

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180106-O/U/ad

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, lic. iur. Ruggli, Oberrichterin lic. iur. Kaiser Job sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Baechler

Urteil vom 29. Januar 2019

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. Oertle,
Anklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

gegen

A. _____,

Beschuldigter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. Dezember 2017 (DG170023)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 7. August 2017 (Urk. D1/20) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 59 S. 19 ff.)

1. Der Beschuldigte wird freigesprochen.
2. Die erstandene Untersuchungshaft wird im Umfang von 46 Tagen an die verbleibende Reststrafe gemäss Vollzugsauftrag des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 24. Februar 2017 angerechnet. Für die restlichen 256 Tage erstandene Untersuchungshaft wird dem Beschuldigten aus der Staatskasse eine Genugtuung von Fr. 12'000.– zugesprochen.
3. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse wie folgt entschädigt:

Honorar:	Fr.	12'100.00
Spesen:	Fr.	615.65
MwSt 8 %:	Fr.	1'017.25
Total	Fr.	13'732.90

4. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen.
5. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten (Gebühr für das Vorverfahren, Auslagen, Kosten für das Beschwerdeverfahren betreffend Anordnung von Sicherheitshaft (GH170041-E)) werden auf die Staatskasse genommen.

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 6 f.)

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(Urk. 76 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 3½ Jahren unter Anrechnung der erstandenen Haft zu bestrafen.
3. Die Freiheitsstrafe sei zu vollziehen.
4. Es sei eine obligatorische Landesverweisung von 10 Jahren Dauer auszusprechen.
5. Es seien dem Beschuldigten die Kosten des gesamten Verfahrens einschliesslich des Beschwerdeverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens der ersten Instanz wie auch des Berufungsverfahrens, abgesehen von den Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen und es sei vom Entrichten einer Genugtuung abzusehen.

b) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 77 S. 2, sinngemäss)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich sei abzuweisen und Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil sei zu bestätigen (Freispruch);
2. Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil sei aufzuheben und dem Berufungsbeklagten sei eine Genugtuung von CHF 51'200.– (zzgl. 5% Zins seit 2. April 2017) zuzusprechen, allerdings seien davon die noch zu vollziehenden Freiheitsstrafen in der Höhe von insgesamt ungefähr 240 Tagen in Abzug zu bringen;

3. Im Übrigen sei das Urteil zu bestätigen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten des Staates.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Am 15. Februar 2017, ca. 17.20 Uhr, musste die Sanität ins Vollzugszentrum B._____ ausrücken und den verletzten Insassen C._____ ins Spital bringen. Dieser wies u.a. einen Schädelbruch im Bereich der rechten Schläfe sowie Blutungen im Schädelinnern auf. In der Folge führte die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich gegen die Mitinsassen A._____ und D._____ eine Strafuntersuchung wegen versuchter schwerer Körperverletzung. Der Geschädigte erklärte anlässlich seiner Einvernahme als Auskunftsperson vom 4. Mai 2017 das Desinteresse an einer Strafverfolgung und den Rückzug der erst in diesem Zeitpunkt gestellten Strafanträge gegen A._____ und D._____ (Urk. D1/4/1 S. 13). Am 7. August 2017 klagte die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich am Bezirksgericht Hinwil die Beschuldigten A._____ und D._____ je separat der versuchten schweren Körperverletzung an (Urk. D1/20 und D1/21).
2. Das Bezirksgericht Hinwil legte zwei Verfahren an, verhandelte aber über die beiden Anklagen zusammen (Prot. I S. 6 ff.; Urk. 31). Mit Urteil vom 14. Dezember 2017 sprach es den Beschuldigten A._____ frei, rechnete ihm die erstandene Haft im Umfang von 46 Tagen an die verbleibende Reststrafe gemäss Vollzugsauftrag des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 24. Februar 2017 an und sprach ihm für die restlichen 256 Tage erstandene Haft eine Genugtuung von Fr. 12'000.– aus der Staatskasse zu. Es entschädigte den amtlichen Verteidi-

ger und nahm sämtliche Kosten auf die Staatskasse (Urk. 59 S. 19 ff.). Vom hier interessierenden Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung sprach es den Beschuldigten D._____ ebenfalls frei (Urk. 78).

3. Gegen beide Urteile meldete die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich mit Eingabe vom 19. Dezember 2017 rechtzeitig Berufung an (Urk. 47). Während sie das Rechtsmittel betreffend den Beschuldigten D._____ zurückzog (OGer Zürich, II. Strafkammer, SB180107, Beschluss vom 18. März 2018; Urk. 79), hielt sie an ihrer Berufung gegen das den Beschuldigten A._____ freisprechende Urteil fest und reichte am 8. Februar 2018 hierorts fristgemäss die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 60).

4. Mit Präsidialverfügung vom 9. März 2018 wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 64). Der Beschuldigte erklärte mit Eingabe vom 19. März 2018 Anschlussberufung (Urk. 66), von welcher der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich Kenntnis gegeben wurde (Urk. 67).

5. Am 8. Mai 2018 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 25. September 2018 vorgeladen (Urk. 69). Zur Berufungsverhandlung erschienen lediglich der Leitende Staatsanwalt sowie der amtliche Verteidiger. Der Beschuldigte selbst erschien unentschuldigt nicht (Prot. II S. 4 ff.; gemäss Geschäftsverwaltung / Empfangsscheine / Poststatus "Annahme verweigert"). Da die Staatsanwaltschaft die Berufung im Schuld- und Strafpunkt erklärt hat und der Beschuldigte der Berufungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist, findet ein Abwesenheitsverfahren statt (Art. 407 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 366 f. StPO). In der Folge wurde auf den 29. Januar 2019 vorgeladen (Urk. 72). Die für ihn bestimmte Vorladung holte der Beschuldigte innert der 7-tägigen Abholfrist nicht ab (s. Geschäftsverwaltung / Empfangsscheine / Poststatus "nicht abgeholt"). Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen erneut lediglich der Leitende Staatsanwalt sowie der amtliche Verteidiger und stellten die eingangs aufgeführten Anträge (Prot. II S. 6 f.).

II. Prozessuales

1.

1.1 Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich beantragt im Berufungsverfahren einen Schuldspruch, die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren, unter Anrechnung der erstandenen Haft, die Aussprechung einer obligatorischen Landesverweisung sowie die Auflage sämtlicher Kosten an den Beschuldigten (Urk. 76 S. 1).

Der Beschuldigte verlangt die Bestätigung des erstinstanzlichen Freispruchs und im Rahmen seiner Anschlussberufung für die zu Unrecht erlittene Haft die Ausrichtung einer Genugtuung von Fr. 200.– pro Tag, entsprechend Fr. 51'200.–, zuzüglich Zins, wovon allerdings gemäss Verteidigung die zwischenzeitlich ausgesprochenen Freiheitsstrafen in der Höhe von insgesamt ca. 240 Tagen in Abzug zu bringen seien (Urk. 76 S. 2; Prot. II S. 10).

1.2 Der vorinstanzliche Entscheid ist damit in vollem Umfang angefochten, mit Ausnahme der festgesetzten Entschädigung der amtlichen Verteidigung, was praxisgemäss nicht separat rechtskräftig zu erklären ist. Mithin liegt keine Teilrechtskraft des vorinstanzlichen Urteils vor.

2. Die amtliche Verteidigung moniert eine Ungleichbehandlung, weil die Staatsanwaltschaft die Berufung gegen D. _____ zurückgezogen habe, während sie am Rechtsmittel gegen den Beschuldigten A. _____ festhalte.

Es liegt im Ermessen und der Einschätzung der Strafverfolgungsbehörden, ob sie ein freisprechendes Urteil akzeptieren oder einer Rechtsmittelinstanz zur Überprüfung unterbreiten. Dies muss grundsätzlich auch bei Mittätern gelten, jedenfalls dann, wenn sich – wie hier – die konkreten Tatvorwürfe voneinander unterscheiden. Abgesehen davon leitet die amtliche Verteidigung aus ihrem Vorwurf nichts ab, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

3.

3.1 Die Verteidigung moniert, dass die Aussagen von E. _____ entsprechend den Erwägungen der Vorinstanz weitgehend untauglich oder gänzlich unverwertbar seien, da die Teilnahmerechte des Beschuldigten im Sinne von Art. 147 StPO verletzt worden seien. Insbesondere habe E. _____ in der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme den gesamten Sachverhalt nicht mehr von sich aus wiedergeben können, sondern Erinnerungslücken geltend gemacht, und nur zögerlich bestätigt, was ihm aus einer früheren Einvernahme vorgehalten worden sei (Urk. 77 S. 4 ff.).

3.2 Entgegen der Auffassung der Verteidigung sind die Aussagen von E. _____ anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 16. Februar 2017 (Urk. D1/5/1) nicht aufgrund einer Verletzung der Teilnahmerechte im Sinne von Art. 147 Abs. 4 StPO unverwertbar. Die polizeiliche Einvernahme von E. _____ erfolgte vor der Verhaftung und der ersten polizeilichen Befragung des Beschuldigten (Urk. D1/5/1, polizeiliche Einvernahme E. _____: 16. Februar 2017, 10.14 Uhr; Urk. D1/3/1, polizeiliche Einvernahme Beschuldiger: 16. Februar 2017, 14.02 Uhr; Urk. D1/12/1, Verhaftsrapport: 16. Februar 2017; 18.25 Uhr), mithin zu einem Zeitpunkt als noch kein Tatverdacht gegen den Beschuldigten vorlag. Im Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme von E. _____ war somit noch kein Verfahren gegen den Beschuldigten eröffnet, weshalb auch keine Teilnahmerechte im Sinne von Art. 147 StPO gewahrt werden konnten, worauf auch die Staatsanwaltschaft zutreffend hinweist (Urk. 76 S. 5). Soweit die Verteidigung diesbezüglich auf den Bundesgerichtsentscheid 6B_129/2017 vom 16. November 2017 (Urk. 77 S. 6), publiziert in BGE 143 IV 457 verweist, liegt diesem eine andere Ausgangslage zugrunde, weshalb die Verteidigung daraus auch nichts zugunsten des Beschuldigten ableiten kann.

3.3 Dennoch sind die polizeilichen Aussagen von E. _____ nur soweit verwertbar, als sie von ihm anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme vom 4. Mai 2017 inhaltlich bestätigt wurden resp. er überhaupt eigenständig Ausführungen machte. Dies gilt insbesondere für seine Aussagen betreffend die erfolgten Kopfstösse durch den Beschuldigten und dass es sich dabei um zwei

starke Schläge mit dem Kopf auf die Nase gehandelt habe, was er anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme unter Teilnahme des Beschuldigten sowie dessen amtlicher Verteidigung (Urk. D1/5/5 S. 1) erneut von sich aus mehrfach zu Protokoll gab (Urk. D1/5/5, insbesondere S. 4 f., Antw. auf Fragen 14-17 betr. zwei Schläge mit dem Kopf und S. 11, Antw. auf Fragen 78 und 79 betr. Stärke der Kopfstösse). Soweit es lediglich zu inhaltsleeren Verweisungen kam resp. E. _____ selbst nach genauem Vorhalt seiner polizeilichen Aussagen diese nur einsilbig bestätigte, was insbesondere betreffend die Frage, ob D. _____ den Geschädigten festgehalten habe, als diesem vom Beschuldigten zwei starke Kopfstösse verpasst worden seien, der Fall war (Urk. D1/5/5, so Antw. auf Fragen 54, 57 und 61), sind diese Aussagen nicht verwertbar. Allerdings stellt sich bezüglich der Aussagen von E. _____ nicht nur die Frage der Verwertbarkeit, sondern auch der Glaubhaftigkeit, weshalb – soweit erforderlich – im Rahmen des nachfolgend zu behandelnden Schuldpunkts näher darauf einzugehen ist (Erw. III.4.1 ff.).

III. Schuldpunkt

1. In der Anklage wird dem Beschuldigten zusammengefasst vorgeworfen, am 15. Februar 2017 im Vollzugszentrum B. _____ dem Geschädigten C. _____, während dieser von D. _____ festgehalten worden sei, mit seinem Kopf zwei Mal einen sogenannten Schwedenkuss gegeben zu haben. Nachdem D. _____ den Geschädigten losgelassen habe, sei dieser zu Boden gestürzt. Durch das Verhalten der Beschuldigten A. _____ und D. _____ habe der Geschädigte eine Fraktur des Schädelknochens und eine Einblutung der Kopfschwarte erlitten, was der Beschuldigte A. _____ zumindest in Kauf genommen habe. Der Beschuldigte habe weiter gewusst, dass durch Schläge gegen den Kopf mit hoher Krafteinwirkung, wie dies der Fall gewesen sei, schwerwiegendere, bleibende und/oder lebensgefährliche Verletzungen hätten entstehen können, was er auch zumindest in Kauf genommen habe.

2.

2.1 Unbestritten ist, dass die Verletzungen des Geschädigten C._____ nicht den Grad einer schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB erreichten. Der Geschädigte war zwar während mehrerer Tage hospitalisiert und musste zu Beginn auch auf der Intermediate Care Unit des Universitätsspitals Zürich überwacht werden. Am 17. Februar 2017 konnte er aber "bei weiterhin stabilem Zustand" auf die Normalstation verlegt und am 21. Februar 2017 in gutem Allgemeinzustand entlassen werden (Urk. D1/6/8 S. 2). Die Verletzungen heilten zudem offenbar rasch und folgenlos aus (Urk. D1/4/1 S. 13; s. auch schon Urk. D1/6/8 S. 6). Eine konkrete Lebensgefahr bestand gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin vom 28. März 2017 ebenfalls nicht (Urk. D1/6/8 S. 5). In Anbetracht der Desinteresseerklärung des Geschädigten samt Rückzug des Strafantrages fragt sich daher nur, ob sich der Beschuldigte der versuchten schweren Körperverletzung schuldig gemacht hat, wie die Staatsanwaltschaft geltend macht, und was vom Beschuldigten dezidiert in Abrede gestellt wird. Er bestreitet, dass er den Geschädigten schwer verletzen wollte und anerkennt lediglich, dem Geschädigten einen (einzigen) Kopfstoss versetzt zu haben, wobei er sich auf Notwehr beruft. Auch bestreitet er, dass der Geschädigte während des Kopfstosses von D._____ festgehalten wurde. Für die detaillierten Parteistandpunkte kann im Übrigen auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 59 S. 3-8; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.2 Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten in erster Linie deshalb frei, weil sie zum Schluss gelangte, dem Beschuldigten könne der für einen Schuldspruch erforderliche Vorsatz nicht nachgewiesen werden (Urk. 59 S. 10-13). Ergänzend hielt sie fest, die Verletzungen des Geschädigten könnten nicht zwingend auf das dem Beschuldigten vorgeworfene Verhalten zurückgeführt werden, und es sei denkbar, dass sie dem Geschädigten von einem Dritten zugefügt worden seien (Urk. 59 S. 16). In diesem Zusammenhang hielt sie auch dafür, dass die Aussagen des Hauptbelastungszeugen E._____ in wesentlichen Teilen unverwertbar und ausserdem von zweifelhafter Qualität seien, wobei sie für die Frage der Unverwertbarkeit auf ihre Ausführungen im Urteil i.S. D._____ verwies (Urk. 59 S.

14). Zum Einwand des Beschuldigten, er habe aus Notwehr gehandelt, führte sie unter Hinweis auf Aussagen von E._____ und des Geschädigten aus, es könne tatsächlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Tat aus heiterem Himmel gekommen sei (Urk. 59 S. 17).

3. Mit ihrer Berufung beanstandet die Staatsanwaltschaft zur Hauptsache den Schluss der Vorinstanz, wonach dem Beschuldigten kein Eventualvorsatz für eine versuchte schwere Körperverletzung nachgewiesen werden könne. Ihrer Ansicht ist dieser Schluss auch unter Einbezug der im angefochtenen Entscheid wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (6B_161/2016, Urteil vom 12. Oktober 2016) nicht haltbar. Im vorliegenden Fall beständen besondere Verhältnisse, welche von jenen im erwähnten Entscheid erheblich abweichen würden und damit nicht vergleichbar seien (Urk. 60 S. 2).

4. Die Vorinstanz hat sich sowohl mit den Grundlagen der Sachverhaltserstellung als auch mit den vorliegend anwendbaren Beweisgrundsätzen korrekt auseinandergesetzt. Dem ist nichts hinzuzufügen, weshalb vorab auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 59 S. 8 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.1 Bei ihrer Sachverhaltsdarstellung, soweit diese über die Zugaben des Beschuldigten hinausgeht, stützt sich die Anklagebehörde im Wesentlichen auf die Aussagen des Mitinsassen E._____. Dieser wurde am 16. Februar 2017 als polizeiliche Auskunftsperson (Urk. D1/5/1) und am 4. Mai 2017 von der Staatsanwaltschaft IV als Zeuge in Anwesenheit der Beschuldigten A._____ und D._____ sowie ihrer Verteidiger einvernommen (Urk. D1/5/5). Während er gegenüber der Polizei ausführlich von seinen Beobachtungen zum inkriminierten Vorfall berichtete, welche Eingang in die Formulierung der Anklage fanden, wollte er vor der Untersuchungsbehörde keine näheren Angaben mehr machen. Zwar verweigerte er nicht formell seine Aussage, machte aber in weiten Teilen Erinnerungslücken geltend und zeigte sich allgemein verstockt und unwillig, gegen die anwesenden Beschuldigten auszusagen (Urk. D1/5/5 S. 2, 5, 11). Er bestätigte, dass er Angst vor dem Beschuldigten A._____ und D._____ habe und in deren Beisein nicht aussagen wolle, verneinte aber trotzdem, dass seine Erinnerungslücken mit Angst zu tun hätten. Vielmehr verwies er insoweit auf alkoholbedingte Amnesie und Ne-

benwirkungen der Medikamente, welche er gegen den Alkoholismus eingenommen habe (Urk. D1/5/5 S. 3), wobei er auch zur staatsanwaltschaftlichen Einvernahme in alkoholisiertem Zustand erschien (Urk. D1/5/5 S. 12 [eigenen Angaben zufolge Konsum von 4 Dosen Bier à 0.5 l]). Weiter ergab sich bei der Zeugenbefragung, dass er seit mehreren Jahren täglich die Psychopharmaka Seroquel, Coversum und Citalopram einnimmt (Urk. D1/5/5 S. 10, 11, 14 sowie Anhang). Er erklärte jedoch mehrfach, dass seine bei der Polizei gemachten Aussagen der Wahrheit entsprechen würden (Urk. D1/5/5 S. 3), und er bestätigte auf Vorhalt der Staatsanwältin insbesondere seine polizeiliche Aussage, wonach es der Beschuldigte A._____ war, der dem Geschädigten zweimal mit dem Kopf einen Schlag versetzt habe (Urk. D1/5/5 S. 4) und dass der Geschädigte währenddessen an den Oberarmen von D._____ festgehalten wurde (Urk. D1/5/5 S. 8).

4.1.1 Zu Recht ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Aussagen von E._____ zum Nachteil des Beschuldigten in gewissen Teilen unverwertbar sind (vgl. vorstehend, Erw. II.3.3). Dies trifft vor allem auf die Äusserung zu, wonach D._____ den Geschädigten an dessen Oberarmen während der Kopfstösse festgehalten habe. Dabei dürfte E._____ zwar durchaus den Geschädigten gemeint haben, als er in der polizeilichen Einvernahme davon berichtete, dass "D._____" "F._____" von hinten fest an dessen Oberarmen gepackt habe, so dass sich "C._____" nicht mehr habe bewegen oder wehren können (Urk. D1/5/1 S. 1) und dass "C._____" auf den Boden gestürzt sei und im Gesicht geblutet habe, nachdem "D._____" "F._____" losgelassen habe (Urk. D1/5/1 S. 2; Hervorhebung nicht im Original). Diese auf den ersten Blick wenig nachvollziehbaren und von der Vorinstanz im Parallellfall D._____ als "nonsense" abqualifizierten Aussagen ergeben jedenfalls Sinn, wenn davon ausgegangen wird, dass im Protokoll versehentlich "F._____" statt "C._____" steht. Für einen Protokollierungsfehler würde im Übrigen auch der Umstand sprechen, dass sich der einvernehmende Polizist erstaunlicherweise nicht veranlasst sah, nachzufragen, wer denn der (zuvor von E._____ gar nicht erwähnte) "F._____" sei, und weshalb "C._____" sich nicht bewegen konnte, wenn es doch "F._____" war, der von "D._____" gepackt und festgehalten wurde. Dies ändert jedoch letztlich nichts daran, dass E._____ seine Beobachtungen hinsichtlich des Festhaltens ausschliesslich bei der Polizei in Ab-

wesenheit des Beschuldigten A._____ und von D._____ schilderte. Bei der Staatsanwaltschaft erzählte er nichts davon, sondern bestätigte erst nach längerem Befragen und auf expliziten Vorhalt durch die Staatsanwältin seine diesbezüglichen polizeilichen Aussagen (Urk. D1/5/5 S. 8). Auffallend dabei ist, dass E._____ noch kurz zuvor in der gleichen Befragung nicht mehr gewusst hatte, wo sich D._____ während der Kopfstösse befand (Urk. D1/5/5 S. 8, Antw. auf Frage 51). Selbst zwei anschliessende Anstossfragen der Staatsanwältin vermochten seine Erinnerung nicht aufzufrischen (Urk. D1/5/5 S. 8, Fragen 52 und 53).

4.1.2 Bei der nicht delegierten, formlosen polizeilichen Befragung ist die Auskunftsperson nicht zur Aussage verpflichtet (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A., Zürich 2017, Rz 919). Entsprechend wird die befragte Person – wie auch bei E._____ geschehen – nicht unter Hinweis auf Art. 307 StGB zur Wahrheit verpflichtet. Vermochte er bei der nachfolgenden staatsanwaltschaftlichen Einvernahme drei Monate später in Gegenwart des Beschuldigten seine früheren Aussagen nicht von sich aus zu erinnern und seine Beobachtungen im Grundsatz ein weiteres Mal zu schildern, erscheint es nicht zulässig, die bloss nichtssagende Bestätigung seiner bei der Polizei gemachten Aussagen ("Es war so, ja"; s. Urk. D1/5/5 S. 8) zum Nachteil des Beschuldigten zu verwerten. Ob sich E._____ bei der Staatsanwaltschaft an wesentliche Punkte nicht mehr erinnern konnte oder wollte, ist letztlich unerheblich. So oder anders kann seine Aussage, wonach der Geschädigte von D._____ festgehalten worden sei, nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertet werden.

4.1.3 Der Geschädigte selbst soll sich zwar gegenüber der Polizei am 17. Februar 2017 im Universitätsspital dahingehend geäußert haben, dass D._____ ihn ebenfalls attackiert habe (Urk. D1/1/2 S. 2), doch sind seine lediglich sinngemäss protokollierten Aussagen höchst widersprüchlich, was schon dem befragenden Polizeibeamten auffiel (a.a.O.). Eine Verwertung zu Lasten des Beschuldigten wäre nur schon deshalb ausgeschlossen, weil der Geschädigte die zusammenfassend protokollierten Aussagen nicht unterzeichnete und nicht einmal ersichtlich ist, dass der anwesende Dolmetscher auf die Pflicht zur wahrheitsgemässen Übersetzung hingewiesen wurde. Anlässlich seiner Befragung als Auskunftsperson

son im Beisein des Beschuldigten und von D._____ distanzierte sich der Geschädigte zudem soweit möglich von jeglichen Belastungen, sagte erneut sehr widersprüchlich aus und antwortete auf Vorhalt der polizeilichen Aussagen von E._____, er – der Geschädigte – erinnere sich nicht, er wisse es nicht, E._____ sage nicht die Wahrheit (Urk. D1/4/1 S. 12). Andere Beweismittel, aus denen zu folgern wäre, dass D._____ den Geschädigten festhielt, sind nicht vorhanden. In diesem Punkt kann der Anklagesachverhalt somit nicht erstellt werden.

4.2 Anders verhält es sich hinsichtlich der Frage, ob der Beschuldigte dem Geschädigten ein- oder zweimal einen Kopfstoss versetzte. In seiner Einvernahme als Zeuge berichtete E._____ in Anwesenheit des Beschuldigten A._____ von sich aus und mehrfach von "zwei Schlägen mit dem Kopf" (Urk. D1/1/5 S. 4). Dabei war er zwar anfänglich sichtlich bestrebt, offen zu lassen, welche Person dem Geschädigten die beiden Kopfstösse versetzt hatte. Im Verlauf der Einvernahme bezeichnete er dann aber doch den Beschuldigten A._____ eindeutig als Täter der beiden "Schläge mit dem Kopf". Zudem führte er auch aus, dass es sich um zwei starke Schläge gehandelt habe, welche er auf einer Skala von 1 bis 10, wobei 1 das Schwächste und 10 das Stärkste wäre, bei 8 einordnen würde (a.a.O., S. 11). Bei seinen diesbezüglichen Aussagen handelt es sich nicht um eine blosse Bestätigung früherer Aussagen, sondern insoweit um eigenständige Depositionen, welche den prozessualen Formalien genügen und verwertbar sind. Vor dem Hintergrund, dass hinsichtlich der *Kopfstösse* von keiner Seite eine Dritttäterschaft geltend gemacht wird, erweist sich die entsprechende konstante Aussage von E._____, wonach der Beschuldigte dem Geschädigten zwei starke Kopfstösse verpasst habe, auch als glaubhaft.

4.3 Die Vorinstanz hat erwogen, dass die Verletzungen des Geschädigten nicht zwingend auf die dem Beschuldigten vorgeworfenen Kopfstösse zurückgeführt werden können, da sowohl der Geschädigte als auch E._____ weitere Personen ins Spiel brachten, welche den Geschädigten ebenfalls geschlagen oder getreten haben könnten. Zudem seien die Aussagen von E._____, der Beschuldigte habe den Geschädigten mit dem Kopf zweimal auf die Nase geschlagen, mit den Feststellungen des IRM nicht vereinbar. Das IRM kam in seinem Gutachten zum

Schluss, aufgrund der Lokalisationen der Verletzungen des Schädelknochens bzw. Schädelinnern (Stoss- und Gegenstossverletzungen) sei eine *seitlich von rechts einwirkende Kraft* denkbar anzunehmen, wobei plausibel möglich sei, dass diese Verletzungen von Schlägen und Tritten gegen den Kopf seien (Urk. D1/6/8). Auch die Verteidigung moniert, dass das Verletzungsbild des Geschädigten mit dem in der Anklageschrift geschilderten Sachverhalt nicht übereinstimme, da beim Geschädigten Verletzungen bei der Nase oder auf der Stirn zu erwarten gewesen wären, wenn der Beschuldigte – wie von der Staatsanwaltschaft angenommen – dem von hinten festgehaltenen Geschädigten tatsächlich von vorne einen Kopfstoss versetzt hätte (Urk. 77 S. 10). Dabei verkennt die Verteidigung, dass es dem Geschädigten selbst dann möglich gewesen wäre, den Kopf bei einem von vorne drohenden Kopfstoss wegzudrehen, wenn er von hinten festgehalten worden wäre, zumal nicht behauptet wurde, sein Kopf sei fixiert worden, so dass es auch in einer solchen Situation zu den gemäss Gutachten erstellten seitlichen Verletzungen des Geschädigten hätte kommen können.

Der als polizeiliche Auskunftsperson befragte G._____ berichtete von zwei weiteren Personen, die während des Vorfalls anwesend waren (Urk. D1/5/2 S. 2). Dabei erklärte G._____, dass er, nachdem er den Schlag des Beschuldigten A._____ beobachtet habe, sofort nach draussen gerannt sei und die Aufseherin benachrichtigt habe. Er sei dann in den Pavillon gegangen und habe den Geschädigten am Boden gesehen. Dieser habe stark geblutet und sei seitlich am Boden gelegen (Urk. D1/5/2 S. 2). Was mit dem Geschädigten in der Zeit passierte, als G._____ den Pavillon verliess, um die Aufseherin zu benachrichtigen, konnte dieser genau genommen nicht beobachten. Auch bei E._____ liegt eine zeitliche Lücke bei seinen Beobachtungen vor. Anlässlich seiner Befragung als Zeuge gab er nämlich an, nachdem der Geschädigte zwei Schläge auf die Nase erhalten habe, habe er, E._____, schnell die Türe zugemacht. Nach ein paar Minuten habe er die Tür erneut geöffnet, er habe das Opfer am Boden liegend und blutend vorgefunden (Urk. D1/5/5 S. 5 ff.). Der Geschädigte erklärte gegenüber der Polizei, er habe noch Schläge gespürt und Leute gehört, als er zu Boden gefallen sei, und es sei möglich, dass noch andere Leute zugeschlagen hätten, als er auf dem Boden gelegen habe (D1/1/2 S. 3). Dennoch ergeben sich neben den

vom Beschuldigten ausgeführten Kopfstössen keine weiteren konkreten Einwirkungen auf den Kopf des Geschädigten, welche dessen dokumentierte Verletzungen am Kopf verursacht haben könnten. Der Geschädigte machte gerade nicht geltend, er habe von anderen Leuten weitere Schläge oder Tritte ins Gesicht oder gegen den Kopf erhalten. Interessanterweise machte auch der Beschuldigte nicht geltend, jemand anderer habe den Geschädigten geschlagen. Somit bestehen keine unüberwindbaren Zweifel im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StPO, dass der Beschuldigte die anklagegegenständlichen Verletzungen dem Geschädigten durch die zwei Kopfstösse zugefügt hat, weshalb dieser Teil des Anklagesachverhalts erstellt ist.

5. Die Anklagebehörde wirft dem Beschuldigten vor, dieser habe durch sein Verhalten beim Geschädigten eine Fraktur des Schädelknochens im Bereich der Schläfe sowie mehrere Hirnblutungen und eine Einblutung der Kopfschwarte zumindest in Kauf genommen. Zudem habe der Beschuldigte gewusst, dass durch Schläge gegen den Kopf mit hoher Kraffteinwirkung auch schwerwiegendere, bleibende und/oder lebensgefährliche Verletzungen hätten entstehen können, was er ebenfalls zumindest in Kauf genommen habe (Urk. D1/20 S. 2 f.).

5.1 Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundlagen zum Eventualvorsatz zutreffend dargelegt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 59 S. 10 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zusammenfassend ist nochmals zu rekapitulieren, dass gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB bereits vorsätzlich handelt, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter nimmt den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab, mag ihm dieser auch unerwünscht erscheinen (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 m.w.H.). Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, ist beim Fehlen eines Geständnisses aufgrund der Umstände zu entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter

habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2). Der Richter darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 133 IV 222 E. 5.3 m.w.H.).

5.2 Die Vorinstanz erwog, mit der Vertreterin der Anklage könne man zwar durchaus davon ausgehen, dass jedermann wisse, dass sehr heftige Schläge oder Stösse gegen den Kopf lebensgefährlich sein könnten. Dies reiche aber zum Nachweis eines Eventualvorsatzes nicht aus. Im Rechtsalltag würden Schläge gegen den Kopf, bei welchen es nicht zu schweren Verletzungen komme, bei weitem nicht immer als eventualvorsätzliche Versuche einer schweren Körperverletzung geahndet. Im Alltag seien Kopfstösse und Schwedenküsse nicht ganz selten. Sie führten in aller Regel zu leichten oder schwereren Blutergüssen und manchmal zu Hirnerschütterungen, blieben ansonsten folgenlos und würden im Rechtsalltag manchmal als Tätlichkeiten qualifiziert, manchmal als leichte Körperverletzungen. Wenn der Beschuldigte vernünftigerweise damit habe rechnen müssen, dass ein sehr schwerwiegender Kopfstoss eine schwere Körperverletzung bewirken könne, so reiche dies nicht für die Annahme, eine solche Verletzungsfolge habe sich ihm als so wahrscheinlich aufgedrängt, dass sein Verhalten vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung dieser Verletzung ausgelegt werden könne. Es sei zu beachten, dass er seinen eigenen Kopf als Schlaginstrument eingesetzt habe und damit ein ähnliches Risiko einer eigenen Verletzung in Kauf genommen habe. Dabei habe er eine recht gute Kontrolle über die Stärke des Schlages gehabt. Es erscheine daher naheliegend, dass er – soweit er sich überhaupt Gedanken gemacht habe – ein gewisses Verletzungsrisiko gekannt, aber darauf vertraut habe, dass jedenfalls das Risiko einer schweren Körperverletzung nicht eintreten würde (Urk. 59 S. 10-12). Weiter verwies die Vorinstanz auf den – auch von der Staatsanwaltschaft erwähnten – Entscheid 6B_161/2016 vom 12. Oktober 2016, wo das Bundesgericht "einen sehr ähnlichen Fall [...] sehr ähnlich entschieden" habe. Das Bundesgericht habe dort deutlich festgehalten, der fälschlicherweise als Allgemeinwissen titulierte Erfahrungsschatz, ein Kopfstoss mit massiver Kraft habe regelmässig schwere und bleiben-

de Schäden oder gar lebensgefährliche Verletzungen zur Folge erweise sich als nicht haltbar und vermöge schon unter tatsächlichen Gesichtspunkten keinen Eventualvorsatz hinsichtlich einer schweren bzw. lebensgefährlichen Körperverletzung zu begründen. Vielmehr müssten noch andere Umstände aufgeführt werden, aus denen auf die Inkaufnahme einer schweren Verletzung geschlossen werden könne. Anscheinend, so die Vorinstanz, sei die Vertreterin der Anklage der Auffassung, ein solcher Umstand bestehe darin, dass der Geschädigte von D._____ festgehalten worden sei, welcher Umstand in der Anklage aber nicht zur Begründung des Eventualvorsatzes vorgebracht werde. Im Übrigen sei der Geschädigte nach dieser Darstellung "an den Oberarmen" festgehalten worden. Ein solches Festhalten habe aber nur zur Folge, dass das Opfer nicht fliehen könne. Für die Heftigkeit des Aufeinanderprallens der Köpfe habe es im Fall eines Schwedenkusses keinen entscheidenden Einfluss. Der Beschuldigte sei deshalb vom Vorwurf einer versuchten schweren Körperverletzung freizusprechen (Urk. 59 S. 12 f.).

5.3 Im fraglichen Entscheid 6B_161/2016 hatte sich das Bundesgericht mit der Gefährlichkeit eines Kopfstosses (auch als sog. Schwedenkuss, Dänemann oder Headbutt bezeichnet) zu befassen. Es hob dort das Urteil der Vorinstanz auf, welche unter Berufung auf eine rechtsmedizinische Dissertation aus Deutschland zur Thematik des Kopfstosses (Vera Mai, Forensisch-Biomechanische Aspekte des Kopfstosses", München 2012 [abrufbar unter https://edoc.ub.uni-muenchen.de/14928/1/Mai_Vera.pdf]) eine eventualvorsätzliche versuchte schwere Körperverletzung bejaht hatte. Das Bundesgericht gab sodann einige wesentliche Erkenntnisse aus der fraglichen Dissertation wieder. Es führte aus, Mai halte fest, dass das Risiko ernster und potentiell lebensbedrohender Verletzungen bei Kopfstößen vergleichsweise gering sei. In der überragenden Anzahl der von Mai untersuchten Fälle (wobei einzig die gefährlichen Fälle berücksichtigt worden seien und solche mit harmlosen Verletzungen wie beispielsweise Riss-Quetsch-Wunden oder Nasenbluten ohne jegliche Folgen keinen Eingang in die Arbeit gefunden hätten), sei es nur zu geringfügigen Verletzungen wie Nasenpyramidenfrakturen gekommen, die schon bei geringen Einwirkungen entstehen könnten. Bei keinem der (in der Dissertation) untersuchten Archivfälle seien die Verletzun-

gen tödlich gewesen, woraus zu schliessen sei, dass das Risiko, das Leben eines Opfers durch einen Kopfstoss zu gefährden, relativ gering und ein Kopfstoss nur unter bestimmten Umständen dazu geeignet sei, das Leben eines Opfers zu gefährden. Vor diesem Hintergrund warf es der Vorinstanz vor, sie setze sich in Widerspruch zu den Erkenntnissen der Dissertation, wenn sie erwäge, es sei allgemein bekannt, dass Kopfstösse erhebliche Folgeschäden nach sich ziehen könnten und neben Knochenbrüchen auch dauerhafte Augenschäden, Schädel-Hirn-Traumen oder Hirnblutungen mit bleibenden Schäden eine häufig beobachtete Folge seien. Dies führte das Bundesgericht zu der auch bereits von den Vorderrichtern zitierten Erwägung, der fälschlicherweise als Allgemeinwissen titulierte Erfahrungsschatz, ein Kopfstoss mit massiver Kraft habe regelmässig schwere und bleibende Schäden oder eine lebensgefährliche Verletzung zur Folge, sei nicht haltbar und vermöge schon unter tatsächlichen Gesichtspunkten keinen Eventualvorsatz hinsichtlich einer schweren respektive lebensgefährlichen Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB zu begründen (a.a.O., E. 1.4.1). Weiter erwog es – was ebenfalls bereits von den Vorderrichtern zitiert wurde – selbst wenn man davon ausgehe, dass Kopfstösse generell abstrakt geeignet seien, schwere Körperverletzungen zu verursachen, müssten bei abstrakt lebensgefährlichen Tathandlungen weitere Umstände hinzutreten, die im konkreten Fall auf die Inkaufnahme einer schweren Verletzung schliessen liessen (a.a.O., E. 1.4.2).

Aus welchen zusätzlichen Umständen im Falle eines Kopfstosses auf die Inkaufnahme einer lebensgefährlichen Verletzung geschlossen werden könnte, hat das Bundesgericht im obgenannten Entscheid nicht näher ausgeführt. Im verwendeten Tatmittel – hier dem Kopf – können solche Umstände jedenfalls nicht liegen, da Körperteile wie Arme, Beine und Schultern nach einhelliger Auffassung nicht als gefährliches Werkzeug im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 1 StGB gelten. Auch das Verletzungsbild wird in Fällen, wo die Verletzungen nicht den Grad einer schweren Körperverletzung erreichten, häufig nicht weiterhelfen, da von der eingetretenen einfachen Körperverletzung nicht ohne Weiteres auf die Inkaufnahme einer schwerwiegenden Schädigung oder lebensgefährlichen Verletzung geschlossen werden darf. Und selbst die Intensität des ausgeführten Kopfstosses wird nicht immer einen solchen zusätzlichen Umstand darstellen können, nach-

dem das Bundesgericht in zitierten Entscheid die Annahme, ein mit massiver Kraft ausgeführter Kopfstoss habe regelmässig schwere und bleibende Schäden oder eine lebensgefährliche Verletzung zur Folge, deutlich verworfen hat. Am ehesten werden daher nebst dem spezifischen Tatgeschehen die Verfassung des Opfers (wie Alter und Gesundheitszustand) den Schluss erlauben, der Täter habe mit dem Kopfstoss eine schwerwiegende Schädigung in Kauf genommen. Dies schliesst nicht aus, die Stärke des Kopfstosses in einer Gesamtwürdigung ebenfalls miteinzubeziehen.

5.4 Im vorliegenden Fall erblickt die Staatsanwaltschaft besondere Umstände darin, dass der Beschuldigte dem Geschädigten nicht nur einen, sondern zwei Kopfstösse versetzt habe, wobei es sich um ganz besonders heftige Kopfstösse gehandelt habe. Letzteres zeige sich darin, dass die Kopfstösse beim Geschädigten eine Fraktur des Schädelknochens im Bereich der Schläfe sowie mehrere Hirnblutungen und Einblutung der Kopfschwarte bewirkt hätten, welche Verletzungen "sicher an der Grenze zur schweren Körperverletzung stehen" würden. Hinzu komme, dass der Geschädigte im Zeitpunkt, als ihm die Kopfstösse verabreicht worden seien, festgehalten worden sei. Diese vom Beschuldigten ohne weiteres wahrgenommene Tatsache habe ein mögliches Zurück- oder Ausweichen des Geschädigten mit seinem Kopf verhindert, wodurch die Auswirkungen der bereits an und für sich heftigen Kopfstösse noch ganz besonders stark geworden seien und entsprechend das Risiko einer schweren Körperverletzung auch ganz besonders hoch gewesen sei (Urk. 60 S. 2; Urk. 76 S. 2 f.).

5.4.1 Die Staatsanwaltschaft schliesst aus den eingetretenen Verletzungen auf die besondere Heftigkeit der erteilten Kopfstösse. Diese Schlussfolgerung erweist sich als nicht stichhaltig. Zwar darf angenommen werden, dass die Kopfstösse mit einiger Wucht ausgeführt sein müssen, um die erlittenen Verletzungen zu verursachen (s. Mai, a.a.O., S. 7, Tabelle 2.1 zur minimalen Krafftoleranz des Schläfen-/Scheitelbeins von 2000 N im Vergleich zu 300 N beim Nasenbein oder 668 N beim Oberkiefer). Die Staatsanwaltschaft will aber wie ausgeführt auch den Umstand berücksichtigen wissen, dass der Geschädigte währenddessen von D. _____ festgehalten worden sei, wodurch "die Auswirkungen der bereits an und für sich

heftigen Kopfstösse noch ganz besonders stark geworden und entsprechend das Risiko einer schweren Körperverletzung auch ganz besonders hoch gewesen" sei. Hat das – bestrittene und auch nicht erstellte (vorstehend, Erw. III.4.1.3) – Festhalten des Geschädigten nach durchaus zutreffender Ansicht der Anklagebehörde die Auswirkungen der Kopfstösse noch verstärkt (s. sogleich), kann aus den Verletzungsfolgen nicht die besondere Heftigkeit der Kopfstösse hergeleitet werden, deren Folgen durch das Festhalten erst verstärkt sein sollen. Diese Argumentation beruht zumindest teilweise auf einem unzulässigen Zirkelschluss. Vielmehr liesse sich nur, aber immerhin, folgern, dass der Beschuldigte die Kopfstösse mit einiger Heftigkeit ausgeführt haben muss.

5.4.2 Im – bestrittenen, jedoch nicht erstellten (vorstehend, Erw. III.4.1.3) – Festhalten des Geschädigten während der Kopfstösse wäre unter Umständen ein Umstand zu sehen gewesen, der den Schluss auf das Risiko schwerwiegender Verletzungen und allenfalls deren Inkaufnahme erlaubt hätte. Der Vorinstanz kann insoweit nicht gefolgt werden, die dazu einwendet, das Festhalten an den Oberarmen habe nur zur Folge, dass das Opfer nicht fliehen könne, aber auf die Heftigkeit des Aufeinanderprallens der Köpfe im Fall eines Schwedenkusses keinen entscheidenden Einfluss (Urk. 59 S. 13). Zwar liegt nahe, dass vor allem der gegen eine feste Oberfläche fixierte Kopf des Opfers höhere Aufprallkräfte erzeugt und dadurch leichter zu schweren Verletzungen führen kann. Mit dem Festhalten des Opfers an den Armen resp. dem Festhalten des Opfertorsos resultiert jedoch eine höhere Aufprallgeschwindigkeit (s. Mai, a.a.O., S. 60), was das Verletzungsrisiko ebenfalls erhöht. Zudem wird ein mögliches Zurück- oder Ausweichen des Opfers durch das Festhalten verhindert oder zumindest erschwert, wodurch der Täter zielgerichtet agieren kann. Ob der Geschädigte festgehalten wurde, als ihm der Beschuldigte den Kopfstoss oder die Kopfstösse verabreichte, wäre daher für die Schwere der Verletzungsfolgen entgegen dem angefochtenen Urteil durchaus relevant gewesen.

5.5 Der Vorinstanz kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie davon ausgeht, dass das Festhalten des Geschädigten auch deshalb nicht als besonderer Umstand herangezogen werden könne, weil dieser Punkt in der Anklage nicht zur

Begründung des Eventualvorsatzes angeführt werde (Urk. 59 S. 13). Da sich die Tatbestände der einfachen und schweren Körperverletzung durch den Erfolg unterscheiden, muss sich der Vorsatz des Täters gerade auf die schwere Schädigung beziehen. Ist keine schwere Schädigung eingetreten, wird dem Täter aber der Versuch dazu vorgeworfen, muss sich die Anklage hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes dazu äussern, dass der Täter um die Möglichkeit des Erfolgsintritts wusste und dass er diesen in Kauf nahm. Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Anklage. Nicht verlangt werden kann hingegen, dass die Anklage sämtliche Gegebenheiten, aus denen auf die Wissens- und Willenselemente zu schliessen ist, ausdrücklich als solche auflistet. Dem Anklagegrundsatz wird in Bezug auf den subjektiven Tatbestand grundsätzlich ausreichend Rechnung getragen, wenn die Anklageschrift erwähnt, der Täter habe die Tat mit Wissen und Willen oder eventualvorsätzlich verübt (BGer, 6B_760/2017, Urteil vom 23. März 2018 betreffend versuchte schwere Körperverletzung, m.H.). Vorliegend wird das Festhalten des Geschädigten während der Kopfstösse in der Anklageschrift zudem explizit beim konkreten Lebensvorgang beschrieben, wobei sich aus der diesbezüglichen Schilderung klar ergibt, dass der Beschuldigte diesen Umstand ohne Weiteres wahrnehmen konnte. Das Anklageprinzip steht daher der Heranziehung dieses Umstandes nicht entgegen. Dies gilt auch für den zweimaligen Kopfstoss, der in der Anklage ebenfalls beim Tatablauf geschildert wird, jedoch nicht eigens zur Begründung der Inkaufnahme schwerer Verletzungen angeführt wird.

5.6 Dass der Geschädigte von D._____ festgehalten worden sein soll, als ihm der Beschuldigte zwei Kopfstösse von einiger Heftigkeit versetzte, lässt sich – wie dargelegt – jedoch nicht erstellen (vorstehend, Erw. III.4.1.3). Dieser zusätzliche Umstand, mit welchem sich ein höheres Risiko für erhebliche Kopf- und Hirnverletzungen und daraus resultierend für lebensgefährliche Verletzungen allenfalls hätte begründen lassen, entfällt. Dass lebensgefährliche Verletzungen hätten eintreten können, musste der Beschuldigte in Anbetracht der allgemein bekannten Empfindlichkeit des menschlichen Kopfes auf heftige Schläge oder Stösse wissen und darf unterstellt werden. Allerdings erscheint ein solcher Kausalverlauf nicht als derart wahrscheinlich und naheliegend, als dass gesagt werden könnte, er

habe sich dem Beschuldigten geradezu aufgedrängt, so dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme derartiger lebensgefährlichen Verletzungen oder schweren Schädigungen ausgelegt werden kann. Wie die Vorinstanz zutreffend hervorgehoben hat, bleiben Kopfstösse in vielen Fällen folgenlos oder führen nur zu leichteren Verletzungen. Aufgrund der konkreten Tatumstände und des Tatvorgehens musste der Beschuldigte zwar selbstredend mit einer nach dem Allgemeinverständnis "schweren" Beeinträchtigung der körperlichen Integrität (wie beispielsweise Nasenbeinbruch, Kopfverletzung) des Geschädigten rechnen, jedoch nicht unbedingt mit dem Eintritt lebensgefährlicher Verletzungen oder bleibender Schäden. Solches stellt lediglich einen Kausalverlauf von mehreren möglichen dar. Auch der Umstand, dass der Beschuldigte dem Geschädigten zwei Kopfstösse von einiger Heftigkeit versetzte, reicht für die Annahme einer Inkaufnahme schwerer Verletzungen noch nicht aus. Zudem können Kopfstösse – anders als beispielsweise Fusstritte – nur schwerlich mit übermässiger Stärke ausgeführt werden, da mit zunehmender Heftigkeit auch das Risiko eigener Verletzungen steigt. Der Beschuldigte, der selbst keine relevanten Verletzungen im Gesicht erlitt (Urk. D1/7/3), wird folglich nur soviel Energie in den Kopfstoss gesetzt haben, dass er sich damit nicht selber verletzen resp. schaden konnte, weshalb er auch unter diesem Aspekt keine lebensgefährlichen Verletzungen oder bleibenden Schäden beim Geschädigten in Kauf nahm. Gestützt auf das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin zur körperlichen Untersuchung des Geschädigten (Urk. D1/6/8) zeigt sich auch, dass die Staatsanwaltschaft dessen Verletzungen aggraviert wiedergegeben hat, führte sie doch aus, der Geschädigte sei nach den Kopfstössen bewusstlos auf den Boden gefallen, was ebenfalls auf eine besonders grosse Kraftaufwendung seitens des Beschuldigten schliessen lasse (Urk. 76 S. 3). Demgegenüber wird im Gutachten festgehalten, der Geschädigte sei durchgehend in stabilem Kreislaufzustand gewesen mit einer Glasgow-Coma-Scale von 14 (Einteilung des Bewusstseinsgrads einer Person von GCS 3 [Koma, tief bewusstlos] bis GCS 15 [bei vollem Bewusstsein]; Urk. D1/6/8 S. 2). Eventualvorsatz mit Bezug auf eine schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB kann dem Beschuldigten alles in allem nicht nachgewiesen werden. Mit der

Vorinstanz ist der Beschuldigte daher vom Vorwurf der versuchten vorsätzlichen schweren Körperverletzung freizusprechen.

6. Es erübrigt sich bei dieser Sachlage an dieser Stelle, auf die vom Beschuldigten geltend gemachte Notwehrlage näher einzugehen (vgl. Erw. IV.1.5).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.

1.1 Die Staatsanwaltschaft verlangt die Kostenaufgabe an den Beschuldigten auch für den Fall des heute zu bestätigenden Freispruchs.

1.2 Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Unter den gleichen Voraussetzungen kann nach Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO eine Entschädigung oder Genugtuung herabgesetzt oder verweigert werden.

Dabei handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes, d.h. widerrechtliches und vorwerfbares Verhalten, das adäquat kausal die Einleitung oder Erschwerung eines Verfahrens verursacht hat. Wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, ist es mit Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK vereinbar, einer nicht verurteilten beschuldigten Person die Kosten aufzuerlegen, wenn diese in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm, die sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung ergeben kann, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat; dabei darf sich die Kostenaufgabe in tatsächlicher Hinsicht nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen. Eine Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens verstösst nach der Rechtsprechung gegen die Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO; Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK), wenn der beschuldigten Person in der

Begründung des Kostenentscheids direkt oder indirekt vorgeworfen wird, es treffe sie ein strafrechtliches Verschulden. Damit würde die Kostenaufgabe einer Verdachtsstrafe gleichkommen (statt vieler BGer, 1B_21/2012, Urteil vom 27. März 2012, E. 2.1).

1.3 Die Staatsanwaltschaft begründet ihren Antrag damit, dass sich der Beschuldigte in jedem Fall in zivilrechtlicher Hinsicht für sein Verhalten verantwortlich gemacht habe, nachdem er durch den eingestandenen Kopfstoss das Verfahren verursacht habe (Urk. 60 S. 3).

1.4 Eine derartige – zivilrechtliche – Grundlage könnte in Art. 28 ZGB gesehen werden. Es ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig, eine Kostenaufgabe an einen nicht verurteilten Beschuldigten wegen zivilrechtlich schuldhaften Verhaltens auf Art. 28 ZGB zu stützen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 1P.18/2007 vom 30. Juli 2007, E. 3.3.4). Durch Angriffe auf die physische und die psychische Integrität werden die Persönlichkeitsrechte des Gegenübers verletzt. Allerdings kann nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit als rechtlich relevante Verletzung verstanden werden, sondern die Verletzung muss eine gewisse Intensität erreichen. Zudem muss die Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich sein.

1.5 Wie vorstehend dargelegt, ist erstellt, dass der Beschuldigte die Verletzungen des Geschädigten durch zwei Kopfstösse verursacht hat (vgl. Erw. III.4.3). Zu beachten ist allerdings, dass dies im Rahmen einer zunächst wechselseitigen Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten geschah, wie die Vorinstanz im Zusammenhang mit der vom Beschuldigten angeführten Notwehrlage schlüssig aufgezeigt hat. Auf diese zutreffende und überzeugende Würdigung, die keiner Ergänzung bedarf, ist an dieser Stelle zu verweisen (Urk. 59 S. 17, Art. 82 Abs. 4 StPO). Darüber hinaus verursachten die beiden Kopfstösse beim Geschädigten keine schwerwiegenden Verletzungen im Sinne von Art. 122 StGB. Art. 28 ZGB fällt als Grundlage für die Kostenaufgabe somit ausser Betracht, wobei hier überdies zu beachten ist, dass der Geschädigte keinen Strafantrag gestellt resp. den Strafantrag vom 4. Mai 2017 (D1/11/3) gleichentags wieder zurückgezogen hatte und eine Desinteresseerklärung abgege-

ben hat. Auch von daher fragt sich, ob das Abstützen der Kostenaufgabe auf die Persönlichkeitsrechte einer Person gerechtfertigt wäre, die sich selbst gar nicht als Geschädigter betrachtet.

Denkbar wäre dann noch die Verletzung anderer Verhaltensvorschriften, die sich vorliegend aus dem Verwaltungsrecht ergeben können. Tatsächlich findet sich in der Hausordnung des Vollzugszentrums B._____, dessen Regime der Beschuldigte im Tatzeitpunkt unterstand, in § 10 Abs. 1 die Bestimmung, die Inhaftierten hätten alles zu unterlassen, was einen geordneten Betrieb oder die Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit gefährde. Die entsprechende Bestimmung erscheint aber letztlich als zu unbestimmt, als alleine damit die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Beschuldigten begründet werden könnte.

1.6 Dementsprechend sind in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2.

2.1 Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen, hat sie unter anderem Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO, vgl. auch BGer, 6B_1076/2016, Urteil vom 12. Januar 2017, E. 3.3.).

2.2 Der Beschuldigte befand sich zwischen dem 16. Februar 2017 bis zum 14. Dezember 2017 und somit während 302 Tagen in Haft. Die erstandene Haft rechnete ihm die Vorinstanz in Anwendung von Art. 431 Abs. 2 StPO an die noch offene Reststrafe von 46 Tagen gemäss Vollzugsauftrag des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 24. Februar 2017 an. Für die verbleibenden 256 Tage sprach sie ihm eine Genugtuung von Fr. 12'000.– zu, was die Verteidigung in ihrer Anschlussberufung beanstandet.

Infolge der erhobenen Berufung und fehlender Rechtskraft konnte die vorinstanzlich vorgesehene Anrechnung nicht erfolgen. Vielmehr wurde der Beschuldigte, nachdem er vom Bezirksgericht Hinwil am 14. Dezember 2017 aus der Si-

cherheitshaft entlassen worden war, gleichentags in den ordentlichen Strafvollzug zurückversetzt, in dem er sich zuvor befunden hatte (s. Urk. D1/14/3; Urk. 51-52). Am 29. Januar 2018 wurde er aus dem Gefängnis Affoltern a.A. auf freien Fuss gesetzt (Urk. 62). Der Beschuldigte hat somit die im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils noch offene Reststrafe mittlerweile vollständig verbüsst.

2.3 Der Beschuldigte hat zwischenzeitlich bereits drei neue Freiheitsstrafen verwirkt. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 25. März 2018 wurde er wegen Widerhandlungen gegen das AuG mit einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten (abzüglich 2 Tage Untersuchungshaft) bestraft. Am 11. August 2018 fällte die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung ebenfalls eine Freiheitsstrafe von 3 Monaten aus (abzüglich 1 Tag Untersuchungshaft). Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. September 2018 wurde der Beschuldigte schliesslich wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung sowie Hinderung einer Amtshandlung mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen (abzüglich 2 Tage Untersuchungshaft) bestraft (Urk. 73). Bei diesen Verurteilungen handelt es sich um neue Tatsachen, welche der Vorinstanz nicht bekannt waren und auch nicht bekannt sein konnten. Das Verschlechterungsverbot gilt somit nicht. Ohnehin hat die Staatsanwaltschaft mit ihrer Hauptberufung beantragt, dem Beschuldigten die Kosten aufzuerlegen und sich damit sinngemäss gegen die Zusprechung einer Genugtuung gewandt. Auch die Verteidigung beantragte die Anrechnung der in diesem Verfahren unschuldig erlittenen Haft an die zwischenzeitlich ausgesprochenen Strafen (Prot. II S. 10). Die in diesem Verfahren unschuldig erlittene Haft ist somit auf die zwischenzeitlich ausgesprochenen Strafen anzurechnen (Art. 51 StGB). Demzufolge ist für die beantragte Genugtuung von einem Freiheitsentzug von 67 Tagen auszugehen.

2.4 Die Verteidigung ist der Ansicht, dass kein Grund dafür bestehe, dem Beschuldigten nicht die übliche Genugtuung von Fr. 200.– pro Tag unschuldig erlittener Haft zuzusprechen (Urk. 77 S. 14).

2.5 Die Zusprechung einer Genugtuung setzt nach Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse voraus, was bei einem Freiheitsentzug zu bejahen ist. Die Bemessung der Genugtuung richtet

sich nach den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Bestimmungen der Art. 43, 44 und 49 OR (BGer, 6B_1404/2016, Urteil vom 13. Juni 2017, E. 2.2 m.H.) und beruht damit auf richterlichem Ermessen. Bei der Ausübung dieses Ermessens kommt den Besonderheiten des Einzelfalles entscheidendes Gewicht zu. Massgebend sind somit zunächst die Art und Schwere der Verletzung. In einem zweiten Schritt sind die Besonderheiten des Einzelfalles zu würdigen, die eine Verminderung oder Erhöhung der zuzusprechenden Summe nahelegen. Die von der Verteidigung genannte übliche Genugtuungshöhe betrifft kürzere Freiheitsentzüge. Bei diesen hält das Bundesgericht Fr. 200.– pro Tag für eine angemessene Genugtuung, sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine höhere oder eine geringere Entschädigung zu rechtfertigen vermögen. Bei längerer Untersuchungshaft (von mehreren Monaten Dauer) ist der Tagessatz nach der Rechtsprechung in der Regel zu senken, da die erste Haftzeit besonders erschwerend ins Gewicht fällt. Es ist zudem hervorzuheben, dass das Bundesrecht keinen bestimmten Mindestbetrag festsetzt (statt vieler s. BGer, 6B_196/2014, Urteil vom 5. Juni 2014, E. 1.2).

2.6 Dem Beschuldigten wurde versuchte schwere Körperverletzung und damit eine verhältnismässig schwere Straftat vorgeworfen. Dennoch sind weit schwerwiegendere Tatvorwürfe denkbar, seien es solche, die andere Tatbestände betreffen oder etwa Vorwürfe zum Nachteil von Kindern oder engen Familienangehörigen.

Mit Recht hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte seit vielen Jahren illegal in der Schweiz lebt und sich in einer Notunterkunft für abgewiesene Asylbewerber aufhält, hier keine Familienangehörigen und keine Chancen eines legalen Erwerbseinkommens hat. Zutreffend hat die Vorinstanz daraus gefolgert, dass ihn die Untersuchungshaft deutlich weniger hart als andere Beschuldigte trifft, die mit ihrer Inhaftierung aus ihrem beruflichen und intakten sozialen Umfeld herausgerissen werden und mit der Haft auch eine Rufschädigung erleiden (Urk. 59 S. 18). Es kommt hinzu, dass der Beschuldigte – wenngleich wegen anderer Delikte – mehrfach vorbestraft ist und sich im Zeitpunkt seiner Verhaftung im vorliegenden Verfahren im ordentlichen Strafvollzug betreffend eine

Gesamtstrafe von insgesamt 359 Tagen (aus Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen) befand. Weder die bisherigen Verurteilungen noch der Strafvollzug vermochten ihn davon abzuhalten, erneut zu delinquieren. All diese Umstände sind erheblich genugtuungsreduzierend zu gewichten. Die genannten Umstände legen es zudem nahe, die Haftentschädigung linear und nicht degressiv zu bemessen. Genugtuungserhöhende Umstände sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Es erscheint daher angemessen, dem Beschuldigten für die erlittene Haft eine Genugtuung von Fr. 3'350.– zuzusprechen. Hinzu kommt Zins seit dem mittleren Verfall, somit dem 17. Juli 2017 und nicht, wie von der Verteidigung verlangt (Urk. 77 S. 2), bereits ab einem früheren Datum (s. BGer, 6B_1404/2016, Urteil vom 13. Juni 2017, E. 2.2 m.H.). Die weitergehenden Genugtuungsansprüche des Beschuldigten sind abzuweisen.

3. Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der Rechtsmittelinstanz gestellten Anträge gutgeheissen wurden. Mit Bezug auf die von der Staatsanwaltschaft erhobene Berufung obsiegt der Beschuldigte vollumfänglich, was Konsequenz des heute zu bestätigenden Freispruchs ist. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens und diejenigen der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird freigesprochen.
2. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 3-5) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:

Fr. 4'800.00 amtliche Verteidigung

4. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Die erstandene Untersuchungshaft wird im Umfang von 235 Tagen an die Strafen gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 25. März 2018, Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. August 2018 sowie Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. September 2018 angerechnet. Für die restlichen 67 Tage erstandene Untersuchungshaft werden dem Beschuldigten Fr. 3'350.– (zuzüglich 5% Zins seit 17. Juli 2017) als Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen. Die weitergehenden Genugtuungsansprüche des Beschuldigten werden abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - an den Beschuldigten persönlich
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, betreffend Dispositivziffer 5sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - an den Beschuldigten persönlich
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 63
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles

- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, betreffend Dispositivziffer 5
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).
7. Der Beschuldigte kann innert **10 Tagen** seit Erhalt des Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich oder mündlich eine **neue Beurteilung** des in seiner Abwesenheit ergangenen Urteils verlangen. Im Gesuch hat der Beschuldigte kurz zu begründen, weshalb er an der Berufungsverhandlung nicht teilnehmen konnte. Das Gericht lehnt das Gesuch ab, wenn der Beschuldigte ordnungsgemäss vorgeladen worden, aber der Berufungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist (Art. 368 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 379 StPO).

8. 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, 29. Januar 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Baechler