

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180230-O/U

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. Ch. Prinz sowie die Gerichtsschreiberin MLaw A. Donatsch

Urteil vom 21. Januar 2019

in Sachen

A._____,

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. M. Oertle,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

B._____,

Privatkläger und Berufungsbeklagter sowie Anschlussberufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Fürsprecher Y._____,

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung etc. und Widerruf**
(Rückweisung der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgericht)

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
vom 27. September 2016 (DG160116)

Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich
vom 30. Mai 2017 (SB160495)

**Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgerichts
vom 9. Mai 2018 (6B_1005/2017)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 30. März 2016 (Urk. 31) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz
(Urk. 74 S. 76 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB sowie
 - des mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 60 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 18. Oktober 2013 ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen.
5. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 17. Juni 2015 ausgefallten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen.
6. Der Privatkläger B._____ wird mit seinem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ Fr. 1'000.– zuzüglich 5% Zins ab 23. August 2015 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich
 - braune Lederschuhe, Marke "Zara" (Asservat-Nr. A008'494'197);
 - ein Langarmhemd mit Blumenmuster, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'494'211);

- eine Jeanshose, Marke "Zara Man", mit Ledergurt (Asservat-Nr. A008'494'233);

lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind dem Privatkläger B._____ auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt der Privatkläger B._____ die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.

9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich

- Flip-Flops, Marke "Puma" (Asservat-Nr. A008'482'915);
- ein Langarmshirt, Marke "Antony Morato" (Asservat-Nr. A008'482'926);
- eine Jeanshose, Marke "Pull&Bear" (Asservat-Nr. A008'482'926);
- ein Kurzarmhemd, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'483'112);
- Halbschuhe, Marke "Zara Man", mit schwarzer Nylonsocke (Asservat-Nr. A008'483'123);

lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt der Beschuldigte die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.

10. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich

- ein Halbschuh links, Marke "Emilio Luca" (Asservat-Nr. A008'482'879);
- ein Halbschuh rechts, Marke "Emilio Luca" (Asservat-Nr. A008'482'880);
- eine Jeanshose, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'482'891);
- ein Langarmshirt, Marke "Emporio Armani" (Asservat-Nr. A008'482'904);
- ein Langarmshirt, Marke "Emporio Armani", mit Logo vorne und hinten (Asservat-Nr. A008'483'134);
- Halbschuhe, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'483'145);

lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind C._____ auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt C._____ die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.

11. Die unter der Polis-Geschäfts-Nr. 64409912 sichergestellten Asservate (Spuren und Spureenträger) – ausgenommen die unter Ziff. 8, Ziff. 9 und Ziff. 10 genannten Asservate –, lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind nach Rechtskraft des Entscheids zu vernichten.

12. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'500.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'803.50 Kosten der Kantonspolizei
Fr. 5'500.- Gebühr Anklagebehörde
Fr. 4'925.80 Auslagen Untersuchung
Fr. 180.- Zeugenentschädigung
Fr. 15'343.- amtliche Verteidigung RA in lic. iur. Z._____
Fr. 6'260.- amtliche Verteidigung RA MLaw X._____
Fr. 12'280.- Privatklägervertreter

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

13. Fürsprecher Y._____ wird für seine Aufwendungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Privatklägers B._____ mit Fr. 12'280.- (inkl. Barauslagen 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
14. Rechtsanwalt MLaw X._____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 6'260.- (inkl. Barauslagen und 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
15. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Privatklägers B._____, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigungen und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Privatklägers B._____ werden unter Vorbehalt einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen.
16. (Mittelungen)
17. (Rechtsmittel)

Entscheid im ersten Berufungsverfahren:

(Urk. 110 S. 41 ff.)

Es wird beschlossen:

1. Vom Teilrückzug der Anschlussberufung des Privatklägers vom 12. Mai 2017 betreffend Dispositivziffer 1 Lemma 1 wird Vormerk genommen.

2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 27. September 2016 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - (...)
 - des mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG.
2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. (...)
7. (...)
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich
 - braune Lederschuhe, Marke "Zara" (Asservat-Nr. A008'494'197);
 - ein Langarmhemd mit Blumenmuster, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'494'211);
 - eine Jeanshose, Marke "Zara Man", mit Ledergurt (Asservat-Nr. A008'494'233);lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind dem Privatkläger B._____ auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt der Privatkläger B._____ die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich
 - Flip-Flops, Marke "Puma" (Asservat-Nr. A008'482'915);
 - ein Langarmshirt, Marke "Antony Morato" (Asservat-Nr. A008'482'926);
 - eine Jeanshose, Marke "Pull&Bear" (Asservat-Nr. A008'482'926);
 - ein Kurzarmhemd, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'483'112);

- Halbschuhe, Marke "Zara Man", mit schwarzer Nylonsocke (Asservat-Nr. A008'483'123);

lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt der Beschuldigte die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.

10. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich

- ein Halbschuh links, Marke "Emilio Luca" (Asservat-Nr. A008'482'879);
- ein Halbschuh rechts, Marke "Emilio Luca" (Asservat-Nr. A008'482'880);
- eine Jeanshose, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'482'891);
- ein Langarmshirt, Marke "Emporio Armani" (Asservat-Nr. A008'482'904);
- ein Langarmshirt, Marke "Emporio Armani", mit Logo vorne und hinten (Asservat-Nr. A008'483'134);
- Halbschuhe, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'483'145);

lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind C._____ auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt C._____ die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.

11. Die unter der Polis-Geschäfts-Nr. 64409912 sichergestellten Asservate (Spuren und Spureenträger) – ausgenommen die unter Ziff. 8, Ziff. 9 und Ziff. 10 genannten Asservate –, lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind nach Rechtskraft des Entscheids zu vernichten.

12. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- | | |
|-----|--|
| Fr. | 3'500.–; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 1'803.50 Kosten der Kantonspolizei |
| Fr. | 5'500.– Gebühr Anklagebehörde |
| Fr. | 4'925.80 Auslagen Untersuchung |
| Fr. | 180.– Zeugenentschädigung |
| Fr. | 15'343.– amtliche Verteidigung RA in lic. iur. Z._____ |
| Fr. | 6'260.– amtliche Verteidigung RA MLaw X._____ |
| Fr. | 12'280.– Privatklägervertreter |

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

13. Fürsprecher Y._____ wird für seine Aufwendungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Privatklägers B._____ mit Fr. 12'280.– (inkl. Barauslagen 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
 14. Rechtsanwalt MLaw X._____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 6'260.– (inkl. Barauslagen und 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
 15. (...)
 16. (Mitteilungen)
 17. (Rechtsmittel)."
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist zudem schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 60 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 18. Oktober 2013 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird vollzogen.
6. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 17. Juni 2015 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird vollzogen.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ Schadenersatz von Fr. 218.65 zu bezahlen. Im weiteren Umfang wird der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
8. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ Fr. 2'000.– zuzüglich 5% Zins ab 23. August 2015 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen
9. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ eine Umtriebsentschädigung von Fr. 120.– zu bezahlen.

10. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 15) wird bestätigt.
11. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'000.- amtliche Verteidigung
Fr. 5'000.- unentgeltliche Vertretung Privatklägerschaft.
12. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft werden dem Beschuldigten zu 4/5 auferlegt und zu 1/5 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft werden zu 4/5 einstweilen und zu 1/5 definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von 4/5 dieser Kosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO und Art. 138 Abs. 1 StPO vorbehalten.
13. (Mitteilungen)
14. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 3)

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 142 S. 1)
 1. Die ausgesprochene Freiheitsstrafe von zwei Jahren sei im Umfang von 6 Monaten zu vollziehen und der Vollzug im übrigen Umfang aufzuschieben.
 2. Die Verfahrenskosten sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
- b) Der Staatsanwaltschaft:
(Keine Anträge.)

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Der Prozessverlauf bis zum Urteil der Kammer vom 30. Mai 2017 ergibt sich aus dem erstinstanzlichen Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. September 2016 (Urk. 74 S. 5 f.), dem aufgehobenen Entscheid der hiesigen Kammer vom 30. Mai 2017 (Urk. 110 S. 8 f.) sowie dem bundesgerichtlichen Entscheid vom 8. Mai 2018 (Urk. 124 S. 2 f.).

2. Mit eingangs im Dispositiv zitiertem Beschluss vom 30. Mai 2017 zu ihrem Urteil vom gleichen Tag nahm die Kammer vom Teilrückzug der Anschlussberufung des Privatklägers Vormerk und stellte die Rechtskraft diverser Punkte des vorinstanzlichen Urteils vom 27. September 2016 in der vorliegenden Sache fest (Urk. 110 S. 41 ff.). Im Erkenntnis wurde der Beschuldigte – zudem – der versuchten schweren Körperverletzung schuldig gesprochen und mit einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 24 Monaten bestraft. Ferner wurden zwei bedingt ausgefallte Vorstrafen für vollziehbar erklärt und weitere Nebenpunkte geregelt (Urk. 110 S. 44 ff.).

3. Gegen dieses Urteil hat der Beschuldigte Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht erhoben (Urk. 115 und Urk. 116/2; Verfahren 6B_1005/2017). Auf diese Beschwerde hin hat das Bundesgericht mit Urteil vom 9. Mai 2018 "das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Mai 2017" aufgehoben (Urk. 124 S. 18). Nicht aufgehoben wurde somit der Beschluss zum Urteil der Kammer vom 30. Mai 2017. Dieser ist somit rechtskräftig und vollstreckbar, was in diesem Verfahren vorzumerken ist.

4. Das Bundesgericht hat im zitierten Urteil die Beschwerde des Beschuldigten "teilweise", "was die offene Frage des teilbedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe angeht" gutgeheissen "und die Sache zur neuen Entscheidung in diesem Punkt sowie hinsichtlich der Kostenfolgen an die Vorinstanz" zurückgewiesen (Urk. 124 S. 16 E. 5.1. und S. 18 Ziff. 1.). Entsprechend ist nochmals umfassend über alles zu entscheiden, was bereits Gegenstand des ersten Berufungsverfahrens

(SB160495) war. Allerdings ist dabei inhaltlich nur auf jene Punkte zurückzukommen, die zur Aufhebung des ersten Urteils geführt haben: Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist nach einer Rückweisung vom Bundesgericht auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt (BGE 123 IV 1 E. 1; BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 mit Hinweisen). Prozessgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet nach der teilweisen Rückweisung durch das Bundesgericht somit – bloss noch – die Ziff. 4 sowie 9-12 des Urteils der Kammer vom 30. Mai 2017 (Urk. 110 S. 44 f.). In diesem Sinne ist deshalb unter Verweis auf die nach wie vor gültigen jeweiligen Erwägungen betreffend die Dispositiv-Ziffern 1., 2. sowie 5.-8. unverändert wie im aufgehobenen Urteil vom 30. Mai 2017 zu entscheiden (SB160495 Urk. 110 S. 9 Ziff. II 1.1. bis S. 35 inklusive Ziff. III 4.2. sowie S. 35 Ziff. III 6. bis S. 38 inklusive Ziff. IV Ziff. 2.4.).

5. Zum weiteren Prozessverlauf ist festzuhalten, dass am 21. Januar 2019 eine zweite Berufungsverhandlung stattgefunden hat, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt MLaw X._____, erschienen sind (Prot. II S. 3 ff.). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 6 ff.).

II. Sanktion

1. Vollzugsform

1.1. Der Beschuldigte lässt im zweiten Berufungsverfahren beantragen, die Freiheitsstrafe von 24 Monaten sei teilweise bedingt aufzuschieben (Urk. 142 S. 1).

1.2. Die Kammer hat dem Beschuldigten im ersten Berufungsverfahren den (teil-)bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe verweigert (Urk. 110 S. 44). Dabei stützte sich die Kammer insbesondere darauf, dass der Beschuldigte innerhalb von weniger als zwei Jahren vor der vorliegend zu beurteilenden Tat drei Vorstrafen erwirkt und die vorliegend zu beurteilende Tat während zwei laufenden Probezeiten begangen hat (Urk. 110 S. 35; Urk. 74 S. 68 f.).

1.3. Das Bundesgericht führt in seiner Rückweisungsentscheid aus, die Prognose erscheine vorliegend zwar zu ungünstig, um einen vollständigen Aufschub der Freiheitsstrafe zu gewähren, indes gelte dies nicht notwendigerweise auch im Hinblick auf einen teilweisen Aufschub. Die Beurteilung nach Art. 43 StGB müsse auf einer eigenständigen legalprognostischen Grundlage erfolgen. Dabei könne bei einer teilbedingten Freiheitsstrafe die Einschätzung der Wiederholungsgefahr in zweifacher Hinsicht günstiger ausfallen als bei einer vollständig bedingten resp. vollständig unbedingten Freiheitsstrafe: Gegenüber dem vollständigen Aufschub erhöhe sich die Warnwirkung der Strafe. Komplementär dazu bilde der zum andern Teil ausgesetzte Vollzug einen Anreiz, nicht rückfällig zu werden. Dabei könne gerade bei Tätern, die noch nie zuvor eine Freiheitsstrafe verbüsst hätten, ein teilweiser Vollzug der Strafe in Verbindung mit der Drohung eines späteren Vollzugs des aufgeschobenen Teils die Rückfallneigung soweit verändert werden, dass die Erwartung, der Täter werde sich bewähren, wieder auflebe (Urk. 124 S. 10 ff. E. 4). Zudem könne die zweimonatige Untersuchungshaft diesen Effekt allenfalls noch verstärken (Urk. 124 S. 16 E. 4.2.5).

1.4. Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten haben sich seit dem ersten Berufungsverfahren insoweit geändert, als der Beschuldigte am 17. Oktober 2018 geheiratet hat und mit seiner Frau eine Familie gründen möchte (Urk. 141 S. 2; Urk. 142 S. 3, Urk. 143/1). Die Verteidigung führt diesbezüglich aus, der Beschuldigte habe somit sein Privatleben auf eine solide Basis gestellt. Diese Beziehung habe den Beschuldigten stabilisiert (Urk. 142 S. 2). Dem ist insofern zuzustimmen, als dem Beschuldigten familiär eine gewisse Konsolidierung attestiert werden kann. Ansonsten sind im Rahmen der persönlichen Verhältnisse keine neuen relevanten Faktoren für die Einschätzung des Rückfallrisikos ersichtlich.

1.5. Die Verteidigung bringt weiter vor, die Untersuchungshaft habe beim Beschuldigten einen tiefen Schock ausgelöst und damit einen bleibenden Eindruck hinterlassen. Diese Erfahrung werde den Beschuldigten vor weiterer Delinquenz abhalten, was er bis heute, mithin während über drei Jahren seit der Haftentlassung, auch unter Beweis gestellt habe (Urk. 142 S. 3). Was das pendente

Strafverfahren betreffend Pornografie betreffe, sei dieses noch nicht abgeschlossen; es gelte die Unschuldsvermutung (Prot. II S. 5).

1.6. Mit der Verteidigung sowie den bereits zitierten Erwägungen des Bundesgerichts ist die Schock- und Warnwirkung der ausgestandenen Untersuchungshaft zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist indessen der Umstand, dass ein Strafverfahren betreffend Pornografie gegen den Beschuldigten pendent ist (vgl. Urk. 125 und 135), ebenfalls zu beachten. Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist der Einbezug von in einem hängigen Strafverfahren zugegebenen Tatsachen bei der Prognosebeurteilung zulässig, respektive es dürfen auch nicht abgeurteilte Vortaten, welche Schlüsse auf das Vorleben und den Charakter eines Täters zulassen, mit der erforderlichen Zurückhaltung bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten beachtet werden (BGE 6B_459/2009 E. 1.2; BGE 6B_882/2009 E. 2.6). Da der Beschuldigte sich sowohl in der Untersuchung als auch anlässlich der Berufungsverhandlung vom 21. Januar 2019 geständig zeigte (Urk. 139, Urk. 141 S. 6 f.), kann dieses Verhalten in die Beurteilung seiner Bewährungsaussichten miteinfließen. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung vom 21. Januar 2019 auf die entsprechende Frage, ob ein weiteres Verfahren gegen ihn pendent sei, dies zuerst verneinte (Urk. 141 S. 6). Erst als er mit der aus dem Strafregistrauszug ersichtlichen Untersuchung betreffend Pornografie (vgl. Urk. 125 und 135) konkret konfrontiert wurde, bestätigte er diese und erklärte, er sei davon ausgegangen, dieser Fall sei bereits abgeschlossen (Urk. 141 S. 6). Sodann zeigte er sich – wie bereits in der Untersuchung (Urk. 139) – geständig, via seinen Instagram Account Bilder mit pornografischem Inhalt verbreitet zu haben, indem er sie einmal weitergeschickt habe. Er betonte aber, dass er dies nicht mit böser Absicht getan habe bzw. dass das Ganze unglücklich sei (Urk. 141 S. 6 ff.). Dieses ausflüchtige Verhalten lässt den Beschuldigten nicht in einem besonders guten Licht erscheinen. Gesamthaft erscheinen indessen diese neuen Vorwürfe nicht derart gravierend, dass sie sich massgeblich auf die Legalprognose des Beschuldigten auswirken würden.

1.7. Schliesslich führt die Verteidigung des Beschuldigten aus, es sei – wie das Bundesgericht festgehalten habe – zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Auseinandersetzung nicht gesucht habe, sondern vielmehr seinerseits vom Privatkläger provoziert worden sei, was unbestritten geblieben sei (Urk. 142 S. 3).

1.8. Das Bundesgericht hat diesbezüglich erwogen, es sei zu berücksichtigen, dass der beurteilenden Tat, die zur Anklage wegen versuchter schwerer Körperverletzung geführt habe, ein fortgesetzt provokatives Verhalten des Privatklägers vorausgegangen sei. Zurecht habe die hiesige Kammer festgehalten, dass die Provokation jedenfalls im Zusammenhang mit dem Gewaltexzess – den Fusstritten gegen den Kopf des bewusstlos am Boden liegenden Opfers – bei der Strafzumessung keine Rolle mehr spielen könne. Auf die Beurteilung der Wiederholungsgefahr indessen könne sich der Umstand durchaus auswirken, dass der Beschuldigte die Auseinandersetzung nicht von sich aus gesucht habe, (Urk. 124 S. 16 E. 4.2.6).

1.9. Dieser Auffassung kann insofern nicht gänzlich gefolgt werden, als auf das Verhalten eines unbekannten (provozierenden) Dritten grundsätzlich niemand Einfluss hat, so auch nicht der Beschuldigte. Folglich sollte das mutmassliche Verhalten Dritter keinen Einfluss auf die Legalprognose einer Person haben. Anders wäre dies nur bei hochspezifischen Täter-Opfer-Konstellationen. Der Beschuldigte und der Privatkläger trafen jedoch vielmehr zufällig aufeinander. Das Bundesgericht ist demnach so zu verstehen, dass zu berücksichtigen sei, ob sich der Beschuldigte ausschliesslich im Falle einer Provokation durch einen Dritten mit einiger Wahrscheinlichkeit wieder gleich oder ähnlich Verhalten würde.

1.10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht in seiner Rückweisungsentscheid keine Zweifel daran offen lässt, dass seiner Ansicht nach dem Beschuldigten der teilbedingte Vollzug der Freiheitsstrafe zu gewähren ist (Urk. 124 S. 10 ff.). Da bundesgerichtliche Vorgaben in Rückweisungsentscheiden für die Vorinstanz verbindlich sind (Entscheid des Bundesgerichts 6B_35/2012 vom 30. März 2012 E.2.2., bestätigt in Urteil 6B_1031/2016 vom 23. März 2017 E.4.1.) und die neu zu berücksichtigenden Faktoren keinen we-

sentlichen Einfluss auf die Legalprognose haben, ist dem Beschuldigten der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren.

2. Verhältnis der Strafteile

2.1. Die Verteidigung beantragt, es sei die Strafe – lediglich – im Umfang von 6 Monaten zu vollziehen und im verbleibenden Umfang von 18 Monaten aufzuschieben (Urk. 142 S. 1).

2.2. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten. Dem Sachgericht steht bei der Festsetzung des aufzuschiebenden und des zu vollziehenden Strafteils gemäss aArt. 43 StGB ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteil 6B_377/2017 vom 5. Juli 2018 E.2.1. mit Verweis auf BGE 134 IV 1 E. 5.6 S. 15).

2.3. Wie bereits vorstehend erwogen, hat der Beschuldigte innerhalb von weniger als zwei Jahren vor der vorliegend zu beurteilenden Tat drei Vorstrafen erwirkt und die vorliegend zu beurteilende Tat während zwei laufenden Probezeiten begangen. Der teilbedingte Strafvollzug wird dem Beschuldigte vor diesem Hintergrund einzig mit der – für die Kammer verbindlichen – bundesgerichtlichen Hypothese gewährt, der Vollzug eines Teils der Freiheitsstrafe werde seine Legalprognose verbessern. Auch das Bundesgericht hat im Rückweisungsentscheid erwogen, "die rasche Abfolge der zur Verurteilung gelangten Delikte rechtfertigt den Schluss auf eine allgemeine erhebliche Uneinsichtigkeit, mithin Wiederholungsgefahr auch hinsichtlich von Körperverletzungsdelikten" (Urk. 124 S. 12 f. E.4.1.4.). Zum Verschulden hat die Kammer im – diesbezüglich bundesgerichtlich nicht beanstandeten (Urk. 124 S. 9 E. 3.) – Urteil vom 30. Mai 2017 erwogen, die objektive Tatschwere wiege nicht mehr leicht; wenn die Vorinstanz die subjektive Tatschwere als "noch leicht" taxiert habe, sei dies eigentlich zu milde. Insgesamt sei nach der Beurteilung der Tatkomponente eine zu tiefe Einsatzstrafe bemessen

worden. Der Beschuldigte werde einzig aufgrund des Verschlechterungsverbots nur mit 24 Monaten und nicht mit den eigentlich angemessenen 3 Jahren Freiheitsstrafe bestraft (Urk. 110 S. 131 ff.). Dies gilt nach wie vor.

2.4. Somit ist der vollziehbare Strafteil aufgrund sämtlicher für die Bemessung relevanter Kriterien auf das in concreto Maximum von 12 Monaten festzusetzen, an welche – ohnehin – die 60 Tage bereits erstandene Haft angerechnet werden. Die übrigen 12 Monate Freiheitsstrafe sind bedingt aufzuschieben.

3. Probezeit

Den verbleibenden Bedenken betreffend die Legalprognose des Beschuldigten ist mit einer nicht minimalen Probezeit von 4 Jahren Rechnung zu tragen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

III. Kosten

1. Die bundesgerichtliche Rückweisung gibt keinen Anlass für eine Änderung betreffend die Kostenregelung gemäss den Dispositivziffern 9., 10. und 11. des aufgehobenen Urteils (Art. 426 StPO). Diese sind vorliegend zu wiederholen.

2. Im ersten Berufungsverfahren verlangte der Beschuldigte einen Freispruch vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung, womit er unterlag. Als Folge seines mehrheitlichen Unterliegens wurden ihm die Kosten zu 4/5 auferlegt (Urk. 110 S. 41 Ziff. 6.). Da er nun infolge der Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs gegenüber dem angefochtenen vorinstanzlichen Urteil noch etwas weitgehend obsiegt, sind ihm die Kosten des ersten Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, zu $\frac{3}{4}$ aufzuerlegen und im verbleibenden $\frac{1}{4}$ auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft sind zu $\frac{3}{4}$ einstweilen und zu $\frac{1}{4}$ definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang von $\frac{3}{4}$ dieser Kosten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

3. Dass infolge Rückweisung durch das Bundesgericht ein zweites Berufungsverfahren durchgeführt werden musste, hat nicht der Beschuldigte zu vertreten. Demnach hat die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren ausser Ansatz zu fallen. Die Kosten dieses Verfahrens inklusive Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten Rechtsanwalt MLaw X._____ ist für das zweite Berufungsverfahren für seine Aufwendungen und Auslagen mit pauschal Fr. 1'650.– zu entschädigen (vgl. Urk. 140). Der unentgeltliche Vertreter der Privatklägerschaft Fürsprecher Y._____ ist für das zweite Berufungsverfahren für seine Aufwendungen und Auslagen mit Fr. 1'283.45 zu entschädigen (vgl. Urk. 138).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss der Kammer zum Urteil vom 30. Mai 2017 wie folgt rechtskräftig und vollstreckbar ist:

"1. Vom Teilrückzug der Anschlussberufung des Privatklägers vom 12. Mai 2017 betreffend Dispositivziffer 1 Lemma 1 wird Vormerk genommen.

2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 27. September 2016 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - (...)
 - des mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG.
2. (...)

3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. (...)
7. (...)
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich
 - braune Lederschuhe, Marke "Zara" (Asservat-Nr. A008'494'197);
 - ein Langarmhemd mit Blumenmuster, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'494'211);
 - eine Jeanshose, Marke "Zara Man", mit Ledergurt (Asservat-Nr. A008'494'233);lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind dem Privatkläger B. _____ auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt der Privatkläger B. _____ die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich
 - Flip-Flops, Marke "Puma" (Asservat-Nr. A008'482'915);
 - ein Langarmshirt, Marke "Antony Morato" (Asservat-Nr. A008'482'926);
 - eine Jeanshose, Marke "Pull&Bear" (Asservat-Nr. A008'482'926);
 - ein Kurzarmhemd, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'483'112);
 - Halbschuhe, Marke "Zara Man", mit schwarzer Nylonsocke (Asservat-Nr. A008'483'123);lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt der Beschuldigte die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.
10. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 15. Februar 2016 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich

- ein Halbschuh links, Marke "Emilio Luca" (Asservat-Nr. A008'482'879);
- ein Halbschuh rechts, Marke "Emilio Luca" (Asservat-Nr. A008'482'880);
- eine Jeanshose, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'482'891);
- ein Langarmshirt, Marke "Emporio Armani" (Asservat-Nr. A008'482'904);
- ein Langarmshirt, Marke "Emporio Armani", mit Logo vorne und hinten (Asservat-Nr. A008'483'134);
- Halbschuhe, Marke "Zara Man" (Asservat-Nr. A008'483'145);

lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind C._____ auf erstes Verlangen herauszugeben. Holt C._____ die genannten Gegenstände nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids ab, werden sie durch die Lagerbehörde vernichtet.

11. Die unter der Polis-Geschäfts-Nr. 64409912 sichergestellten Asservate (Spuren und Spureenträger) – ausgenommen die unter Ziff. 8, Ziff. 9 und Ziff. 10 genannten Asservate –, lagernd beim Forensischen Institut Zürich, sind nach Rechtskraft des Entscheids zu vernichten.

12. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'500.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'803.50 Kosten der Kantonspolizei
Fr.	5'500.– Gebühr Anklagebehörde
Fr.	4'925.80 Auslagen Untersuchung
Fr.	180.– Zeugenentschädigung
Fr.	15'343.– amtliche Verteidigung RA in lic. iur. Z._____
Fr.	6'260.– amtliche Verteidigung RA MLaw X._____
Fr.	12'280.– Privatklägervertreter

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

13. Fürsprecher Y._____ wird für seine Aufwendungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Privatklägers B._____ mit Fr. 12'280.– (inkl. Barauslagen 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
14. Rechtsanwalt MLaw X._____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 6'260.– (inkl. Barauslagen und 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.

15. (...)
 16. (Mitteilungen)
 17. (Rechtsmittel)." "
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist zudem schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 60 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 12 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 18. Oktober 2013 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird vollzogen.
5. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 17. Juni 2015 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird vollzogen.
6. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ Schadenersatz von Fr. 218.65 zu bezahlen. Im weiteren Umfang wird der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ Fr. 2'000.– zuzüglich 5% Zins ab 23. August 2015 als Genugtuung zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.

8. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B._____ eine Umtriebsentschädigung von Fr. 120.– zu bezahlen.
9. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 15) wird bestätigt.
10. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren (SB160495) wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'000.– amtliche Verteidigung
Fr. 5'000.– unentgeltliche Vertretung Privatklägerschaft.
11. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens (SB160495), mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, werden dem Beschuldigten zu 3/4 auferlegt und zu 1/4 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft werden zu 3/4 einstweilen und zu 1/4 definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von 3/4 dieser Kosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO und Art. 138 Abs. 1 StPO vorbehalten.
12. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren (SB180230) fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'650.00 amtliche Verteidigung
Fr. 1'283.45 unentgeltliche Vertretung des Privatklägers
13. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens (SB180230), inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
14. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (versandt)
 - die unentgeltliche Vertretung des Privatklägers im Doppel für sich und die Privatklägerschaft (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

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

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt, Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Administrative Verkehrssicherheit, ... [Adresse] [Referenz-Nr. ...]
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, betr. Aktenz. 1 und BM 2
- das Forensische Institut Zürich, Referenz Nr. 3/4
- das Institut für Rechtsmedizin, Forensische Medizin & Bildgebung, betr. Ref. Nr. 5 und 6
- C._____, ... [Adresse], im Dispositiv-Auszug betr. Dispositiv-Ziff. 2.10 des Beschlusses.

15. 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, 21. Januar 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

MLaw A. Donatsch

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.