

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB210366-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, die Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely und lic. iur. K. Vogel sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. M. Keller

## Urteil vom 22. Dezember 2021

in Sachen

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

Beschuldigter und I. Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft See/Oberland,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. M. Kehrlı,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

**B.** \_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **schwere Körperverletzung etc.**

**(Rückweisung der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgerichts)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Abteilung,**

**vom 7. September 2018 (DG180002)**

**Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich**

**vom 4. Juni 2020 (SB190275)**

**Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Schweiz. Bundesgerichts  
vom 10. Juni 2021 (6B\_1080/2020)**

**Anklage:**

Die modifizierte Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 27. Juni 2018 (Urk. 41) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 72 S. 60 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte **A. \_\_\_\_\_** ist schuldig
  - des gewerbs- und bandenmässigen sowie teilweise versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 und 3 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Anklagevorwurf Ziffer 1.1);
  - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB (Anklagevorwurf Ziffern 1.1);
  - des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB (Anklagevorwurf Ziffer 1.2);
  - der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB (Anklagevorwurf Ziffer 1.2).
2. Der Beschuldigte **A. \_\_\_\_\_** wird mit einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten als Zusatzstrafe zur vom Bezirksgericht Meilen am 25. Juli 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe von 18 Monaten bestraft, wovon 221 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die sichergestellte Barschaft von CHF 91.95 wird zur Deckung der Verfahrenskosten herangezogen.
5. Der sichergestellte Handschuh wird eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
6. Die sichergestellten Gegenstände (ein Paar Shorts und ein Pullover (Asservat Nr. A004'867'907)) werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben.
7. Die Privatkläger 3 (C. \_\_\_\_\_), 4 (D. \_\_\_\_\_), 6 (E. \_\_\_\_\_), 7 (F. \_\_\_\_\_ AG) werden mit ihren Zivilansprüchen auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

8. Der Beschuldigte **A.**\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, dem Privatkläger 5 (G.\_\_\_\_\_) Schadenersatz in der Höhe von CHF 3'000.– zu bezahlen.
9. Der Beschuldigte **A.**\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, dem Privatkläger 8 (B.\_\_\_\_\_) eine Genugtuung von CHF 12'000.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.
10. Der Genugtuungsanspruch des Privatklägers 9 (H.\_\_\_\_\_) wird abgewiesen.
11. Die Zivilansprüche der Privatklägerin 10 (I.\_\_\_\_\_ AG, in Bezug auf H.\_\_\_\_\_) werden auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
12. Der Beschuldigte **A.**\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, der Privatklägerin 10 (I.\_\_\_\_\_ AG, in Bezug auf B.\_\_\_\_\_) Schadenersatz in der Höhe von CHF 56'219.80 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird der Anspruch auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
13. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF	2'500.00	; die weiteren Kosten betragen:
CHF	2'000.00	Gebühr für das Vorverfahren
CHF	1'964.20	Auslagen IRM
CHF	3.00	Auslagen (J._____ - Spesen)
CHF	231.50	Auslagen (ärztliche Befunde)
CHF	460.00	Auslagen Polizei (FOR)
CHF	13.00	Entschädigung Zeugen
CHF	18'882.00	Entschädigung amtliche Verteidigung (Vorverfahren)
CHF	5'500.00	Entschädigung amtliche Verteidigung (Hauptverfahren)
<b>CHF</b>	<b>31'553.70</b>	<b>Kosten total.</b>
14. Die Kosten und Auslagen der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten **A.**\_\_\_\_\_ auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
15. Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten in der Zeit vom 28. Juni 2018 bis 10. September 2018 mit total CHF 5'500.– (inkl. 7.7 % MwSt.) entschädigt. Die Kasse des Bezirksgerichts Meilen wird angewiesen, diesen Betrag an Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ auszubezahlen.

16. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird (solidarisch mit K. \_\_\_\_\_ und P. \_\_\_\_\_) verpflichtet, dem Privatkläger 8 (B. \_\_\_\_\_) eine Entschädigung für notwendige Aufwendungen im gesamten Verfahren in der Höhe von CHF 19'085.25 (inkl. 8 % bzw. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
17. [Mitteilungen.]
18. [Rechtsmittel.]"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 5 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten

(Urk. 137 S. 3 f.; schriftlich)

1. Der Beschuldigte sei von der Anklage der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB (Anlagevorwurf Ziffer 1.2 gemäss abgeänderter Anklage vom 27. Juni 2018) freizusprechen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten zu bestrafen, als Zusatzstrafe zur vom Bezirksgericht Meilen am 25. Juli 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe von 18 Monaten, wovon 221 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Das Genugtuungsbegehren des Privatklägers 8 (B. \_\_\_\_\_) sei abzuweisen, eventuell auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen.
4. Das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin 10 (I. \_\_\_\_\_ AG) sei abzuweisen, eventuell auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen.
5. Es sei dem Beschuldigten für die ungerechtfertigte Haft von 11 Tagen eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 2'200.00 zuzüglich 5 % Zins seit dem 21. Februar 2018 zuzusprechen.
6. Die Kosten und Auslagen der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen.
7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren seien zur Hälfte definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Im Umfang der

Hälfte seien die Kosten der amtlichen Verteidigung einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

8. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens (SB190275), inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.
9. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens (SB210366), inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- b) Der Staatsanwaltschaft  
(Urk. 80; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids.

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessgeschichte / Prozessuales**

1. Der Prozessverlauf bis zum Urteil der Kammer vom 4. Juni 2020 ergibt sich zunächst aus dem vorinstanzlichen Entscheid sowie dem bundesgerichtlichen Urteil vom 10. Juni 2021 (Urk. 72 S. 6; Urk. 128 S. 2).
2. Sowohl der Beschuldigte als auch der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ meldeten gegen das Urteil der Vorinstanz vom 7. September 2018 Berufung an (Urk. 62 und Urk. 64). Die Berufungserklärung des Beschuldigten ging fristgemäss hierorts ein (Urk. 75). Nachdem innert Frist keine Berufungserklärung des Privatklägers folgte, trat die hiesige Kammer mit Beschluss vom 18. Juli 2019 auf seine Berufung nicht ein (Urk. 84). Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft. Mit Beschluss vom 4. Juni 2020 stellte die Kammer fest, dass die erstinstanzliche Verurteilung wegen gewerbs- und bandenmässigen sowie teilweise versuchten Diebstahls, mehrfachen Hausfriedensbruchs und Raufhandels in Rechtskraft erwachsen ist (Urk. 104 S. 39). Mit Urteil desselben Tages wurde sodann der vorinstanzliche Schuldspruch wegen schwerer Körperverletzung bestätigt (Urk. 104 S. 41).

3. Dagegen erhob der Beschuldigte Beschwerde an das Bundesgericht, welches mit Urteil vom 10. Juni 2021 das vorgenannte Urteil der Kammer – bis auf die Feststellungen betreffend die in Rechtskraft erwachsenen Teile des erstinstanzlichen Entscheids – aufhob und die Sache zur Neuurteilung zurückwies (Urk. 128 S. 9).

4. In der Folge erklärten sich die Parteien mit der schriftlichen Durchführung des vorliegenden (Rückweisungs-)Verfahrens einverstanden (Urk. 130/1-3). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2021 liess der Beschuldigte hernach innert erstreckter Frist seine schriftliche Berufungsbegründung samt Anträgen einreichen (Urk. 137; Urk. 131 ff.). Innert Frist erfolgten keine Berufungsantworten (vgl. Urk. 139 ff.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

5. Der Beschluss der Kammer vom 4. Juni 2020 betreffend Feststellung der Rechtskraft wird durch das bundesgerichtliche Urteil nicht berührt (vgl. Urk. 128 S. 8). Demnach ist der Vollständigkeit halber mit Beschluss (erneut) festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 7. September 2018 bezüglich der Dispositivziff. 1 alinea 1 bis 3 (Schuldsprüche betr. gewerbsmässiger/bandenmässiger Diebstahl, Raufhandel und Hausfriedensbruch), Dispositivziff. 4 bis 6 (Regelung der Beschlagnahmen/Einziehungen), Dispositivziff. 7 und 8 sowie 10 und 11 (Regelung der Zivilansprüche der Privatkläger 3-7, 9 und 10), Dispositivziff. 13 (Kostenfestsetzung), Dispositivziff. 15 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) und die zusammen mit den weiteren Beschuldigten solidarische Verpflichtung zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an B.\_\_\_\_\_ (Dispositivziff. 16) in Rechtskraft erwachsen ist.

## **II. Sachverhalt**

### **1. Anklagevorwurf**

Im vorliegenden Verfahren ist nunmehr noch folgender Anklagesachverhalt der modifizierten Anklageschrift zu behandeln: Dem Beschuldigten wird zusammengefasst vorgeworfen, dass am 15. Juni 2012, um ca. 03.30 Uhr, in der Nähe des Clubs L.\_\_\_\_\_ in Zürich zunächst eine verbale Auseinandersetzung zwischen

K.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ stattgefunden habe, welche in eine tätliche Auseinandersetzung zwischen beiden gemündet habe. Der Beschuldigte sei dieser Auseinandersetzung mit Faustschlägen und Fusstritten auf H.\_\_\_\_\_ beigetreten, welcher sich seinerseits mit einem Fusstritt zu wehren versucht habe (Teil 1 der Anklage). In der Folge habe sich der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ in die Auseinandersetzung eingemischt und sei von der Gruppe des Beschuldigten mit Faustschlägen und Fusstritten tätlich angegriffen worden. Im Rahmen des Vorfalls habe der Beschuldigte dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ einen Faustschlag ins Gesicht verpasst, worauf dieser aufgrund der Wucht des Schlages rücklings zu Boden gestürzt und mit dem Hinterkopf heftig auf dem Asphalt aufgeschlagen sei. Aufgrund des Schlages habe B.\_\_\_\_\_ ein mittelschweres Schädel-Hirn-Trauma erlitten, nämlich eine Schädelfraktur rechts, eine Riss-Quetsch-Platzwunde, eine Fraktur der Seitenwand der linken Keilbeinhöhle mit Blutungen im Gehirn sowie Hautunterblutungen am linken Auge, an beiden Oberschenkeln und am linken Unterschenkel. B.\_\_\_\_\_ habe aufgrund seiner lebensgefährlichen Verletzungen auf der Intensivstation des Universitätsspitals Zürich behandelt werden müssen, sei mindestens vom 15. Juni bis 20. Juli 2012 zu 100% arbeitsunfähig gewesen und habe in der Folge aufgrund des Schädel-Hirn-Traumas an fokalen Krampfeignissen im Bereich des linken Armes und Schultergürtels bzw. an epileptischen Anfällen sowie während mehreren Monaten unter starken Kopfschmerzen gelitten. Der Beschuldigte habe beim Faustschlag zumindest bewusst und billigend in Kauf genommen, dass B.\_\_\_\_\_ als Folge des Faustschlages bei seinem Sturz rücklings mit dem Kopf auf den Asphalt aufschlage und sich dabei die erwähnten Verletzungen zuziehe (vgl. Urk. 41 S. 6 ff.).

## 2. Urteil des Bundesgerichts

2.1. Das Bundesgericht erwog zusammengefasst, die Verurteilung des Beschuldigten wegen schwerer Körperverletzung beruhe hauptsächlich auf den Aussagen der Zeugen M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_, die ein erstes Mal wenige Stunden nach dem Vorfall, am 15. Juni 2012, und ein weiteres Mal am 24./25. September 2012 als Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 StPO durch die Polizei befragt worden seien. Anlässlich dieser Befragungen, welche in Abwesenheit des Be-

schuldigten erfolgen, hätten die Zeugen den Beschuldigten als Urheber des Faustschlags identifiziert. Am 29. April 2016 habe die Staatsanwaltschaft eine Konfrontationseinvernahme durchgeführt, bei welcher M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ als Zeugen nach Art. 177 StPO einvernommen worden seien und der Rechtsvertreter des Beschuldigten anwesend gewesen sei. Dabei hätten die Zeugen im freien Bericht verschiedene Eckpunkte der Auseinandersetzung geschildert. Sie hätten bestätigt, bei der Polizei die Wahrheit gesagt zu haben. Ebenfalls hätten sie – auf Vorhalt – ihre damals getätigten konkreten Aussagen bestätigt. Die Zeugen hätten sich anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme nicht mehr an die Täterschaft des Beschuldigten erinnern können (Urk. 128 S. 3).

2.2. Gemäss Bundesgericht sei vorliegend nicht geklärt, ob sich das Verfahren im Zeitpunkt der polizeilichen Befragungen der Zeugen M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ am 12. Juni (recte: 15. Juni) und am 24./25. September 2012 noch im Stadium rein polizeilicher Ermittlungen befunden habe, oder ob die Strafuntersuchung in den damaligen Zeitpunkten bereits als von der Staatsanwaltschaft eröffnet anzusehen gewesen wäre. Falls der Übergang in die Untersuchung nach Art. 308 ff. StPO im Zeitpunkt der polizeilichen Befragungen der Zeugen bereits stattgefunden haben sollte, hätten diese gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts unter Gewährung des Teilnahmerechts des Beschuldigten durchgeführt werden müssen. Das Bundesgericht hielt sodann fest, eine allfällige Verletzung des Teilnahmerechts lasse sich nicht dadurch heilen, dass den Zeugen die entsprechenden Aussagen in einer nachträglichen Konfrontationseinvernahme zur Bestätigung vorgehalten worden seien (Urk. 128 S. 7).

2.3. Die hiesige Kammer – so das Bundesgericht weiter – habe sich im Urteil vom 4. Juni 2020 nicht zur Frage geäußert, ob die Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft im Zeitpunkt der polizeilichen Befragungen der Zeugen M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ eröffnet war und dem Beschuldigten entsprechend das Teilnahmerecht zu gewähren gewesen wäre. Die Sache sei nicht liquid und daher keinem reformatorischen Entscheid des Bundesgerichts zugänglich, weshalb sie zur neuen Beurteilung an die hiesige Kammer zurückgewiesen werde (Urk. 128 S. 8).

### 3. Rechtliches

3.1. Die Staatsanwaltschaft eröffnet gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO eine Untersuchung unter den in lit. a-c genannten Voraussetzungen, mithin unter anderem dann, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet. Ab Eröffnung der Untersuchung darf die Polizei keine selbstständigen Ermittlungen mehr vornehmen. Die Staatsanwaltschaft kann die Polizei zwar nach Eröffnung der Untersuchung mit ergänzenden Ermittlungen beauftragen. Sie erteilt ihr dazu aber schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen, die sich auf konkret umschriebene Abklärungen zu beschränken haben (Art. 312 Abs. 1 StPO). Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen (Art. 312 Abs. 2 StPO).

3.2. Daraus folgt, dass die Parteien das Recht haben, bei Einvernahmen, welche die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, Fragen zu stellen (vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO; Urk. 128 S. 5 f. E. 5.1. und 5.5. m.H.; Urteile des Bundesgerichts 6B\_760/2016 vom 29. Juni 2017 E. 3.2.2 und 6B\_1023/2016 vom 30. März 2017 E. 1.2). Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen von Art. 147 StPO erhoben worden sind, dürfen nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war (Art. 147 Abs. 4 StPO). Nur wenn es sich im polizeilichen Ermittlungsverfahren um selbstständige Ermittlungen im Sinne von Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO handelt, besteht kein Anspruch auf Parteiöffentlichkeit (BGE 139 IV 25 E. 5.4.3).

### 4. Würdigung

4.1. Der inkriminierte Übergriff auf den Privatkläger ereignete sich am 15. Juni 2012, ca. 03.30 Uhr. Die Verteidigung weist zu Recht darauf hin, dass es sich um ein sogenanntes Brandtourgeschäft handelte, weshalb der Staatsanwalt aufgeboten wurde, welcher gleichentags, um 04.57 Uhr, bei allen Beschuldigten eine Blut- und Urinsicherstellung anordnete (Urk. 25/1 S. 10). Dabei handelt es sich um eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 196 lit. a StPO, womit die Untersuchung faktisch eröffnet war (Art. 309 Abs. 1 lit. b und c StPO).

4.2. Im Zeitpunkt der polizeilichen Befragungen der Zeugen M.\_\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_\_ am 15. Juni 2012 um 05.10 Uhr (Urk. 25/11/1) bzw. um 06.36 Uhr (Urk. 25/13/1) war die Untersuchung nach dem Gesagten formell eröffnet. Gemäss den verbindlichen bundesgerichtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid hätten bereits in diesem Zeitpunkt, mithin als die Sachlage in ersten Abklärungen war und sich der Tatverdacht gegen den Beschuldigten hinsichtlich des Faustschlages erst aus den genannten Befragungen ergab, diesem bzw. seiner Verteidigung das Teilnahmerecht gemäss Art. 147 StPO gewährt werden müssen. Dasselbe gilt a fortiori auch für die Einvernahmen vom 24./25. September 2012, zumal die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsauftrag vom 31. Juli 2012 die Polizei ausdrücklich darauf hinwies, dass der Beschuldigte diejenigen Verfahrensrechte habe, die ihm bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukämen (vgl. Urk. 25/3/5).

4.3. Weil nach eröffneter Untersuchung die Teilnahmerechte des Beschuldigten nicht gewahrt wurden, sind die belastenden Zeugenaussagen in Nachachtung des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar. Es kann sodann von keinem Verzicht des Beschuldigten ausgegangen werden und die unverwertbaren Einvernahmen können auch nicht nachträglich dadurch geheilt werden, dass den Zeugen die entsprechenden Aussagen in einer nachträglichen Konfrontationseinvernahme zur Bestätigung vorgehalten worden waren (so das Bundesgericht: vgl. Urk. 128 S. 7 E. 6.1).

4.4. In den parteiöffentlichen Einvernahmen vom 26. April 2016 konnten die Zeugen den Beschuldigten aus freier Erinnerung heraus nicht mehr klar als Täter bezeichnen (Urk. 25/11/5 S. 3; Urk. 25/13/5 S. 3 f.). Auf ihre Bestätigung der früheren Aussagen, wonach der Beschuldigte der Täter gewesen sei, darf in Nachachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht abgestellt werden. Andere Beweismittel, welche auf die konkrete Urheberchaft der Verletzungen des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ hindeuten würden, bestehen nicht. Demnach ist gestützt auf die strafprozessualen Grundsätze nicht erstellt, dass der Beschuldigte jene Person war, welche dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ einen Faustschlag ins Gesicht verpasste, worauf dieser aufgrund der Wucht des Schlages rücklings zu Boden stürzte und sich dabei lebensgefährliche Verletzungen zuzog.

4.5. Zusammenfassend lässt sich die Täterschaft des Beschuldigten im vorliegenden Verfahren nicht erstellen. Der Beschuldigte ist mithin vom Vorwurf der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB freizusprechen. Gleichwohl ist nachfolgend für die unangefochten gebliebenen und in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüche eine Strafe auszufällen.

### **III. Strafzumessung**

#### **1. Berufungsantrag**

Für die zu sanktionierenden Schuldsprüche (gewerbs- und bandenmässiger sowie teilweise versuchter Diebstahl, mehrfacher Hausfriedensbruch, Raufhandel) beantragt die Verteidigung eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten als Zusatzstrafe zur vom Bezirksgericht Meilen am 25. Juli 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe von 18 Monaten (Urk. 137 S. 3 und S. 14 ff.). Die Staatsanwaltschaft stellte keine Anträge für den Fall eines Freispruchs hinsichtlich des Vorwurfs der schweren Körperverletzung.

#### **2. Rechtliches**

##### **2.1. Übergangsrecht**

Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderungen des Sanktionenrechts) in Kraft getreten (AS 2016 1249). Nach neuem Recht wird grundsätzlich nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Delikt begangen hat (Art. 2 Abs. 1 StGB), ausser wenn das neue Recht für den Täter das mildere ist (lex mitior; Art. 2 Abs. 2 StGB). Die Bewertung erfolgt nach der konkreten Methode, d.h. es wird geprüft, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt (OFK/StGB-DONATSCH, 20. Aufl. 2018, Art. 2 N 10).

Die Neuregelung betrifft Geldstrafen (maximal nur noch 180 Tagessätze statt 360, Art. 34 Abs. 1 und 2 nStGB) und Freiheitsstrafen (Herabsetzung der Mindestdauer auf 3 Tage, Art. 40 Abs. 1 nStGB) im Bereich bis zu einem Jahr und hat – wie noch zu zeigen sein wird – keine Auswirkung auf den vorliegenden Fall. Mithin bleibt vorliegend für die Strafzumessung das alte Recht anwendbar.

## 2.2. Zusatzstrafe

2.2.1. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB, vgl. BGE 138 IV 113; BGE 129 IV 113 E. 1.1). Die Bestimmung will im Wesentlichen das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Der Täter, der mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen, für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht. Der Täter soll damit trotz Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren gegenüber jenem Täter, dessen Taten gleichzeitig beurteilt wurden, nicht benachteiligt und so weit als möglich auch nicht bessergestellt werden (BGE 132 IV 102 E. 8.2 mit Hinweisen).

2.2.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greift das Asperationsprinzip nur, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen. Liegen die Voraussetzungen für eine Zusatzstrafe vor, setzt das Gericht zunächst eine hypothetische Gesamtstrafe fest. Es hat sich zu fragen, welche Strafe es ausgesprochen hätte, wenn es sämtliche Delikte gleichzeitig beurteilt hätte. Dabei hat es nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB zu verfahren (vgl. BGE 142 IV 265 E. 2.3.3. mit Hinweisen). Bei retrospektiver Konkurrenz hat der Richter ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offenzulegen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt (BGE 142 IV 265 E. 2.3.1. und E. 2.3.3.; BGE 132 IV 102 E. 8.3.; Urteil 6B\_390/2012 vom 18. Februar 2013 E. 4.3.1).

2.2.3. Art. 49 Abs. 2 StGB erlaubt keine erneute Überprüfung der in Rechtskraft erwachsenen Strafe. Der Gesetzgeber hat sich in Anlehnung an die zu Art. 68 Ziff. 2 aStGB entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung im Rahmen von

Art. 49 Abs. 2 StGB bewusst gegen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung unter Aufhebung des rechtskräftigen Ersturteils und für eine unabhängige Zusatzstrafe der noch nicht abgeurteilten Delikte entschieden. Die Zusatzstrafe ist die Strafe, die der später urteilende Richter für die von ihm selbst beurteilten Taten zu bestimmen hat. Sie berührt die rechtskräftige Grundstrafe nicht, sondern tritt zu dieser hinzu und ergänzt sie (BGE 142 IV 265 E. 2.4.1. mit Hinweisen).

2.2.4. Die Zusatzstrafe ist die infolge Asperation mit der Grundstrafe reduzierte Strafe für die neu zu beurteilenden Taten. Um bei der Zusatzstrafenbildung dem Prinzip der Strafschärfung gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB Rechnung zu tragen, hat das Zweitgericht die rechtskräftige Grundstrafe und die von ihm für die neu zu beurteilenden Taten auszusprechenden Strafen nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB zu schärfen. Die Einsatzstrafe bildet die Strafe der (abstrakt) schwersten Straftat sämtlicher Delikte. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist die schwerste Tat im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB die mit der schwersten Strafe bedrohte und nicht die nach den Umständen des konkreten Falles verschuldensmässig am schwersten wiegende Tat. Es ist zu unterscheiden, ob die Grundstrafe oder die neu zu beurteilenden Delikte die schwerste Straftat enthalten. Im ersten Fall ist die Grundstrafe aufgrund der Einzelstrafen der neu zu beurteilenden Delikte angemessen zu erhöhen. Anschliessend ist von der (gedanklich) gebildeten Gesamtstrafe die Grundstrafe abzuziehen, was die Zusatzstrafe ergibt. Liegt umgekehrt der Einzel- oder Gesamtstrafe der neu zu beurteilenden Taten die schwerste Straftat zugrunde, ist diese um die Grundstrafe angemessen zu erhöhen. Die infolge Asperation eintretende Reduzierung der rechtskräftigen Grundstrafe ist von der Strafe für die neu zu beurteilenden Delikte abzuziehen und ergibt die Zusatzstrafe. Bilden die Grundstrafe und die Strafe für die neu zu beurteilenden Delikte ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Zweitgericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Zusatzstrafenbildung Rechnung tragen (BGE 142 IV 265 E. 2.4.4. mit Hinweisen).

### 2.3. Strafzumessungsregeln und Vorgehen

2.3.1. Da die Straftatbestände der schweren Körperverletzung und des bandenmässigen Diebstahls denselben abstrakten Strafrahmen (Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren) aufweisen, kann vorab auf die nach wie vor zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen bezüglich des zur Anwendung gelangenden Strafrahmens sowie der gesetzlichen Zumessungsregeln verwiesen werden (Urk. 72 S. 43). Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe führen nur bei aussergewöhnlichen Umständen dazu, die Grenzen des ordentlichen Strafrahmens zu verlassen und sie nach oben oder unten zu erweitern (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 mit Hinweisen). Strafschärfungsgründe sind aber strafferhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd zu berücksichtigen.

2.3.2. Das Gericht hat in einem ersten Schritt die Einzelstrafen für die konkreten Delikte festzulegen und anschliessend zu prüfen, aus welchen Einzelstrafen Gesamtstrafen zu bilden sind. Hält das Gericht für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldangemessen und zweckmässig, ist es nicht daran gehindert, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt. Es hat jedoch die Wahl der Sanktionsart zu begründen (BGE 144 IV 217 E. 4.3; Urteil 6B\_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4).

### 3. Verurteilungen des Beschuldigten / Ausfällung einer Zusatzstrafe

3.1. Der Beschuldigte weist folgende Einträge im Strafregister auf (Urk. 129):

- Mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 wurde der Beschuldigte wegen gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls, Raubes, Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs, versuchtem betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, mehrfachen Fahrens in fahruntfähigem Zustand sowie mehrfacher Entwendung zum Gebrauch zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, unter Anrechnung von 195 Tagen Untersuchungshaft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde zugunsten einer ebenfalls angeordneten stationären Massnahme für junge Erwachsene aufgeschoben.

Die Massnahme wurde am 29. Oktober 2015 aufgehoben und mit Entscheid vom 22. November 2016 ordnete das Bezirksgericht Meilen den Vollzug der Strafe an.

- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. November 2015 wurde der Beschuldigte wegen rechtswidrigen Aufenthalts mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen bestraft, unter Anrechnung von 2 Tagen Untersuchungshaft. Am 20. September 2017 beschloss der Justizvollzug die bedingte Entlassung auf den 4. Oktober 2017 bei einer Reststrafe von 73 Tagen, unter Ansetzung einer Probezeit von 1 Jahr.
- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 5. September 2019 wurde der Beschuldigte schliesslich wegen rechtswidrigen Aufenthalts mit einer vollziehbaren Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.– bestraft.

3.2. Im Gegensatz zum ersten Berufungsverfahren hat das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15. April 2010, mit welchem der Beschuldigte unter anderem wegen mehrfachen Raubs, Angriffs, einfacher Körperverletzung, Diebstahls, Hehlerei und mehrfachen Verbrechens sowie mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten verurteilt wurde, nunmehr unberücksichtigt zu bleiben. Diese Vorstrafe wurde mittlerweile im Strafregister gelöscht (Art. 369 Abs. 1 lit. d StGB; vgl. Urk. 129).

3.3. Heute ist für den gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl vom 25./26. August 2011, den mehrfachen Hausfriedensbruch sowie für den Raufhandel vom 15. Juni 2012 eine Strafe auszufällen. Da diese Handlungen allesamt vor dem Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 bzw. den Strafbefehlen vom 20. November 2015 und 5. September 2019 erfolgten, ist nachfolgend zu jenen Verurteilungen eine Zusatzstrafe auszufällen, bei welchen es sich um gleichartige Strafen handelt. Da aufgrund der wiederholten und teilweise einschlägigen Delinquenz des Beschuldigten aus spezialpräventiven Gründen nur die Ausfällung einer Freiheitsstrafe in Frage kommt, und auch die die Verteidi-

gung beantragt, es sei eine solche als Zusatzstrafe zum Urteil vom 25. Juli 2013 auszusprechen (Urk. 137 S. 3), wird vorliegend für alle Delikte eine Zusatzstrafe zu letztgenanntem Urteil auszufällen sein.

4. Einsatzstrafe: Gewerbs- und bandenmässiger sowie teilweise versuchter Diebstahl

Die Verteidigung macht bezüglich der objektiven Tatschwere geltend, es habe sich nicht um einen hohen Deliktsbetrag gehandelt (Urk. 137 S. 15 i.V.m. Urk. 97 und Urk. 58 S. 16). Ihr kann im Lichte der qualifizierenden Merkmale der Gewerbs- und Bandenmässigkeit dahingehend beigeplichtet werden, als dass der Beschuldigte die Diebstähle innerhalb einer einzigen Nacht zusammen mit K.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ beging und dabei Bargeld und Gegenstände im Wert von ca. Fr. 7'800.– aus diversen Fahrzeugen erbeutete. Der Beschuldigte handelte vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht, was dem Tatbestand des Diebstahls jedoch eigen ist und sich auf das Verschulden nicht weiter auswirkt. Zusammenfassend ist das Verschulden daher im untersten Bereich des weiten Strafrahmens anzusiedeln und mit der Vorinstanz als leicht zu bezeichnen. Eine Einzelstrafe von rund 6 Monaten Freiheitsstrafe erscheint angemessen.

5. Einzelstrafen

5.1. Mehrfacher Hausfriedensbruch

Die mehrfache Begehung des Hausfriedensbruchs erfolgte stets im Rahmen des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls, indem der Beschuldigte jeweils in die Garagen der Geschädigten eindrang. Dem Tatbestand kommt keine wesentliche eigenständige Bedeutung zu, weshalb für diese Verurteilung keine zusätzliche Einzelstrafe auszufällen ist.

5.2. Raufhandel

5.2.1. Zur objektiven Tatschwere ist vorab zu bemerken, dass der Tatbestand des Raufhandels im Sinne von Art. 133 StGB in erster Linie das öffentliche Interesse,

Schlägereien zu verhindern, schützt. In zweiter Linie wird das Individualinteresse der Opfer von solchen Schlägereien geschützt (BGE 141 IV 454). Vorliegend wurden durch den Raufhandel die Beteiligten gefährdet. Einerseits wurde der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ lebensgefährlich verletzt. Dass sich die Täterschaft in diesem Punkt nicht erstellen lässt, ist dem Raufhandel immanent. Die Schwere der Verletzungen lässt jedoch auf die hohe Gefährdung schliessen, welche durch die Schlägerei verursacht wurde. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass auch der Privatkläger H.\_\_\_\_\_ im Rahmen des Raufhandels konkret gefährdet bzw. verletzt wurde. Er erlitt eine Rissquetschwunde an der Stirn und eine Schürfung am linken Oberschenkel und musste sich in Spitalpflege begeben (vgl. Urk. 25/21/1 ff.). Auf der anderen Seite erlitt K.\_\_\_\_\_ lediglich Hautabschürfungen (Urk. 25/16/3 S. 3) und der Beschuldigte eine Mundschleimhautläsion, wohl als Folge eines Faustschlags, sowie ebenfalls Hautabschürfungen. Der Mitbeschuldigte P.\_\_\_\_\_ wurde nicht verletzt. Werden die Verletzungsbilder der beiden Gruppen Beschuldigter/ K.\_\_\_\_\_/P.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_/ B.\_\_\_\_\_ miteinander verglichen, wird deutlich, dass die Gruppe des Beschuldigten deutlich mehr austeilte als sie einsteckte. Das Verschulden ist höher als von der Vorinstanz angenommen und als nicht mehr leicht zu erachten.

5.2.2. Zur subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sich direktvorsätzlich an der Auseinandersetzung beteiligte. Als Motiv ist die Unterstützung von K.\_\_\_\_\_ zu werten, welcher sich nach dem Beitritt von B.\_\_\_\_\_ zwei Kontrahenten gegenüber stehen sah. Der Beitritt zur Auseinandersetzung durch den Beschuldigten erfolgte wohl spontan und wenig überlegt. Letztlich vermag die subjektive Tatschwere die objektive Tatschwere weder zu erhöhen noch zu vermindern. Das Tatverschulden ist unter Berücksichtigung der Verletzungen der Beteiligten als nicht mehr leicht zu werten und entspricht einer Einzelstrafe von 11 Monaten.

## 6. Zwischenwürdigung

Das rechnerische Total der Einsatz- und Einzelstrafen beträgt 17 Monate Freiheitsstrafe. Wird berücksichtigt, dass die Taten zu unterschiedlichen Zeiten gegen

unterschiedliche Rechtsgüter erfolgten, erscheint eine Asperation der Einsatzstrafe (6 Monate) auf 15 Monate Freiheitsstrafe als angemessen.

## 7. Täterkomponente

7.1. In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann zunächst auf die vorinstanzlichen Erwägungen und die Aussagen des Beschuldigten im ersten Berufungsverfahren verwiesen werden (Urk. 72 S. 46; Prot. I S. 41; Urk. 96). Der Beschuldigte wurde in Somalia geboren und kam im Alter von zwei Jahren in die Schweiz. Er brach mehrere Lehrausbildungen ab. Auch eine im Rahmen von Massnahmen für junge Erwachsene begonnene Lehrausbildung brach er ab, nachdem ihm die Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz entzogen worden war (Prot. I S. 41). Das Bezirksgericht Meilen ordnete in der Folge am 22. November 2016 den Vollzug der Reststrafe an, worauf der Beschuldigte diese verbüsste. Nach seiner Entlassung zog der Beschuldigte mit seiner Lebenspartnerin zusammen. Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 4. Juni 2020 erklärte der Beschuldigte, er lebe mit seiner Lebenspartnerin zusammen in Schlieren, könne sich dort jedoch nicht offiziell anmelden, da er keinen Aufenthaltsstatus in der Schweiz zugesprochen erhalte. Aus dem gleichen Grund – mithin seiner migrationsrechtlichen Situation – habe er seine im Rahmen der Massnahme begonnene Lehrausbildung nicht abschliessen können und sei auch weiterhin verhindert, einer Arbeitstätigkeit nachzugehen. Er werde von seiner Lebenspartnerin und der Familie finanziell respektive mit Essen und Kleidern unterstützt und habe weder Schulden noch Vermögen (Urk. 96 S. 2 ff.). Im vorliegenden Rückweisungsverfahren machte die Verteidigung neu einzig geltend, allein der fehlende geregelte Aufenthalt des Beschuldigten hindere diesen daran, seine langjährige Freundin zu heiraten (Urk. 137 S. 15).

7.2. Die Heimaufenthalte deuten auf eine schwierige Jugend des Beschuldigten hin, was mit der Vorinstanz strafmindernd zu berücksichtigen ist. Soweit die Vorinstanz dem Beschuldigten weiter strafmindernd zu Gute hielt, dass der Beschuldigte nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug einen geregelten Tagesablauf und ein gefestigtes privates Umfeld habe, stellt dies kein Strafminderungsgrund

dar und ist im Rahmen der Täterkomponente nicht weiter zu berücksichtigen (vgl. Urk. 97 S. 26; Urk. 72 S. 46 f.).

7.3. Die erwirkten Verurteilungen wurden bereits oben aufgeführt (vgl. E. III.3.1.). Sie erfolgten allesamt nach den vorliegend massgeblichen Delikten und fallen daher nicht im Sinne einer Vorstrafe strafferhöhend ins Gewicht. Die Verurteilung der 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 15. April 2010 wurde – wie bereits erwähnt – aus dem Strafregister entfernt.

Macht die Verteidigung geltend, der Beschuldigte habe sich in Freiheit bewährt, da er sich nebst des Verweilens in der Schweiz nichts habe zu Schulden kommen lassen, verfängt dies nicht (Urk. 137 S. 16). Mit den Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. November 2015 und der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 5. September 2019 liegen immerhin zwei rechtskräftige Verurteilungen wegen rechtswidrigen Aufenthalts vor. Zu Gunsten des Beschuldigten ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Taten zwar während laufendem Strafverfahren erfolgten, jedoch im heutigen Zeitpunkt schon relativ lange zurückliegen und nicht einschlägig sind. Sie fallen daher nicht spürbar strafferhöhend ins Gewicht.

7.4. Und letztlich ist das Geständnis des Beschuldigten in Bezug auf den banden- und gewerbsmässigen Diebstahl sowie den mehrfachen Hausfriedensbruch zu würdigen. Dies ist in Bezug auf diese Delikte merklich strafmindernd zu berücksichtigen. Demgegenüber erweist sich das Eingeständnis der Teilnahme am Raufhandel vorliegend nur von untergeordneter Bedeutung. Zusammenfassend würde nach Berücksichtigung der Täterkomponenten eine Freiheitsstrafe von 13 Monaten resultieren.

## 8. Weitere Strafzumessungsgründe und Zwischenfazit

8.1. Straferhöhend ist die Tatmehrheit zu berücksichtigen, strafmindernd die Verletzung des Beschleunigungsgebots (s.a. Urk. 137 S. 16). Bezüglich Letzterem kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 72 S. 48 f.). Soweit die Staatsanwaltschaft die Verfahrensverzögerung in der

Untersuchung mit einer übermässigen Arbeitslast begründete (Prot. I S. 66), darf dies nicht zu Lasten des Beschuldigten gehen, welcher unnötig lange über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen gelassen wurde. Gleiches hat sinngemäss auch für die Verzögerungen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Rückweisungsverfahren zu gelten.

8.2. Zusammenfassend überwiegen die Strafminderungsgründe, weshalb die angemessene Strafe auf 9 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen ist.

9. Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 und Entschädigung der Überhaft

9.1. Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Unabänderlichkeit des rechtskräftigen Ersturteils verstärkt betont. Dem Zweitgericht ist es nicht mehr möglich, im Rahmen der gedanklich zu bildenden hypothetischen Gesamtstrafe eine andere Strafart zu wählen als das Erstgericht. Die Rechtskraft und Unabänderlichkeit der Grundstrafe kann nicht beschränkt werden, sondern umfasst deren Art, Dauer und Vollzugsform. Dass das Zweitgericht die Zusatzstrafe nach den zu Art. 49 Abs. 1 StGB entwickelten Grundsätzen zu bilden hat, erlaubt es ihm nicht, im Rahmen der retrospektiven Konkurrenz auf die rechtskräftige Grundstrafe zurückzukommen. Zwar hat es sich in die Lage zu versetzen, in der es sich befände, wenn es alle der Grund- und Zusatzstrafe zugrunde liegenden Delikte in einem einzigen Entscheid zu beurteilen hätte. Die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe hat es jedoch aus der rechtskräftigen Grundstrafe (für die abgeurteilten Taten) und der nach seinem freien Ermessen festzusetzenden Einzelstrafen für die neuen Taten zu bilden. Sein Ermessen beschränkt sich daher auf die von ihm gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger Grundstrafe und der für die noch nicht beurteilten Taten auszusprechenden Strafe (BGE 142 IV 265 E. 2.4.2).

9.2. Das Bezirksgericht Meilen verurteilte den Beschuldigten – wie erwähnt – mit Urteil vom 25. Juli 2013 zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten, unter Anrechnung von 195 Tagen Untersuchungshaft.

9.3. Zu dieser Strafe ist nunmehr der zuvor festgesetzte Strafanteil des vorliegenden Verfahrens von 9 Monaten Freiheitsstrafe hinzuzurechnen (was rein rechnerisch 27 Monate ergibt). Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips resultiert mithin eine hypothetische Gesamtstrafe von 25 Monaten Freiheitsstrafe. Entsprechend ist nach Abzug der Grundstrafe (18 Monate) eine Zusatzstrafe von 7 Monaten Freiheitsstrafe zur Strafe des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2013 auszufällen. An diese Strafe ist mit der Vorinstanz die bereits erstandene Untersuchungshaft anzurechnen (Art. 51 StGB).

9.4. Angesichts der erstandenen Haft von 221 Tagen besteht eine die Strafe übersteigende Haftdauer von 11 Tagen. Hierfür ist dem Beschuldigten eine Genugtuung von Fr. 2'200.– zuzusprechen, und zwar Fr. 200.– pro Tag. Auf dem Betrag ist antragsgemäss 5% Zins seit 21. Februar 2018 geschuldet, dem Zeitpunkt der Haftentlassung (Urk. 137 S. 3 und S. 17).

## 10. Vollzug

10.1. Auch wenn die vorliegend auszusprechende Zusatzstrafe bereits durch Haft erstanden gilt, ist über die Art des Vollzugs zu entscheiden. Massgebend für die Frage, ob für die Zusatzstrafe objektiv der (teil-)bedingte Vollzug noch in Betracht kommt, ist nach konstanter Praxis die sich aus der Grund- und Zusatzstrafe ergebende gesamte Strafdauer (BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, 4. Aufl. 2019, Art. 42 N 9 und N 17). Angesichts der genannten hypothetischen Gesamtstrafe fiele die Gewährung des teilbedingten Vollzugs – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – grundsätzlich in Betracht (vgl. Urk. 72 S. 50).

10.2. Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 aStGB). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 aStGB). Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose

des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschieb der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den – ganz oder teilweise – gewährten Strafaufschieb beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden. Die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB gelten auch für die Anwendung von Art. 43 StGB (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1).

10.3. Die vorliegend massgeblichen Delikte liegen zwar schon relativ lange zurück. Der Beschuldigte trat jedoch auch nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug 2017 im Jahre 2019 wieder strafrechtlich in Erscheinung und wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 5. September 2019 mit einer unbedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen bestraft. Der Beschuldigte delinquierte wiederholt und betreffend Diebstahl und Hausfriedensbruch einschlägig. Auch erwirkte er während laufendem Verfahren weitere Einträge im Strafregister. Mit Urteil vom 25. Juli 2013 wurde ausserdem eine Massnahme angeordnet, was gemäss Rechtsprechung eine Schlechtprognose indiziert (BGE 135 IV 180 E. 2.3). Der Beschuldigte hat sich seither und trotz vollzogener Massnahme und Freiheitsstrafen nicht wohl verhalten und weiter delinquierte. Die Gewährung des bedingten Vollzugs kommt aus subjektiven Gründen insgesamt daher nicht in Frage. Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen.

#### **IV. Zivilansprüche**

##### **1. Ausgangslage**

Die Vorinstanz verpflichtete den Beschuldigten, dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ eine Genugtuung in Höhe von Fr. 12'000.– sowie der I.\_\_\_\_\_ AG Schadenersatz in Höhe von Fr. 56'219.80 zu bezahlen (Urk 72 S. 54 ff. und S. 62). Der Beschuldigte beantragt berufungsweise die Abweisung des Genugtuungsbegehrens des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ sowie des Schadenersatzbegehrens der I.\_\_\_\_\_ AG. Eventualiter seien diese Begehren auf den Zivilweg zu verweisen (Urk. 137 S. 3). Zur Begründung führt die Verteidigung an, es fehle seitens der genannten Privatklä-

ger an einer genügenden Begründung ihrer Ansprüche, da der Beschuldigte vom Vorwurf der schweren Körperverletzung nunmehr freigesprochen werde. Weder der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ noch die I.\_\_\_\_\_ AG hätten ausreichend substantiiert, inwiefern die Verletzungen des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ durch das Verhalten des Beschuldigten entstanden seien (Urk. 137 S. 16).

## 2. Grundlagen

2.1. Gemäss Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO entscheidet das Strafgericht zusammen mit dem Strafurteil materiell über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht. Die Zivilklage wird auf den Zivilweg verwiesen, wenn die beschuldigte Person freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif ist (Art. 126 Abs. 2 lit. c StPO).

2.2. Unmittelbar verletzt und geschädigt im Sinne von Art. 115 StPO ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsgutes ist. Im Zusammenhang mit Strafnormen, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, gelten praxisgemäss nur diejenigen Personen als Geschädigte, die durch die darin umschriebenen Tatbestände in ihren Rechten beeinträchtigt werden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist. Bei Straftaten gegen kollektive Interessen reicht es für die Annahme der Geschädigtenstellung im Allgemeinen aus, dass das von der geschädigten Person angerufene Individualrechtsgut durch den Straftatbestand auch nur nachrangig oder als Nebenzweck geschützt wird. Der Raufhandel gemäss Art. 133 StGB stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, obschon ein Erfolg eintreten muss. Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten gibt es keine Geschädigten im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO, es sei denn, jemand werde als Folge der Begehung eines solchen Delikts konkret gefährdet (zum Ganzen: BGE 141 IV 454 S. 457 f. E. 2.3.1 f. m.H.).

## 3. Würdigung

3.1. Vorliegend erfolgt in Bezug auf den Vorwurf der schweren Körperverletzung zwar ein Freispruch. Dies führt jedoch nicht ohne Weiteres zur Abweisung

des Genugtuungs- und Schadenersatzbegehrens. Gemäss erstelltem Sachverhalt wurde der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ durch die Auseinandersetzung verletzt, an welcher der Beschuldigte als Teil der gegnerischen Gruppe teilnahm und wofür er wegen Raufhandels verurteilt wird. Die Verletzungen des Privatklägers erfolgten direkt durch die tätliche Auseinandersetzung und sind daher unmittelbare Folge des Raufhandels. Sowohl das Schadenersatz- als auch das Genugtuungsbegehren der Privatkläger beruhen auf dieser Begründung (vgl. Urk. 40 und Urk. 52). Der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ wurde mithin vom Beschuldigten und dessen Gruppierung im Rahmen des Raufhandels im Sinne der vorgenannten Erwägungen geschädigt. Entgegen der Ansicht der Verteidigung liegt somit gerade keine unzureichende Begründung der Zivilansprüche vor (Urk. 137 S. 16). Zwar kann dem Beschuldigten eine konkrete schädigende Handlung (im Sinne des Faustschlags) nicht nachgewiesen werden, doch ist ihm durch seine Beteiligung am Raufhandel auch die Schädigung des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ anzulasten und damit anzurechnen.

3.2. Der Privatkläger B.\_\_\_\_\_ erlitt ein mittelschweres Schädel-Hirn-Trauma, nämlich eine Schädelfraktur rechts, eine Riss-Quetsch-Platzwunde, eine Fraktur der Seitenwand der linken Keilbeinhöhle mit Blutungen im Gehirn, eine Hautunterblutung am linken Auge sowie Hauteinblutungen bzw. Hautunterblutungen und Hautabschürfungen an beiden Oberschenkeln und am linken Unterschenkel. Die Verletzungen waren lebensgefährlich. Er wurde auf der Intensivstation des Universitätsspitals Zürich behandelt, war vom 15. Juni 2012 bis 20. Juli 2012 zu 100% arbeitsunfähig und litt in der Folge aufgrund des Schädel-Hirn-Traumas an fokalen Krampfereignissen im Bereich des linken Armes und Schultergürtels bzw. an epileptischen Anfällen und während mehrerer Monate unter starken Kopfschmerzen. Die von der Vorinstanz zugesprochene Genugtuung von Fr. 12'000.– erscheint im Lichte der erlittenen Verletzungen eher tief, soweit sie im Rahmen einer schweren Körperverletzung ausgesprochen worden war. Nunmehr ist die Genugtuung jedoch hinsichtlich der Teilnahme an einem Raufhandel zu bemessen, an welchem sich der Beschuldigte eingestandenermassen mit zwei weiteren Personen beteiligte. Vor diesem Hintergrund und im Lichte der Tatumstände sowie Tatfolgen erscheint die vorinstanzlich festgelegte Genugtuung an-

gemessen. Der Beschuldigte ist daher in solidarischer Haftung mit allfälligen Mit-tätern zu verpflichten, dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ eine Genugtuung in Höhe von Fr. 12'000.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist das Genugtuungsbegehren abzuwei-sen.

3.3. Analog ist hinsichtlich des Schadenersatzbegehrens der I.\_\_\_\_\_ AG vor-zugehen. Grundlage für die Zusprechung des Schadenersatzes ist der Schuld-spruch wegen Raufhandels. Das Gesetz sieht hierbei Solidarhaftung für alle Täter vor, ohne nach Intensität der Mitwirkung zu differenzieren (vgl. Urteil 6B\_428/2013 vom 15. April 2014 E. 7.4). Ein untergeordneter Tatbeitrag wäre erst bei der richterlichen Festsetzung der Regressquote von Relevanz (vgl. Art. 50 Abs. 2 OR). Das Schadenersatzbegehren der Versicherung ist im Übrigen belegt, wobei die Vorinstanz dort sogar von tieferen Beträgen ausging, wo solche be-hauptet wurden, selbst wenn sich den Belegen höhere Beträge entnehmen lies-sen (vgl. Urk. 72 S. 59). Der Beschuldigte ist deshalb in solidarischer Haftung mit allfälligen Mittätern zu verpflichten, der I.\_\_\_\_\_ AG in Bezug auf B.\_\_\_\_\_ Scha-denersatz in der Höhe von Fr. 56'219.80 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist das Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren**

1.1. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens sind dem Beschuldigten ausgangsgemäss und in Übereinstimmung mit dem Antrag der Verteidigung zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 426 StPO; Urk. 137 S. 17). Die bereits festgesetzten Kosten der amtlichen Verteidigung sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei das diesbezügliche Nachforderungsrecht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 1/2 vorbehalten bleibt.

1.2. Die vorinstanzliche Verpflichtung zur Bezahlung einer Prozessentschädi-gung an B.\_\_\_\_\_ zusammen mit den weiteren Beschuldigten (Dispositivziff. 16) ist in Rechtskraft erwachsen.

## 2. Berufungsverfahren

2.1. Der Beschuldigte obsiegt mit dem Antrag auf Freispruch vom Vorwurf der schweren Körperverletzung im Kern der Berufung. Daran ändert nichts, dass die Zivilforderungen bestätigt werden, handelt es sich doch dabei um Nebenpunkte der Berufung. Demnach hat die Gerichtsgebühr für beide Berufungsverfahren ausser Ansatz zu fallen und die weiteren Kosten sind definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.

2.2. Der ausgewiesene Aufwand der amtlichen Verteidigung für das erste Berufungsverfahren erscheint nach wie vor angemessen (vgl. Urk. 95). Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ist hierfür pauschal mit Fr. 6'000.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen. Sodann ist dem amtliche Verteidiger für das vorliegende Berufungsverfahren gemäss seiner Honoraraufstellung eine Entschädigung von insgesamt Fr. 3'022.15 (inkl. MwSt.) auszurichten (Urk. 145).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Abteilung, vom 7. September 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte **A.\_\_\_\_\_** ist schuldig
  - des gewerbs- und bandenmässigen sowie teilweise versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 und 3 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Anklagevorwurf Ziffer 1.1);
  - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB (Anklagevorwurf Ziffern 1.1);
  - des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB (Anklagevorwurf Ziffer 1.2);
  - [...]
- 2.-3. [...]
4. Die sichergestellte Barschaft von CHF 91.95 wird zur Deckung der Verfahrenskosten herangezogen.
5. Der sichergestellte Handschuh wird eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
6. Die sichergestellten Gegenstände (ein Paar Shorts und ein Pullover (Asservat Nr. A004'867'907)) werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben.
7. Die Privatkläger 3 (C.\_\_\_\_\_), 4 (D.\_\_\_\_\_), 6 (E.\_\_\_\_\_), 7 (F.\_\_\_\_\_ AG) werden mit ihren Zivilansprüchen auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
8. Der Beschuldigte **A.\_\_\_\_\_** wird verpflichtet, dem Privatkläger 5 (G.\_\_\_\_\_) Schadenersatz in der Höhe von CHF 3'000.– zu bezahlen.
9. [...].
10. Der Genugtuungsanspruch des Privatklägers 9 (H.\_\_\_\_\_) wird abgewiesen.
11. Die Zivilansprüche der Privatklägerin 10 (I.\_\_\_\_\_ AG, in Bezug auf H.\_\_\_\_\_) werden auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

12. [...].

13. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf:

CHF	2'500.00	; die weiteren Kosten betragen:
CHF	2'000.00	Gebür für das Vorverfahren
CHF	1'964.20	Auslagen IRM
CHF	3.00	Auslagen (J._____ - Spesen)
CHF	231.50	Auslagen (ärztliche Befunde)
CHF	460.00	Auslagen Polizei (FOR)
CHF	13.00	Entschädigung Zeugen
CHF	18'882.00	Entschädigung amtliche Verteidigung (Vorverfahren)
CHF	5'500.00	Entschädigung amtliche Verteidigung (Hauptverfahren)
<b>CHF</b>	<b>31553.70</b>	<b>Kosten total.</b>

14. [...]

15. Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten in der Zeit vom 28. Juni 2018 bis 10. September 2018 mit total CHF 5'500.- (inkl. 7.7 % MwSt.) entschädigt. Die Kasse des Bezirksgerichts Meilen wird angewiesen, diesen Betrag an Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ auszubezahlen.

16. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird (solidarisch mit K.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_) verpflichtet, dem Privatkläger 8 (B.\_\_\_\_\_) eine Entschädigung für notwendige Aufwendungen im gesamten Verfahren in der Höhe von CHF 19'085.25 (inkl. 8 % bzw. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.

17. [Mitteilungen.]

18. [Rechtsmittel.]"

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird freigesprochen vom Vorwurf der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 7 Monaten Freiheitsstrafe, welche vollumfänglich durch Haft erstanden sind, als Zusatzstrafe zur vom Bezirksgericht Meilen mit Urteil vom 25. Juli 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe von 18 Monaten.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ eine Genugtuung von Fr. 12'000.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der I.\_\_\_\_\_ AG (in Bezug auf B.\_\_\_\_\_) Schadenersatz in der Höhe von Fr. 56'219.80 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
6. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu 1/2 dem Beschuldigten auferlegt und zu 1/2 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu 1/2 definitiv und zu 1/2 einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von 1/2 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
7. Die Gerichtsgebühr für das erste und zweite Berufungsverfahren (SB190275 und SB210366) fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten des ersten und zweiten Berufungsverfahrens betragen:  
Fr. 6'000.– amtliche Verteidigung (Verfahren SB190275)  
Fr. 3'022.15 amtliche Verteidigung (Verfahren SB210366).
8. Die Kosten des ersten und zweiten Berufungsverfahrens (SB190275 und SB210366), inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung in beiden Verfahren, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

9. Dem Beschuldigten wird eine Genugtuung für übermässige Haft in Höhe von Fr. 2'200.– zuzüglich 5% Zins seit 21. Februar 2018 aus der Gerichtskasse zugesprochen.

10. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- die Vertretung des Privatklägers B.\_\_\_\_\_, RA Y.\_\_\_\_\_, im Doppel für sich und die Privatklägerschaft
- die I.\_\_\_\_\_, AG (Ref.-Nr. 272/12-240.636, 218/12-245.755, 272/12-250.466)

sowie im Dispositivauszug betreffend unverändert gefasstem Vorabbeschluss an

- die Privatklägerschaft C.\_\_\_\_\_
- die Privatklägerin D.\_\_\_\_\_
- den Privatkläger G.\_\_\_\_\_
- den Privatkläger E.\_\_\_\_\_
- die Privatklägerin F.\_\_\_\_\_ AG
- den Privatkläger H.\_\_\_\_\_

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

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten sowie unter Beilage von Urk. 3/8/4
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, Zeughausstr. 11, Postfach, 8021 Zürich, gemäss erstinstanzlicher Dispositivziffer 5 und 6.

11. 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, 22. Dezember 2021

Der Präsident:

lic. iur. R. Naef

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Keller