

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB210559-O/U/ad

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, Ersatzoberrichterin Dr. Bachmann und Ersatzoberrichter lic. iur. Vesely sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Brülisauer

## Urteil vom 6. September 2022

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Angriff**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 7. September 2021 (GG210154)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. April 2021 (Urk. 30) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 48 S. 27 f.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten, wovon bis und mit heute 10 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die folgenden sichergestellten Gegenstände
  - Kapuzenpullover mit weissem Emblem (Asservat-Nr. A012'202'312)
  - Paar Turnschuhe, Farbe Weiss (Asservat-Nr. A012'202'323)

aufbewahrt bei der Stadtpolizei Zürich, EA-LO-GE (G-Nr. 74287095), werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben.

Werden die Gegenstände vom Beschuldigten oder einer durch ihn bevollmächtigten Person nicht innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils herausverlangt, werden diese der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

5. Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_ wird für ihre Aufwendungen als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit total Fr. 15'366.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) entschädigt.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
- Fr. 2'100.–; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'100.– Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 600.– Kosten Entsiegelungsverfahrens Nr. GM190075-L
- Fr. 15'366.– amtliche Verteidigung
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten dieses Verfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung und derjenigen des Entsiegelungsverfahrens Nr. GM190075-L, werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
9. Die Kosten des Entsiegelungsverfahrens Nr. GM190075-L vor dem Zwangsmassnahmengericht Zürich werden auf die Gerichtskasse genommen.

### **Berufungsanträge**

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:  
(Urk. 61 S. 2 f.)
1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe vollumfänglich freizusprechen.
  2. Dem Beschuldigten sei in Anwendung von Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO für die ungerechtfertigt erstandene Haft von 10 Tagen eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 2'000.–, zuzüglich 5 % Zins ab 18. Januar 2019 auszurichten.

3. Die sichergestellten Gegenstände, Kapuzenpullover (Asservat Nr. A012'202'312) und die Turnschuhe (Asservat Nr. A012'202'323) seien dem Beschuldigten herauszugeben.
  4. Die erkennungsdienstliche Erfassung und das DNA-Profil des Beschuldigten seien zu löschen und der Wangenschleimhautabstrich zu vernichten.
  5. Eventualantrag: Der Beschuldigte sei des Raufhandels nach Art. 133 StGB schuldig zu sprechen und mit einer Geldstrafe von höchstens 30 Tagessätzen à Fr. 30.– zu bestrafen. Der Vollzug der Geldstrafe sei bedingt aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
  6. Die Kosten des Untersuchungsverfahrens sowie des erstinstanzlichen Verfahrens seien vollumfänglich und definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.
  7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien unabhängig vom Ausgang des Verfahrens vom Staat zu tragen.
- b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:  
(Urk. 54)

Verzicht auf Anschlussberufung und Stellung eines Antrages.

---

**Erwägungen:**

**I. Prozessgeschichte**

Mit Urteil vom 7. September 2021 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten des Angriffs i.S.v. Art. 134 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe

von 6 Monaten, unter Anrechnung von 10 Tagen Untersuchungshaft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Weiter regelte die Vorinstanz die Herausgabe von sichergestellten Gegenständen sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 48 S. 27 f.).

Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe desselben Tages Berufung anmelden (Urk. 43) und mit Eingabe vom 10. November 2021 fristgerecht die Berufung erklären (vgl. Urk. 50, Urk. 47/2).

Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 3. Dezember 2021 auf Anschlussberufung und erklärte, auf die Stellung eines Antrags zu verzichten (Urk. 54).

Zur Berufungsverhandlung vom 6. September 2022 erschienen der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin, Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_, sowie der im Parallelverfahren SB210560 Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Fürsprecher Y.\_\_\_\_\_. Das vorliegende Verfahren wurde gemeinsam mit dem Verfahren SB210560 verhandelt (Prot. II S. 3).

## **II. Prozessuales**

### **1. Umfang der Berufung**

In der Berufungsschrift ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung.

Der Beschuldigte beantragt einen vollumfänglichen Freispruch. Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist die Regelung über die Herausgabe der sichergestellten Gegenstände (Disp.-Ziff. 4), die Festsetzung der Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Disp.-Ziff. 5) sowie die gerichtliche Kostenfestsetzung (Disp.-Ziff. 6) und die Übernahme der Kosten des Entsiegelungsverfahrens GM190075-L auf die Gerichtskasse (Disp.-Ziff. 9), was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

## 2. Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung

Am tt. Oktober 2018 fand in Zürich ein Fussballspiel zwischen den Fussballclubs C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ statt. In derselben Nacht, am 26. Oktober 2018 um ca. 01.00 Uhr morgens, kam es an der ...-Strasse in Zürich zu einer Auseinandersetzung zwischen einer Gruppe "C.\_\_\_\_\_"-Fans und einer Gruppe "D.\_\_\_\_\_"-Fans. Das Geschehen wurde von der Videokamera des Hotels "E.\_\_\_\_\_" aufgezeichnet. Weitere Aufnahmen erfolgten durch eine Zylinderkamera vor dem F.\_\_\_\_\_ (Urk. 16).

Die Verteidigung hält im Rahmen der Berufung wie schon vor Vorinstanz dafür, das Video des Hotels E.\_\_\_\_\_ sei unverwertbar. Es handle sich um die Aufnahme einer Privatperson und sei rechtswidrig erlangt worden. Es stelle eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG dar (vgl. Urk. 40 S. 4 ff.; Urk. 61 S. 5 ff.).

Die Vorinstanz hat die gesetzlichen Grundlagen zur Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung zutreffend dargelegt. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf ihre Erwägungen verwiesen werden (Urk. 48 S. 8 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen und Präzisierungen:

Gemäss Art. 12 Abs. 1 DSG darf, wer Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Nach Abs. 1 von Art. 13 DSG ("Rechtfertigungsgründe") ist eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG). Neben dem Interesse des Datenbearbeiters können dabei auch Interessen Dritter oder sogar der betroffenen Personen selbst die Datenbearbeitung unter Umständen rechtfertigen. Grundsätzlich kann jedes schützenswerte Interesse, d.h. jedes Interesse von allgemein anerkanntem Wert, berücksichtigt werden (BGE 138 II 346 E. 10.3 S. 364 mit Hinweisen). Die Prüfung, ob ein Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen und setzt eine Abwägung aller

betroffenen Interessen voraus (vgl. BGE 138 II 346 E. 9.2). Die Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen (Art. 4 ZGB; BGE 136 III 410 E. 2.2.3 S. 413; BGE 129 III 529 E. 3.1 S. 531).

Eine Videoüberwachung im Eingangsbereich eines anonymen Wohnblocks, in dem gegebenenfalls gar ein Risiko von Übergriffen besteht, kann durchaus angezeigt und für alle betroffenen Personen zumutbar sein, während dies in einem kleinen Mehrfamilienhaus, wo sich die Nachbarn kennen, normalerweise nicht der Fall sein dürfte (BGE 142 III 263 E. 2.2.2).

Die vorliegende Überwachung erfolgte im Eingangsbereich eines Hotels. Die Hotelgäste kennen sich in der Regel nicht bzw. es besteht eine Anonymität vergleichbar mit einem anonymen Wohnblock. Eine systematische Erhebung des Verhaltens von Bewohnern ist nicht möglich, da diese sich als Hotelgäste kaum genug lange im Hotel aufhalten, um eine systematische Erhebung ihres Verhaltens überhaupt zu ermöglichen. Der Beschuldigte resp. dessen Verteidigung stören sich denn auch nicht an der Aufnahme im Eingangsbereich, sondern dass zusätzlich auch Autos, Velos und Fussgänger auf der ...-Strasse permanent gefilmt würden, was die Aufnahme widerrechtlich mache (Urk. 40 S. 6; vgl. auch Urk. 61 S. 7 f.). Diesbezüglich ist aber festzuhalten, dass sich der Vorfall im Eingangsbereich des Hotels ereignete, mithin in jenem Bereich, der grundsätzlich ohnehin gefilmt werden durfte.

Soweit die Vorinstanz erwog, mangels anderer Hinweise sei zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass die Videoüberwachung für ihn nicht erkennbar gewesen sei, weshalb die Videoüberwachung rechtswidrig gewesen sei (Urk. 48 S. 9), wendet sie die Unschuldsvermutung i.S.v. Art. 10 Abs. 3 StPO nicht korrekt an.

Gemäss Art. 10 Abs. 3 StPO hat das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage auszugehen, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen. Die Frage der Rechtmässigkeit bzw. Verwertbarkeit von Beweismitteln ist jedoch keine tatsächliche Voraussetzung, sondern eine rechtliche Voraussetzung. Aus der Un-

schuldsvermutung folgt kein Grundsatz, wonach im Zweifel die Unverwertbarkeit eines Beweismittels anzunehmen ist.

Wenn eine beschuldigte Person eine sie entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass sie diese wenigstens in einem Mindestmass glaubhaft machen kann, findet der Grundsatz in «dubio pro reo» keine Anwendung. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonst wie glaubhaft macht (vgl. Urteil des Obergerichts Zürich SB160176-O vom 20. September 2016, E. III/3.3).

Die Behauptung der Verteidigung, die Videoaufzeichnung erfolge "heimlich" (Urk. 40 S. 6; Urk. 61 S. 8) findet in den Akten keine Stütze. Bei dieser Behauptung handelt es sich auch nicht um eine tatsächliche Voraussetzung der angeklagten Tat, sondern um eine glaubhaft zu machende Entlastungstatsache. Der Beschuldigte selbst machte dies jedoch nicht geltend, sondern verweigerte die Aussage (Urk. 3 - 5, Prot. I S. 8 ff.; Prot. II S. 12). Damit machte er die von der Verteidigung aufgestellte Behauptung nicht glaubhaft, wonach die Videoaufzeichnung für ihn nicht erkennbar gewesen sei. Es liegt auch kein Fall einer Dash-Cam vor, bei welchen das Bundesgericht davon ausgeht, dass die Erstellung von Videoaufnahmen aus einem Fahrzeug heraus für andere Verkehrsteilnehmer nicht ohne Weiteres erkennbar ist (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1188/2018 vom 26. September 2019, E. 3.2). Vielmehr liegt eine offenbar fest installierte Anlage vor, welche in der Regel erkennbar ist. Es besteht keine natürliche Vermutung dafür, dass Überwachungskameras gesetzeswidrig angebracht wurden bzw. die Überwachung nicht erkennbar ist. Zudem lag der Fokus der Aufnahme auf dem Eingangsbereich des Hotels und erfasste nur beschränkt einen Teil des Trottoirs und der ...-Strasse. Selbst wenn die Sicherstellung erst am 6. November 2018 erfolgt wäre, wäre die Aufbewahrung der Aufnahme für die Dauer von knapp 2 Wochen nicht unverhältnismässig lange bzw. unrechtmässig.

Vorliegend kann offengelassen werden, ob die Aufzeichnung gegen das DSGVO verstösst. Selbst wenn davon ausgegangen würde, wäre sie zunächst nur Persönlichkeitsverletzend, aber noch nicht rechtswidrig. Widerrechtlich wird die Persönlichkeitsverletzung erst, wenn kein Rechtfertigungsgrund - namentlich ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse - vorliegt. Bei der Frage, ob ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO vorliegt, ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Datenbearbeiters und denjenigen der verletzten Person vorzunehmen. Bei der Frage der strafprozessualen Verwertbarkeit eines Beweismittels sind hingegen der Strafanspruch des Staates und der Anspruch der beschuldigten Person auf ein faires Verfahren in erster Linie entscheidend; die Interessen des privaten Datenbearbeiters treten dabei zurück (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1188/2018 vom 26. September 2019, E. 3 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verwertbarkeit unrechtmässig erlangter Beweismittel verfassungsrechtlich nicht in jedem Fall ausgeschlossen, sondern lediglich dem Grundsatz nach. Massgebend sind die Schwere des Delikts und die Frage, ob das Beweismittel an sich zulässig und auch auf gesetzmässigem Weg zu erlangen gewesen wäre. Es bedarf einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt. Beim Verwertungsverbot bleibt es namentlich, wenn bei der streitigen Untersuchungsmassnahme ein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor dem Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts verdient (BGE 137 I 218 E. 2.3.4 m.w.H.).

Bei der dem Beschuldigten in der Anklage vorgeworfenen Angriff i.S.v. Art. 134 StGB handelt es sich um ein Verbrechen, das mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft wird. Bei einer abweichenden rechtlichen Würdigung und der Annahme eines Raufhandels i.S.v. Art. 133 StGB liegt ein Vergehen vor, welches mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft wird. Entscheidend ist jedoch – wie die Verteidigung selbst erkennt (vgl. Urk. 40 S. 8 f.; Urk. 61 S. 7) – nicht das angeordnete Strafmass, sondern die Schwere der konkreten Tat. Dabei kann auf Krite-

rien wie das geschützte Rechtsgut, das Ausmass dessen Gefährdung resp. Verletzung, die Vorgehensweise und die kriminelle Energie des Täters und das Tatmotiv abgestellt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_1468/2019 vom 1. September 2020, E. 1.4.2 m.w.H.).

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, sich an einem tätlichen Übergriff beteiligt und einem der Geschädigten einen Fusstritt versetzt zu haben. Sodann habe er einen der Geschädigten von hinten am Kragen gepackt und ihn herumgeschleudert, während ein Teil seiner Kollegen auf den Geschädigten eingeschlagen habe (Urk. 30 S. 3).

Einem der D.\_\_\_\_-Fans sei gewaltsam der Clubschal vom Hals gerissen worden, worauf es zu einer Rangelei gekommen sei, als ein Kollege des Beraubten den Schal habe zurückholen wollen. Plötzlich seien weitere C.\_\_\_\_-Fans über die Strasse gerannt und hätten gemeinsam mit Faustschlägen und Tritten auf die D.\_\_\_\_-Fans eingeschlagen, wobei einer der C.\_\_\_\_-Fans aus vollem Lauf mit einem Fuss-Kick gegen den Kopf eines auf dem Boden sitzenden D.\_\_\_\_s getreten habe, wodurch dieser sich eine Schädelprellung und diverse Prellungen am Körper zugezogen habe (Urk. 30 S. 2 f.; vgl. Urk. 17/1).

Bei diesem konkreten Vorwurf – auch wenn in Abweichung von der Anklageschrift und der Vorinstanz nicht von einem Angriff, sondern von einem Raufhandel auszugehen ist (vgl. nachstehend Erw. IV.) – bzw. der aktiven Beteiligung daran handelt es sich um eine schwere Straftat. Das geschützte Rechtsgut Leib und Leben ist das höchste aller Rechtsgüter. Für die Bewertung der Schwere der Tat sind die Umstände und nicht bloss das isolierte Verhalten des Beschuldigten zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_1468/2019 vom 1. September 2020, E. 1.4.4). Es wurden gemäss Anklage mehrere Personen angegriffen und dabei verletzt. Der Tritt aus vollen Lauf gegen den Kopf einer anderen Person kann zu sehr schweren Verletzungen führen. Die in der Anklageschrift beschriebene Vorgehensweise ist brutal, zumal die Gruppe des Beschuldigten mehrere Personen umfasste, welche die Konfrontation mit der gegnerischen Fangruppe suchte. Diese gingen laut Anklage gemeinsam gewalttätig gegen die gegnerische Gruppe vor, wobei die Verletzung eines Geschädigten im Spital genäht werden musste.

Die konkrete Beteiligung des Beschuldigten lässt sich denn erst abschliessend beurteilen, nachdem über die Verwertbarkeit der Videoaufnahmen entschieden wurde. Ein entlastendes Tatmotiv scheint nicht vorzuliegen und wird vom Beschuldigten auch nicht geltend gemacht.

Mit der Vorinstanz liegt daher eine schwere Straftat vor. Daran ändert der Einwand der Verteidigung nichts (vgl. Urk. 40 S. 9; Urk. 61 S. 7), dass die Staatsanwaltschaft bei einem bis 5 Jahre Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmen eine Freiheitsstrafe von 7 Monaten beantragte (Urk. 30 S. 4) und die Vorinstanz eine solche von 6 Monaten aussprach (Urk. 48 S. 27 f.). Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich beim Beschuldigten um einen bisher nicht vorbestraften Ersttäter handelt (Urk. 59), weshalb die beantragte bzw. ausgesprochene Strafe in diesem Kontext eher tief ausfiel. Zudem war zu berücksichtigen, dass sich seine Gruppierung mit jener der gegnerischen Gruppierung einigte, gegenseitig Strafanträge zurückgezogen und eine Desinteresseerklärung abgegeben wurde (Urk. 28). Dies mag sich strafmindernd auswirken, ändert aber an der Schwere der Straftat als solcher nichts (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_1468/2019 vom 1. September 2020, E. 1.4.4). Die Schwere der Straftat bemisst sich nicht an der letztlich auszufällenden Höhe der Strafe (vgl. Urteil 1B\_1468/2019 des Bundesgerichts vom 1. September 2020, E. 1.4.4). So würde beispielsweise ein begangener Mord auch dann eine schwere Straftat bleiben, wenn zufolge stark verminderter Zurechnungsfähigkeit keine oder eine nur sehr geringe Strafe ausgefällt würde.

Angesichts der Schwere der vorliegenden Tat bzw. des entsprechenden Vorwurfs fällt die Interessenabwägung zu Gunsten der Verwertung aus.

Sodann verwies die Vorinstanz zu Recht auf den Umstand, dass die Polizei das Beweismittel auch auf rechtmässigem Wege hätte erlangen können (vgl. Urk. 48 S. 10 f.).

Gemäss § 32 Abs. 1 PolG kann die Polizei zur Verhinderung und Erkennung von Verbrechen und Vergehen oder zur Gefahrenabwehr Personen und Sachen ausserhalb des Geheim- oder Privatbereichs im Sinne von Art. 179<sup>quater</sup> StGB offen oder verdeckt beobachten. Dabei kann gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ein/e

Polizeioffizier/in eine polizeiliche Observation mittels technischer Überwachungsgeräte anordnen, wenn die Verhinderung und Erkennung zukünftiger strafbarer Handlungen oder die Abwehr einer drohenden Gefahr sonst aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde.

Die Polizei überwachte das Gebiet, weil sich das Hotel "F.\_\_\_\_\_" als fester Treffpunkt militanter Anhänger des C.\_\_\_\_\_ etabliert habe und sich dort bereits mehrere tätliche Übergriffe und Schlägereien ereignet hätten (Urk. 21 S. 1).

Daher fand eine rechtmässige polizeiliche Observation genau jenes Bereichs statt, welchen unter anderem auch das Hotel E.\_\_\_\_\_ filmte. Die Aufnahmen der von der Polizei installierten Zylinderkamera zeigen einen Ausschnitt des Geländes, der teilweise aus grösserer Distanz auch auf den Aufnahmen der Hotelkamera zu sehen ist. Die Fans des FC D.\_\_\_\_\_ waren gerade Gäste dieses Hotels. Aus diesem Grunde kam es auch zur gefilmten Auseinandersetzung vor dem Eingangsbereich. Dass sich der Vorfall genau vor dem Hoteleingang, mithin ausserhalb des Aufnahmebereichs der polizeilichen Kamera (Zylinderkamera) ereignete, lässt nur den Schluss zu, dass die von den Privaten erstellten Videoaufzeichnungen auch von der Polizei hätten rechtmässig erlangt werden können. Infolgedessen wäre es der Polizei gestützt auf § 32 PolG grundsätzlich möglich gewesen, die von privater Seite durchgeführte Videoüberwachung selbst zu initiieren, denn nachträglich betrachtet wurde genau die Schnittstelle gefilmt, in welcher zu erwarten war, dass sich die Fans des FC D.\_\_\_\_\_ und die Fans des C.\_\_\_\_\_ begegnen würden. Wie erwähnt erwartete die Polizei dort auch tätliche Übergriffe und Schlägereien.

Der Einwand der Verteidigung, der Eingang des Hotels sei "eben gerade nicht observiert worden" und eine entsprechende Kamerainstallation hätte eine verdachtslose "fishing expedition" dargestellt (Urk. 40 S. 8; vgl. auch Urk. 61 S. 6), verfängt daher nicht. Die Polizei hätte sowohl den von ihr ohnehin observierten Platz als auch den Hoteleingang angesichts der drohenden Zusammenstösse zwischen den Fans beider Fussballclubs observieren können. Wie der aufgenommene Vorfall zeigt, besteht ein Risiko von Übergriffen.

Zusammenfassend ist der konkret vorgeworfene Raufhandel als schwere Straftat zu qualifizieren. Das öffentliche Interesse an der Aufklärung dieser Tat ist höher als dasjenige des Beschuldigten an der rechtskonformen Erhebung resp. Unverwertbarkeit der privaten Videoaufnahme. Insbesondere wurde nicht etwa der Geheim- oder Privatbereich des Beschuldigten gefilmt, sondern lediglich seine bewusste Teilnahme am Raufhandel. Die aus den Videoaufnahme gewonnenen Erkenntnisse dürfen zu Lasten des Beschuldigten verwendet werden. Diese Erkenntnis steht im Übrigen in Übereinstimmung mit den Urteilen des Bezirksgerichts Zürich GB200091 und GG220040 sowie des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, SB210419, welche allesamt den identischen Vorfall betreffen und die Verwertbarkeit der Videoaufnahme des Hotels E. \_\_\_\_\_ ebenfalls bejahen.

### 3. Verwertbarkeit der Zeugeneinvernahmen

Mit der Berufung rügt der Beschuldigte wie schon vor Vorinstanz, er sei mit den Zeugen des Vorfalls nicht konfrontiert worden. Ihm seien die Rechte, Einsicht in das Protokoll zu erhalten und schriftliche Ergänzungsfragen stellen zu können, verwehrt worden. Daher seien diese Beweise nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar (Urk. 40 S. 15 f.; Urk. 61 S. 9).

Grundsätzlich ist es das Recht der beschuldigten Person, ihre prozessualen Anträge erstmals an der Hauptverhandlung zu stellen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben die Parteien aber (echte oder vermeintliche) formelle Mängel so früh wie möglich, d.h. bei erster Gelegenheit, geltend zu machen, und können diese Rügen nicht für das Rechtsmittelverfahren, im Falle eines für sie ungünstigen Ausgangs des Verfahrens, "aufsparen" (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_542/2011 vom 3. Oktober 2012, E. 4.1 m.w.H.). Sowohl die Praxis des Bundesgerichts als auch diejenige der Strassburger Rechtsprechungsorgane verlangen grundsätzlich, dass der Beschuldigte oder sein Anwalt zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv wird. Wenn eine entsprechend zumutbare Intervention unterbleibt, kann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach Treu und Glauben sowie von Grundrechts wegen kein Tätigwerden der Strafjustizbehörden erwartet werden. Der Grundsatz

von Treu und Glauben erfasst auch das widersprüchliche Verhalten (venire contra factum proprium). Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht würde. Wenn eine Partei mithin bereits im Untersuchungsverfahren Kenntnis von einem Beweismittel hatte und für sie erkennbar war, dass sich der Vorwurf gewichtig auf dieses Beweismittel stützt, hat sie zumindest bei anwaltlicher Vertretung selbst frühzeitig darauf zu bestehen, dass ihre Parteirechte gewahrt werden. Sie kann sich nicht auf die Justizförmigkeit des Verfahrens berufen. Die Partei riskiert, dass ihr Handeln als Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens eingestuft wird, wenn sie die Parteirechte nicht frühzeitig geltend macht.

Der anwaltlich vertretene Beschuldigte verlangte weder in der Untersuchung noch vor Vorinstanz oder im Berufungsverfahren die Konfrontation mit den Zeugen. Die Zeugeneinvernahmen sind nach dem Erwogenen daher verwertbar. Lediglich der Vollständigkeit halber ist indes zu bemerken, dass sich die Sachverhaltserstellung ohnehin nicht auf die Zeugeneinvernahmen stützt.

#### 4. Verwertbarkeit des Berichts von Dr. G. \_\_\_\_\_ vom 27. Oktober 2018

Im Rahmen der rechtshilfeweisen Einvernahme des Geschädigten H. \_\_\_\_\_ reichte dieser den Bericht von Dr. G. \_\_\_\_\_, Klinik I. \_\_\_\_\_, vom 27. Oktober 2018, zu den Akten (in Urk. 17/1).

Die Verteidigung machte vor Vorinstanz geltend, dieser Bericht sei unverwertbar, weil ihre Teilnahmerechte an der Einvernahme nicht gewährt worden seien (Urk. 40 S. 15 i.V.m. Prot. I S. 19). Im Berufungsverfahren wird die Verwertbarkeit dieses Berichts seitens der Verteidigung nicht mehr bestritten (Urk. 61 e contrario).

Der Vollständigkeit halber ist dennoch festzuhalten, dass es wie erwähnt nicht notwendig ist, die Zeugeneinvernahmen zur Sachverhaltserstellung beizuziehen, zumal der Beschuldigte in der Untersuchung und an der Berufungsverhandlung

die Konfrontation gar nie verlangt hat. Auch hat der Beschuldigte nie geltend gemacht, Ergänzungsfragen betreffend den Arztbericht stellen zu wollen. Zudem besteht für ärztliche Berichte kein Anspruch auf Konfrontationseinvernahmen. Vielmehr sind diese der freien richterlichen Beweiswürdigung zugänglich.

Es besteht daher kein Anlass, an der Verwertbarkeit des Arztberichtes von Dr. G.\_\_\_\_\_ zu zweifeln, zumal der Beschuldigte dazu Stellung nehmen konnte (vgl. Prot. I S. 9).

### **III. Sachverhalt**

Aufgrund der Videoaufzeichnung ist der angeklagte Sachverhalt ohne Weiteres erstellt. Der Beschuldigte wurde sowohl durch die Polizei als auch durch die Vorinstanz als jene Person identifiziert, deren Kopf auf dem Video rot umkreist ist (vgl. Urk. 1 S. 4, Urk. 48 S. 15). Auch das Berufungsgericht ist aufgrund der eigenen Wahrnehmung der Ansicht, dass es sich beim Beschuldigten um jene Person auf dem Video handelt (vgl. auch Urk. 11 S. 6 oberes Bild).

Zudem wurde die Kleidung des Beschuldigten sichergestellt, welche mit der auf dem Video zu sehenden Person mit dem rot umkreisten Kopf übereinstimmt. Und schliesslich erklärte der Beschuldigte selbst mit Erklärung vom 18. Januar 2019, er sei die markierte Person (Urk. 23/4 S. 2).

Der Sachverhalt und die Täterschaft des Beschuldigten ist damit anklagegenügend erstellt. Präzisierend ist festzuhalten, dass auf dem Video nicht zu sehen ist, dass der Fusstritt den Geschädigten traf, sondern nur, dass dieser gegen den Geschädigten ausgeführt wurde. Im Übrigen ist der Sachverhalt auch nicht bestritten.

### **IV. Rechtliche Würdigung**

Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten als Angriff i.S.v. Art. 134 StGB (Urk. 48 S. 20 ff.).

Die Verteidigung stellte anlässlich der Berufungsverhandlung den Eventualantrag, es liege lediglich ein Raufhandel vor (Urk. 61 S. 2 f. und 11 ff.) und führte wie bereits vor Vorinstanz aus, es liege ein Raufhandel vor, an welchem sich auch die D.\_\_\_\_-Fans beteiligt bzw. die diesen sogar angezettelt hätten (Urk. 40 S. 17 ff.; Urk. 61 S. 11 ff.).

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB und des Raufhandels im Sinne von Art. 133 StGB korrekt dargelegt (Urk. 48 S. 17 f.). Diese zutreffenden Erwägungen können übernommen werden.

Rekapitulierend und teilweise ergänzend ist Folgendes (nochmals) festzuhalten: Wer sich an einem Raufhandel beteiligt, der den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen zur Folge hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 133 Abs. 1 StGB). Nicht strafbar ist, wer ausschliesslich abwehrt oder die Streitenden scheidet (Art. 133 Abs. 2 StGB). Raufhandel ist die tätliche, wechselseitige Auseinandersetzung zwischen mindestens drei Personen. Die Beteiligung muss eine aktive sein; das passive Einstecken von Schlägen genügt nicht. Wenn mindestens zwei Personen auf eine dritte Person einschlagen, die passiv die Schläge einsteckt, ohne sich aktiv tätlich zu wehren, kann neben allfälligen Körperverletzungsdelikten nicht Raufhandel, sondern allenfalls Angriff vorliegen. Wer aber tätlich ausschliesslich abwehrt oder die Streitenden scheidet, beteiligt sich an einem Raufhandel, weil er tätlich ist, doch ist er gemäss Art. 133 Abs. 2 StGB nicht strafbar, da er ausschliesslich abwehrt oder die Streitenden scheidet. Das tätliche Verhalten kann nicht nur in Schlägen bestehen, sondern beispielsweise auch in Würgen, Stossen, Ringen, Messerstechen, Bewerfen mit Gegenständen oder gar Schiessen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1056/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 4.1. m.w.H.). Im Sinne einer objektiven Strafbarkeitsbedingung ist weiter vorausgesetzt, dass der Raufhandel zum Tod oder zur körperlichen Schädigung im Mindestumfang von Art. 123 StGB eines Teilnehmers oder eines Dritten führt (BGE 141 IV 45 E. 2.3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B\_889/2019 vom 6. November 2019, E. 1.6). Strafbar wird der Teilnehmer – im Falle einer Einheit des Tatgeschehens – auch dann, wenn er vor Eintritt dieser Bedingung aus dem Kampf ausscheidet. Nach dieser Rechtsprechung ge-

nügt es überdies, wenn die Bedingung erst nach Beendigung des Raufhandels eintritt, sofern das Tatgeschehen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht eine Einheit bildet. Zwar bedarf es eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Kampf und dem Eintritt der Bedingung, nicht aber zwischen dieser und dem Verhalten eines einzelnen Beteiligten (BGE 139 IV 168). In subjektiver Hinsicht verlangt Raufhandel, dass der Täter mit der Beteiligung von mehr als zwei Personen an der tätlichen Auseinandersetzung einverstanden ist (BGE 106 IV 246 E. 3b S. 251). Die objektive Strafbarkeitsbedingung muss vom Vorsatz nicht erfasst sein (DONATSCH, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], StGB Kommentar, 21. Aufl., Zürich 2022, Art. 133 N 6).

Die Darstellung der Verteidigung, die D.\_\_\_\_-Fans hätten die Auseinandersetzung provoziert, ist aktenwidrig. Aus dem Video ist ohne Weiteres ersichtlich, wie ein C.\_\_\_\_-Fan auf die D.\_\_\_\_ zusteuert und sie anspricht. Dann wird dem Geschädigten J.\_\_\_\_ von einem C.\_\_\_\_-Fan mit Mütze der Schal weggezerrt. Von einem "Zupfen am Schal", wie es die Verteidigung darstellt (Urk. 40 S. 17), kann keine Rede sein. Vielmehr entwendet der Schaldieb den Schal zuerst mit der rechten Hand und dann mit beiden Händen, worauf er noch aus dieser Bewegung mit offener Hand in das Gesicht des Geschädigten H.\_\_\_\_ schlägt (Zeitstempel 01:05:40). Aktenwidrig ist somit auch die weitere Behauptung der Verteidigung, der Geschädigte H.\_\_\_\_ habe zum ersten Schlag ausgeholt (Urk. 40 S. 18; vgl. auch Urk. 61 S. 13). Insgesamt erhellt aus dem Video, dass die D.\_\_\_\_ die Auseinandersetzung nicht von sich aus gesucht haben, sondern von C.\_\_\_\_ Seite her provoziert wurden. Indes reagierte der Geschädigte H.\_\_\_\_ darauf, indem er einen C.\_\_\_\_-Fan von sich wegstiess und diesem mehrere Schläge und Fusstritte verpasste (Zeitstempel ab 01:50:44 und ab 01:50:58). Auch wenn diese Handlungen in erster Linie wohl als Notwehrhilfe und später als Abwehrhandlungen i.S.v. Art. 133 Abs. 2 StGB zu würdigen sind und die C.\_\_\_\_-Fans im weiteren Verlauf deutlich die Übermacht über das Geschehen hatten, verhielt sich der Geschädigte H.\_\_\_\_ mindestens zu jenen Zeitpunkten aktiv tätlich, übte mit anderen Worten Gegenwehr, womit für eine kurze Zeit von beiden Seiten Schläge ausgeteilt wurden und eine wechselseitige tätliche Auseinandersetzung von mindestens drei Personen – mindestens eine Person auf Sei-

ten der D.\_\_\_\_-Fans und mehrere Personen auf Seiten der C.\_\_\_\_-Fans – vorlag. Da es sich beim vorliegend zu beurteilenden Raufhandel um ein ganzheitliches Geschehen handelt, welches nicht in einzelne Phasen zu unterteilen ist, sondern in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht eine Einheit bildet, scheidet ein Angriff i.S.v. Art. 134 StGB seitens der C\_\_\_\_-Fans bzw. des Beschuldigten im Lichte der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus, vielmehr liegt ein Raufhandel i.S.v. Art. 133 StGB vor. Im Übrigen ist auch in subjektiver Hinsicht nicht von einem Angriff, sondern von einem Raufhandel auszugehen, da im Zeitpunkt, als der Beschuldigte begann, die Strassenseite zu wechseln, eine wechselseitige Auseinandersetzung vorlag (Zeitstempel 01:05:48) und entsprechend davon auszugehen ist, dass bei ihm kein Vorsatz zur Teilnahme an einem Angriff bestand.

In Bezug auf die Person des Beschuldigten ist festzuhalten, dass dessen Tatbeitrag nicht nur die grundsätzliche Beteiligung am Raufhandel war, sondern auch ein eigenes tätliches Vorgehen gegen den Geschädigten K\_\_\_\_ vorlag, in dessen Richtung er trat (Zeitstempel 01:06:04) und das Festhalten bzw. Zurückkreisen des Geschädigten in die Gruppe der C\_\_\_\_ Fans bzw. das Hindern an dessen Flucht (01:06:11).

Der Geschädigte H.\_\_\_\_ erlitt eine Schädelprellung, welche gemäss ärztlichem Behandlungsbericht mittels Analgesie, mithin Schmerzlinderung, therapiert werden musste (Urk. 17/1). Die objektive Strafbarkeitsbedingung der einfachen Körperverletzung i.S.v. Art. 123 StGB ist damit erfüllt. Daran ändert der Rückzug des Strafantrags nichts.

Am tätlichen Vorgehen der gewaltbereiten C\_\_\_\_-Fans, welches offenkundig mehr als zwei Personen involvierte und nach dem Erwogenen als Raufhandel i.S.v. Art. 133 StGB zu werten ist, schloss sich der Beschuldigte bewusst und gewollt an. Es wäre ihm unbenommen geblieben, auf der anderen Strassenseite zu bleiben, so wie es viele C\_\_\_\_-Fans gemacht haben, oder sich im Minimum nicht tätlich an der Auseinandersetzung zu beteiligen. Damit ist erstellt, dass der Beschuldigte vorsätzlich am Raufhandel teilgenommen hat.

Rechtfertigungsgründe wurden nicht geltend gemacht.

Zusammenfassend ist der Beschuldigte entgegen der Vorinstanz nicht des Angriffs i.S.v. Art. 134 StGB, sondern des Raufhandels i.S.v. Art. 133 StGB schuldig zu sprechen.

## **V. Strafzumessung**

### 1. Rechtliches

Der Raufhandel i.S.v. Art. 133 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, mithin ist die Strafe innerhalb des Strafrahmens von mindestens drei Tagen Freiheitsstrafe bzw. drei Tagessätzen Geldstrafe (Art. 40 Abs. 1 StGB; Art. 34 Abs. 1 StGB) bis maximal drei Jahren Freiheitsstrafe zu bemessen. Die Vorinstanz hat die theoretischen Strafzumessungsregeln im Übrigen korrekt dargetan. Auf diese Erwägungen kann vorab zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden (Urk. 38 S. 24 ff.).

### 2. Tatschwere

Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte einem bereits im Gange befindlichen Raufhandel zwischen den C\_\_\_\_-Fans und den D.\_\_\_\_-Fans anschloss. Er unterstützte den Raufhandel und beteiligte sich selbst daran, wobei er in Richtung des Geschädigten K\_\_\_\_s trat und den Geschädigten H.\_\_\_\_ an der Flucht hinderte und in die Gruppe der C\_\_\_\_-Fans zerrte, um diesem weiteren Übergriffen der Gruppe auszusetzen. Er nutzte die deutliche zahlenmässige Überlegenheit seiner Gruppe und leistete einen nicht unwesentlichen Beitrag zur Auseinandersetzung, welche insgesamt ein hohes Aggressionspotential aufwies. Nur einem glücklichen Zufall ist zu verdanken, dass es nicht zu schwereren Verletzungen kam. Mit der Vorinstanz ist das objektive Tatverschulden innerhalb des bis 3 Jahre Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmens als nicht mehr leicht zu werten.

Zur subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sich vorsätzlich am bereits laufenden Raufhandel beteiligte. Auch wenn er zur Frage nach

seinen Motiven die Aussagen verweigerte, ist aus den gesamten Handlungen zu schliessen, dass es ihm darum ging, die gegnerischen Fans zu verprügeln. Dieser Umstand und die Sinnlosigkeit der Tat ist jedoch dem Straftatbestand des Raufhandels immanent, weshalb die subjektive Tatschwere zu keiner Veränderung der objektiven Tatschwere führt.

Das gesamthafte Tatverschulden ist nicht mehr leicht, was einer Einsatzstrafe von 9 Monaten Freiheitsstrafe entspricht.

### 3. Täterkomponente

In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen sowie die Akten verwiesen werden (Urk. 48 S. 23). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte er, in L.\_\_\_\_\_ bei seinen Eltern aufgewachsen zu sein, eine Schwester und einen Bruder zu haben und gab an, ledig zu sein und keine Kinder zu haben. Er hielt fest, nach wie vor im M.\_\_\_\_\_ zu arbeiten und damit netto monatlich Fr. 4'100.– zu erzielen, einen 13. Monatslohn zu erhalten sowie weder Schulden noch Ersparnisse aufzuweisen. Auf Nachfrage bestätigte er hinsichtlich seiner finanziellen Verhältnisse, dass sein Wohnkostenanteil Fr. 900.– und seine Krankenkassenprämien Fr. 450.– sowie die Steuerbelastung Fr. 330.– pro Monat betragen würden (Prot. II S. 7 ff.; vgl. auch Urk. 56 und 57/1-5).

Insgesamt sind die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten strafzumessungsneutral zu werten.

Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft (Urk. 59), was ebenfalls strafzumessungsneutral zu würdigen ist.

### 4. Weitere Strafzumessungsgründe

Der Beschuldigte verpflichtete sich am 18. Dezember 2019 im Rahmen der Vereinbarung der C.\_\_\_\_\_Fans und der D.\_\_\_\_\_Fans zur Zahlung von insgesamt Fr. 9'720.– an die Geschädigten. Er erklärte darin sein Bedauern über die Auseinandersetzung "ohne Schuldanerkennung". Im Gegenzug zogen die Geschädig-

ten die Strafanträge zurück und erklärten ausdrücklich das Desinteresse an der Strafverfolgung (vgl. Urk. 28).

Der Beschuldigte zeigte damit eine minime Reue, welche mit der Vorinstanz leicht strafmindernd zu berücksichtigen ist. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Erklärung ausdrücklich "ohne Schuldanerkennung" erfolgte. Eine eigentliche Einsicht in eigenes Fehlverhalten wird damit nicht zum Ausdruck gebracht.

Der Beschuldigte verweigerte im Strafverfahren die Aussage, was sein gutes Recht ist. Ein Geständnis und damit ein weitergehender Ausdruck von Reue oder gar Einsicht kann ihm aber damit nicht zugutegehalten werden.

Die Vorinstanz erachtete die lange Verfahrensdauer als weiteren Strafminde-  
rungsgrund und wertete diesen "minim" strafmindernd (Urk. 48 S. 23).

Das in Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. c UNO-Pakt II festgeschriebene Beschleunigungsgebot verpflichtet die Behörden, das Strafverfahren voranzutreiben, um den Beschuldigten nicht unnötig über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen (BGE 133 IV 158 E. 8; 130 IV 54 E. 3.3.1; 124 I 139 E. 2a; je mit Hinweisen). Entscheidend für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist eine Gesamtbetrachtung des konkreten Einzelfalls (BGE 130 IV 54 E. 3.3.3; 124 I 139 E. 2c). Von den Behörden und Gerichten kann nicht verlangt werden, dass sie sich ständig einem einzigen Fall widmen. Zeiten, in denen das Verfahren stillsteht, sind unumgänglich. Wirkt keiner dieser Zeitabschnitte stossend, ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_51/2013 vom 12. März 2013, E. 2.2). Welche Verfahrensdauer angemessen ist, hängt von den konkreten Umständen ab, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind. Kriterien hierfür bilden etwa die Schwere des Tatvorwurfs, die Komplexität des Sachverhaltes, die dadurch gebotenen Untersuchungshandlungen, das Verhalten des Beschuldigten und dasjenige der Behörden sowie die Zumutbarkeit für den Beschuldigten (BGE 130 IV 54 E. 3.3.1 S. 54 f.; 130 I 269 E. 3.1 S. 273; je mit Hinweisen). Die Verletzung des Beschleunigungsgebots ist im Rahmen der Strafzumessung festzustellen und zu würdigen, da die Verfahrensverzögerung nicht geheilt werden kann (BGE 133 IV

158 E. 8 S. 170 m.w.H.). Insoweit gilt das Beschleunigungsgebot als Strafzumessungskriterium nach Art. 47 StGB.

Der Vorfall ereignete sich am 26. Oktober 2018. Am 9. Januar 2019 wurde gegen den Beschuldigten die Untersuchung eröffnet, wobei er einvernommen wurde und ein Siegelungsbegehren stellte. Der Entsiegelungsantrag der Staatsanwaltschaft erfolgte am 17. Januar 2019 beim Zwangsmassnahmengericht Zürich und das Verfahren wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 12. September 2019 an das Zwangsmassnahmengericht Zürich zurückgewiesen (Verfahren 1B\_376/2019; Urk. 23/23). Dieses erledigte das Verfahren zufolge Rückzugs des Siegelungsbegehrens mit Verfügung vom 29. Oktober 2019 (Urk. 23/26). Bis zu diesem Zeitpunkt bestand in der Untersuchung keine unerklärliche Lücke. In der Folge stand das Verfahren jedoch bis Januar 2021 still. Diese Lücke lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass gegen andere Beteiligte des Raufhandels vom 26. Oktober 2018 separate Strafuntersuchungen liefen. Führt die Untersuchungsbehörde die Strafverfahren gegen verschiedene Beschuldigte bewusst separat, kann sie sich nicht darauf berufen, dass eine Verfahren sei still gestanden, weil andere Verfahren bearbeitet worden seien. In der Regel steht jedes Verfahren still, weil die Untersuchungsbehörden andere Verfahren vorantreiben. Mangels Akteneinsicht in die anderen Verfahren konnte der Beschuldigte nicht wissen, weshalb sein Verfahren stillsteht. Er wurde unnötig im Ungewissen gelassen. Es liegt daher eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor, was zu einer höheren Strafreduktion führt als von der Vorinstanz angenommen.

##### 5. Zwischenfazit

Die hiesige Kammer erachtet mit der Vorinstanz eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten bzw. 180 Tagessätzen Geldstrafe dem Verschulden des Beschuldigten als angemessen.

##### 6. Strafart

Das Gesetz bestimmt zwar nicht ausdrücklich, auf welche Art und Weise die Wahl der angemessenen Strafart zu erfolgen hat. Es gelten hierfür aber dieselben Krite-

rien, die Art. 63 StGB für die Strafzumessung aufstellt, namentlich das Gewicht der Tat und das Verschulden des Täters. Dabei spielen auch Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit einer bestimmten Form der Sanktion eine wichtige Rolle. Die Bestimmung des Strafmasses und die Wahl der Strafart lassen sich im Übrigen nicht ohne Weiteres trennen, sondern beeinflussen sich gegenseitig. Wichtige Kriterien sind die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf die beschuldigte Person, ihr soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz (BGE 134 IV 97 E. 4.2.; BGE 134 IV 82 E. 4.1).

Die Tat als solche erfolgte gegen Leib und Leben und damit wie erwähnt gegen ein sehr hohes Rechtsgut. Mehrere Personen wurden von der jener Gruppe, der sich der Beschuldigte angeschlossen hatte, tötlich angegriffen, es kam zu einem versuchten Tritt und einem erfolgreichen Tritt gegen den Kopf eines Geschädigten. Das Verschulden ist nicht mehr leicht und würde ohne strafmindernde Faktoren eine Freiheitsstrafe nach sich ziehen.

Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte und weitere Personen seiner Gruppe eine Vereinbarung mit der Gruppe der Geschädigten abgeschlossen haben, in welcher sie die Auseinandersetzung "bedauern". Wie dargelegt, erfolgte dies aber ohne Anerkennung einer Schuld. Aufgrund der Aussageverweigerung im vorliegenden Verfahren konnte der Beschuldigte gegenüber dem Obergericht oder anderen Behörden keine eigene Erklärung abgeben, wie er zur Tat steht. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass er sich davon oder von der gewaltbereiten C\_\_\_\_\_ -Gruppierung mittlerweile distanziert hat. Die Auswirkungen einer möglichen Freiheitsstrafe auf dieses soziale Umfeld sind mithin nicht negativ, zumal der Beschuldigte keine familienrechtlichen Pflichten hat und einzig mit seiner Partnerin zusammenlebt (vgl. Prot. II S. 8).

Aufgrund der oben ausgeführten Schwere der Tat und aus spezialpräventiver Sicht erscheint die Ausfällung einer Geldstrafe dem Verschulden und den konkreten Verhältnissen des Beschuldigten nicht mehr angemessen. Es ist daher mit der Vorinstanz auf eine Freiheitsstrafe zu erkennen. Diesem Umstand steht nicht entgegen, dass dem Beschuldigten bei der Frage des Aufschubs der Strafe eine positive Prognose gestellt wird (s. dazu sogleich). Massgeblich bleibt, dass die prä-

ventive Effizienz einer bedingten Freiheitsstrafe beim Beschuldigten höher sein wird als jene einer bedingten Geldstrafe.

## 7. Fazit

Der Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten zu bestrafen.

Der Anrechnung von 10 Tagen Haft (Urk. 24/2; Urk. 30) an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen. Hingegen ist der Antrag auf Zusprechung einer Genugtuung für die erlittene Untersuchungshaft abzuweisen.

## **VI. Vollzug**

Unter Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 48 S. 25 f.) ist dem Beschuldigten der bedingte Vollzug zu gewähren, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.

Es ist festzuhalten, dass den Bedenken zur Bewährung bereits mit der Wahl der Straffart Rechnung getragen wurde, zumal einer Verlängerung der Probezeit über 2 Jahre auch das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) entgegensteht.

## **VII. DNA-Profil**

Nachdem der Beschuldigte wegen eines vorsätzlichen Vergehens gegen Leib und Leben zu verurteilen ist, kommt die durch die Verteidigung beantragte Löschung seines DNA-Profiles einstweilen nicht in Betracht (Art. 11 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 5 lit. b DNA-Profil-Gesetz).

## **VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen. Weiter sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Die amtliche Verteidigung macht für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren Fr. 10'029.70 inkl. MwSt. geltend (Urk. 60), was der Sache nicht angemessen ist.

Gemäss § 18 Abs. 1 AnwGebV OG in Verbindung mit § 17 Abs. 1 lit. a AnwGebV OG reicht der anwendbare Tarifrahmen für das Verteidigerhonorar im Berufungsprozess bei Straffällen im einzelgerichtlichen Zuständigkeitsbereich in der Regel von Fr. 600.– bis Fr. 8'000.–. Dieser gesetzliche Gebührenrahmen ist zwar nicht zwingend (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 AnwGebV OG), doch hat der Gesetzgeber damit einen Bereich aufgespannt, welcher sowohl kleine als auch grosse Fälle umfasst und im Normalfall eine genügende Bandbreite abdeckt (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB200219 vom 15. Dezember 2021, E. F./4.4.). Konkret erfolgt die Festsetzung der Entschädigungssumme bei einer solchen Honorarbemessung nach Pauschalgebühr so, dass alle prozessualen Bemühungen zusammen als einheitliches Ganzes aufgefasst werden, wohingegen der tatsächlich geleistete Zeitaufwand nur sehr bedingt berücksichtigt wird. Entsprechend ist das Gericht bei der rein pauschalen Entschädigungsbemessung auch nicht gehalten, sich mit den in der Honorarnote der Verteidigung enthaltenen Aufwandspositionen im Einzelnen auseinanderzusetzen (BGE 143 IV 453 E. 2.5). Nach Massgabe von § 2 Abs. 1 AnwGebV OG bemisst sich die Gebühr vielmehr vor allem nach der Bedeutung der Strafsache, der Verantwortung der Verteidigung und der Schwierigkeit des Falls.

Das vorinstanzliche Urteil wurde zwar in seiner Gesamtheit angefochten. Bei der vorliegenden Strafsache handelt es sich jedoch um einen Einzelrichterfall, welcher sich weder im Hinblick auf den zu beurteilenden Sachverhalt noch in juristischer Hinsicht als überdurchschnittlich komplex oder aussergewöhnlich erweist. Ferner waren im Berufungsverfahren keine neuen Aspekte darzulegen bzw. zu prüfen. Inhaltlich decken sich die Vorbringen der Verteidigung denn auch in weiten Teilen mit denjenigen vor Vorinstanz. In Anbetracht des Schwierigkeitsgrads und des Umfangs des Falles, der Bedeutung der Strafsache für den Beschuldigten und der Verantwortung für die Verteidigung erweist sich vielmehr – nicht zu-

letzt auch unter Berücksichtigung der Entschädigung der amtlichen Verteidigung im Parallelverfahren SB210560, welche auf Fr. 3'450.– (inkl. MwSt.) festgelegt wurde – eine Entschädigung der amtlichen Verteidigung für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren von Fr. 4'000.– (inkl. MwSt.) als angemessen,

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 7. September 2021 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Herausgabe der sichergestellten Gegenstände), 5 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung), 6 (Kostenfestsetzung) und 9 (Übernahme der Kosten des Entsiegelungsverfahrens GM190075-L) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 6 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 10 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Antrag auf Löschung des DNA-Profiles des Beschuldigten wird abgewiesen.
5. Der Antrag auf Zusprechung einer Genugtuung für die Untersuchungshaft wird abgewiesen.
6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 7 und 8) wird bestätigt.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 4'000.– amtliche Verteidigung.
8. 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 bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
9. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat;
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat;
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz;
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A;
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles.
10. Rechtsmittel:  
Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.
- Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

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

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 6. September 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

MLaw Brülisauer

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.