

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190465-O/U/as

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Wenker,
Ersatzoberrichterin lic. iur. Mathieu sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw Baechler

Urteil vom 27. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

B. _____,

Privatkläger

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom

19. Juni 2019 (DG190038)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 4. Februar 2019 (Urk. 30) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - des Raufhandels im Sinne von Art. 133 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 33 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 44 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Das Genugtuungsbegehren des Privatklägers B._____ wird abgewiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 3'000.00; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 2'500.00 Gebühr für das Vorverfahren;
 - Fr. 700.00 Auslagen Polizei;
 - Fr. 2'498.50 Auslagen Gutachten;
 - Fr. 14'065.00 amtliche Verteidigung;Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird mit separatem Beschluss entschieden.

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung

(Urk. 104 S. 1)

1. Es seien Dispositivziffer 2 und 3 des Urteils vom 19. Juni 2019 des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. DG190038) aufzuheben.
2. A._____ sei zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 14 Monaten zu verurteilen. Die erstandene Untersuchungshaft von 44 Tagen sei anzurechnen.
3. Es sei eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB anzuordnen und die Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme aufzuschieben.
4. A._____ sei für die Dauer der ambulanten Massnahme eine Bewährungshilfe zur Seite zu stellen.
5. Eventualiter sei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich:

(Urk. 105, S. 1)

1. Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils betreffend Schuldpunkt
2. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten
3. Vollzug der Freiheitsstrafe
4. Anordnung einer vollzugsbegleitenden ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Prozessuales

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 19. Juni 2019 liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 20. Juni 2019 (Datum des Poststempels) rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 48; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 5. September 2019 reichte die amtliche Verteidigung am 24. September 2019 (Datum des Poststempels) fristgerecht die Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 54/2; Urk. 56). Die Berufung des Beschuldigten beschränkt sich auf die Strafzumessung sowie den Vollzug der Freiheitsstrafe. Mit der Berufungserklärung wurde ein niedrigeres Strafmass sowie die Prüfung des bedingten oder des teilbedingten Strafvollzuges beantragt (Urk. 56 S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte der Beschuldigte die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 14 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 44 Tagen, die Anordnung einer ambulanten Massnahme nach Art. 63 StGB, wobei die Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme aufzuschieben sei, sowie eine Bewährungshilfe für die Dauer der ambulanten Massnahme. Eventualiter sei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Urk. 104 S. 1). Mit der Berufungserklärung liess der Beschuldigte zudem den Beweisantrag stellen, es sei ein psychiatrisches Gutachten über ihn einzuholen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dies ermögliche eine täteradäquate Strafzumessung und bilde nicht nur bei der Frage des Strafvollzuges die nötige Grundlage für eine Prognose, sondern auch für die Prüfung einer allfälligen ambulanten Massnahme (Urk. 56 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 7. Oktober 2019 wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft und dem Privatkläger zugestellt und Frist für Anschlussberufung oder einen Nichteintretensantrag angesetzt (Urk. 60). Mit Eingabe vom 6. November 2019 teilte die Rechtsvertretung des Privatklägers Verzicht auf Anschlussberufung mit (Urk. 62). Die Staatsanwaltschaft liess sich nicht vernehmen.

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem lediglich die Dispositivziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Urteils angefochten sind, ist vorab festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Abweisung Genugtuungsbegehren des Privatklägers) sowie 5 bis 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

Dem Beweisantrag der Verteidigung folgend (vgl. Urk. 56 S. 2) wurde mit Beschluss vom 15. November 2019 ein ärztliches Gutachten über den heutigen körperlichen und geistigen Zustand des Beschuldigten, die Prognose sowie die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach den Artikeln 56 bis 64 StGB bei Dr. med. C._____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, D._____, in Auftrag gegeben und den Parteien Frist angesetzt, um fakultativ zur Person des Gutachters Stellung zu nehmen und allfällige Ergänzungsfragen an diesen zu richten (Urk. 65). Die Rechtsvertretung des Privatklägers teilte mit Eingabe vom 26. November 2019 mit, dass keine Einwendungen gegen die Person des Gutachters geltend gemacht würden und der Gutachter explizit anzuhalten sei, die ihm vom Gericht gestellten Fragen insbesondere auch unter Berücksichtigung der vorliegenden Videoaufnahmen sowie dem gewaltbereiten Verhalten des Beschuldigten auch im Rahmen der Untersuchung zu beantworten (Urk. 68). Sowohl der Beschuldigte als auch die Staatsanwaltschaft verzichteten auf eine Stellungnahme und Ergänzungsfragen. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2019 wurde der Gutachtensauftrag samt Fragenkatalog und den vollständigen Prozessakten an den Gutachter übermittelt (Urk. 67; Urk. 69). Mit Schreiben vom 4. Mai 2020 teilte der Gutachter mit, dass es aufgrund verschiedener Friktionen zu Verzögerungen komme und das Gutachten nicht innert vereinbarter Frist fertiggestellt werden könne (Urk. 73). Am 25. August 2020 ging dann das psychiatrische Gutachten von Dr. med. C._____ vom 22. August 2020 ein (Urk. 79). Je ein Exemplar davon wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 28. August 2020 zugestellt, und es wurde ihnen Frist angesetzt, um eine Ergänzung oder Verbesserung des Gutachtens im Sinne von Art. 189 StPO zu beantragen (Urk. 82). Mit Eingaben vom 1. und 15. September 2020 teilten die Staatsanwaltschaft und die Rechtsvertretung des Privatklägers ihren Verzicht auf Ergänzung oder Verbesserung des Gut-

achtens von Dr. med. C._____ vom 22. August 2020 mit (Urk. 84; Urk. 86). Der Beschuldigte liess sich dazu nicht vernehmen.

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2020 (Urk. 90) beantragte die Verteidigung, festzustellen, dass Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ im vorliegenden Berufungsverfahren keine Stellung eines Parteivertreters zukomme und er kein rechtserhebliches Interesse an gewissen, hochsensiblen Akten habe. Ferner beantragte sie den Beizug der Urteile in den Verfahren DG190037 und DG190036 respektive in den entsprechenden Berufungsverfahren. Mit Präsidialverfügung vom 21. Dezember 2020 wurde der Staatsanwaltschaft und dem Rechtsvertreter des Privatklägers, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, Frist angesetzt, um sich zu den Anträgen der Verteidigung zu äussern (Urk. 92). Mit Eingabe vom 4. Januar 2021 teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ innert Frist mit, dass er über keine schriftliche Vollmacht verfüge, um den Privatkläger B._____ im vorliegenden Berufungsverfahren erbeten zu vertreten. Auf eine Teilnahme an der Berufungsverhandlung werde verzichtet, zumal seinerseits keinerlei Kontakt mehr zum Privatkläger bestehe, da dieser vermutlich aus der Schweiz ausgewiesen worden sei. Der Entscheid werde deshalb ohne weitere Anträge der Berufungsinstanz überlassen. Ferner teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ mit, dass gegen den von der Verteidigung gewünschten Beizug des Urteils gegen den Privatkläger B._____ nichts eingewendet werde (Urk. 95). Die Staatsanwaltschaft liess sich nicht vernehmen. Die Eingabe von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ vom 4. Januar 2021 samt Beilage (Urk. 95; Urk. 96) wurde der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft zur Kenntnisnahme zugestellt.

Am 15. September 2020 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 15. Januar 2021 vorgeladen (Urk. 85). Anlässlich der Berufungsverhandlung liess der Beschuldigte die eingangs aufgeführten Anträge stellen (Prot. II S. 6 f.; Urk. 104 S. 1).

Anlässlich der Berufungsverhandlung warf die Verteidigung Vorfragen im Sinne von Art. 339 StPO auf. Sie stellte den Antrag, der Rechtsvertreter des Privatklägers, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, sei mangels Vertretungsvollmacht für das vorliegende Berufungsverfahren aus dem Rubrum zu streichen und aufzufordern,

das erhaltene psychiatrische Gutachten über den Beschuldigten zu retournieren (Urk. 103). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Stellungnahme zu den Vorfragen der Verteidigung (Prot. II S. 8). Der Antrag der Verteidigung wurde anlässlich der Berufungsverhandlung gutgeheissen, was den Parteien mündlich eröffnet und kurz begründet wurde. Zudem wurde ihnen mitgeteilt, dass diesbezüglich im Nachgang zur Berufungsverhandlung noch eine Präsidialverfügung ergehen werde (Prot. II S. 9).

Dem Antrag der Verteidigung folgend wurden mit Präsidialverfügung vom 15. Januar 2021 die vorinstanzlichen Urteile der Mitbeschuldigten B._____ und E._____ (Geschäfts-Nr. DG190037 und DG190036) beigezogen. Weiter wurde verfügt, dass Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als Rechtsvertreter des Privatklägers B._____ aus dem Rubrum entfernt wird, und Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wurde ersucht, das psychiatrische Gutachten von Dr. med. C._____ vom 22. August 2020 zu retournieren (Urk. 106). Dieser Aufforderung kam Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ mit Schreiben vom 20. Januar 2021 nach (Urk. 110).

Nachdem sich die Parteien anlässlich der Berufungsverhandlung vom 15. Januar 2021 damit einverstanden erklärt haben, die Beratung und Urteilsfällung im vorliegenden Verfahren auszusetzen, bis das ebenfalls hängige Verfahren SB190463 spruchreif ist (Prot. II S. 7), und der Beschuldigte eine mündliche Urteilsöffnung beantragt hat (Prot. II S. 23), wurden die Parteien am 21. September 2021 zur mündlichen Urteilsöffnung auf den 27. Oktober 2021 vorgeladen (Urk. 111; Prot. II S. 28).

II. Strafzumessung

1. Vorbemerkung

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit 33 Monaten Freiheitsstrafe unter Anrechnung von insgesamt 44 Tagen erstandener Untersuchungshaft (Urk. 55 S. 21). Da einzig der Beschuldigte Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil erhoben hat, fällt eine strengere Bestrafung aufgrund des Verschlechterungsverbotes ausser Betracht (Verbot der reformatio in peius; Art. 391 Abs. 2 StPO). Der

Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 14 Monaten, unter Anrechnung der bereits erstandenen Untersuchungshaft von 44 Tagen (Urk. 104 S. 1).

2. Allgemeine Grundsätze

Die allgemeinen Regeln und Kriterien der Strafzumessung wurden im vorinstanzlichen Urteil zutreffend wiedergegeben und der massgebliche Strafraum für die schwere Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB korrekt mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren abgesteckt (Urk. 55 S. 10 ff.). Dies braucht nicht wiederholt zu werden. Für den Raufhandel im Sinne von Art. 133 StGB beträgt der massgebliche Strafraum Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe sind innerhalb des gegebenen Strafraums strafmildernd bzw. strafferhöhend zu berücksichtigen. Eine Schuldunfähigkeit des Beschuldigten im Sinne von Art. 19 Abs. 1 StGB ist vorliegend nicht gegeben und wird auch nicht geltend gemacht (vgl. Urk. 45 S. 15 ff.; Urk. 104 S. 10). Anlässlich des Jugendstrafverfahrens wurde beim Beschuldigten mit Gutachten von Dr. med. C. _____ vom 2. Dezember 2016 eine hyperkinetische Störung des Sozialverhaltens sowie ein Cannabisabhängigkeitssyndrom diagnostiziert. Damals hielt der Gutachter zudem fest, dass der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt vollumfänglich fähig gewesen sei, das Unrecht seiner Taten einzusehen, während seine Fähigkeit, einsichtsgemäss zu handeln, störungsbedingt derart beeinträchtigt gewesen sei, dass daraus eine mindestens leichtgradige Verminderung der Schuldfähigkeit abgeleitet werden könne (Gutachten bei den Akten des Jugendstrafverfahrens des Kantons Aargau, JA.2014.1903 BGIJ, S. 45 ff.). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob beim Beschuldigten auch im Zusammenhang mit den neu zu beurteilenden Delikten eine mindestens leichtgradige Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen sein wird (Erw. II.3.1.2. und II.3.2.2.). Ebenfalls Rechnung zu tragen, ist dem Umstand, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt unter Alkoholeinfluss gestanden ist (nachfolgend, Erw. II.3.1.2. und II.3.2.2.). Beim Beschuldigten sind trotz Vorliegens des Strafmilderungsgrundes des Versuches im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB (nach-

folgend, Erw. II.3.1.2.) keine ausserordentlichen Umstände gegeben, welche eine Unterschreitung des regulären Strafrahmens als angezeigt erscheinen liessen.

Bei der Wahl der Sanktionsart sind die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkung auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2). Ist eine Gesamtstrafe auszufällen, sind die Voraussetzungen für eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe gemäss Art. 41 StGB unbeachtlich, solange die Gesamtstrafe mindestens sechs Monate beträgt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_808/2017 vom 16. Oktober 2017 E. 2.1.3).

Der Beschuldigte ist wegen der vorliegend zu beurteilenden Delikte zu bestrafen, welche er trotz einer Vorstrafe wegen Drohung, mehrfacher Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, versuchten Raubes, mehrfacher einfacher Körperverletzung, Beschimpfung, Hinderung einer Amtshandlung, Diebstahls sowie Vergehens gegen das Waffengesetz mit Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 18 Tagen sowie erstandener Untersuchungshaft von 18 Tagen begangen hat (Urk. 89; nachfolgend, Erw. II.4.2.), was ihn – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 55 S. 12) – nicht vor weiterer Delinquenz abzuschrecken vermochte. Die kumulative Bemessung und Ausfällung einer separaten Geldstrafe für den Raufhandel fällt vor diesem Hintergrund insbesondere unter dem Aspekt der präventiven Effizienz der Strafe und der Intensität der zu beurteilenden Straftaten ausser Betracht (vgl. BGE 138 IV 120 E. 5.2; BGE 137 IV 57 E. 4.3.1).

Die Vorinstanz ist zu Recht von der versuchten schweren Körperverletzung als schwerstes Delikt ausgegangen. Es ist daher zunächst die hypothetische Einsatzstrafe für das schwerste Delikt zu bestimmen und dieses hernach in Anwendung des Asperationsprinzips (Art. 49 Abs. 1 StGB) für den Raufhandel angemessen zu erhöhen.

3. Tatkomponenten

3.1. Versuchte schwere Körperverletzung

3.1.1. Objektive Tatschwere

Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte dem bereits auf dem Boden knienden und damit in der Abwehr eingeschränkten Privatkläger einen gezielten und heftigen Fusstritt gegen den Kopf – folglich ein besonders empfindliches Körperteil – verpasste. Zwar lag der Privatkläger – in Übereinstimmung mit der Verteidigung (Urk. 104 3 ff.) – nicht auf dem Boden, er war aber auf den Knien vor dem Beschuldigten und aufgrund der vorausgegangenen körperlichen Auseinandersetzung bereits in angeschlagenem Zustand, so dass er in seiner Abwehr erheblich eingeschränkt war. Zudem wurde er vom Tritt überrascht. Den Videoaufnahmen lässt sich auch entnehmen, dass der Tritt mit einer gewissen Heftigkeit ausgeführt wurde (vgl. Urk. 1/4). Diesem Fusstritt ging bereits eine Rauferei mit wechselseitigen Faustschlägen zwischen dem Beschuldigten, dessen Bruder F._____, dem Privatkläger sowie E._____ voraus, bei welcher der Bruder des Beschuldigten am rechten Fuss verletzt wurde. Der Privatkläger war kein völlig unbeteiligter Dritter, zumal er neben dem Bruder des Beschuldigten auch diesem selber Schnittverletzungen zugefügt hatte. Darauf hat auch die Verteidigung zutreffend hingewiesen (Urk. 104 S. 4). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass vom Privatkläger zum Zeitpunkt des Trittes bereits keine Gefahr mehr ausging, da ihm das Messer abgenommen und er zu Boden gedrückt worden war. Die Intensität des ausgeführten Trittes gegen den Privatkläger bringt die zum Tatzeitpunkt vorhandene erhebliche Gewaltbereitschaft und Aggressivität des Beschuldigten sowie eine Gleichgültigkeit gegenüber der körperlichen Integrität eines anderen Menschen zum Ausdruck. Andererseits zeugt das Tatvorgehen des Beschuldigten von unbedachtem, aus dem Augenblick heraus triebhaftem, unreflektiertem und von Kontrollverlust geprägtem Handeln. Die Verteidigung macht diesbezüglich geltend, der Beschuldigte habe sich in höchster Aufregung befunden, als er gesehen habe, dass sein Bruder stark geblutet habe (Urk. 45 S. 15; Urk. 104 S. 8). Auch der Beschuldigte bestätigte, dass er so in Rage gekommen sei, weil er Angst um seinen Bruder und sich selbst gehabt habe (Urk.

2/3 S. 3). Er habe nur seinen Bruder in Schutz genommen. Er habe gesehen, dass dieser geblutet habe. Seine Regel sei, dass derjenige, der seinen Bruder anfasse, tot sei (Urk. 2/11 S. 2 f.). Vorausgesetzt, der tatbestandsmässige Erfolg der schweren Körperverletzung wäre durch eine im Sinne von Art. 122 StGB schwere oder lebensgefährliche Verletzung eingetreten, läge insgesamt eine keineswegs mehr leichte objektive Tatschwere vor. Die Vorinstanz erachtet dafür eine hypothetische Einsatzstrafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Dem kann beigespflichtet werden.

3.1.2. Subjektive Tatschwere

Was die subjektive Tatschwere anbelangt, ist zu gewichten, dass der Beschuldigte dem Privatkläger einen gezielten und massiven Fusstritt gegen den Kopf verpasste und dadurch schwere Kopfverletzungen in Kauf nahm. Als Beweggrund für seine Handlung gilt Rache für die Verletzung seines Bruders. Zwar wurde im Vorfeld nicht nur sein Bruder, sondern auch er durch den Privatkläger mit einem Messer verletzt. Als sein Tritt erfolgte, war dem Privatkläger das Messer allerdings bereits abgenommen und dieser auf den Boden gedrückt worden. Die Gefahr, welche ursprünglich vom Privatkläger ausgegangen war, war somit bereits gebannt, sodass der Fusstritt des Beschuldigten gegen den Kopf des Privatklägers keinesfalls gerechtfertigt gewesen war. Entsprechend lag im Zeitpunkt des Fusstrittes – entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 45 S. 11 und S. 15; Urk. 104 S. 8) – auch keine das Verschulden mindernde Notstands- oder Notwehrsituation vor. Der Beschuldigte handelte aus einem nichtigen Anlass und seine Handlung offenbart ein erhebliches Gewaltpotential. Allerdings ist verschuldensmindernd in die Gewichtung miteinzubeziehen, dass der Beschuldigte hinsichtlich einer schweren Körperverletzung bloss eventualvorsätzlich handelte. Zudem wurde die Tat nicht im Voraus geplant und vorbereitet, sondern es handelte sich um eine spontane Aktion.

Die Verteidigung machte weiter geltend, der Beschuldigte sei im Tatzeitpunkt unter dem Einfluss von Alkohol gestanden (Urk. 45 S. 12 und S. 15). Anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 22. Oktober 2018 führte der Beschuldigte dazu aus, sie seien alle betrunken gewesen (Urk. 2/3 S. 5). Sein koordiniertes Verhal-

ten, insbesondere sein mit einer gewissen Stärke gezielt ausgeführter Fusstritt, spricht aber gegen eine Einschränkung seiner Steuerungsfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB aufgrund seines alkoholisierten Zustandes. Zu seinen Gunsten ist immerhin davon auszugehen, dass sein alkoholisierte Zustand zu einer gewissen Enthemmung und erhöhten Impulsivität geführt hatte. Entsprechendes geht auch aus dem Gutachten von Dr. med. C._____ vom 22. August 2020 hervor. Darin hält der Gutachter fest, dass bei der Tathandlung auch die Enthemmung durch den Alkoholkonsum eine Rolle gespielt haben dürfte, wobei dieser Einfluss allerdings eher gering gewesen sei. Das Handlungsmuster des Beschuldigten sei nicht anders gewesen, als es bei ihm auch in nüchternem Zustand zu beobachten sei. Dieser habe selber bekundet, sehr viel Alkohol zu ertragen (Urk. 80 S. 47).

Im Gutachten von Dr. med. C._____ vom 2. Dezember 2016 wurde beim Beschuldigten eine hyperkinetische Störung des Sozialverhaltens sowie ein Cannabisabhängigkeitssyndrom diagnostiziert. Der Gutachter hielt damals weiter fest, der Beschuldigte sei vollumfänglich fähig gewesen, das Unrecht seiner Taten einzusehen, während seine Fähigkeit, einsichtsgemäss zu handeln, störungsbedingt derart beeinträchtigt gewesen sei, dass daraus eine mindestens leichtgradige Verminderung der Schuldfähigkeit abgeleitet werden könne (Gutachten bei den Akten des Jugendstrafverfahrens des Kantons Aargau, JA.2014.1903 BGIJ, S. 45 ff.). In seinem Gutachten vom 22. August 2020 diagnostizierte Dr. med. C._____ beim Beschuldigten eine einfache Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung mit Beginn in der Kindheit und Jugend (ICD-10 F90.0), eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ (ICD-10 F60.30), eine Abhängigkeit von Cannabinoiden, ständiger Substanzgebrauch (ICD-10 F12.25) sowie eine Abhängigkeit von Kokain, ständiger Substanzgebrauch (ICD-10 F14.25; Urk. 80 S. 42 ff.). Ferner hält der Gutachter fest, dass es sich bei der Handlung des Beschuldigten, unabhängig vom exakten Tathergang, um eine der für ihn typischen Impulshandlungen aufgrund von subjektiv erlebten Provokationen gehandelt haben dürfte. Diese Verhaltensweise habe ihre Wurzeln in der Persönlichkeit bzw. der emotional instabilen Persönlichkeitsstörung des Beschuldigten und in der vermehrten Impulsivität infolge seiner Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung (Urk. 80 S. 47). Gestützt auf das Gutachten ist somit davon auszugehen, dass das erneute delik-

tische Verhalten des Beschuldigten ebenfalls mit der bei diesem diagnostizierten emotional instabilen Persönlichkeitsstörung und der damit verbundenen Impulsivität im Zusammenhang steht, weshalb in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 55 S. 14) bezüglich der versuchten schweren Körperverletzung höchstens von einer leicht verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB auszugehen ist, zumal sich die körperliche und psychische Verfassung des Beschuldigten gemäss Gutachter im Vergleich zum Zustand, wie er bei der Begutachtung im Jahre 2016 vorgelegen habe, erheblich verbessert habe. Der Beschuldigte sei sozial stabiler, körperlich gesund und motivierter, als er es vor vier Jahren gewesen sei (Urk. 80 S. 56).

Insgesamt vermag die subjektive Tatschwere, insbesondere unter Berücksichtigung der höchstens leicht verschuldensreduzierend wirkenden Verminderung der Schuldfähigkeit, die objektive Tatschwere zu relativieren. Das Verschulden ist gesamthaft dennoch als nicht mehr leicht einzustufen. Die Vorinstanz hat die hypothetische Einsatzstrafe auf 30 Monate Freiheitsstrafe reduziert, was sich als angemessen erweist.

Als verschuldensunabhängige Tatkomponente ist zu berücksichtigen, dass der Privatkläger keine schweren Verletzungen im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB erlitten hat, sondern ein Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB vorliegt. Dies ist strafmindernd zu berücksichtigen. Das Ausmass der Strafreduktion hängt dabei von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und von der Schwere der tatsächlichen Folgen der Tat ab. Die Reduktion der Strafe hat umso geringer auszufallen, je näher der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerwiegender die Folgen der tatsächlichen Tat waren (BGE 121 IV 49 E. 1.b). Der Privatkläger erlitt nur leichte Verletzungen, welche keine längeren Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität zur Folge hatten (vgl. Urk. 13/1). Obwohl dies nicht dem Zutun des Beschuldigten, sondern vorwiegend dem Zufall zu verdanken ist, ist strafmindernd zu gewichten, dass der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges einer schweren Körperverletzung nicht in unmittelbarer Nähe lag. Somit ist die Strafe auf 27 Monate Freiheitsstrafe zu reduzieren.

3.2. Raufhandel

3.2.1. Objektive Tatschwere

Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte von Anfang an mit Faustschlägen und Stössen bis hin zu seinem massiven Fusstritt gegen den Privatkläger in den Raufhandel involviert gewesen ist. Seine intensive Beteiligung zeugt von einem grossen Aggressionspotential und einer erheblichen kriminellen Energie. Die Auseinandersetzung dauerte – in Übereinstimmung mit der Verteidigung (Urk. 45 S. 5) – mit knapp zwei Minuten allerdings sehr kurz. Die objektive Tatschwere ist insgesamt als keineswegs leicht zu bezeichnen.

3.2.2. Subjektive Tatschwere

In subjektiver Hinsicht ist massgebend, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Der Raufhandel entstand sodann aus nichtigem Anlass und wäre ohne Weiteres vermeidbar gewesen. Zu Gunsten des Beschuldigten ist wiederum davon auszugehen, dass sein alkoholisierte Zustand zu einer gewissen Enthemmung und erhöhten Impulsivität geführt hatte (vgl. vorstehend, Erw. II.3.1.2.). Gestützt auf das Gutachten von Dr. med. C. _____ vom 22. August 2020 ist ferner davon auszugehen, dass das erneute deliktische Verhalten des Beschuldigten ebenfalls mit der bei ihm diagnostizierten emotional instabilen Persönlichkeitsstörung und der damit verbundenen Impulsivität im Zusammenhang steht, weshalb in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 55 S. 14) auch bezüglich des Raufhandels von einer höchstens leicht verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB auszugehen ist (vgl. vorstehend, Erw. II.3.1.2.).

Unter Berücksichtigung der höchstens leicht verschuldensreduzierend wirkenden Verminderung der Schuldfähigkeit ist das Verschulden gesamthaft immer noch als nicht mehr leicht einzustufen und rechtfertigt eine Sanktion von 9 Monaten Freiheitsstrafe.

3.3. Zwischenfazit

Die hypothetische Einsatzstrafe für die versuchte schwere Körperverletzung von 27 Monaten Freiheitsstrafe ist um die weitere festgelegte Strafe für den Raufhandel angemessen zu erhöhen. Dem nicht mehr leichten Verschulden im Zusammenhang mit dem Raufhandel hat die Vorinstanz im Rahmen der Asperation angemessen mit einer Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe um 6 Monate Rechnung getragen (Urk. 55 S. 15). Demzufolge ergibt sich eine Freiheitsstrafe von 33 Monaten.

4. Täterkomponenten

4.1. Persönliche Verhältnisse

Der Beschuldigte führte zu seinen persönlichen Verhältnissen aus, dass er in G._____ aufgewachsen sei und neben einem Bruder auch einen Halbbruder habe, welcher aus einer früheren Beziehung seiner Mutter stamme. Aus zweiter Ehe des Vaters habe er zudem zwei Stiefbrüder. Er habe in G._____ die Primarschule besucht und nach einem Umzug in den Kanton Aargau diese dort abgeschlossen, bevor er die Realschule besucht habe. Bis zu seinem 18. Lebensjahr habe er sich dann im Jugendheim ... aufgehalten. Dort habe er eine Lehre im Gartenbau abgebrochen, bevor er eine Lehre auf EBA-Niveau als Maurer begonnen habe, welche er nach einem halben Jahr aufgrund des Kiffens ebenfalls habe abbrechen müssen. Anschliessend sei er wieder zu seiner Mutter zurückgekehrt. Seither sei er temporär als Maurer sowie im Garten- oder Strassenbau tätig gewesen, wobei er nicht regelmässig, sondern auf Abruf gearbeitet habe. Ab dem Jahr 2018 habe er eine 100 % IV-Rente in der Höhe von Fr. 1'500.– inkl. Ergänzungsleistungen erhalten. Seine Mutter habe eine Wohnung im Tessin, ein Waldstück in Italien sowie mehrere Millionen geerbt. Die Wohnung werde er dereinst erhalten. Finanziell habe er somit keine Probleme. Zudem habe er aus IV-Zahlungen einen Betrag in der Höhe von Fr. 25'000.– auf seinem Konto. Schulden habe er in der Höhe von Fr. 5'000.–. Er habe seit anfangs 2019 eine Freundin, welche im Lernwerk H._____ arbeite und mit welcher er in einer Wohngemeinschaft zusammenlebe (Urk. 19/3 S. 2 ff.; Urk. 43C S. 2 ff.; Urk. 80 S. 7 ff.).

Aus dem Gutachten von Dr. med. C._____ vom 22. August 2020 geht zudem hervor, dass beim Beschuldigten bereits früh ein ADHS diagnostiziert worden ist. Er sei als Kind und Jugendlicher teilweise fremdplatziert und insbesondere während anderthalb Jahren im Jugendheim ... untergebracht gewesen. Ursprünglich habe eine Kinderbeistandschaft im Bezirk I._____ bestanden. Herr J._____ sei dann mit Volljährigkeit des Beschuldigten und seinem Umzug in den Bezirk D._____ im Jahr 2018 zu dessen Beistand ernannt worden. Seit dem 21. Oktober 2019 arbeite der Beschuldigte im Parkunterhalt der Stiftung K._____, wobei sein Pensum zwischenzeitlich von 100 % auf 80 % reduziert worden sei. Seit dem 1. Februar 2020 bewohne er zudem eine Vierer-WG in L._____. Aufgrund des Wohnsitzwechsels nach L._____ werde die Beistandschaft in den Bezirk L._____ verlegt, was zu einem Beistandswechsel führen werde (Urk. 80 S. 5 ff.).

Ergänzend fügte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung an, dass er weiterhin an einem geschützten Arbeitsplatz bei der Stiftung K._____ in einem Pensum von 80 % arbeite. Dabei verdiene er keinen nennenswerten Lohn. Ergänzend Sozialhilfe erhalte er aber nicht. Er wohne nach wie vor zusammen mit seiner Freundin in einer WG in L._____. Sein Wohnkostenanteil betrage monatlich Fr. 500.–. Vermögen habe er keines, aber Schulden, welche sich reduzieren würde, da er diese abbezahlen könne. Heute sei sein Cannabiskonsum nicht mehr so intensiv wie früher. Cannabis würde er nur noch ab und zu konsumieren. Weitere Drogen oder Alkohol konsumiere er nicht mehr. Gesundheitlich gehe es ihm gut. Er nehme keine Medikamente. Er mache aber eine Psychotherapie (Prot. II S. 12 ff.).

Die schwierige Kindheit und Jugend des Beschuldigten ist leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

Entgegen der Auffassung der Verteidigung rechtfertigt der Umstand, dass der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt erst 20 Jahre alt war und Schwierigkeiten in seiner Entwicklung über das 18. Altersjahr hinaus hatte (Urk. 104 S. 15), keine zusätzliche Strafminderung, da es sich bei der versuchten schweren Körperverletzung und dem Raufhandel um Delikte handelt, dessen Unrechtsgehalt und Folgen auch für einen jungen Menschen ohne weiteres erkennbar sind.

4.2. Vorleben

Der Beschuldigte weist drei, teilweise einschlägige, Vorstrafen auf, wobei eine vor der heute zu beurteilenden Delinquenz anfiel (Urk. 115). Der Beschuldigte wurde von der Jugendanwaltschaft des Kantons Aargau am 26. Juni 2017 wegen Drohung, mehrfacher Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, versuchten Raubes, mehrfacher einfacher Körperverletzung, Beschimpfung, Hinderung einer Amtshandlung, Diebstahls sowie Vergehens gegen das Waffengesetz zu einer Freiheitsstrafe von 18 Tagen verurteilt (Urk. 89), wobei er sich während 18 Tagen in Untersuchungshaft befand. Am 21. Oktober 2020 kam wegen einfacher Körperverletzung (mit Gift, Waffe oder gefährlichem Gegenstand) eine bedingte Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu Fr. 50.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, sowie eine Busse von Fr. 300.– hinzu (Urk. 115). Am 12. Januar 2021 folgte eine weitere Verurteilung. Wegen einfacher Körperverletzung und Tötlichkeiten hätte der Beschuldigte seitens der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.–, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 4 Jahren, und eine Busse von Fr. 400.– zu vergegenwärtigen (Urk. 115). Die erste Vorstrafe wirkt sich deutlich strafe erhöhend aus.

4.3. Nachtatverhalten

Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken sich strafmindernd aus. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Ein Geständnis kann bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung somit zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es Ausdruck von Einsicht und Reue ist.

Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur

aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils gestand (Urteil des Bundesgerichtes 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010 E. 1.5 mit Hinweisen).

Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise oder gar erst nach Ergehen eines erstinstanzlichen Schuldpruches. Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, wenn beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 4. Auflage 2019, N 169 ff. zu Art. 47 StGB).

Der Beschuldigte war in Bezug auf den Raufhandel und den ausgeführten Tritt zwar von Beginn an geständig (Urk. 2/3 S. 3 ff.; Urk. 2/10 S. 2; Urk. 2/11 S. 2 f.; Urk. 2/13 und Urk. 43C S. 5) und half ausserdem, einige weitere Beteiligte zu identifizieren (Urk. 2/11 S. 2), allerdings hätte der Sachverhalt aufgrund der Beweislage – insbesondere der Videoaufnahmen – auch ohne die Mithilfe des Beschuldigten erstellt werden können. Dennoch trug das Geständnis des Beschuldigten zur Verkürzung des Verfahrens bei. Obwohl sich der Beschuldigte während der Untersuchung und auch vor Vorinstanz für den Fusstritt entschuldigte (Urk. 2/3 S. 5, Urk. 2/12 S. 4; Urk. 2/13 S. 4; Prot. I S. 12), beschimpfte er den Privatkläger während der Einvernahme seines Bruders, F._____, vom 22. Oktober 2018 mehrmals und rief dazwischen, sodass er sogar das Zimmer verlassen musste (Urk. 2/15 S. 6). Aufrichtige Reue brachte der Beschuldigte nicht zum Ausdruck, was auch anschaulich aus dem Gutachten von Dr. med. C._____ vom 22. August 2020 hervorgeht. Der Gutachter hielt diesbezüglich fest, der Beschuldigte habe erklärt, dass ihm seine Tat nicht wirklich leid tue. Er habe sich zwar

beim Opfer vor Gericht entschuldigt, auch dem Richter gegenüber, aber das sei nicht wirklich ehrlich gewesen. Man müsse halt etwas "schleimen", um durch das Leben zu kommen (Urk. 80 S. 23). Zudem kann ihm – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 104 S. 14 f.) – auch keine Einsicht in sein Fehlverhalten attestiert werden, da er selber erklärte, er verstehe nicht, warum er bestraft werde, obwohl er sich nur geschützt habe (Urk. 2/11 S. 5). Sein Geständnis ist somit nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

4.3. Zwischenfazit

Wird im Rahmen der Würdigung der Täterkomponenten die Erhöhung aufgrund der Vorstrafe der Reduktion aufgrund der schwierigen Kindheit sowie des Geständnisses gegenübergestellt, so ergibt sich, dass die erhöhenden und mindern- den Aspekte der Täterkomponenten sich aufwiegen. Entsprechend ist keine Anpassung der Sanktion erforderlich.

5. Fazit Strafzumessung

Der Beschuldigte ist mit einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten zu bestrafen. Einer Anrechnung der bislang erstandenen Haft von insgesamt 44 Tagen steht nichts entgegen (Urk. 16/1; Urk. 16/10; Art. 51 StGB).

III. Vollzug

Eine vollständig bedingte Strafe kommt aufgrund der auszusprechenden Freiheitsstrafe von 33 Monaten von Gesetzes wegen nicht in Frage (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs und die Kriterien für die Bemessung des zu vollziehenden und des aufzuschiebenden Teils zutreffend dargelegt (Urk. 55 S. 17 f.). Dies braucht nicht wiederholt zu werden.

Der Beschuldigte weist drei, teilweise einschlägige, Vorstrafen auf, wobei eine vor der heute zu beurteilenden Delinquenz anfiel. Er liess sich weder durch die ausgesprochene Freiheitsstrafe von 18 Tagen respektive die bereits erstandene Untersuchungshaft von 18 Tagen beeindrucken (vgl. vorstehend, Erw. II.4.2.;

Urk. 89; Urk. 97; Urk. 115). Durch sein trotz der Verurteilung ungefähr 1¼ Jahre später wieder aufgenommenes Delinquieren, wobei es sich teilweise um eine einschlägige Delinquenz und insbesondere bei der versuchten schweren Körperverletzung um ein schwerwiegenderes Delikt handelt, offenbart sich nicht nur die Unbelehrbarkeit des Beschuldigten, sondern auch sein fehlender Wille sich an die Rechtsordnung zu halten, und seine Geringschätzung gegenüber der körperlichen Unversehrtheit anderer Personen, zumal es vorwiegend dem Zufall zu verdanken ist, dass die Verletzungen des Privatklägers nicht gravierender ausgefallen sind. Letztlich manifestiert sich die mangelnde Einsicht des Beschuldigten auch in seiner erneuten einschlägigen Delinquenz, welche ihren Niederschlag in weiteren Verurteilungen im Oktober 2020 und Januar 2021 fanden (vgl. Urk. 97; Urk. 115). Zwar lebt der Beschuldigte zusammen mit seiner Freundin in einer Vierer-WG und geht einer Arbeitstätigkeit im Parkunterhalt der Stiftung K._____ im Umfang von 80 % nach, was zu einer Verbesserung und gewissen Stabilisierung seiner Lebensverhältnisse geführt hat, allerdings ist seine private und berufliche Zukunft nach wie vor mit Unsicherheiten behaftet. Ebenfalls ins Gewicht fällt die hohe Rückfallgefahr, welche im Rahmen der psychiatrischen Begutachtung festgehalten wurde. Der Gutachter führt dazu aus, ohne Behandlung bestehe ein erhebliches Risiko, dass der Beschuldigte mittelfristig weitere Straftaten begehen könnte. Im Vordergrund würden reaktive Tötlichkeiten und Körperverletzungen im öffentlichen Raum sowie spontan verübte Eigentumsdelikte stehen. Zu erwarten wären aber auch Betäubungsmitteldelikte (Urk. 80 S. 56). Zudem zeigte sich der Beschuldigte auch nicht einsichtig hinsichtlich seines Fehlverhaltens (vgl. vorstehend, Erw. II.4.3.).

Die Anordnung einer Massnahme setzt gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB die Gefahr weiterer Straftaten voraus. Deshalb kann der Vollzug der gleichzeitig ausgefallenen Strafe nicht nach Art. 42 und Art. 43 StGB, sondern nur nach Art. 57 Abs. 2 bzw. Art. 63 Abs. 2 StGB aufgeschoben werden. Die Anordnung einer Massnahme bedeutet eine ungünstige Prognose, sodass der bedingte oder teilbedingte Aufschub der Strafe ausgeschlossen ist. Dies gilt auch, wenn eine ambulante Massnahme angeordnet wird (BGE 135 IV 180, E. 2.3; Urteil des Bundesgerichtes 6B_652/2016 vom 28. März 2017, E. 3). Wie nachfolgend aufzuzeigen sein

wird (Erw. IV.), ist eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen. Es ist daher unabhängig von den vorstehenden Ausführungen von einer ungünstigen Prognose auszugehen. Die Freiheitsstrafe ist deshalb unbedingt auszusprechen. Der Aufschieb der Freiheitsstrafe ist nachfolgend unter Erw. IV.5. zu prüfen.

IV. Massnahme

1. Vorbemerkung

Mit der Berufungserklärung liess der Beschuldigte den Beweisantrag stellen, es sei ein Gutachten über ihn einzuholen mit der Begründung, dies ermögliche eine täteradäquate Strafzumessung und bilde nicht nur bei der Frage des Strafvollzuges die nötige Grundlage für eine Prognose, sondern auch für die Prüfung einer allfälligen ambulanten Massnahme (Urk. 56 S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung stellte die Verteidigung den Antrag, es sei eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB anzuordnen und die Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme aufzuschieben. Für die Dauer der ambulanten Massnahme sei eine Bewährungshilfe anzuordnen (Urk. 104 S. 1). Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte auf Nachfrage, dass er mit der gerichtlichen Anordnung einer ambulanten Massnahme einverstanden sei; selbst dann, wenn der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme nicht aufgeschoben würde (Prot. II S. 20).

2. Allgemeine Voraussetzungen für die Anordnung einer Massnahme

Eine Massnahme ist anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert und die Voraussetzungen der Art. 59-61, 63 oder 64 StGB erfüllt sind. Die Anordnung einer Massnahme setzt voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist. Das Gericht kann anordnen, dass der Täter, der psychisch schwer gestört, von Suchtstoffen oder in anderer Weise ab-

hängig ist, nicht stationär, sondern ambulant behandelt wird, wenn der Täter eine mit Strafe bedrohte Tat verübt, die mit seinem Zustand in Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 63 Abs. 1 StGB).

Das Gericht stützt sich bei der Entscheidung über die Anordnung einer Massnahme auf eine sachverständige Begutachtung (Art. 56 Abs. 1-3 StGB). Diese äussert sich über die Notwendigkeit und die Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters, die Art und Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten sowie die Möglichkeit des Vollzugs der Massnahme (Art. 56 Abs. 3 StGB). Entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist das Gericht nicht an die Schlussfolgerungen im Gutachten gebunden. Es darf jedoch in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abweichen. Wenn gewichtige zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern, kann das Gericht seine eigene Meinung anstelle jener des Gutachters setzen, da ansonsten gegen Art. 9 BV verstossen würde (BGE 129 I 57).

Zur Beurteilung der Massnahmenthematik liegt ein forensisch-psychiatrisches Gutachten von Dr. med. C. _____ vom 22. August 2020 (Urk. 80) vor.

3. Feststellungen aus dem Gutachten

Der Gutachter diagnostizierte beim Beschuldigten eine einfache Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung mit Beginn in der Kindheit und Jugend (ICD-10 F90.0), eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ (ICD-10 F60.30), eine Abhängigkeit von Cannabinoiden, ständiger Substanzgebrauch (ICD-10 F12.25) sowie eine Abhängigkeit von Kokain, ständiger Substanzgebrauch (ICD-10 F14.25). Die Aufmerksamkeitsdefizit- und Hyperaktivitätsstörung sei beim Beschuldigten derart ausgeprägt, dass eine Behandlung unabdingbare Voraussetzung für die soziale Integration sein dürfte. Die Impulsivität und somit die (deliktrelevante) Tendenz des Beschuldigten, unbedacht und überschüssend auf Provokationen und andere äussere Reize zu reagieren, sei derart ausgeprägt, dass sie mit einer Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung allein nicht erklärt werden könne, zumal sie auch unter Behandlung nicht hinreichend zurückgegangen

sei. Diese äussere sich unter anderem in der Unfähigkeit, sich an Regeln zu halten, in seinen überschüssenden Reaktionen auf Frustrationen, in häufigen Wutausbrüchen, körperlichen Auseinandersetzungen und unangemessenem Verhalten gegenüber Autoritätspersonen. Dem Beschuldigten würden langfristige Ziele fehlen, er gebe seinem Ärger inadäquat intensiv Ausdruck, schädige sich selbst durch übermässigen Konsum von Suchtmitteln, leide an häufigen Stimmungswechseln, könne nicht gut allein sein und empfinde rasch innere Leere und Langweile. Beim Beschuldigten würden einige phänomenologische Symptomüberlappungen der Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung, der emotional instabilen Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ und den Auswirkungen der Abhängigkeitserkrankungen bestehen. Insofern könnten die einzelnen Störungen des Beschuldigten nicht klar voneinander abgegrenzt werden. Die Persönlichkeitsstörung sei im Gegensatz zur ADHS nur leichtgradig ausgeprägt. Hinsichtlich des Suchtmittelkonsums stehe der Cannabiskonsum im Vordergrund, welcher schon früh ein exzessives Ausmass angenommen habe. Der THC-Carbonsäuregehalt im Blut des Beschuldigten spreche für einen erheblichen regelmässigen Konsum. Weiter konsumiere der Beschuldigte ungefähr seit seiner Schulentlassung in wechselndem Ausmass Kokain, was durch die Laboruntersuchungen bestätigt worden sei, indem sowohl im Blut als auch im Urin Kokain habe nachgewiesen werden können. Der Kokainkonsum habe zu einer erheblichen Gewichtsabnahme, aber auch zu psychischen Auswirkungen wie gelegentlichen Angstzuständen und paranoid anmutenden Ideen geführt (Urk. 80 S. 43 ff.).

Weiter geht aus dem Gutachten hervor, dass es sich bei den Tathandlungen des Beschuldigten – unabhängig vom exakten Tathergang – um eine der für ihn typischen Impulshandlungen aufgrund von subjektiv erlebten Provokationen gehandelt haben dürfte. Diese Verhaltensweise habe ihre Wurzeln in der Persönlichkeit bzw. der emotional instabilen Persönlichkeitsstörung des Beschuldigten und in der vermehrten Impulsivität infolge seiner Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung, sodass sich ähnliche Handlungsmuster in seiner Lebensgeschichte weit zurückverfolgen lassen würden. Sowohl das Anlassdelikt als auch frühere Delikte würden in sehr direktem Zusammenhang mit der Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung stehen (Urk. 80 S. 47).

Zur Frage der Rückfallgefahr hält der Gutachter fest, ohne Behandlung bestehe ein erhebliches Risiko, dass der Beschuldigte mittelfristig weitere Straftaten begehen könnte, auch wenn er aktuell eine gute Anpassungsleistung zeigen würde. Im Vordergrund würden reaktive Tötlichkeiten und Körperverletzungen im öffentlichen Raum sowie spontan verübte Eigentumsdelikte stehen. Zu erwarten wären aber auch Betäubungsmitteldelikte. Die Strafe alleine sei nicht geeignet, dem Risiko weiterer Straftaten zu begegnen, da die Fähigkeit des Beschuldigten, sein Verhalten willentlich zu steuern, herabgesetzt sei (Urk. 80 S. 54 ff.).

Der Gutachter hält fest, dass sowohl die psychische Störung als auch die Abhängigkeit einer qualifizierten Behandlung bedürfe. Die Behandlung der Abhängigkeitserkrankung müsse dabei in die Therapie der Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung integriert werden, da diese Störungen in engem innerem Zusammenhang stehen würden. Es sei wenig sinnvoll, zwei Therapien parallel und unabhängig voneinander aufzugleisen. Dabei könne die Behandlung ambulant durchgeführt werden, sofern der Beschuldigte über eine geeignete Tagesstruktur verfüge und die Wohnsituation geregelt sei, was derzeit der Fall sei. Grundsätzlich geeignet seien eine ambulante Massnahme gemäss Art. 63 StGB als auch eine stationäre Massnahme gemäss Art. 60 StGB, diese allerdings unter Inkaufnahme eines erhöhten Abbruchrisikos, was auch frühere Erfahrungen zeigen würden. Einer ambulanten Durchführung sei somit der Vorzug zu geben. Dabei sei es zweckmässig, zusätzlich zur Therapie Abstinenzkontrollen durchzuführen, da der Konsum von psychotropen Substanzen Rückfälle fördere, die Therapie hemme und der beruflichen Resozialisierung im Weg stehen würde. Die Abhängigkeitserkrankung des Beschuldigten sei derart erheblich, dass in der ersten Phase Konsumrückfälle unvermeidbar sein würden. Aufgrund des aktuell hohen Drogenkonsums wäre somit eine stationäre Einleitung einer allfälligen ambulanten Therapie hilfreich, sofern es dem Beschuldigten nicht gelinge, den Konsum aus eigener Kraft zu reduzieren und zu sistieren. Obwohl der Beschuldigte bereits über einen Beistand verfüge, sei es zudem zweckmässig, für die Dauer der Behandlung eine Bewährungshilfe anzuordnen, da es auf diese Weise besser möglich sei, eine allfällige Behandlungsmassnahme durchzusetzen (Urk. 80 S. 48 ff.).

4. Anordnung einer ambulanten Massnahme in concreto

Der Beschuldigte wies zum Tatzeitpunkt die vom Gutachter diagnostizierten Störungen und Abhängigkeitserkrankungen auf (vgl. vorstehend, Erw. IV.3.), welche nach wie vor bestehen, und die inkriminierten Taten standen offensichtlich mit diesen Störungen im Zusammenhang. Der Beschuldigte ist im Sinne des Gesetzes massnahmebedürftig und eine Massnahmefähigkeit wird ihm vom Gutachter nicht abgesprochen. Der Gutachter hält dazu fest, der Beschuldigte sei fähig und bereit, sich der erforderlichen Behandlung zu unterziehen. Allfällige Widerstände gegenüber einer medikamentösen Behandlung seien nicht unüberwindbar und würden vom Beschuldigten auch teilweise relativiert (Urk. 80 S. 48 und S. 58). Sodann beantragte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung die Anordnung einer ambulanten Massnahme und bestätigte, mit einer solchen auch einverstanden zu sein, wenn der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht zugunsten der Massnahme aufgeschoben würde (Prot. II S. 20). Die amtliche Verteidigung führte dazu aus, der Beschuldigte sei mit einer ambulanten Massnahme mit Bewährungshilfe einverstanden und bereit, an sich und seiner Zukunft zu arbeiten. Sein Elternhaus sei mit dem schweren ADHS komplett überfordert gewesen. Daher sei der Beschuldigte schon früh mit Medikamenten versorgt und aus fürsorgerischen Gründen in Institutionen gesteckt worden, von wo er einiges habe mitnehmen können, aber wegen der Diagnose doch immer wieder angeeckt sei und den Kürzeren gezogen habe. In der Stiftung K._____ habe er nun das, was er brauche. Er werde sozialtherapeutisch begleitet, aber in den Bereichen Wohnen und Freizeit bleibe er selbstbestimmt, sodass er das Angebot annehmen könne. Den Kokainkonsum habe er mittlerweile aufgegeben und er wisse, dass er auch vom Rauchen von Cannabis Abstand nehmen oder zumindest auf ein Minimum beschränken müsse. Eine stationäre Einleitung der Massnahme wolle er nur schon wegen seines Berufsziels vermeiden. Er kooperiere mit der Beistandsperson und habe ein betreutes Umfeld, eine Tagesstruktur und eine geregelte Wohnsituation. Der Beschuldigte habe auch endlich eine Therapeutin gefunden und mit dem Erstgespräch gestartet. Deshalb sei eine ambulante Massnahme anzuordnen, und um die günstige Entwicklung des Beschuldigten und das weitere Therapieziel nicht zu

gefährden, sei die Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 104 S. 18 f.).

Der Gutachter kommt in seinem forensisch-psychiatrischen Gutachten vom 22. August 2020 zum Schluss, dass eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB – unterstützt durch die Bewährungshilfe – das Risiko für Straftaten, insbesondere Gewaltstraftaten, deutlich reduzieren könne und einer ambulanten Durchführung der Vorzug zu geben sei. Dabei sollte die Behandlung nicht ausschliesslich medikamentös, sondern gleichzeitig mit (verhaltens-)psychotherapeutischen Methoden durchgeführt werden. Gemäss Gutachter sollte der Beschuldigte im Rahmen der Psychotherapie auch eine Anleitung für die Selbstorganisation und das Selbstmanagement erhalten, wobei eine enge Zusammenarbeit zwischen der Therapiestelle und der Betreuung (Arbeitsplatz, IV, Beistand) erforderlich sei (Urk. 80 S. 48).

Das Gutachten von Dr. med. C. _____ vom 22. August 2020 ist schlüssig und überzeugend. Es sind mithin keine Gründe ersichtlich, weshalb für die Beurteilung der sich stellenden Fragen nicht auf das Gutachten abgestellt werden sollte. Zudem wendete auch der Beschuldigte nichts gegen das Gutachten ein und beantragt die Anordnung einer ambulanten Massnahme (Prot. II S. 20; Urk. 104 S. 18). Es ist somit eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen.

Wenn es zur Einleitung der ambulanten Behandlung geboten ist, kann diese stationär eingeleitet werden (Art. 63 Abs. 3 StGB). Der Betroffene kann etwa zwecks Alkohol- oder Drogenentzug in einer Anfangsphase vorübergehend stationär behandelt werden, bis er therapeutisch ansprechbar ist (HEIMGARTNER, in: *mentar StGB*, 20. Aufl., Zürich 2018, N 10 zu Art. 63a StGB). Das Ziel der vorübergehenden stationären Behandlung muss immer die Herstellung der therapeutischen Ansprechbarkeit des Betroffenen sein (Urteil des Bundesgerichtes 6B_1213/2013 vom 8. März 2017; HEER, in: *NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar, Strafrecht I*, 4. Aufl., Basel 2019, N 78 zu Art. 63 StGB). Zwar gab der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung zu Protokoll, dass er keine Drogen sowie keinen Alkohol mehr konsumiere und nur noch gelegentlich Cannabis rauche (Prot. II S. 14), allerdings ist unklar, wie lange der Beschuldigte be-

reits abstinent ist und wie stark er seinen Cannabiskonsum tatsächlich reduziert hat. Zudem hält auch der Gutachter fest, dass die Abhängigkeitserkrankung des Beschuldigten derart erheblich sei, dass in einer ersten Phase Konsumrückfälle unvermeidbar seien (Urk. 80 S. 48). Da der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten zu bestrafen ist, deren Vollzug nicht aufzuschieben ist (nachfolgend, Erw. IV.5.), ist eine stationäre Einleitung der ambulanten Massnahme nicht erforderlich, damit seine Behandlung sicher unter Abstinenzbedingungen begonnen werden kann. Für die Dauer der Behandlung ist zudem eine Bewährungshilfe anzuordnen (Art. 62 Abs. 2 zweiter Satz StGB), was vom Beschuldigten auch beantragt wurde (Urk. 104 S. 1 und S. 18).

5. Aufschub der Freiheitsstrafe

Sind die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe wie für eine Massnahme erfüllt, so ordnet das Gericht beide Sanktionen an (Art. 57 Abs. 1 StGB). Vorliegend sind somit sowohl die Freiheitsstrafe als auch die ambulante Massnahme mit stationärer Einleitung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 und 3 StGB anzuordnen.

Das Gericht kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe, einer durch Widerruf vollziehbar erklärten Freiheitsstrafe sowie einer durch Rückversetzung vollziehbar gewordenen Reststrafe zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen (Art. 63 Abs. 2 StGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist ein Strafaufschub bei einer Beeinträchtigung des möglichen Heilungserfolgs durch einen Freiheitsentzug angezeigt. Erforderlich ist, dass die Massnahme vordringlich und mit dem Strafvollzug unvereinbar ist (BGE 101 IV 270, E. 1.; BGE 100 IV 12, E. 1; Urteil des Bundesgerichtes 6B_107/2011 vom 23. Mai 2011, E. 5.2). Vordringlich ist eine Massnahme immer dann, wenn der Strafvollzug den Erfolg der Therapie ernstlich oder erheblich gefährden würde (BGE 129 IV 161, E. 4.1). Die Verweigerung des Aufschubs des Vollzugs bedeutet nicht, dass eine Therapie nicht wenigstens vollzugsbegleitend angeordnet werden soll (Urteil des Bundesgerichtes 6B_883/2014 vom 23. Juni 2015, E. 5.4). Grundsätzlich wird die ambulante Massnahme gleichzeitig mit dem Strafvollzug durchgeführt. Der Aufschub der Strafe ist die Ausnahme (BGE 129 IV 161, E. 4.1 und 4.3).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass der gleichzeitige Strafvollzug den Erfolg der ambulanten Behandlung gefährden würde. Auch der Gutachter hält fest, dass der vorausgehende oder gleichzeitige Vollzug der Freiheitsstrafe die Behandlung an sich nicht verunmöglichen oder erheblich beeinträchtigen würde (Urk. 80 S. 57). Zwar macht er geltend, dass der zurzeit gut laufende berufliche Integrationsprozess gefährdet wäre, was einen ungünstigen Einfluss auf die Prognose hätte, den Erfolg der ambulanten Behandlung würde der Strafvollzug aber nicht ernstlich oder erheblich gefährden. Der Einwand, dass der berufliche Integrationsprozess gefährdet wäre, stellt für sich alleine jedoch keinen Grund für einen Aufschub des Strafvollzuges dar, zumal ein Aufschub ohnehin die Ausnahme bildet. Zudem attestiert der Gutachter dem Beschuldigten eine hohe Rückfallgefahr und dieser weist bereits drei Vorstrafen, wobei eine vor der heute zu beurteilenden Delinquenz anfiel, auf (vgl. vorstehend, Erw. III.). Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist daher nicht aufzuschieben.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung – mit Ausnahme der Anordnung einer ambulanten Massnahme, was vor Vorinstanz allerdings nicht Verfahrensgegenstand war – vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich aufzuerlegen sind. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 9'855.40 (Urk. 99; Urk. 114) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht des Beschuldigten (Art. 426 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 135 Abs. 4 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 19. Juni 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Abweisung Genugtuungsbegehren des Privatklägers) sowie 5 bis 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 33 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 44 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
2. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen und Suchtbehandlung bezüglich illegaler Drogen) angeordnet. Für die Dauer der Behandlung wird eine Bewährungshilfe angeordnet.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 9'855.40 amtliche Verteidigung
Fr. 17'859.20 psychiatrisches Gutachten.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
 - den Privatkläger (zu den Akten)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

7. Rechtsmittel:

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 27. Oktober 2021

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Baechler