

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB180214-O/U/cwo

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. B. Gut, und  
Ersatzoberrichter lic. iur. B. Amacker sowie der Gerichtsschreiber  
lic. iur. H. Kistler

## Urteil vom 28. Februar 2019

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. F. Stadelmann,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung,  
vom 12. Februar 2018 (DG170083)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 20).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 40 S. 51 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 28 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 67 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 14 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (14 Monate, abzüglich 67 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
6. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger für das der Anklage vom 25. Oktober 2017 zugrundeliegende Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfangs des Schadenersatzanspruches wird der Privatkläger auf den Zivilweg verwiesen.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 1'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 1. April 2017 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.

8. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'000.-; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 3'200.- Gebühr für die Strafuntersuchung  
Fr. 4'270.45 Auslagen Vorverfahren (Gutachten)  
Fr. 63.80 Zeugenentschädigung  
Fr. 6'987.80 Kosten der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft des  
Privatklägers (inkl. MWST)  
Fr. 17'925.60 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MWST)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden, sowie die Kosten der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft des Privatklägers, welche definitiv auf die Gerichtskasse genommen werden.

10. (Mitteilungen)

11. (Rechtsmittel)"

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 62 S. 1 f.):

1. Herr A.\_\_\_\_\_ sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Die geltend gemachten Zivilansprüche seien abzuweisen.
3. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen. Herr A.\_\_\_\_\_ sei eine Entschädigung von mindestens Fr. 13'400.- aus der Staatskasse zu entrichten.
4. Eventualiter sei Herr A.\_\_\_\_\_ der Tätlichkeit im Sinne von Art. 126 StGB schuldig zu sprechen und mit einer Busse von höchstens Fr. 200.- zu bestrafen.

5. a) Subeventualiter sei Herr A.\_\_\_\_\_ der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.
  - b) Herr A.\_\_\_\_\_ sei mit einer Freiheitsstrafe von höchstens 12 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft.
  - c) Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren aufzuschieben.
  - d) Es sei von einer Landesverweisung abzusehen.
  - e) Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens seien Herrn A.\_\_\_\_\_ aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien einstweilen, im Umfang von Fr. 2'367.– definitiv, auf die Staatskasse zu nehmen.
- b) Der Staatsanwaltschaft (Urk. 63 S. 1):
1. Schuldigsprechung des Beschuldigten wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
  2. Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 3 1/2 Jahren unter Anrechnung der erstandenen Haft.
  3. Vollzug der Freiheitsstrafe.
  4. Landesverweisung für die Dauer von 10 Jahren unter Ausschreibung im SIS.
- c) Der Privatklägerschaft (Urk. 64 S. 1):
1. Es sei der Beschuldigte der versuchten schweren Körperverletzung i.S.v. Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen.

2. Es sei festzustellen, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger für das der Anklage vom 25. Oktober 2017 zugrundeliegende Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfangs des Schadenersatzanspruches sei der Privatkläger auf den Zivilweg zu verweisen.
3. Der Beschuldigte sei zu verpflichten, dem Privatkläger Fr. 1'000.– zzgl. 5 % Zins ab 1. April 2017 als Genugtuung zu bezahlen.
4. Die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes seien auf die Gerichtskasse zu nehmen, jene für das erstinstanzliche Verfahren definitiv und jene für das Berufungsverfahren unter Vorbehalt der Rückforderung vom Beschuldigten.

### **Erwägungen:**

#### 1. Verfahrensgang

1.1. Hinsichtlich des Verfahrensganges bis zum erstinstanzlichen Urteil kann vollumfänglich auf die vollständigen und zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 37 = Urk. 40 S. 5 f.).

1.2. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 12. Februar 2018 wurde der Beschuldigte wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB mit 28 Monaten Freiheitsstrafe bestraft. Im Umfang von 14 Monaten wurde der Vollzug unter Ansetzung einer vierjährigen Probezeit aufgeschoben. Zudem wurde der Beschuldigte für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen und die Ausschreibung im Schengener Informationssystem angeordnet. Festgestellt wurde ferner die grundsätzliche Schadenersatzpflicht des Beschuldigten gegenüber dem Privatkläger, wobei dieser für die genaue Feststellung des Umfangs des Schadenersatzanspruches auf den Zivilweg verwiesen wurde. Schliesslich wurde der Beschuldigte verpflichtet, dem Privatkläger eine Genugtuung von Fr. 1'000.– zu

bezahlen und ausgangsgemäss wurde er für kosten- und entschädigungspflichtig erklärt (Urk. 40 S. 51 ff.).

1.3. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 34). Die Berufungserklärung ging am 11. Mai 2018 ein (Urk. 42). Mit Präsidialverfügung vom 29. Mai 2018 wurde dem Privatkläger und der Staatsanwaltschaft eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um schriftlich im Doppel zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein begründetes Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 45).

Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 4. Juni 2018 Anschlussberufung (Urk. 47), wohingegen der Privatkläger mit Eingabe vom 14. Juni 2018 darauf verzichtete (Urk. 49). Mit Präsidialverfügung vom 18. Juni 2018 wurde dem Beschuldigten und dem Privatkläger ein Doppel der Anschlussberufung zugestellt (Urk. 51). In der Folge wurde zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 53), welche heute im Beisein des Beschuldigten und seiner amtlichen Verteidigung sowie der Staatsanwaltschaft und dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Privatklägers stattfand (Prot. II S. 4 ff.).

Vorfragen waren anlässlich der Berufungsverhandlung keine zu entscheiden und – abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 61) – mussten keine weiteren Beweise erhoben werden (Prot. II S. 6 f.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 11 ff.).

## 2. Umfang der Berufung

2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (BSK StPO II-EUGSTER, Art. 402 N 2).

2.2. Der Beschuldigte lässt – mit Ausnahme der Kostenfestsetzung – die vollumfängliche Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils beantragen (Urk. 42 S. 2). Die Staatsanwaltschaft beanstandet das Strafmass, den teilbedingten

Vollzug der Strafe sowie die Nebenfolgen, insbesondere die Dauer der Landesverweisung (Urk. 47).

Somit steht der angefochtene Entscheid im Rahmen des Berufungsverfahrens unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbotess vollumfänglich zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

### 3. Formales

3.1. Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO auch ohne, dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

3.2. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

### 4. Sachverhalt

4.1. Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Beweiswürdigung ausführlich und zutreffend dargelegt, weshalb, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 40 S. 5 ff.).

4.2. Dasselbe gilt für die Darstellung der Beweismittel. Diese, insbesondere die Aussagen der einvernommenen Personen und das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin (samt Ergänzung), wurden ausführlich wiedergegeben und ebenso ausführlich und zutreffend gewürdigt (Urk. 40 S. 8 ff.). Eine erneute Wiedergabe wäre nichts weiter als eine blosser Wiederholung des bereits Gesagten und somit unnötig, weshalb vorliegend darauf verzichtet werden kann.

4.3. Der Beschuldigte bestreitet zusammengefasst nicht, sich – wie in der Anklage vorgeworfen – mit dem Privatkläger eine tätliche Auseinandersetzung geliefert und ihm dabei Schläge an den Kopf und mit dem Fuss Tritte gegen das

Bein und den Oberkörper versetzt zu haben, sodass dieser schliesslich zu Boden ging und sich dabei die in der Anklage beschriebenen Verletzungen zuzog. Hingegen will er nicht mit dem linken Bein gegen den Kopf des Privatklägers getreten haben. Auch habe er die Verletzungen nicht in Kauf genommen und sich lediglich gegen dessen Angriff verteidigt (Urk. 2/1 S. 5 ff.; Urk. 2/2 S. 3 f. und S. 6 ff.; Urk. 2/3 S. 2 und S. 4; Urk. 2/5 S. 3; Prot. I S. 17 ff.; Urk. 61 S. 10 f.).

4.4. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte zum angeklagten Vorfall aus, dass das Ganze durch Diskussionen angefangen habe. Er (der Beschuldigte) habe irgendetwas gesagt und der Privatkläger sei dann an ihn herantreten und habe ihn gepackt. Auf die Frage, wie es dann weitergegangen sei, erklärte er, dass der Privatkläger dann ausgeholt und ihm eine Faust gegeben habe. Es sei eine Sache von Sekunden gewesen. B. \_\_\_\_\_ sei dann dazwischen gegangen, sie seien am Boden gewesen und als B. \_\_\_\_\_ ihn gepackt habe, habe der Privatkläger auch dazwischen geschlagen. Der Privatkläger habe ziemlich wütende Schläge gemacht und er (der Beschuldigte) habe sich zurückgezogen und auch geschlagen. Und dann sei der Privatkläger irgendwie auf den Boden gefallen (Urk. 61 S. 10). Auf den Vorhalt, dass er dem Privatkläger mit dem Fuss gegen den Kopf getreten habe, erklärte der Beschuldigte, dass dies nicht wahr sei. Er sei überhaupt nicht in einem Zustand gewesen, um so etwas zu machen. Er könne das auch gar nicht (Urk. 61 S. 11). Auf den Vorhalt, dass drei Zeugen klar beschrieben hätten, wie er den Privatkläger gegen den Kopf gekickt habe und konkret danach gefragt, ob diese drei Personen lügen würden, erklärte er, dass er, wenn er sich das genauer anhöre, schon denke, dass diese lügen würden (Urk. 61 S. 11). Der Privatkläger habe ihn auch geschlagen und am Kopf getroffen. Er habe das gespürt und gefühlt (Urk. 61 S. 11 f.). Danach gefragt, was passieren könne, wenn man einem stehenden Mann einen Fusstritt an den Kopf versetze, erklärte der Beschuldigte, dass vieles passieren könne. Es könne sein, dass er Verletzungen bekomme und es könne gefährlich werden (Urk. 61 S. 12).

4.5. Die Verteidigung stellte die eingangs erwähnten Anträge. Zusammengefasst brachte sie vor, dass sowohl die Zeugin C. \_\_\_\_\_ als auch der Zeuge D. \_\_\_\_\_,

ein Kollege des Privatklägers, zu dessen Gunsten ausgesagt hätten, wohingegen die Zeugen, welche vor dem Vorfall weder den Beschuldigten noch den Privatkläger gekannt hätten, übereinstimmend ausgesagt hätten, dass nicht ein Fusstritt, sondern ein Faustschlag den Privatkläger zu Boden gebracht habe (Urk. 62 S. 3 f.). Der Beschuldige sei im Übrigen aufgrund des Abstandes zum Privatkläger bei der Rangelei, dem Grössenunterschied und seiner Alkoholisierung gar nicht in der Lage gewesen, dem Privatkläger den in der Anklage umschriebenen Fusstritt zu versetzen (Urk. 62 S. 5).

Weiter werde bestritten, dass der Faustschlag oder der Fusstritt so heftig gewesen sei, dass er zur sofortigen Bewusstlosigkeit geführt habe. Der Privatkläger habe nur Verletzungen aus diesem Vorfall davongetragen, welche auf den Aufprall des Kopfes auf dem Boden zurückzuführen seien. Im Bereich des angeblichen Treffers, rechtsseitig auf Augenhöhe, habe der Privatkläger keine Verletzungen aufgewiesen. Daraus müsse zwingend geschlossen werden, dass der mutmassliche Schlag des Beschuldigten nicht derart stark habe sein können, dass der Privatkläger deswegen das Bewusstsein verloren habe (Urk. 62 S. 6). Dieser habe nicht aufgrund des Schlages, sondern aufgrund seines starken Alkoholisierungsgrades das Gleichgewicht verloren und sei deswegen unkontrolliert rückwärts auf dem Boden aufgeschlagen. Die Bewusstlosigkeit sei durch den Aufprall des Hinterkopfes am Boden verursacht worden (Urk. 62 S. 6).

4.6. Es bleibt somit im Folgenden zu prüfen, ob sich der Sachverhalt auch in diesen Punkten wie in der Anklage vorgeworfen zugetragen hat.

## 5. Beweiswürdigung

5.1. Zur Glaubwürdigkeit der Beteiligten hat sich die Vorinstanz zutreffend geäußert. Auf ihre Ausführungen kann entsprechend verwiesen werden (Urk. 40 S. 20 f.). Aus dem Umstand, dass die Zeugin C.\_\_\_\_\_ vom Beschuldigten "angebaggert" worden sei und diese ihm eine Abfuhr erteilt habe, kann – entgegen der Verteidigung – nichts zur Glaubwürdigkeit der Zeugin abgeleitet werden. Auch die Tatsache, dass zwischen dem Zeugen D.\_\_\_\_\_ und dem Privatkläger eine, wenn auch eher flüchtige, Bekanntschaft bestand, hat die

Vorinstanz zutreffend ausgeführt und gewürdigt (act. 40 S. 20). Auch hierauf kann ohne Anmerkungen verwiesen werden.

5.2. Der Privatkläger konnte zum umstrittenen Sachverhaltsteil keine genauen Angaben machen. Zwar vermochte er sich noch daran zu erinnern, wie es zur Auseinandersetzung kam, nämlich, dass er sich schlichtend zwischen D. \_\_\_\_\_ und den Beschuldigten habe stellen wollen, letzterer ihm aber einen Schlag verpasst habe, worauf er diesem ebenfalls einen Schlag verpasst habe, worauf dieser auf ihn zugekommen sei und ihn geschlagen habe. Daraufhin habe indes seine Erinnerung ausgesetzt. Den vorgeworfenen Fusstritt konnte er aus eigener Wahrnehmung nicht bestätigen, dies sei ihm im Nachhinein aber so beschrieben worden (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 3/2 S. 4). Diese Ausführungen wirken überzeugend, da sie zurückhaltend formuliert sind und er sehr genau unterscheidet zwischen eigenen Wahrnehmungen und solchen vom Hörensagen. Dies gilt auch für die Umschreibung der vorangegangenen Geschehnisse. Sie sind zurückhaltend formuliert, kommen ohne jede Übertreibung aus und enthalten zahlreiche Elemente, welche für die Schilderung von tatsächlich Erlebtem sprechen, so etwa die Beschreibung der heiteren Stimmung in seiner Gruppe und den zeitlichen Ablauf der Geschehnisse, welcher sich mit den Schilderungen der Zeugen, wie später noch aufzuzeigen sein wird, deckt. Dies gilt insbesondere für die Schilderung der Annäherungsversuche des Beschuldigten gegenüber den beiden anwesenden Zeuginnen und deren Reaktionen darauf. Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass die Ausführungen des Privatklägers glaubhaft wirken. Dass er den Fusstritt nicht erwähnte ändert nichts daran, denn seine Begründung dazu, wonach seine Erinnerung nach dem zweiten Schlag mit der Hand ausgesetzt habe, ist mehr als plausibel.

5.3. Die Ausführungen des Beschuldigten vermögen hingegen nicht zu überzeugen. Zunächst fällt auf, dass er bei der polizeilichen Einvernahme vom 1. April 2017 insbesondere betreffend den Knock-out ein ausweichendes und wenig konsistentes Verhalten an den Tag legte bzw. diesen aussparte. So hätten sie sich geschlagen und dann sei der Privatkläger am Boden gelegen (Urk. 2/1 S. 4). Später erklärte er, dass der Privatkläger dann in seine Hand gelaufen und

gleich zu Boden gegangen sei (Urk. 2/1 S. 6). Wieder später erklärte er, dass er von unten "rein geschlagen" habe, das Gewicht des Privatklägers also auf ihn gekommen sei, weshalb er so schnell k.o. gegangen sei (Urk. 2/1 S. 7). Weiter gab der Beschuldigte anfänglich zu Protokoll, dass der Privatkläger ihn bedroht habe, ohne jedoch sagen zu können, worin die Drohung bestanden haben soll. Dann habe der Privatkläger ihn schlagen wollen, wobei auch in diesem Punkt nicht klar ist, was ihn diese Schlussfolgerung hat ziehen lassen, ausser, dass sie ihm Anlass bot, seinerseits auf den Privatkläger einzuschlagen (Urk. 2/1 S. 5 ff.). Diese Aussparungen und Weiterentwicklungen lassen sich nicht mit verblassten Erinnerungen oder Gedächtnislücken erklären, zumal die Befragung kurz nach den Geschehnissen stattfand, sondern einzig damit, dass er die tatsächlichen Geschehnisse nicht schildern will (Urk. 2/1 S. 5 ff.). Dasselbe gilt für seine Ausführungen anlässlich der Haftenahme tags darauf: Auch hier gab er an, dass er Angst gehabt habe und sich habe verteidigen wollen. Einerseits sagte er aus, dass er den Privatkläger verteidigend mit Ohrfeigen, Fäusten und Kicks in die Beine und den Bauch habe auf Abstand halten wollen, andererseits erklärte er, dass er aufgrund seiner Alkoholisierung selber aus dem Gleichgewicht gewesen bzw. selber fast umgefallen sei und einfach herumgefuchelt habe. Der Beschuldigte schildert somit zwei unterschiedliche Szenarios. Im einen habe er die Situation verteidigend kontrolliert, im anderen habe er sich lediglich herumfuchtelnd zu schützen versucht (Urk. 2/2 S. 4 ff.). Letzteres steht im Widerspruch zu seinen früheren Aussagen, wonach "eins-gegen-eins" gekämpft worden und es ein "fairer fight" gewesen sei. Damals beschrieb er den Ablauf des Kampfes selber als relativ geordnet und wenig hysterisch (Urk. 2/1 S. 4 ff.). Zudem lässt sich – wie noch zu zeigen sein wird – mit den glaubhaften Aussagen der Zeuginnen und Zeugen erstellen, dass der Beschuldigte ein kontrolliertes Kampfverhalten an den Tag legte und seine Schläge und Tritte gezielt setzte. Er setzt sich somit nicht nur zu seinen eigenen Aussagen, sondern auch zu jenen der Zeugen in Widerspruch (Urk. 2/2 S. 4 ff.). Anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 9. Mai 2017 soll der Privatkläger dann durch die Energie eines Schlages, welcher er (der Privatkläger) nicht habe landen können, umgefallen sein (Urk. 2/3 S. 3). Diese Aussage steht wiederum im Widerspruch

zu den früher geäusserten Aussagen, wonach der Privatkläger durch einen Schlag des Beschuldigten zu Boden gegangen sei. Ferner ist schwer vorstellbar, dass der Privatkläger durch die Energie eines nach vorne ausgeführten, allerdings am Ziel vorbei geführten Schlages so schwer und unkontrolliert auf den Hinterkopf gefallen ist, dass er das Bewusstsein verlor (Urk. 2/3 S. 3). Die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung waren sodann blass und unscharf, frei von charakteristischen Anmerkungen und Details sowie lückenhaft. Zusammengefasst seien sie dann irgendwie in eine andere Bar, irgendwie ins Gespräch mit zwei Frauen gekommen, er habe dann irgendetwas gesagt, es sei irgendwie ziemlich schnell passiert und der Privatkläger sei irgendwie auf den Boden gefallen (Urk. 61 S. 10). In den Aussagen des Beschuldigten zeigen sich somit grobe Widersprüche, Unstimmigkeiten und Aussparungen. Sie sind grösstenteils frei von anschaulichen, charakteristischen Umschreibungen und enthalten deutliche Weiterentwicklungen. Seine Aussagen vermögen nicht zu überzeugen und sind als unglaubhaft zu qualifizieren.

5.4. Der Zeuge B.\_\_\_\_\_ in Begleitung des Beschuldigten und gab an, dass er die Auseinandersetzung erst mitbekommen habe, als diese bereits im Gang gewesen sei. Er habe sich schlichtend dazwischen stellen wollen, sei jedoch umgefallen, worauf die beiden wieder aufeinander los gegangen seien. Als er aufgestanden sei, sei der Privatkläger zusammengekracht. Auf entsprechendes Nachfragen gab er an, dass dieser steif geworden und zusammengekracht sei, wie jemand der "ausgenockt" worden sei (Urk. 4/3 S. 3 f.; Urk. 4/4 S. 3 f.). Bei diesen Aussagen fällt auf, dass sie zurückhaltend, konsistent und soweit präzise sind. Sie stützen den Anklagesachverhalt insoweit, als sie insbesondere den Sturz so beschreiben wie in der Anklage und dieser als typische Folge des erwähnten Fusstrittes erscheint. Nicht damit in Einklang zu bringen ist der Umstand, dass er ausgerechnet zur entscheidenden Frage, nämlich was genau zum Zusammenkrachen geführt hat, keine Antwort zu geben vermag. Die Begründung eines "Filmrisses" ist dabei alles andere als überzeugend, zumal sich die Ereignisse zügig zugetragen haben und er die Geschehnisse ansonsten sowohl vor als auch nach dem Schlag detailliert beschreiben konnte. Ein "Filmriss" von einem bloss kurzen Augenblick ist alles andere als wahrscheinlich, zumal es sich

bei dem den Sturz auslösenden Ereignis, sei dies nun ein Faustschlag oder ein Fusstritt, um ein einprägsames handelt. Verräterisch ist sodann die Aussage, dass er sich nicht mehr sicher sei, aber annehme, dass es ein Faustschlag gewesen sei. Was ihn zu dieser Annahme geführt hat, bleibt offen. Jedenfalls ergibt sich zusammenfassend, dass sein Aussageverhalten zur Frage der Art des Schlages ausweichend ist und er sich um eine genaue Antwort zu drücken scheint. Seine übrigen Wahrnehmungen stehen mit dem Anklagevorwurf jedoch in Einklang und sind glaubhaft.

5.5. Der Zeuge E. \_\_\_\_\_ konnte zur Frage, ob der Privatkläger mit der Faust oder mit einem Fusstritt niedergestreckt wurde, keine Aussagen aus eigener Wahrnehmung machen. Zwar gab er an, dass er fest davon überzeugt sei, dass mit der Faust geschlagen worden sei. Was ihn zu dieser Überzeugung geführt hat, ist indes nicht bekannt (Urk. 4/7 S. 2). Überzeugend und glaubhaft sind seine Aussagen allerdings, soweit sie sich auf eigene Wahrnehmungen stützen. So konnte er den Sturz sehr genau umschreiben, nämlich als eigentlichen "Knockout", wobei er es nicht bei dieser pauschalen Umschreibung belies, sondern ausführte, dass es so ausgesehen habe, wie wenn man jemanden schubse und ihm das Bein stelle (Urk. 4/8 S. 4). Er könne nicht sagen, ob es ein Faustschlag oder ein Tritt gewesen sei, aber es sei ganz klar Fremdweirkung gewesen. Einfach so falle ein Mensch nicht um und der Privatkläger sei umgefallen wie ein Baum. Es sei ein "Knockout" gewesen und "dann hinten raus" (Urk. 4/8 S. 3). Soweit der Zeuge selbst Wahrgenommenes wiederzugeben vermag, stützt dies den Anklagevorwurf durchaus, insbesondere was die Art des Sturzes betrifft. Dass er keine Fusstritte gesehen hat, ändert nichts an dieser Beurteilung, denn er hat ausgeführt, die Auseinandersetzung nicht in allen Details gesehen zu haben.

5.6. Ähnlich verhält es sich mit den Aussagen des Zeugen F. \_\_\_\_\_. Auch er hat die Geschehnisse von weitem gesehen, konnte jedoch nicht sagen, ob es ein Fuss- oder Faustschlag gewesen sei, welcher den Privatkläger zu Boden gebracht hat. Zwar gab er an, dass er denke, dass es ein Faustschlag gewesen sei. Was ihn aber zu dieser Annahme führt, lässt er offen. Aus eigener

Wahrnehmung konnte er jedoch bestätigen, dass der Beschuldigte den Privatkläger "ausgenockt" habe. Detailliert konnte er die Dynamik des vorangehenden Kampfes beschreiben, welche Aussagen im Lichte seiner mehrjährigen Kampfsporterfahrung und durch ihre Detailliertheit von besonderer Aussagekraft sind. So gab er an, dass die Schläge des Beschuldigten auf das Gesicht platziert gewesen seien und dieser jeweils sofort wieder zurückgetreten und nicht stehen geblieben sei, ganz so wie man es als Kampfsportler eben lerne (Urk. 4/1 S. 3; Urk. 4/2 S. 3 f.).

5.7. Der Zeuge D.\_\_\_\_\_, welcher ebenfalls in Begleitung des Beschuldigten war, konnte die der Auseinandersetzung vorausgehenden Geschehensabläufe detailliert und in Übereinstimmung mit den übrigen Zeugen schildern. Auch das anfängliche Gerangel beschrieb er sachlich und ohne erkennbare Übertreibungen und Auslassungen. In derselben sachlichen Art beschrieb er sodann den Fusstritt, mit welchem der Beschuldigte den Privatkläger niedergestreckt habe. Dies erzählte er aus eigener Wahrnehmung und war sich dabei sicher. Signale, welche Anlass zu Zweifeln geben sind nicht erkennbar (Urk. 4/11 S. 4 f.).

5.8. Auch die Zeugin C.\_\_\_\_\_ bestätigte, dass der Beschuldigte den Privatkläger mit einem Fusstritt niedergestreckt habe, und zwar in sehr glaubhafter Weise. Sie begann ihre Ausführungen mit einer detaillierten Schilderung der vorausgegangenen Geschehnisse. Dabei beschrieb auch sie den Beschuldigten als eigentlichen Aggressor. Dieser habe massgeblich zur anfänglich verbalen Eskalation beigetragen und habe alsdann begonnen den Privatkläger anzurempeln. Ihre Schilderungen blieben dabei stets sachlich und zurückhaltend und so berichtete auch sie, dass der Privatkläger den Beschuldigten mit den Fäusten geschlagen habe. Ebenso sachlich, zurückhaltend und klar schilderte sie den Fusstritt. Der Beschuldigte habe mit seinem Fuss ausgeholt und den Privatkläger gegen den Kopf getreten, ihn ausgeknockt, worauf dieser zu Boden gegangen und mit Wucht aufgeprallt sei (Urk. 4/5 S. 2 f.). In ihrer zweiten Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft gab sie noch detailliertere Schilderungen der Geschehnisse ab und schilderte insbesondere die Dynamik des Gerangels, nämlich, dass es dort zu gegenseitigen Faustschlägen gekommen sei, wobei der

Privatkläger wenig gezielt in Richtung des Beschuldigten geschlagen habe, worauf letzterer mit seinem Fuss zum Schlag ausgeholt und ersteren rechts am Kopf, oberhalb des Auges, getroffen habe. Besonders glaubhaft werden ihre Schilderungen durch die detaillierte Beschreibung des Zusammensackens des Privatklägers, wobei sie insbesondere auch die Begleitumstände detailliert und farbig hat schildern können, so etwa die wahrgenommenen Geräusche und die Geschehnisse nach dem letzten Schlag. All dies spricht sehr stark dafür, dass es sich bei den Schilderungen um tatsächlich selbst Erlebtes handelt, Verwechslungen oder Täuschungen können hier vernünftigerweise ausgeschlossen werden (Urk. 4/6 S. 4).

Die Verteidigung brachte anlässlich der Berufungsverhandlung vor, dass sich die Aussagen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ betreffend das Nachtatverhalten des Beschuldigten nicht mit den weiteren Zeugenaussagen decken würden. Sie mutmasste, dass die Zeugin C.\_\_\_\_\_ den Beschuldigten mit seinem Kollegen, B.\_\_\_\_\_, welcher "reingegiftelt" habe, verwechselt habe (Urk. 62 S. 4). Der Beschuldigte räumte allerdings selber ein, dass er nach dem Knock-out laut geworden sei und auch der Zeuge E.\_\_\_\_\_, welcher sehr zurückhaltend aussagte, bestätigte, dass er den Beschuldigten, ausser in den ersten fünf Minuten, als er auf Adrenalin gewesen sei, nicht als aggressiv wahrgenommen habe (Urk. 4/8 S. 4). Damit lassen sich die Ausführungen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ zum Nachtatverhalten des Beschuldigten sehr wohl mit den weiteren im Recht liegenden Aussagen in Einklang bringen. Der Einwand der Verteidigung verfängt somit nicht. Gleich verhält es sich mit den von der Verteidigung behaupteten Differenzen zu den Aussagen des Zeugen B.\_\_\_\_\_. Die Zeugin C.\_\_\_\_\_ schilderte, dass dieser habe dazwischen gehen und die beiden trennen wollen, es ihm jedoch nicht gelungen sei (Urk. 4/5 S. 2; Urk. 4/6 S. 6). Davon, dass die Zeugin sein Verhalten, wie die Verteidigung ausführte, komplett anders beschrieben habe, kann keine Rede sein. Vielmehr decken sich die Aussagen bis auf den Punkt, ob der Zeuge B.\_\_\_\_\_ auf den Boden fiel. Minimale Differenzen und Abweichungen in den verschiedenen Aussagen der Zeugen liegen bei einem dynamischen Tatablauf wie dem vorliegenden allerdings im Rahmen des zu Erwartenden. Dieser Umstand allein

vermag an den glaubhaften Aussagen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ jedenfalls keine Zweifel zu wecken.

5.9. Im Wesentlichen gleich, obwohl mit gewissen Unsicherheiten belastet, sagte die mit der Zeugin C.\_\_\_\_\_ zusammen anwesende Zeugin G.\_\_\_\_\_ aus. Auch sie schilderte die vorausgegangenen Geschehnisse und die Remperei detailliert und widerspruchsfrei. Zur Frage der Art des letzten Schlages gab sie an, dass sie sich vorerst nicht ganz sicher gewesen sei, ob es sich um einen Fuss- oder Faustschlag gehandelt habe, doch als sie sich die Situation in Erinnerung gerufen habe, sei sie zum Schluss gekommen, dass es ein Fusstritt gewesen sei. Dieses anfängliche Zögern in den Aussagen vermag die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen nicht zu erschüttern, zumal sie ihre leichte Unsicherheit damit zu begründen vermochte, dass sie sich letztlich sicher sei, dass es ein Kick und kein Schlag gewesen sei, weil sie die Körperposition vor Augen gehabt und dabei das erhobene Bein gesehen habe. Im Lichte ihrer weiteren, detaillierten und mit Bedacht gemachten Aussagen, sind auch diese als glaubhaft zu qualifizieren (Urk. 4/10 S. 4 ff.).

5.10. Fasst man diese Aussagen zusammen, ergibt sich ein insgesamt klares und übereinstimmendes Bild: Die anfänglich verbale Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und dem Privatkläger schlug alsbald in tätliche um, in welchem Rahmen Schläge ausgeteilt wurden. Schliesslich hat der Beschuldigte zu einem Fusskick ausgeholt und den Privatkläger derart am Kopf getroffen, dass dieser bewusstlos nach hinten gefallen ist und sich dabei die in der Anklage umschriebenen Verletzungen zugezogen hat. Aus dem Umstand, dass der Privatkläger rechtsseitig auf Augenhöhe keine Verletzungen aufwies, kann – entgegen der Verteidigung – nicht darauf geschlossen werden, dass dieser erst durch den Aufschlag auf dem Boden und nicht aufgrund des Fusstrittes die Bewusstlosigkeit verlor. Die Zeuginnen C.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ führten eindrücklich aus, wie der Privatkläger aufgrund des Fusstrittes gegen den Kopf zu Boden ging bzw. zusammensackte (Urk. 4/5 S. 2; Urk. 4/9 S. 1). Die Zeugin C.\_\_\_\_\_ hat gemäss eigenen Aussagen genau beobachten können, wie der Privatkläger die Augen verdreht habe und wie ein Stein zu Boden gefallen sei (Urk. 4/5 S. 3).

Auch der Zeuge F.\_\_\_\_\_ schilderte, dass der Privatkläger "pfeifengerade" wie ein Pfahl umgefallen sei und der Zeuge E.\_\_\_\_\_ gab an, dass der Privatkläger umgefallen sei "wie ein gefälltter Baum" (Urk. 4/2 S. 4; Urk. 4/7 S. 1). Lediglich der Zeuge B.\_\_\_\_\_ erklärte in diesem Punkt, dass der Beschuldigte nach vorne zusammengebrochen sei, was indes durch die Verletzungen am Hinterkopf widerlegt ist. Selbst er sprach allerdings davon, dass es gewirkt habe, als ob jemand ausgeknockt worden wäre (Urk. 4/4 S. 4 f.) Gestützt auf die in diesem Punkt auch terminologisch erstaunlich übereinstimmenden Zeugenaussagen ist erstellt, dass der Privatkläger die Bewusstlosigkeit durch den Fusstritt an den Kopf verlor. Wer wie ein Baum bzw. ein Pfahl oder ein Stein zu Boden geht, lässt offensichtlich jegliche Schutzreflexe im Hinblick auf den bevorstehenden Aufprall auf dem Boden vermissen. Hätte der Privatkläger das Bewusstsein erst aufgrund des Aufpralls auf dem Boden verloren, hätte sich dieser – auch in alkoholisiertem Zustand – gegen den bevorstehenden Aufprall auf dem Boden zu schützen versucht. Dass der Privatkläger bei Bewusstsein völlig regungslos zu Boden gefallen wäre, kann ausgeschlossen werden. Damit ist auch der Einwand der Verteidigung, dass der Privatkläger aufgrund seiner Alkoholisierung zu Boden gefallen sei, widerlegt.

Wenn die Verteidigung ferner aus dem Umstand, dass der Privatkläger rechtsseitig auf Augenhöhe keine Verletzungen aufwies, ableiten wollte, dass der Fusstritt nur schwach war, ist entgegenzuhalten, dass die Entstehung von Hirnverletzungen wie z.B. leichter Schädel-Hirn-Traumas bzw. Hirnerschütterungen, wie sie der Privatkläger erlitten hat, vor allem von der Beschleunigung des Kopfes abhängt (Urk. 5/13). Das Institut für Rechtsmedizin macht in ihrem Gutachten vom 31. Juli 2017 darauf aufmerksam, dass es insbesondere bei Tritten zu einer sehr starken Beschleunigung des Kopfes kommen könne und solche entsprechend als sehr gefährlich anzusehen seien. Die Bewusstlosigkeit tritt dabei aufgrund der Beschleunigung des Kopfes und dem folgenden Aufprall des Hirns gegen die Schädelwand ein. Verletzungen der äusseren Kopfhaut und der Schädelknochen können somit auftreten, müssen aber nicht. Aus dem glücklichen Umstand, dass solche nicht aufgetreten sind, lassen sich keine Hinweise auf einen besonders schwachen Tritt ableiten.

5.11. Auch hinsichtlich der inneren Vorgänge beim Beschuldigten bestehen aufgrund der klaren Beweislage keine Zweifel: Der Beschuldigte versetzte dem Privatkläger im Verlaufe der Auseinandersetzung einen gezielten Tritt gegen den Kopf, wodurch dieser bewusstlos zu Boden sackte (Urk. 40 S. 24). Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, gibt es für diesen Tritt keine andere Erklärung als den Willen, den Gegner damit ausser Gefecht zu setzen. Der Tritt erfolgte nicht aus einer Verteidigungshaltung heraus. Die möglichen Auswirkungen dieses Trittes sind jedem klar, sie waren es insbesondere auch dem kampfsporngeschulten und -erprobten Beschuldigten, welcher selbst mehrfach ausgesagt hat, dass er über mehrere Jahre Kung Fu erlernt bzw. ausgeübt habe (Urk. 61 S. 4). Es trifft somit nicht zu, dass die Vorinstanz dem Beschuldigten, wie die Verteidigung vorbrachte, unterstellt habe, kampfspornerprobt zu sein. Wenn die Verteidigung ferner vorbrachte, dass der Beschuldigte – eben wegen dieser Kampfsporterfahrung – in der Lage gewesen sei, den Tritt zu steuern und zu dosieren und er bewusst nicht so stark getreten habe, ist ihr insofern Recht zu geben, als dass der Beschuldigte grundsätzlich sicherlich in der Lage ist, seine Tritte zu steuern und zu dosieren. Gemäss erstelltem objektivem Sachverhalt hat er den Tritt denn auch an Kopf des Privatklägers gesteuert. Eine Körperregion, in die man kaum tritt, wenn man sich lediglich verteidigen möchte, was der Beschuldigte insofern bestätigte als er einräumte, verteidigend gegen die Beine und den Bauch des Privatklägers gekickt zu haben. Dass der Beschuldigte nun, nachdem er sich entschieden hatte, gegen den Kopf des Privatklägers zu treten, den Tritt genau so dosierte, dass dieser nicht zum Verlust des Bewusstseins führen können, ist allerdings unwahrscheinlich. Fraglich ist auch, was er mit einem solchen Tritt hätte bezwecken wollen. Der Beschuldigte räumte ein, dass es sich bei einem High-Kick um ein Manöver handle, das nicht immer gelinge (Urk. 61 S. 12). Dass der Beschuldigte sich im Kampf für ein schwieriges Manöver entscheidet und dieses dann so dosiert, dass es im Endeffekt keine weitere Wirkung hat, ist nicht nachvollziehbar. Hierzu wären Tritte gegen Bauch und / oder Beine – wie von ihm eingeräumt – klar besser geeignet. Ferner ist die Situation im Training klarerweise von jener in einem tatsächlichen Kampf zu unterscheiden. Dass der Beschuldigte im Kampf, mit gemischten Gefühlen, in

Aufregung und auch unter Angst, wie er selber ausführte, in der Lage war, die Intensität des Trites zu dosieren, erscheint ebenfalls unwahrscheinlich. Damit ist allerdings sowohl fraglich, was der Beschuldigte mit einem sanft dosierten Tritt hätte bezwecken wollen als auch, ob er hierzu – insbesondere unter den gegebenen Umständen – überhaupt in der Lage war.

In Berücksichtigung all dieser Umstände ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte den Tritt gegen den Kopf des Privatklägers weder dosierte noch hat dosieren wollen. Der Beschuldigte wusste eben gerade auch aufgrund seiner Kampfsporterfahrung, welche Folgen ein solcher Tritt gegen den Kopf eines alkoholisierten Gegners haben kann und nahm diese zumindest in Kauf. Der Sachverhalt ist damit anklagegemäss erstellt.

## 6. Rechtliche Würdigung / Rechtswidrigkeit

6.1. Die Anklagebehörde würdigt das Verhalten des Beschuldigten als versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Urk. 63 S. 1).

Der Beschuldigte bringt vor, er habe in Notwehr bzw. zumindest Putativnotwehr und damit nicht rechtswidrig gehandelt. Ferner liege zumindest eine stillschweigende Einwilligung des Privatklägers vor, was das Unrecht der Tat ausschliesse (Urk. 62 S. 11 f.). Falls das Gericht der Meinung sei, es liege kein schuldauausschliessender Rechtfertigungsgrund vor, sei das Verhalten des Beschuldigten als Tätlichkeit im Sinne von Art. 126 StGB zu qualifizieren. Der Privatkläger habe durch den Fusstritt keine unmittelbaren Verletzungen oberhalb des Auges erlitten. Vielmehr habe sich dieser die Verletzungen aufgrund seines unkontrollierten Sturzes bedingt durch seinen erheblichen Alkoholkonsum zugezogen. Es fehle somit die notwendige Kausalität zwischen dem Verhalten des Beschuldigten und den Verletzungen des Privatklägers (Urk. 62. S. 13).

6.2. Die Vorinstanz hat die Tatbestandselemente der schweren Körperverletzung sowie die rechtlichen Grundlagen des Versuchs und des Eventualvorsatzes sehr ausführlich und zutreffend dargelegt. Es kann, um unnötige Wiederholungen zu

vermeiden, vollumfänglich darauf verweisen werden (Urk. 40 S. 24 ff.). Weiter kann auf die reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Körperverletzungen in Folge von Fusstritten gegen den Kopf verwiesen werden (Urteile des Bundesgerichts 6B\_181/2015 vom 23. Juni 2015; 6B\_1250/2013 vom 24. April 2015; 6B\_839/2014 vom 21. April 2015; 6B\_901/2014 vom 27. Februar 2015; 6B\_45/3013 vom 18. Juli 2013). In konstanter Rechtsprechung hält es dabei fest, dass der Kopf ein besonders sensibler Körperteil ist und Kopfverletzungen gravierende Folgen nach sich ziehen können (Urteile des Bundesgerichts 6B\_208/2015 vom 24. August 2015 E. 12.4; 6B\_181/2015 vom 23. Juni 2015 E. 2.3; 6B\_132/2015 vom 21. April 2015 E. 2.3; 6B\_901/2014 vom 27. Februar 2015 E. 2.7).

6.3. Im Lichte dieser Praxis gilt es festzuhalten, dass die vom Privatkläger erlittenen Verletzungen nicht besonders gravierend sind. Zwar war er nach dem entscheidenden Schlag für rund 5 Minuten bewusstlos und verlor reichlich Blut. Nebst einer Halswirbelsäulenprellung, einer Hirnerschütterung sowie einer Quetsch-Riss-Wunde am Hinterkopf rechts erlitt er ein Kopfschwartenhämatom (Urk. 5/8; Urk. 5/13 S. 7). Der objektive Tatbestand der schweren Körperverletzung ist somit nicht erfüllt.

6.4.1. In subjektiver Hinsicht stellt sich die Situation jedoch anders dar: Der Beschuldigte machte stets geltend, dass er den Privatkläger weder habe verletzen wollen noch dies in Kauf genommen habe (Urk. 2/1 S. 8; Urk. 2/5 S. 3; Prot. I S. 23).

6.4.2. Es liegt in der Natur der Sache, dass über innere Vorgänge in der Regel nicht direkt Beweis geführt werden kann. Vielmehr muss auf Grund äusserlich wahrnehmbarer Umstände auf innere Tatsachen geschlossen werden. Vorliegend stellt sich die Frage, ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat. Zu den zu berücksichtigenden äusserlich wahrnehmbaren Tatsachen 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 S. 17; 134 IV 26 E. 3.2.2 S. 28 f.; 133 IV 9 E. 4.1 S. 16; je mit Hinweisen). Das Sachgericht hat die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen es auf Eventualvorsatz geschlossen hat (Urteil des Bundesgerichts 6B\_161/2016 E. 1.3.2; BGE 134 IV 189 E. 1.3 mit Hinweisen).

6.4.3. Es ist allgemein bekannt, dass starke Schläge gegen den Kopf, insbesondere aber Fusstritte gegen den Kopf, geeignet sind, schwerste Folgen auf die Gesundheit des Opfers zu haben. Sei dies einerseits als direkte Folge des Trittes, insbesondere aber als indirekte Folge des unkontrollierten Fallens und des damit verbundenen Aufschlagen des Kopfes. Dass dies nicht nur zu schwersten Schädel- und Hirnverletzungen führen kann, ist ebenso bekannt, was auch in die bundesgerichtliche Rechtsprechung Eingang fand (Urteil des Bundesgerichts 6B\_643/2011 vom 26. Januar 2012 E. 2.3.3). Soweit die Verteidigung anbrachte, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit versuchter schwerer Körperverletzung begangen durch Fusstritte nicht unbesehen auf den vorliegenden Sachverhalt übernommen werden dürfe, zumal diesen Urteilen jeweils Sachverhalte zugrunde gelegen hätten, bei denen es um Tritte auf ein am Boden liegendes und wehrloses Opfer gegangen sei, ist ihr insofern Recht zu geben, als der blosser Verweis auf diese Rechtsprechung die tatsächliche und rechtliche Bewertung der Gefährlichkeit des zu beurteilenden Übergriffs im konkreten Einzelfall nicht zu ersetzen vermag. Die Feststellung, dass der Kopf ein besonders sensibler Körperteil ist und Kopfverletzungen gravierende Folgen nach sich ziehen können, beansprucht allerdings auch im vorliegenden Fall Geltung. Gerade mit Blick auf die gravierenden Folgen des Aufpralls eines bewusstlosen Opfers mit dem Kopf auf dem Boden (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 6B\_388/2012), erscheint ein Fusstritt gegen ein stehendes Opfer unter keinen Umständen weniger geeignet, schwere Verletzungen herbeizuführen als Tritte gegen ein am Boden liegendes, wehrloses Opfer. Selbst wenn diese Opfer aktiv in einen Kampf verwickelt und damit in gewissem Masse auf Gewalteinwirkung

vorbereitet ist, gilt dies selbstverständlich nicht mehr, wenn es aufgrund eines Schlages oder Trittes bewusstlos zu Boden fällt.

6.4.4. Subjektiv darf nicht unbesehen davon ausgegangen werden, dass der Täter mit seinen Handlungen solche Folgen auch in Kauf genommen hat. Vielmehr müssen bei abstrakt lebensgefährlichen Tathandlungen weitere Umstände hinzutreten, die im konkreten Fall auf den Eintritt und die Inkaufnahme einer schweren Verletzung im Sinne von Art. 122 StGB schliessen lassen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_161/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 1.4.2). Solche Umstände dürfen nicht leichtfertig angenommen werden. Eine solche Annahme verbietet sich beispielsweise dann, wenn das Opfer im Rahmen einer harmlosen Rauferei unglücklich stürzt und sich dabei schwerste Verletzungen zuzieht.

Davon ist der vorliegende Sachverhalt jedoch weit entfernt: Dass der im Kampfsport ausgebildete und erfahrene Beschuldigte nach den Faustschlägen auf den Fusstritt wechselte, spricht für sich. Da es sich bei einem hohen Fusstritt um ein schwieriges Manöver handelt, werden solche in üblichen bzw. harmlosen Raufereien, in welchen meist Faustschläge ausgeteilt werden, nur selten und nur von Personen angewandt, welche – meist aufgrund ihrer Kampf- bzw. Kampfsporterfahrung – hierzu überhaupt in der Lage und darin geübt sind. Dieses Vorgehen wählt denn auch nur, anders etwa als das Schlagen mit Fäusten, wer damit eine bestimmte, durchschlagende Wirkung erzielen will. Einen anderen Sinn, als dem Privatkläger geplant und gezielt einen Schlag mit noch stärkerer Kraft als der Faust zu verpassen und ihn k.o. zu schlagen, konnte dieser Tritt nicht haben. Folglich musste er – wie festgestellt – zumindest damit gerechnet haben, dass der Fusstritt zum eigentlichen K.o.-Schlag wird und der Privatkläger sein Bewusstsein verlieren und unkontrolliert stürzen wird. Dass dies gravierendste Kopfverletzungen mit all ihren möglichen Konsequenzen zur Folge haben kann, musste sich ihm als höchst wahrscheinlich aufdrängen, so dass sein Verhalten nur als Inkaufnahme der Verwirklichung des Erfolgs ausgelegt werden kann. Unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_388/2012 ist daran zu erinnern, dass insbesondere das Risiko des Aufschlagens eines bewusstlosen Opfers mit dem Kopf auf dem Boden ein immenses Verletzungs-

risiko birgt. Soweit die Verteidigung auch unter diesem Titel nochmals ausführte, dass der Privatkläger keine Verletzungen rechtsseitig auf Augenhöhe aufgewiesen habe, ist dies, insofern erstellt werden konnte, dass er durch den Fusstritt an den Kopf bewusstlos wurde, nicht von Relevanz. Wer einem stehenden Opfer, sei dies auch im Rahmen einer körperlichen Auseinandersetzung, einen Fusstritt an den Kopf versetzt, nimmt dadurch in Kauf, dass das Opfer bewusstlos zu Boden fällt. Hinzuweisen ist aber auch auf die Feststellungen des Institutes für Rechtsmedizin, nach welchen eine stumpfe Gewaltanwendung gegen den Kopf in Form von Schlägen und / oder Tritten zu tödlichen Blutungen im Kopfinnen und / oder tödlichen Hirngewebsverletzungen führen könne. Dabei ist entscheidend, dass das Ausmass solcher Verletzungen gemäss Institut für Rechtsmedizin aufgrund erheblicher intra- und interindividueller Unterschiede (z.B. von Weichteil- und Schädeldecke) vom Angreifer nicht vorausgesehen oder gezielt gesteuert werden kann (Urk. 5/13 S. 9). Eventualvorsatz ist entsprechend zu bejahen, womit der subjektive Tatbestand der schweren Körperverletzung erfüllt ist.

6.5.1. Der Beschuldigte liess geltend machen, dass er in Notwehr bzw. Putativnotwehr gehandelt habe. Abwehr sei zulässig, sobald mit einem Angriff ernstlich zu rechnen sei und jedes weitere Zuwarten die Verteidigungschance gefährde. Der Angriff drohe mit anderen Worten nicht erst unmittelbar, wenn es für den Angreifer kein Zurück mehr gebe, sondern bereits, wenn der Bedrohte nach den gesamten Umständen mit dem sofortigen Angriff rechnen müsse (mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B\_780/2009 vom 21. Januar 2010 E. 2.3). Gestützt auf die an den Beschuldigten gerichtete Frage des Privatklägers zu Beginn der Auseinandersetzung, ob er eine Schlägerei wolle, habe der Beschuldigte damit rechnen müssen, dass der körperlich überlegene und stark betrunkene Privatkläger tatsächlich auf ihn losgehen werde, wogegen er sich habe wehren dürfen (Urk. 62 S. 11 f.).

6.5.2. Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren (Art. 15 StGB). Dabei ist

zutreffend, dass – wie auch die Vorinstanz bereits ausgeführt hat – der Angriff droht, wenn der Bedrohte nach den gesamten Umständen mit dem sofortigen Angriff rechnen muss (Urteil des Bundesgerichts 6B\_780/2009 vom 21. Januar 2010 E. 2.3). Die Vorinstanz hielt unter Verweis auf diese Rechtsprechung fest, dass der Beschuldigte zunächst die verbale Auseinandersetzung zumindest mitverursacht und sodann die tätliche Auseinandersetzung mit dem ersten Schlag gegen den Privatkläger eingeleitet habe (Urk. 40 S. 29 f.). Das ist zutreffend. Ergänzend ist anzumerken, dass der Beschuldigte aufgrund der Bemerkung des Privatklägers, ob er eine Schlägerei wolle, auch wenn diese wohl provokativ gestellt war, nicht mit einem sofortigen Angriff hat rechnen müssen. Auch ist aufgrund dieser blossen Bemerkung nicht ersichtlich, inwiefern der Beschuldigte sich irrtümlicherweise hätte vorstellen können, er werde (schon) rechtswidrig angegriffen.

Von einer durch den Privatkläger geschaffenen Angriffssituation kann somit nicht die Rede sein. Es war vielmehr der Beschuldigte, welcher nach der verbalen Auseinandersetzung die tätliche initiierte. Eine Notwehrsituation lag – ebenso wie ein Irrtum über einen bereits im Gang befindlichen Angriff – nicht vor. Damit ist das Verhalten des Beschuldigten rechtswidrig.

6.6. Weiter liess der Beschuldigte vorbringen, dass der Privatkläger, indem er sich freiwillig und aktiv in eine körperliche Auseinandersetzung mit dem Beschuldigten begeben habe, in das Unrecht eingewilligt habe (Urk. 62 S. 12).

Dieser Einwand scheidet bereits daran, dass die Einwilligung in eine schwere Körperverletzung, welche keinem sittlichen Wert dient, nicht möglich ist. Dass muss auch gelten, wenn es beim Versuch bleibt. Ferner muss die Einwilligung vom Berechtigten vor dem Eingriff in Kenntnis aller wesentlichen Umstände und freiwillig geäussert worden sein und nicht nur die Verletzungshandlung, sondern auch den Verletzungserfolg umfassen (PK StGB-TRECHSEL/GETH 2018, Art. 14 N 12). Davon kann vorliegend keine Rede sein. Dieser Einwand vermag den Beschuldigten somit ebenfalls nicht zu entlasten.

6.7. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB erfüllt hat. Er hat rechtswidrig und schuldhaft gehandelt und ist deshalb anklagegemäss schuldig zu sprechen.

## 7. Strafzumessung

Die Vorinstanz hat ausführliche Erwägungen zur Strafzumessung und zum Strafraumen im Besonderen gemacht. Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden (Urk. 40 S. 31 ff.).

7.1. Bei der Bewertung der Tatkomponente gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mehrmals zuschlug und sich der Privatkläger eine Riss-Quetsch-Wunde von ca. 8 cm Länge am Hinterkopf rechts, eine Hirnerschütterung, eine Prellung der Halswirbelsäule sowie ein Kopfschwartenhämatom im Bereich der Riss-Quetsch-Wunde zuzog (Urk. 5/13 S. 7). Die Gewalteinwirkung auf den Kopf des Privatklägers hätte zu invalidisierenden, lebensgefährlichen oder gar tödlichen Blutungen im Kopfinnern bzw. Hirnverletzungen führen können. Aufgrund der eingetretenen Bewusstlosigkeit bestand sodann die Gefahr eines ungehemmten Einatmens von Fremdinhalten in die Lunge resp. eines vollständigen Verlegens der Atemwege infolge der Erschlaffung der Muskulatur mit Zurücksinken der Zunge in den Rachenraum (Urk. 5/13 S. 9). Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass den effektiv zugezogenen Verletzungen etwas Zufälliges anhaftet und der Privatkläger von Glück reden kann, dass nichts Schlimmeres passiert ist. Somit sind diese Umstände bei der Bemessung der objektiven Tatschwere nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, was nach dem normalen Lauf der Dinge hätte passieren können. Dem Umstand, dass die Verletzungen nicht derart gravierend waren, wird durch die Qualifikation als Versuch Rechnung getragen. Insgesamt erweist sich das Verschulden in diesem Punkt bereits als erheblich, womit sich die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 28 Monaten als zu milde erweist. Angemessen erscheint eine Einsatzstrafe von 36 Monaten.

7.2. In subjektiver Hinsicht gilt es zu berücksichtigen, dass die der Tat zu Grunde liegende verbale Auseinandersetzung und Remperei vom Beschuldigten mitverursacht bzw. initiiert wurde. Die Tat erfolgte somit aus nichtigem Anlass. Dass der Privatkläger im Zuge dieser Auseinandersetzung ebenfalls tätlich wurde, ändert nichts an dieser Beurteilung.

Zu Gunsten des Beschuldigten ist davon auszugehen und entsprechend zu berücksichtigen, dass er lediglich eventualvorsätzlich gehandelt hat. Dasselbe gilt für seinen Alkoholisierungsgrad von maximal 1.81 Gewichtspromille, welcher leicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen ist.

Ebenfalls verschuldensmindernd wirkt sich der Umstand aus, dass die Tat im Versuchsstadium blieb. Entgegen der Vorinstanz, welche für diesen Fall nur eine fakultative Strafmilderung vorsehen will, ist die Berücksichtigung des Versuches obligatorisch (BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 22 N 28; WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N 26). Zutreffend hielt die Vorinstanz jedoch fest, dass bei der Bemessung der Minderung der Strafe die Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und die tatsächlichen Folgen der Tat eine entscheidende Rolle spielen (Urteile des Bundesgerichts 6B\_422/2008 und 6B\_105/2010; BGE 137 IV 113; BGE 127 IV 101 E. 2b; BGE 121 IV 49 E. 1b). Vorliegend fällt in Betracht, dass gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin sowohl ein Aufschlagen auf einem harten Untergrund als auch die Bewusstlosigkeit als lebensgefährdender Vorgang bzw. Zustand einzuschätzen sind, da es bei einer Bewusstlosigkeit aufgrund des Erlöschens der Schutzreflexe zu einer Verlegung der Atemwege durch Einatmung von Mageninhalt bzw. einer zurückgesunkenen Zunge und somit zu einem Erstickungstod kommen könne (Urk. 5/17 S. 3). Durch das Eingreifen der Zeugin C.\_\_\_\_\_ und deren fachfraulichen Eingreifens in Form der Seitenlagerung, konnte diese Gefahr abgewendet werden. Damit hat der Beschuldigte alles unternommen, was zu einer schweren Körperverletzung führen kann. Aus diesen Gründen ist lediglich eine leichte Reduktion der Strafe angezeigt.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Verschulden des Beschuldigten bereits als mittelschwer zu qualifizieren ist und deshalb von einer Einsatzstrafe von 32 Monaten Freiheitsstrafe auszugehen ist.

7.3. Bei der Täterkomponente kann, insbesondere was die Biografie des Beschuldigten anbelangt, vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz sowie jene anlässlich der Berufungsverhandlung vom 28. Februar 2019 verwiesen werden (Urk. 40 S. 37 f.; Urk. 61 S. 4 ff.). Die Schlussfolgerung, wonach sich die persönlichen Verhältnisse nicht auf die Strafzumessung auswirken, ist zutreffend. Zu seinen Ungunsten wirken sich jedoch seine vier Vorstrafen aus. Wohl liegen diese mittlerweile bereits einige Jahre zurück, doch handelte es sich dabei keineswegs nur um Bagatelldelikte. Die Freiheitsstrafe des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Juli 2011 von 12 Monaten wurde im Umfang von 6 Monaten vollstreckt, wobei die Probezeit aufgrund neuer Delinquenz um ein Jahr verlängert wurde, nachdem er bereits vorher diesbezüglich verwarnt werden musste (Urk. 44). Die von der Vorinstanz als mittelgradig eingestufte Höhe der Auswirkung der Vorstrafen erweist sich damit als angemessen (Urk. 40 S. 38).

7.4. Kaum zu seinen Gunsten auszuwirken vermag sich sein Teilgeständnis hinsichtlich des äusseren Ablaufs der Geschehnisse. Im Lichte der erdrückenden Beweislage in Form von mehreren anwesenden Zeugen wäre jegliches Leugnen zwecklos gewesen, und er musste für das Ablegen des Geständnisses kaum innere Hürden überwinden. Somit ist sein Teilgeständnis, zumal dieses nur einen kleinen Teil des Tatvorwurfs betrifft, kaum strafmindernd zu berücksichtigen.

7.5. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auf Grund der Täterkomponente angesichts der Vorstrafen eine Erhöhung um 6 Monate und wegen des Teilgeständnisses eine Reduktion um 2 Monate angemessen ist, weshalb die Einsatzstrafe um 4 Monate auf 36 Monate zu erhöhen ist. Der Anrechnung der 67 Tage erstandener Haft im Sinne von Art. 51 StGB steht nichts entgegen.

## 8. Vollzug

8.1. Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von höchstens 2 Jahren aufschieben, weshalb vorliegend ein Aufschub nicht möglich ist (Art. 42 StGB). Hingegen kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen

(Art. 43 Abs. 1 StGB). Im Bereich von Freiheitsstrafen von über zwei Jahren bis maximal drei Jahren tritt der teilbedingte Vollzug an die Stelle des bedingten Strafvollzuges. Sind somit die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 StGB erfüllt, ist der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren (BGE 134 IV 1 E. 5.5.1). Mit Blick auf Art. 42 Abs. 2 StGB gilt es festzuhalten, dass innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat keine Strafe von über 6 Monaten verhängt wurde (Urk. 54A). Die günstige Prognose wird somit vermutet, kann allerdings widerlegt werden (BGE 134 IV 5).

8.2. Eine eigentliche Schlechtsprognose ist dem Beschuldigten allerdings auch trotz strafrechtlich belasteter Vergangenheit nicht zu stellen. Der Beschuldigte weist, wie oben ausgeführt, vier Vorstrafen auf. Vom begangenen Raub abgesehen handelt es sich dabei jedoch nicht um einschlägige Delikte. Ferner verfügt er zwar eher über ein zurückgezogenes, aber intaktes Sozial- und Familienleben und gemäss Erkenntnissen aus der Berufungsverhandlung aktuell über eine feste Anstellung, wenn auch seine berufliche Zukunft in Anbetracht seiner diesbezüglichen Vergangenheit nicht als gesichert gelten kann (Urk. 60; vgl. Ziffer 9.4 sogleich). Alkohol trinke er nur noch in Massen und härtere Drogen konsumiere er nicht mehr (Urk. 61 S. 7). Berücksichtigt man weiter, dass – wie nachfolgend noch dargelegt wird – einerseits eine längere Landesverweisung ausgesprochen wird und er die Chance bekommt, in seiner Heimat ein neues Leben zu beginnen, wofür er beste Voraussetzungen mitbringt, und andererseits ein Teil der auszusprechenden Strafe zu vollziehen ist, kann vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen und dem Beschuldigten für die auszusprechende Strafe der teilbedingte Vollzug gewährt werden. Mit einer Probezeit von vier Jahren wird den bestehenden Bedenken Rechnung getragen.

Insgesamt rechtfertigt es sich somit, dem Beschuldigten den teilbedingten Strafvollzug zu gewähren. Dem bereits erheblichen Verschulden des Beschuldigten ist es angemessen, die auszufällende Freiheitsstrafe von 36 Monaten im Umfang von 18 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren aufzuschieben und im Umfang von 18 Monaten zu vollziehen.

## 9. Landesverweisung

9.1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Ausfällung einer Landesverweisung umfassend und zutreffend dargelegt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 40 S. 42 f.).

9.2. Die Verteidigung beantragt, es sei auf eine Landesverweisung zu verzichten, da ein schwerer persönlicher Härtefall vorliege. Der Beschuldigte, welcher als 13-jähriger in die Schweiz gekommen sei, habe – wenn auch knapp – als hier aufgewachsen zu gelten. Er sei ferner beruflich integriert und weise sein engstes persönliches Umfeld in der Schweiz aus. Zu seinem Vater und den beiden älteren Brüdern habe er hingegen lediglich sporadisch Kontakt und keine engeren Beziehungen. Eine Integration in Chile sei auch deshalb unmöglich, weil seine beruflichen Fähigkeiten als Gärtner mangels finanzieller Mittel chilenischer Auftraggeber nicht gesucht seien (Urk. . 62 S. 15 ff.).

9.3. Da es sich vorliegend um eine sogenannte Katalogtat handelt, in welchen Fällen eine Landesverweisung vorgeschrieben ist und nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden darf, ist nachfolgend zu untersuchen, ob die Landesverweisung einen persönlichen Härtefall für den Beschuldigten darstellt und bejahendenfalls, ob aufgrund einer Interessensabwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Landesverweisung von dieser abgesehen werden kann.

Die Verteidigung wies zutreffend darauf hin, dass sich das Bundesgericht zur Frage, welche Ausländer im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB in der Schweiz aufgewachsen bzw. geboren sind, noch nicht geäußert hat. Sie verweist auf die Ansicht von ZURBRÜGG/HRUSCHKA, nach welchen eine Person als in der Schweiz aufgewachsen gilt, wenn sie die prägenden Jahre hier verbracht habe. Dies könne bspw. der Fall sein, wenn die Person während fünf Jahren die obligatorische Schule in der Schweiz besucht oder einen grossen Teil der frühen Kindheit in der Schweiz verbracht habe. In Anlehnung an den bei Einbürgerungen häufig verwendeten Fünfjahreszeitraum eines Aufenthalts könne wohl davon ausgegangen werden, dass eine Person, die fünf Jahre in der Schweiz vor ihrem 18. Geburtstag gelebt habe, hier aufgewachsen sei (BSK StGB I, N 124 zu Art. 66a mit Hinweis auf Art. 9 BüG). Die Vorinstanz hat allerdings ebenso

zutreffend darauf hingewiesen, dass im Schrifttum die Grenze mit Blick auf die Bestimmungen des Ausländergesetzes bzw. des Bürgerrechtsgesetzes vor dem Erreichen des zehnten bzw. des zwölften Lebensjahres angesetzt werde (mit Hinweis auf BERGER, Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative, Jusletter 7. August 2017 und BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, S. 101).

9.4. Der Beschuldigte bestätigte anlässlich der Berufungsverhandlung vom 28. Februar 2019, dass er im Jahr 2005 in die Schweiz gekommen sei (Urk. 61 S. 5). Er lebe hier mit seinen Geschwistern und seiner Mutter, wobei er ein enges bzw. sehr enges Verhältnis zu ihnen habe. Seit rund einem Jahr befinde er sich in einer festen Beziehung zu einer in der Schweiz lebenden Partnerin und er verfüge in der Schweiz über einen engen Kollegenkreis (Urk. 61 S. 2 f.). Das letzte Mal sei er über Weihnachten 2018 in Chile gewesen, wobei die Verteidigung anmerkte, dass seine Mutter und seine Schwestern unbedingt nach Chile hätten gehen wollen und der Beschuldigte, welche die Festtage nicht alleine in der Schweiz habe verbringen wollen, mitgegangen sei (Prot. II S. 7). Der Beschuldigte bestätigte ferner, dass er in der Schweiz drei Jahre lang die Oberstufe besucht und während zweier Jahre eine verkürzte Lehre bzw. eine Anlehre als Landschaftsgärtner absolviert habe. Wann er das letzte Mal illegale Drogen konsumiert habe, wisse er nicht mehr, das sei lange her. Auch mit dem Alkoholkonsum gebe es keine Problem, er trinke einfach nicht viel (Urk. 61 S. 6 f.).

9.5. Wenn der Beschuldigte, geboren am tt. August 1991, im Jahr 2005 in die Schweiz kam, lebte er – wenn auch knapp – nicht während fünf vollständiger Jahre vor seinem 18. Geburtstag in der Schweiz. Weder nach der von ZURBRÜGG/HRUSCHKA noch nach der von der Vorinstanz zitierten Auffassung von BERGER oder BUSSLINGER/UEBERSAX gilt der Beschuldigte als in der Schweiz aufgewachsen. Mithin kann nicht ohne Einzelfallprüfung, gewissermassen automatisch, ein persönlicher Härtefall angenommen werden. Im Rahmen der Einzelfallprüfung sind nach dem Bundesgericht die Integration, die Respektierung der Rechtsordnung, die Familienverhältnisse, die finanziellen Verhältnisse sowie

der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Gesundheitszustand und die Möglichkeiten der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat in Berücksichtigung zu ziehen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_209/2018 vom 23. November 2018).

9.6. Der Beschuldigte hat hierorts die Oberstufe besucht und eine Anlehre absolviert. Er hat hier somit zweifelsohne eine prägende Zeit verbracht, wobei dies auch uneingeschränkt für die Tatsache gilt, dass er die gesamte Unterstufe in Chile besucht hat. Er brachte sodann vor, dass er in der Schweiz sowohl familiär als auch partner- und freundschaftlich eng verflochten sei. Anlässlich der Berufungsverhandlung beschrieb er das Verhältnis zu zwei Kollegen genauer, wobei er den einen Kollegen rund zwei Mal in der Woche und den anderen Kollegen meist am Wochenende sehe. Auch seine Partnerin sehe er rund drei Mal in der Woche und diese sei am Wochenende meist bei ihm. Es kann wohl von einem eher zurückgezogenen, aber durchaus intaktem, insgesamt durchschnittlichen Sozialleben die Rede sein. Dass er von der Landesverweisung unter diesem Gesichtspunkt härter betroffen wäre als ein Anderer, kann mit Blick auf die freund- und partnerschaftlichen Beziehungen des Beschuldigten allerdings nicht gesagt werden. Familiär pflege er einen engen Kontakt zu Mutter und Geschwistern. In Chile lebt sein Vater sowie zwei seiner weiteren Geschwister, mit welchen er aber "nicht so viel Kontakt" habe (Urk. 15/7 S. 3; Urk. 62 S. 16). Dass der Beschuldigte mit den in Chile lebenden Geschwistern und seinem Vater nicht so viel Kontakt hat, ist angesichts der räumlichen Distanz kaum überraschend. Mit seinen Aussagen ist allerdings auch klar, dass kein negatives oder zerstrittenes Verhältnis zu seiner Familie in Chile besteht und man sich auch im Kreis der gesamten Familie, z.B. zuletzt an Weihnachten 2018, sieht (Urk. 61 S. 6). Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschuldigte auch in Chile über intakte familiäre Anknüpfungspunkte verfügt.

Wie bereits erwähnt, weist der Beschuldigte sodann mehrere Vorstrafen und somit einen belasteten strafrechtlichen Leumund auf. Ausbildungsbezogen verfügt er über keine abgeschlossene Berufsaus- oder höhere Schulbildung. Er war nie über einen längeren Zeitraum fest beschäftigt. Immer wieder gab er aus nichtigen Gründen seine Arbeitsstellen auf um sich von dritter Seite aushalten zu lassen.

Wie er anlässlich der Berufungsverhandlung ausführte, arbeitet er seit August 2018 bei der H.\_\_\_\_\_ AG mit Aussicht auf Absolvierung der zweijährigen Zusatzlehre zum Landschaftsgärtner EFZ (Urk. 60). Dass der Beschuldigte nun eine berufliche Anstellung mit Aussicht auf längerfristige Beschäftigung gefunden hat, ist begrüssenswert, wobei eine solche in Anbetracht der bisherigen beruflichen Karriere kaum als gesichert gelten kann. Entgegen der Verteidigung ist sodann nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit seiner Anlehre als Landschaftsgärtner in Chile nicht Fuss fassen kann. Chile ist ein stabiles, prosperierendes Land mit einer der schweizerischen vergleichbaren tiefen Arbeitslosenquote (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/17334/umfrage/arbeitslosenquote-in-chile/> [abgerufen am 28. Februar 2019]). Der Beschuldigte beherrscht sowohl die deutsche als auch die spanische Sprache. Das berufliche Fortkommen wird somit durch die Landesverweisung nicht erschwert und einer solchen stehen auch die geltend gemachten schwachen Beziehungen zu seiner Heimat nicht im Wege. Hindernisse bei der Reintegration sind nicht leichtfertig anzunehmen und vorliegend mit Blick auf die Sprachkenntnisse, das junge Alter und die gute gesundheitliche Verfassung des Beschuldigten sowie die familiären Anknüpfungspunkte in Chile auch nicht ersichtlich. Schliesslich gilt es anzumerken, dass Chile mittlerweile auch für Europäer ein beliebtes Auswanderungsland ist, alleine im Jahre 2017 sind 163 Schweizer nach Chile ausgewandert ([https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/leben-ausland/20190121-auswanderer-welt-2017\\_DE.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/leben-ausland/20190121-auswanderer-welt-2017_DE.pdf) [abgerufen am 28. Februar 2019]). Die Rückkehr nach Chile ist somit für den Beschuldigten nicht nur zumutbar, sondern könnte als eine eigentliche Chance für einen Neuanfang betrachtet werden.

9.7. In Erwägung all dieser Umstände, insbesondere der diversen Vorstrafen, der mässigen beruflichen Integration und der grossen Chancen einer Wiedereingliederung in Chile, ist das Vorliegen eines Härtefalls zu verneinen. Damit erübrigt sich auch die Abwägung seines persönlichen Interesses am Verbleib in der Schweiz gegenüber dem öffentlichen Interesse an seiner Ausweisung.

9.8. Die Landesverweisung kann für die Dauer von 5 bis 15 Jahre ausgesprochen werden (Art. 66a StGB). Dabei hat die Dauer dem Grundsatz der

Verhältnismässigkeit zu entsprechen und es sind die persönlichen Interessen gegen das öffentliche Interesse abzuwägen, wobei dem Verschulden des Täters ein grosses Gewicht zukommt (BSK StGB I-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a N 28 f.). Wenn die Vorinstanz zur Begründung ihrer Landesverweisdauer von 5 Jahren festhält, dass sich die ausgefallte Sanktion ebenfalls am unteren Rahmen des ordentlichen Strafrahmens ansiedeln müsse, lässt sie die oben ausgeführten Bemessungskriterien ausser Acht. Einerseits wiegt das Verschulden, wie oben ausgeführt, bereits erheblich, weshalb eine minimale Landesverweisdauer von vornherein nicht in Frage kommt, und andererseits ist das Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz, wie oben ausgeführt, nicht sehr gross. Statt auf eine minimale Dauer ist somit die Dauer der Landesverweisung auf 7 Jahre festzusetzen (Urk. 47 S. 4).

9.9. Zudem ist die Landesverweisung im Schengener Informationssystem auszuschreiben, zur Begründung kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 45).

#### 10. Zivilansprüche

Der Beschuldigte hat für den Fall eines Schuldspruches das Urteil der Vorinstanz betreffend die Zivilansprüche akzeptiert (Urk. 62 S. 17; Prot. II. S. 9 f.). Das vorinstanzliche Urteil ist in diesem Punkt entsprechend zu bestätigen, weshalb festzustellen ist, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger für das der Anklage vom 25. Oktober 2017 zugrundeliegende Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Ferner ist der Beschuldigte zu verpflichten, dem Privatkläger eine Genugtuung von Fr. 1000.– zuzüglich 5 % Zins ab dem 1. April 2017 zu bezahlen.

#### 11. Kosten- und Entschädigungsfolgen

11.1. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Aufwendungen im Haftentlassungsverfahren sind im Umfang von Fr. 2'376.– definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Im Übrigen ist das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsregeln zu bestätigen.

11.2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO, Art. 436 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich, die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihren Anträgen ebenfalls, nämlich teilweise bezüglich der Höhe der beantragten Sanktion und des bedingten Strafvollzuges. Die Kosten dieses Verfahrens sind deshalb dem Beschuldigten zu fünf Sechstel aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers sind zu fünf Sechstel einstweilen und zu einem Sechstel definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorzubehalten ist die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang der einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen fünf Sechstel der Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers.

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

11.3. Die amtliche Verteidigung sowie die unentgeltliche Vertretung des Privatklägers sind für ihre Aufwände im Umfang von Fr. 7'100.– bzw. Fr. 2'400.– zu entschädigen.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 67 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (18 Monate, abzüglich 67 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 7 Jahre des Landes verwiesen.
5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
6. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger für das der Anklage vom 25. Oktober 2017 zugrundeliegende Ereignis dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Zur genauen Feststellung des Umfangs des Schadenersatzanspruches wird der Privatkläger auf den Zivilweg verwiesen.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger Fr. 1'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 1. April 2017 als Genugtuung zu bezahlen.
8. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Aufwendungen im Haftentlassungsverfahren werden im Umfang von Fr. 2'376.– definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Im Übrigen wird das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffer 8 und 9) bestätigt.
9. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 7'100.– amtliche Verteidigung  
Fr. 2'400.– unentgeltliche Vertretung des Privatklägers
10. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers, werden dem Beschuldigten zu fünf Sechstel auferlegt und zu einem Sechstel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers werden zu fünf Sechstel einstweilen und zu einem Sechstel definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang der einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen fünf Sechstel der Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers vorbehalten.

11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

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

sowie in vollständiger Ausfertigung an

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

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die I. \_\_\_\_\_ Regressabteilung, ... [Adresse]

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 28. Februar 2019

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. H. Kistler

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.