt erweist sich eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 6'000.– als angemessen. Im Mehrbetrag ist das Genugtuungsbegehren des Privatklägers abzuweisen.

4. Aufgrund des Schuldspruches haftet der Beschuldigte grundsätzlich gegenüber dem Privatkläger aus dem beurteilten Ereignis (Art. 41 Abs. 1 OR). Der Privatkläger hat den von ihm geltend gemachten Schadenersatz in der Höhe von Fr. 750.– indessen nicht belegt (vgl. Urk. 44A/3). Überdies ist nicht ersichtlich und wurde nicht substantiiert, inwiefern sein Handy durch die Fusstritte des Beschuldigten Schaden genommen haben soll. Der Privatkläger ist mit seinem geltend gemachte Schadenersatz daher auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses zu verweisen. Zur genauen Feststellung des allfälligen weiteren Schadenersatzanspruches ist der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen (Art. 163 Abs. 3 StPO).

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 7) zu bestätigen. Die Kosten der gerichtlichen Verfahren beider Instanzen, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO). Das Rückforderungsrecht ist vorzubehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

2. Da der Privatkläger mit seinen Anträgen auch im Berufungsverfahren teilweise unterliegt, ist der Beschuldigte zu verpflichten, diesem für das gesamte Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 24. September 2015 bezüglich der Dispositivziffer 6 (Herausgabe) in Rechtskraft erwachsen ist.
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 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 Jahren Freiheitsstrafe, wovon 18 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Der Privatkläger wird mit seinem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 6'000.– zuzüglich 5 % Zins seit 18. Januar 2015 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.
6. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 7) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 4'200.00 amtliche Verteidigung

8. Die Kosten der gerichtlichen Verfahren beider Instanzen, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
9. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger für das gesamte Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
10. 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 Privatklägerschaft (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
 - die Privatklägerschaftund 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 nebst dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials".
11. Rechtsmittel:

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 22. April 2016

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

MLaw Hässig

Zur Beachtung:

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

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

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

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