

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB230283-O/U/ad-sm

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichter lic. iur. Wenker  
und Ersatzoberrichter Dr. iur. Bachmann sowie Gerichtsschreiberin  
MLaw Tresch

## Urteil vom 5. Juni 2024

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,**

Schwere Gewaltkriminalität,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom  
1. Februar 2023 (DG220163)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 1. September 2022 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. D1/15/2).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 69 S. 66 f.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig
  - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie
  - des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 39 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 103 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB für die Dauer von 8 Jahren aus dem Gebiet der Schweiz verwiesen.

Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) angeordnet.

5. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

CHF	7'500.–	Gerichtsgebühr
CHF	4'000.–	Gebühr Strafuntersuchung
CHF	1'089.50	Auslagen (Gutachten IRM)
CHF	10'000.00	Akontozahlung amtliche Verteidigung
CHF	1'193.20	Restzahlung amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt.)

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten

aufgelegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 und Art. 426 Abs. 4 StPO.

### **Berufungsanträge:**

a) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 91 S. 1 f.)

- "1. Die Berufung des Beschuldigten sei gutzuheissen und es seien Ziffern 1 (Abs. 1: SS versuchte schwere KV), 2, 3, 4 und (teilweise) 6 des angefochtenen Urteils aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei in Gutheissung seiner Berufung vom (Haupt-) Vorwurf der versuchten vorsätzlichen schweren Körperverletzung freizusprechen mit entsprechenden weiteren Folgen.
3. Infolge Freispruchs vom Hauptvorwurf sei keine Strafe auszusprechen und keine Landesverweisung/Ausschreibung im SIS anzuordnen; hingegen seien sämtliche Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen und dem Beschuldigten eine Genugtuung zuzusprechen.
4. Eventualiter wäre der Beschuldigte wegen versuchter schwerer Körperverletzung begangen im Putativ-Notwehrexzess (Art. 122 StGB und Art. 22 Abs. 1 StGB i.V. mit Art. 13 StGB und 16 Abs. 1 StGB) schuldig zu sprechen und mit einer milden Freiheitsstrafe zu bestrafen, wobei festzustellen sei, dass diese Strafe bereits durch U-Haft (vom 21.5.-1.9.22) erstanden ist.
5. Subeventualiter wäre der Beschuldigte gegenüber dem angefochtenen Urteil jedenfalls deutlich milder zu bestrafen, wobei insbesondere eine blosser Zusatzstrafe auszufallen wäre zum Urteil des Obergerichts vom 16. November 2023 der I. SK Ihres Obergerichts (SB 230250-O)."

- b) Der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich:  
(Urk. 92 S. 1 i.V.m. Prot. II S. 30, sinngemäss)

Es sei das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich zu bestätigen, beziehungsweise sei im Falle der Rechtskraft des Urteils der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 16. November 2023 eine Zusatzstrafe auszusprechen.

---

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessuales**

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 69 S. 3 ff.).
2. Mit (Abwesenheits-)Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Februar 2023 wurde der Beschuldigte der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen. Er wurde mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 39 Monaten unter Anrechnung der erstandenen Haft bestraft. Zudem wurde eine Landesverweisung von 8 Jahren ausgesprochen und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem angeordnet. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens wurden, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden einstweilen unter dem Nachforderungsvorbehalt auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 69 S. 66 f.).
3. Gegen dieses Urteil des Bezirksgerichtes Zürich meldete der amtliche Verteidiger mit Eingabe vom 8. Februar 2023 Berufung an (Urk. 63). Mit Eingabe vom 22. Mai 2023 reichte der Beschuldigte die Berufungserklärung ein, worin er das Urteil mehrheitlich anführt (Urk. 72). In der Folge wurde der Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 24. Mai 2023 Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie Anschlussbe-

rufung erhebt oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt (Urk. 73). Die Staatsanwaltschaft teilte mit Eingabe vom 8. Juni 2023 fristgerecht mit, sie verzichte auf Anschlussberufung und beantrage die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 75). Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen den Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung (Dispositivziffer 1 al. 1), die Bestrafung (Dispositivziffern 2 und 3), die Landesverweisung (Dispositivziffer 4) sowie die Kostenaufgabe (Dispositivziffer 6).

4. Es bleibt somit vorab mittels Beschlusses festzustellen, dass die Dispositivziffern 1 al. 2 (Schuldspruch betreffend Diebstahl) und 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 404 Abs. 1 StPO). Nachdem dem Beschuldigten persönlich das Abwesenheitsurteil am 7. April 2023 zugestellt werden konnte (Urk. 64) und dieser nicht innerhalb von 10 Tagen ab der persönlichen Zustellung des Urteils eine neue Beurteilung verlangt hat, ist seine vorliegende Berufung zu behandeln.

5. Nachdem der Beschuldigte betreffend die von ihm angefochtenen Punkte als einziger Berufung führt, steht die Überprüfung des angefochtenen Urteils insoweit unter dem Vorbehalt des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO).

6. Mit Eingabe vom 30. Oktober 2023 (Urk. 78) stellte der Beschuldigte die Beweisanträge auf Einvernahme des Geschädigten B.\_\_\_\_\_ und den Beizug der Akten des Strafverfahrens, welches gegen selbigen hängig ist. Mit Beschluss vom 22. November 2023 wurde der Antrag auf Beizug der Akten des gegen den Geschädigten B.\_\_\_\_\_ gerichteten Strafverfahrens abgewiesen und die Einvernahme des Geschädigten angeordnet (Urk. 81). Die Durchführung der entsprechenden Einvernahme war im Rahmen der Berufungsverhandlung vorgesehen und der Geschädigte wurde entsprechend vorgeladen (Urk. 77). Nachdem er in der Folge indes wiederholt erklärte, der Vorladung keine Folge zu leisten und zu keiner Aussage bereit zu sein sowie sich letztlich weigerte, an nämlichem Datum das Zuführungsfahrzeug zu besteigen, wurde auf die Zuführung und die geplante Einvernahme verzichtet, was den Parteien anlässlich der Berufungsverhandlung mitgeteilt wurde (Urk. 83 f. i.V.m. Urk. 86 und Urk. 89; Prot. II S. 6).

7.

7.1. Der Beschuldigte monierte, die bei den Akten liegende Videoaufnahme des Vorfalls vom 21. Mai 2022 (Urk. D1/4/2) sei "wohl" nicht verwertbar, und damit auch die weiteren Beweise nicht, die sich darauf stützen. Es habe kein hinreichender Tatverdacht vorgelegen, die Interessenabwägung spreche gegen eine Verwertung und die Aufnahme wäre zur Aufklärung nicht nötig gewesen (Urk. 91 S. 4 ff.). Allfällige von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel sind im Strafprozess verwertbar, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht (BGE 147 IV 16 E. 1.1; 146 IV 226 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_68/2023 vom 9. Oktober 2023 E. 2.1.1; je m.w.H.). Entscheidend ist mithin, ob die entsprechende Beweiserhebung zulässig gewesen wäre, wenn der Tatverdacht bekannt gewesen wäre (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_68/2023 vom 9. Oktober 2023 E. 2.3; MAEDER, Verwertbarkeit privater Dashcam-Aufzeichnungen im Strafprozess, AJP 2018 S. 155, 159 ff.). Der öffentliche Raum kann von der Polizei im Ermittlungsverfahren respektive bei Kontrollen mit technischen Hilfsmitteln überwacht werden, insbesondere wenn ein konkreter Anhaltspunkt für ein Vergehen oder Verbrechen vorliegt (vgl. Art. 282 Abs. 1 StPO; Art. 9 Abs. 1 SKV; § 32 a und § 32 b Abs. 2 lit. a PolG ZH). Das Gericht hat bei der Interessenabwägung das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung und das private Interesse der beschuldigten Person an der Unverwertbarkeit des fraglichen Beweises gegeneinander abzuwägen (vgl. BGE 137 I 218 E. 2.3.4; 131 I 272 E. 4.1.2; 130 I 126 E. 3.2). Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO sind Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nur verwertbar, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist. Dieser Massstab ist auch bei der Verwertung privat erhobener Beweise anzuwenden (BGE 146 IV 226 E. 4. i.V.m. E. 2.2; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_902/2019 vom 8. Januar 2020 E. 1.2; je m.w.H.).

7.2. Vorliegend hat der Zeuge C.\_\_\_\_\_ gemäss unbestritten gebliebener Aussage erst zu filmen begonnen, als die Auseinandersetzung zwischen dem Geschädigten B.\_\_\_\_\_ und dem Beschuldigten bereits im Gange war (Urk. D1/4/1

S. 2 und 7). Entsprechend hätte für die Strafverfolgungsbehörden aufgrund des in Anbetracht der bereits laufenden Auseinandersetzung bestehenden Tatverdachts begründeter Anlass bestanden, eine Filmaufnahme zu starten. Sodann dient die Videoaufnahme massgeblich zur Aufklärung einer (versuchten) schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (vgl. nachfolgend Ziff. III) und damit zur Aufklärung einer schweren Straftat. Die fragliche Aufnahme erweist sich im Ergebnis und unbesehen ihrer allfälligen ursprünglichen Rechtswidrigkeit als ohne Weiteres verwertbar. Mit der Vorinstanz (Urk. 69 S. 16 f.) unterliegt mithin keines der vorhandenen Beweismittel einer eingeschränkten Verwertbarkeit.

8. Der Beschuldigte stellte weiter in Frage, ob überhaupt ein überwiegendes öffentliches Interesse an seiner Strafverfolgung bestehe, da das fehlende Strafverfolgungsinteresse des Geschädigten als Desinteressenserklärung zu verstehen sei (Urk. 91 S. 2 f.). Da es sich bei einer schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 aStGB um ein Officialdelikt handelt, ist nicht weiter auf diesen Einwand einzugehen, zumal den Officialdelikten das öffentliche Interesse an einer strafrechtlichen Verfolgung geradezu immanent ist, unabhängig von einem allfälligen Versuchsstadium.

9. Die urteilende Instanz muss sich nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen (BGE 143 III 65 E. 5.2; 141 IV 249 E. 1.3.1). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

10. Mit (Abwesenheits-)Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. November 2022 wurde der Beschuldigte wegen gewerbs- und bandenmässigem Diebstahl und zahlreichen weiteren Delikten schuldig gesprochen (Urk. 32). Dieses Urteil wurde an das hiesige Obergericht weitergezogen und mit zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsenem Urteil der I. Strafkammer vom 16. November 2023 (Geschäfts-Nr. SB230250) im angefochtenen Umfang vollumfänglich bestätigt (Urk. 95/110). Entsprechend ist im Falle eines Schuldspruchs im vorliegenden Fall die Bildung einer Zusatzstrafe zu prüfen (vgl. nachfolgend Ziff. IV.7).

## II. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe am 21. Mai 2022 um ca. 02.20 Uhr bei der ... [Adresse] Zürich, im Rahmen einer zuerst verbalen und tätlichen Auseinandersetzung zwischen ihm und dem Geschädigten B.\_\_\_\_\_ diesen mittels Schulterwurf zu Boden geworfen. Der Geschädigte sei rücklings auf dem Strassenbelag aufgeprallt und habe sogleich versucht, sich aufzurichten. Dabei soll der Beschuldigte gleichzeitig mit dem rechten Bein eine Ausholbewegung nach hinten gemacht haben und den Geschädigten von hinten mit voller Wucht gezielt gegen den Kopf gekickt haben. Der Tritt des Beschuldigten habe den Geschädigten mit dem rechten Schienbein (allenfalls auch mit dem rechten Fuss in einem Turnschuh) heftig auf der rechten Kopfseite getroffen. Durch diesen Tritt habe der Geschädigte sofort das Bewusstsein verloren und sei mit dem Oberkörper ungebremst auf dem Asphaltboden aufgeschlagen, wobei er mindestens eine Minute bewusstlos flach auf dem Rücken auf der Strasse gelegen habe. Der Beschuldigte habe gewusst, dass ein heftiger Kick gegen den Kopf und der darauffolgende Aufprall des Kopfes auf den Boden ganz erhebliche und auch lebensgefährliche Verletzungen wie Schädelbrüche, Blutungen im Kopfinneren sowie Hirngewebsverletzungen herbeiführen könne, was der Beschuldigte durch sein Handeln zumindest in Kauf genommen habe (Urk. D1/15/2 S. 2 f.).

2. Die Anklage stützt sich als Beweismittel auf die Einvernahmen des Beschuldigten (Urk. D1/3/1–2; Urk. D1/3/4–5) und die Aussagen der Zeugen C.\_\_\_\_\_ (Urk. D1/4/1), D.\_\_\_\_\_ (Urk. D1/4/3) sowie E.\_\_\_\_\_ (Urk. D1/4/4). Weiter befindet sich bei den Akten die Videoaufnahme des Zeugen C.\_\_\_\_\_ mit seinem Mobiltelefon (Urk. D1/4/2), das rechtsmedizinische Aktengutachten (Urk. D1/5/6) sowie die Polizeirapporte (Urk. D1/1/1–2) mit den Beilagen zu den Rapporten (Urk. D1/2/1–3).

3. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung korrekt dargelegt. Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden (Urk. 69 S. 14 f.). Nach der Wiedergabe der relevanten Beweismittel und deren eingehenden Würdigung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Anklagesachverhalt erstellt sei. Diese Ansicht ist zu teilen. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann darauf ver-

wiesen werden (Urk. 69 S. 15 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Lediglich zur Verdeutlichung bzw. Präzisierung sind einige Ergänzungen zu machen.

4.

4.1. Der Beschuldigte anerkannte, die Person auf dem Video zu sein, den Geschädigten zu Boden geworfen und ihn gekickt zu haben. Die Verteidigung strich diesbezüglich wiederholt hervor, der Beschuldigte habe den Geschädigten nicht mit dem Fuss, sondern mit dem Schienbein getroffen (Urk. 91 S. 6 f., 12; Prot. II S. 28). Was den Kick gegen den sich auf dem Boden befindlichen Geschädigten anbelangt, machte der Beschuldigte selber nicht konstante Ausführungen. In seiner ersten Einvernahme führte er aus, er wisse nicht mehr, wie er ihn mit dem Fuss getreten habe, er habe Angst gehabt (Urk. D1/3/1 S. 2). Auf Vorhalt des Videos gab er an, er habe seine Schulter treffen wollen (Urk. D1/3/1 S. 3). Dass er den Geschädigten tatsächlich an der Schulter traf, behauptete der Beschuldigte nicht. In der Hafteinvernahme vom 22. Mai 2022 anerkannte der Beschuldigte sodann, dass er den Geschädigten über seine Schulter zu Boden geworfen und ihn, nach einer Ausholbewegung mit dem Bein, gegen den Kopf getreten habe (Urk. D1/3/2 S. 2). Dann wiederholte er, er wisse nicht mehr, wie er das gemacht habe, es sei alles sehr schnell gegangen. Er habe den Geschädigten nicht am Kopf treffen wollen; er habe nicht auf den Kopf gezielt. Er hätte ihn überall treffen können (Urk. D1/3/2 S. 4). Anlässlich der Einvernahme vom 20. Juni 2022 führte der Beschuldigte erneut aus, er wisse nicht mehr, wie er den Geschädigten von der Schulter gepackt habe (Urk. D1/3/4 S. 2). Er wisse nicht mehr, wie er reagiert habe. Er wisse nur noch aus dem Video, was sich zugetragen habe. Er wisse auch nicht, wie er ihn gekickt und ob er mehr als einmal gekickt habe. Und obwohl der Beschuldigte nur noch aus dem Video zu wissen erklärte, was sich zugetragen hat, will er wissen, versucht zu haben, den Geschädigten am Arm oder der Schulter zu treffen (Urk. D1/3/4 S. 3 f.). Auf die Frage, ob der Beschuldigte aus seiner Erinnerung wisse, wo er den Geschädigten getroffen hat, antwortete der Beschuldigte wiederum, er wisse das nur vom Video, um dann anzufügen, er habe den Geschädigten an der Schulter getroffen und der Fuss sei dann zum Kopf hinaufgerutscht. Auf die erneute Frage, ob er dies aus der Erinnerung oder

aus dem Video wisse, antwortet der Beschuldigte – im Widerspruch zu all seinen früheren Aussagen –, er wisse dies aus seiner Erinnerung (Urk. D1/3/4 S. 4). Mit dieser Aussage erwähnt der Beschuldigte auch erstmals, dass er die Schulter getroffen und der Fuss dann zum Kopf hinaufgerutscht ist. Auf die spätere Frage, woher er wisse, dass sein Fuss zunächst die Schulter des Geschädigten getroffen und dann zum Kopf gerutscht sei, antwortete der Beschuldigte, dies wisse er aus dem Video (Urk. D1/3/4 S. 7). Damit widerspricht sich der Beschuldigte innerhalb der gleichen Einvernahme. Es kann daher mit Bezug auf die Frage, wo der Tritt des Beschuldigten den Geschädigten getroffen hat, nicht auf die Aussagen des Beschuldigten abgestellt werden, zumal diese nicht konstant sind und er auch seinen Tatbeitrag mit der erstmals in der Einvernahme vom 20. Juni 2022 gemachten Angabe, wonach der Tritt zunächst die Schulter getroffen und dann zum Kopf des Geschädigten hinaufgerutscht sei, abschwächen bzw. beschönigen will.

Dass der Fuss respektive infolge eines allfälligen Abrutschens das (untere) Schienbein des Beschuldigten tatsächlich den Kopf des Geschädigten traf, ergibt sich aus den Aussagen des Zeugen C. \_\_\_\_\_ (Urk. D1/4/1 S. 2), dem von ihm aufgenommenen Video (Urk. D1/4/2) sowie dem Aktengutachten des Instituts für Rechtsmedizin nach Analysierung des Videos (Urk. D1/5/6 S. 3). Diese Beweismittel wurden durch die Vorinstanz ausführlich und korrekt wiedergegeben. Es kann auf eine Wiederholung verzichtet werden (Urk. 69 S. 22 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Insbesondere dass der Tritt des Beschuldigten den Geschädigten am Kopf getroffen hat, ist auf dem Video klar zu erkennen, auch wenn nicht mit abschliessender Sicherheit ersichtlich ist, ob tatsächlich der Fuss oder das (untere) Schienbein des Beschuldigten auf den Kopf des Geschädigten aufgetroffen ist. Der äussere Ablauf des Tatgeschehens ist damit erstellt, wobei letztlich offengelassen werden kann und nicht weiter relevant ist, ob der Beschuldigte den Geschädigten mit dem Fuss oder dem (unteren) Schienbein erwischt hat.

4.2. Der Beschuldigte macht in subjektiver Hinsicht im Wesentlichen geltend, dass er den in der Anklageschrift umschriebenen Schulterwurf und den Kick aus Angst vor dem Geschädigten vorgenommen habe (Urk. D1/3/1 S. 2 f.; Urk. D1/3/2 S. 3 f.; Urk. 91 S. 3 f.; Prot. II S. 23 ff., S. 32). Aus den vorgenannten Aussagen

des Beschuldigten kann geschlossen werden, dass er einen Tritt mit dem Fuss beabsichtigt hatte, auch wenn er letztlich allenfalls mit dem (unteren) Schienbein getroffen hat. Es gilt somit, die näheren Umstände des (zumindest gewollten) Fusstritts zu klären, insbesondere ob sich der Beschuldigte mit seinem Fusstritt gegen den Kopf des Geschädigten lediglich gegen einen weiteren Angriff aus Angst gewehrt hat, sich somit in einer Notwehrsituation befunden haben könnte oder der Beschuldigte, wie von der Verteidigung weiter geltend gemacht, subjektiv von einer Gefahr für sich ausging, auch wenn objektiv keine Notwehrlage bestanden haben möge, sodass es sich um Putativnotwehr gehandelt hat (Urk. 91 S. 3 f.; Prot. II S. 32).

4.3. Nachdem der Beschuldigte selbst sich aus eigener Erinnerung nicht mehr an seine Handlungen seit vor dem Schulterwurf erinnern konnte, konnte er sich detailliert an jene des Geschädigten erinnern. So hatte der Beschuldigte gemäss seiner ersten Einvernahme etwa 2 Stunden vor dem inkriminierten Geschehen eine Auseinandersetzung mit dem Geschädigten. Dabei habe der Geschädigte eine Schlägerei mit etwa sechs Personen gehabt. Er (der Geschädigte) habe ihn (den Beschuldigten) immer schlagen wollen. Bei der nachmaligen Auseinandersetzung sei der Beschuldigte gesessen. Der Geschädigte sei zu ihm gekommen und habe ihm einen Schlag ins Gesicht verpasst. Daraufhin habe er sich gewehrt. Er habe Angst gehabt und wisse nicht, wie er den Geschädigten geschlagen habe. Der Geschädigte habe ihm eine Flasche an den Kopf geworfen und habe noch eine Flasche vom Boden aufheben wollen. Er erinnere sich nicht an den Fusstritt. Er habe Angst gehabt, dass der Geschädigte noch etwas hervornimmt, ein Messer oder eine Flasche (Urk. D1/3/1 S. 1 f.). Alsdann soll der Geschädigte die Flasche dem Beschuldigten gegen den Kopf geschlagen haben (Urk. D1/3/1 S. 4). In seiner Hafteinvernahme vom 22. Mai 2022 führt der Beschuldigte dann in Abweichung zu seinen am Vortag gemachten Aussagen aus, der Geschädigte habe eine Flasche nach ihm geworfen und ihn am Knie getroffen. Auf die Frage, weshalb er den Geschädigten über seine Schulter zu Boden geworfen und gegen den Kopf getreten habe, erwähnte der Beschuldigte wiederum, er habe Angst gehabt. Diese Angst bestand darin, dass der Geschädigte eine andere Flasche hervornimmt und ihn damit am Kopf trifft (Urk. D1/3/2 S. 2 f.). Alsdann schildert der

Beschuldigte die vormalige Begegnung mit dem Geschädigten. Diese weicht erheblich von seiner Schilderung in der ersten Einvernahme ab. Er habe am gleichen Tag 2 Stunden vorher eine verbale Auseinandersetzung mit dem Geschädigten gehabt, weil dieser Streit mit zwei Jungen hatte und er (der Beschuldigte) habe helfen wollen. Er sei einfach weggelaufen. 2 Stunden später sei er am Boden gesessen und der Geschädigte sei an ihm vorbeigelaufen und habe ihm unvermittelt einen Boxschlag ins Gesicht gegeben. Er sei aufgestanden und habe sich wehren wollen, damit er nicht noch einen weiteren Boxschlag erhalte. Der Geschädigte habe die Flasche genommen, diese geworfen und ihn am Knie getroffen. Er habe gedacht, der Geschädigte wolle nach einer anderen Flasche oder sonst etwas suchen, um diese nach ihm zu werfen. Er habe dann reagiert. Er habe Angst gehabt. Es sei dann alles sehr schnell gegangen. Er habe gar keine Zeit gehabt, etwas zu überlegen (Urk. D1/3/2 S. 3 f.). In seiner Einvernahme vom 20. Juni 2022 wiederholt der Beschuldigte die Geschehnisse von 2 Stunden vor dem inkriminierten Geschehen. Ebenfalls schildert er, er sei draussen gesessen und der Geschädigte sei zu ihm gekommen und habe ihm einen Boxschlag ins Gesicht gegeben. Der Geschädigte sei dann nach hinten gegangen und habe eine Flasche Bier genommen und nach ihm geworfen. Die Flasche habe ihn am Knie getroffen. Dann erwähnt er erstmals, dass der Geschädigte nochmals etwas nach ihm geworfen und ihn am Kopf getroffen habe. Er habe Angst gehabt, dass der Geschädigte ihn richtig treffe mit irgendetwas. Er habe einfach reagiert (Urk. D1/3/4 S. 2). Als der Geschädigte am Boden gewesen sei, habe er gedacht, er wollte ein Messer hervorholen oder nochmals eine Flasche oder so. Er habe solche Angst gehabt. Erstmals erwähnt er, er habe eine Angststörung. Er habe versucht, ihn am Arm oder der Schulter zu treffen, damit er nichts mehr werfe. Er habe sich nicht umdrehen können, damit er ihm nicht noch etwas an den Hinterkopf schlage (Urk. D1/3/4 S. 3). Auf die Frage, weshalb er den Geschädigten getreten habe, als dieser am Boden gewesen sei, antwortete der Beschuldigte, der Geschädigte habe immer wieder aufstehen und etwas aus seiner Tasche nehmen wollen. Er habe geglaubt, es sei ein Messer gewesen. Mit dem Tritt habe er erreichen wollen, dass der Geschädigte das Messer oder irgendetwas, das er in seiner Hand hatte, fallen lässt. Durch den Tritt habe der Geschädigte den Gegenstand,

welcher er in der Hand gehalten habe, fallen lassen (Urk. D1/3/4 S. 6). Er (der Beschuldigte) habe an jenem Abend zwei Flaschen bekommen; eine an den Kopf und eine ans Knie (Urk. D1/3/4 S. 8). Anlässlich der Berufungsverhandlung brachte der Beschuldigte, erneut teils in Abweichung seiner früheren Aussagen, zusammengefasst vor, die frühere Auseinandersetzung am selben Tag habe sicher mit Drogen zu tun gehabt. Er glaube, bei der verfahrensgegenständlichen Auseinandersetzung habe der Geschädigte ihm seine Drogen wegnehmen wollen und habe deshalb eine Flasche nach ihm geworfen, als er auf dem Boden gesessen habe. Er habe dann weglaufen wollen und der Geschädigte habe ihn umgestossen. Der Geschädigte habe etwas Glitzriges aus der Tasche genommen, eine Flasche oder ein Messer oder so. Er habe den Geschädigten gegen die Hand "gingget", damit dieser den Gegenstand fallen lasse. Sein Bein sei gerutscht, da er "besoffen" und "auf Drogen" gewesen sei (Prot. II S. 21 ff.).

4.4. Die Schilderungen des Beschuldigten sind auch betreffend die Vorgeschichte nicht konstant. Auch in Bezug auf die Anzahl Flaschen, die der Geschädigte geworfen haben soll und wo sie den Beschuldigten getroffen haben sollen, ergeben sich Widersprüche und Aggravierungen. Die vom Beschuldigten seit Beginn geschilderte Angst vor dem Geschädigten steigert sich in eine Angststörung. Weshalb der Beschuldigte die Handlungen des Geschädigten immer detaillierter und erschwerender schildert, ist vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte sich an den Schulterwurf und den Tritt (zumindest mehrheitlich) nur nach Sichtung des Videos erinnert, wenig einleuchtend. Insgesamt erscheinen die Ausführungen des Beschuldigten wenig glaubhaft. Daran ändert auch die Zeugenaussage von E.\_\_\_\_\_ nichts. Wohl bestätigt E.\_\_\_\_\_, dass der Beschuldigte von einer vom Geschädigten geworfenen Flasche am Bein getroffen worden sei (Urk. D1/4/4 S. 5). Ebenfalls bestätigt E.\_\_\_\_\_ auf Suggestivfrage des Beschuldigten, dass der Geschädigte die Hand in der Hosentasche gehabt habe und etwas habe herausziehen wollen. Das Messer habe er nicht direkt gesehen (Urk. D1/4/4 S. 7). E.\_\_\_\_\_ hat mit dem Beschuldigten zusammen Delikte begangen (Urk. 31; Urk. 32) und es scheint, als wolle er zu Gunsten des Beschuldigten aussagen. Jedoch ist auf dem Video ersichtlich, dass der Geschädigte beim Aufprall auf den Boden nach dem Schulterwurf beide Hände links und rechts von seinem Körper offen in

die Höhe streckt. Sodann ist ersichtlich, wie er versucht, sich aufzurichten. Dabei sind seine Hände immer noch gut sichtbar auf dem Boden abgestützt. Zeitgleich macht der Beschuldigte eine Ausholbewegung mit seinem Bein. Der Geschädigte stützt beide Hände auf den Boden, um sich aufzurichten. Der rechte Fuss des Beschuldigten befindet sich bereits in der Luft. Als das (untere) Schienbein oder der Fuss des Beschuldigten den Kopf des Geschädigten trifft, hat der Geschädigte seinen Körper bereits mit seinen Händen etwas vom Boden abgehoben; beide Hände des Geschädigten sind flach auf dem Boden zu sehen (Urk. D1/4/2). Es ist keinerlei Bewegung des Geschädigten ersichtlich, die auf einen Griff in die Tasche hindeuten könnte. Auch ein mehrmaliges Aufrichten des Geschädigten ist nicht ersichtlich. Der Beschuldigte vollzog den Schulterwurf und den anschließenden Tritt gegen den Kopf des Geschädigten ohne Unterbrüche. Auch aus Sicht des Beschuldigten ging alles sehr schnell. So ist auch nicht erstaunlich, dass der Beschuldigte nicht darauf achtete, was der Geschädigte tat. Der Beschuldigte stand beim Tritt auch im Rücken des Geschädigten, sodass Letzterer keinerlei Möglichkeiten hatte, sich vor dem Tritt zu schützen oder diesen abzuwehren. Damit sind die Aussagen von E. \_\_\_\_\_ und des Beschuldigten widerlegt. Der Geschädigte hatte seine Hände mit offenen Handflächen stets sichtbar weg von seinem Körper und hat somit nicht in seine Hosentasche gegriffen, um dort ein Messer herauszunehmen. Folglich kann der Beschuldigte auch nicht aus Angst vor dem Messer des Geschädigten beim Tritt auf dessen Schulter gezielt haben. Sodann ist beim Geschädigten nach dem Schulterwurf auch keine Flasche ersichtlich, die auf den Boden gefallen wäre. Der Beschuldigte macht auf dem Video auch nicht einen verängstigten Eindruck. Nachdem der Geschädigte nach dem Schulterwurf auf dem Rücken lag und sich dann aufrichten wollte, befand sich der Beschuldigte hinter dem Geschädigten und trat ihm von hinten gegen den Kopf. Weshalb der Geschädigte zu diesem Zeitpunkt eine Gefahr für den Beschuldigten dargestellt haben sollte, erhellt nicht.

Obschon der Beschuldigte aussagte, vor diesem Vorfall eigentlich nichts mit dem Geschädigten zu tun gehabt zu haben und ihn nur vom Sehen her gekannt zu haben (Prot. II S. 21), bekräftigte er auch anlässlich der Berufungsverhandlung, wirklich Angst vor ihm gehabt zu haben. Er kenne ihn und wisse, dass der Ge-

schädigte ihn zu 100 % verletzt hätte, zumal dieser schon viele Leute verletzt habe (Prot. II S. 24). Mit der Vorinstanz darf die Frage aufgeworfen werden, weshalb der Beschuldigte, wenn er solche Angst vor dem Geschädigten gehabt haben sollte, nicht einfach davongelaufen ist, wie er es bereits 2 Stunden vorher getan haben will. Spätestens nach dem Schulterwurf, als sich der Beschuldigte hinter dem Geschädigten befand, hätte er sich problemlos von der Örtlichkeit entfernen können. In diesem Zusammenhang ist auch das weitere Verhalten des Beschuldigten nach dem Tritt gegen den Kopf des Geschädigten auffällig. Der Beschuldigte entfernte sich vom Tatort und kam anschliessend wieder zurück. Dies bestätigte sowohl der Beschuldigte selbst als auch der Zeuge C.\_\_\_\_\_. Falls der Beschuldigte so sehr Angst vor dem Geschädigten gehabt hätte, wäre er wohl kaum zum Tatort zurückgekehrt. Ein Handeln aus Angst kann unter diesen Umständen ausgeschlossen werden. Sowohl die vom Beschuldigten behauptete Angst vor einem weiteren Schlag oder Wurf mit einer Flasche oder vor dem Behändigen eines Messers sind als Schutzbehauptungen zu werten.

4.5. Insgesamt ist der Anklagesachverhalt in objektiver und subjektiver Hinsicht erstellt. Ebenfalls erstellt ist, dass der Beschuldigte keinen bevorstehenden Angriff des Geschädigten abwehrte, auch nicht gemäss seinen eigenen Vorstellungen. Er trat den sich auf dem Boden befindlichen Geschädigten von hinten gegen den Kopf. Diesen Tritt konnte der Geschädigte nicht sehen, sodass er keine schützenden Abwehrreaktionen ergreifen konnte und ihn der heftige Tritt völlig unerwartet traf. Der Geschädigte fiel sofort nach hinten und der Kopf schlug ungebremst auf den Asphalt, wo er regungslos für eine bis zwei Minuten liegenblieb (vgl. Aussage Zeuge C.\_\_\_\_). Dies korreliert auch mit den Wahrnehmungen des Zeugen D.\_\_\_\_\_ über den Zustand des Geschädigten. Der Geschädigte zeigte ab dem Schulterwurf keinerlei Angriffshandlungen.

### III. Rechtliche Würdigung

1. Die Anklagebehörde würdigt das Verhalten des Beschuldigten als versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte bringt vor, er habe die Tatbestandsverwirklichung nicht in Kauf genommen, weshalb es am erforderlichen Vorsatz mangle. Er habe den Geschädigten nicht am Kopf, sondern an der Schulter treffen wollen. In der Hektik habe er die Schulter des Geschädigten verfehlt und ihn stattdessen am Kopf getroffen. Eine lebensgefährliche Verletzung sei nicht gewollt gewesen, weshalb er höchstens fahrlässig gehandelt habe. Allenfalls habe er, wie bereits dargetan, in Notwehr oder Notstand bzw. zumindest in Putativnotwehr oder Putativnotstand und damit nicht rechtswidrig gehandelt. Eventualiter sei der Tritt nach dem Schulterwurf als Notwehrexzess zu beurteilen (Urk. 56; Urk. 91 S. 3 f., 11 f.; Prot. II S. 32).
3. Der Beschuldigte hat seine Tat vor Inkrafttreten der Harmonisierung der Strafraumen am 1. Juli 2023 begangen. Da im neuen Art. 122 StGB die Mindeststrafe 1 Jahr beträgt, ist das alte Recht, das eine Mindeststrafe von 6 Monaten vorsah, für den Beschuldigten milder. Es ist daher der alte Straftatbestand anzuwenden.
4.
  - 4.1. Gemäss Art. 122 aStGB macht sich unter anderem schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt. Vorliegend ist aufgrund des Verhaltens des Geschädigten keine genaue Feststellung der erlittenen Verletzungen möglich. Er entfernte sich vom Tatort und verweigerte die Einweisung ins Spital. In der Folge konnte er auch nicht zu Hause angetroffen werden. Zudem ist bekannt, dass der Geschädigte etwa 3 Stunden nach dem inkriminierten Vorfall wegen Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung mit einer Wegweisung belegt wurde (Urk. D1/1/2 S. 2). Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die erlittenen Verletzungen keine unmittelbare Lebensgefahr zur Folge hatten. Damit blieb der für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes erforderliche Erfolg aus. Auf-

grund des rechtsmedizinischen Gutachtens ist anzunehmen, dass sich bei Eintreten des Erfolgs eine unmittelbare Lebensgefahr verwirklicht hätte (Urk. D1/5/6). Der objektive Tatbestand der schweren Körperverletzung ist damit nicht erfüllt.

4.2. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Nach ständiger Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 26 E. 3.2.2).

4.3. Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen hat, muss das Gericht bei Fehlen eines Geständnisses aufgrund der Umstände entscheiden. Mithin kann aufgrund der objektiven auf die subjektiven Umstände geschlossen werden. Der Schluss, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, darf nicht allein daraus gezogen werden, dass ihm dieses Risiko bewusst war und er gleichwohl handelte. Denn das Wissen um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung wird auch bei der bewussten Fahrlässigkeit vorausgesetzt. Für die Bejahung der Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung müssen daher weitere dafür sprechende Umstände dazukommen. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_521/2020 vom 3. Dezember 2020 E. 2.3.2).

4.4. Die rechtliche Qualifikation von Körperverletzungen als Folge von Faustschlägen oder Tritten hängt von den konkreten Tatumständen ab. Massgeblich sind insbesondere die Heftigkeit des Schlages und die Verfassung des Opfers (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_1151/2020 vom 8. April 2021 E. 2.3; 6B\_139/2020 vom 1. Mai 2020 E. 2.3; 6B\_1385/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4.3.1; je m.w.H.). Faustschläge, Fusstritte oder Schläge mit gefährlichen Gegenständen (beispielsweise einer Glasflasche) gegen den Kopf eines Menschen sind geeignet, schwere Körperverletzungen oder sogar den Tod des Opfers herbeizuführen, wobei dieses Risiko umso grösser ist, wenn das Opfer ohne Reaktions- oder Abwehrmöglichkeit am Boden liegt (vgl. BGE 135 IV 152 E. 2.3.2.2; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1151/2020 vom 8. April 2021 E. 2.3; 6B\_139/2020 vom 1. Mai 2020 E. 2.3; 6B\_1385/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4; 6B\_924/2017 vom 14. März 2018 E. 1.3.1; 6B\_901/2014 vom 27. Februar 2015 E. 2.7.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Fusstritte und Faustschläge in den Kopfbereich eines am Boden liegenden Opfers – selbst wenn dieses sich zusammenrollt und den Kopf mit den Händen zu schützen versucht – zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität führen können (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_529/2020 vom 14. September 2020 E. 3.3.2; 6B\_1180/2015 vom 13. Mai 2016 E. 4.1; je m.w.H.). Für die Erfüllung des Tatbestandes der versuchten schweren Körperverletzung setzt die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht voraus, dass neben den eigentlichen Fusstritten oder Schlägen gegen den Kopf ein aggravierendes Moment, etwa eine besondere Heftigkeit der Tritte, die Wehrlosigkeit des Opfers, die Traktierung mit weiteren Gegenständen oder die Einwirkung mehrerer Personen, hinzutreten muss (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_529/2020 vom 14. September 2020 E. 3.3.2; 6B\_1180/2015 vom 13. Mai 2016 E. 4.1; je m.w.H.).

4.5. Es ist allgemein bekannt, dass Fusstritte gegen den Kopf geeignet sind, schwerste Folgen auf die Gesundheit des Opfers zu haben. Dies war auch dem Beschuldigten bewusst (Urk. D1/3/4 S. 6 f.). Diese schweren Folgen können als direkte Folge des Trittes und/oder als Folge des unkontrollierten Fallens und des damit verbundenen Aufschlagen des Kopfes auf den Asphalt eintreten. Der Kopf ist ein besonders sensibler Körperteil und Kopfverletzungen können gravierende

Folgen nach sich ziehen. Vorliegend kam es zu einer – gemäss unbestritten gebliebener Darstellung des Beschuldigten – vom Geschädigten initiierten Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten. Nach Handgreiflichkeiten beförderte der Beschuldigte den Geschädigten mit einem Schulterwurf auf den Boden, sodass dieser flach mit dem Rücken auf den Asphalt aufprallte. Unverzüglich machte der Beschuldigte mit seinem rechten Bein eine Ausholbewegung und traf den Geschädigten, der sich mit seinem Oberkörper aufrichtete, wuchtig am Kopf. Der Geschädigte war auf diesen Tritt nicht gefasst, stand der Beschuldigte doch zu diesem Zeitpunkt hinter ihm. Der Geschädigte hatte somit keinerlei Abwehrchancen. Er prallte mit dem Hinterkopf ungebremst auf den Asphalt und blieb mindestens eine Minute bewusstlos liegen. Den Tritt und damit das effektive Verletzungsrisiko konnte der Beschuldigte nicht steuern, führte er doch aus, dass er den Geschädigten irgendwo hätte treffen können (Urk. D1/3/2 S. 4). Aufgrund des dynamischen Geschehens konnte der Beschuldigte sodann auch das Risiko nicht kalkulieren. In dieser Situation durfte der Beschuldigte nicht darauf vertrauen, dass nichts Schlimmes passiert, weshalb bewusste Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist. Jedoch musste sich dem Beschuldigten die Gefahr von lebensbedrohlichen Kopfverletzungen als dermassen wahrscheinlich aufdrängen, dass er solche mit seinem Verhalten billigend in Kauf nahm. Der ergangene Schulterwurf, infolgedessen der Geschädigte auf dem Boden lag und somit keine Gefahr für den Beschuldigten mehr darstellte, markiert die Zäsur des bis dahin dynamischen Geschehens. Zumal auch keinerlei Hinweise vorliegen, dass der Geschädigte zu diesem Zeitpunkt eines Messers oder eines anderen gefährlichen Gegenstands habhaft gewesen wäre, lag aufgrund der objektiven Umstände beim Erfolgen des Fusstritts derart klar keine Notwehrsituation vor, dass die entsprechenden subjektiven Vorbringen des Beschuldigten als gänzlich unplausibel zu erachten sind. Auch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Geschädigte zuvor eine Bedrohung für den Beschuldigten dargestellt haben könnte, bestehen keine Anhaltspunkte, dass dem Beschuldigten in diesem Zeitpunkt noch ein unmittelbarer oder mittelbarer Angriff durch den Geschädigten gedroht hätte. Eine allfällig "präventive" Angriffshandlung kann denn auch nicht als Verteidigungshandlung im Rahmen einer Notwehrsituation erachtet werden. Indem der

Beschuldigte gemäss erstellten Sachverhalt dennoch mit dem Bein ausholte und wuchtig von hinten in Richtung des Kopfes des sich auf dem Boden befindlichen Geschädigten trat, durfte er klarerweise auch nicht darauf vertrauen, dass er durch sein Tun keine schlimmeren Verletzungen verursachen könnte. Der Beschuldigte handelte damit eventualvorsätzlich. Der Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung ist somit erfüllt.

5.

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

5.2. Ein Fall von Putativnotwehr ist gegeben, wenn der Täter einem Sachverhaltsirrtum unterliegt, indem er irrtümlich annimmt, es sei ein rechtswidriger Angriff gegenwärtig oder unmittelbar bevorstehend bzw. es drohe eine nicht anders abwendbare unmittelbare Gefahr. Die blosser Vorstellung von der Möglichkeit eines Angriffs genügt nicht für die Annahme einer Putativnotwehrsituation. Der vermeintlich Angegriffene hat dabei die Umstände glaubhaft zu machen, die bei ihm den Glauben erwecken konnten, er befinde sich in einer Notwehrlage. Ein eigentlicher Nachweis solcher Umstände durch den vermeintlich Angegriffenen ist nicht erforderlich (BGE 147 IV 193 E. 1.4.5; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1454/2020 vom 7. April 2022 E. 2.3).

5.3. Gemäss dem erstellten Sachverhalt befand sich der Beschuldigte nicht in einer Notwehrlage. Nach dem Schulterwurf hielt der am Boden liegende Geschädigte weder ein Messer noch eine Flasche in der Hand und machte keine Anstalten, in seine Hosentasche zu greifen, um solches hervor zu nehmen. Er war im Begriff seinen Oberkörper aufzurichten, indem er sich mit beiden Händen auf dem Asphalt abstützte. Nach dem Schulterwurf griff der Beschuldigte den Geschädigten von hinten mit einem Tritt gegen den Kopf an, was der Geschädigte gar nicht wahrnehmen konnte und daher auf den Tritt nicht gefasst war. Insofern lag für den Beschuldigten kein Angriff vor und es stand auch keiner bevor. Ebenso wenig führte der Beschuldigte den Tritt aus Angst vor einem irgendwie gearteten, vom

Geschädigten ausgehenden Angriff mit einem Messer oder einer Flasche aus. Weitere Umstände, aus welchen er glaubte, sich in einer Notwehrlage zu befinden, führte der Beschuldigte weder aus noch machte sie glaubhaft. Damit konnte der Beschuldigte auch nicht irrtümlich davon ausgehen, es stehe ein Angriff des Geschädigten unmittelbar bevor. Insgesamt lag keine Notwehrsituation und keine Putativnotwehrsituation vor. Da keine Notwehrsituation vorlag, kann auch kein Notwehrexzess vorliegen.

5.4. Ein rechtfertigender Notstand liegt vor, wenn jemand eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten und dabei höherwertige Interessen wahrt (Art. 17 StGB). Die vom Notstand vorausgesetzte Gefahr kann auch in einem rechtswidrigen Angriff bestehen. Ist dies der Fall und wird zu seiner Abwehr in die Rechtsgüter des Angreifers eingegriffen, so handelt es sich nicht um Notstand, sondern um Notwehr. Notstand kommt nur in Frage, wenn entweder kein Angriff besteht oder infolge eines rechtswidrigen Angriffs in die Rechtsgüter nicht des Angreifers, sondern eines Dritten eingegriffen wird (BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17 N 4). Gemäss den Angaben des Beschuldigten lag ein Angriff gegen ihn vor und er wollte in die Rechtsgüter des Angreifers eingreifen. Damit liegt keine Notstandssituation vor. Putativnotstand fällt ebenso ausser Betracht.

6. Weitere Schuldausschluss- oder Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht geltend gemacht. Der Beschuldigte hat sich daher der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Sofern der Beschuldigte eine eingeschränkte Schuldfähigkeit geltend macht und gestützt darauf eine Strafreduktion verlangt (Urk. 100 S. 3), ist nachfolgend darauf einzugehen (vgl. nachfolgend Ziff. IV.7).

#### **IV. Strafzumessung**

1. Die Vorinstanz hat ausführliche Erwägungen zur Strafzumessung, dem Strafraumen, zum Vorgehen bei Deliktsmehrheit sowie zur Wahl der Straftat gemacht. Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden (Urk. 69 S. 41 ff.).
2. Der Beschuldigte hat sich der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht. Das schwerste vom Beschuldigten begangene Delikt stellt die versuchte schwere Körperverletzung dar, die einen Strafraumen von 6 Monaten bis 10 Jahre Freiheitsstrafe vorsieht. Es ist daher zunächst die Strafe für dieses Delikt zu bestimmen.
3. Versuchte schwere Körperverletzung
  - 3.1. Bei der Bewertung der objektiven Tatkomponente gilt es zu berücksichtigen, dass die Auseinandersetzung – gemäss unbestritten gebliebener Darstellung des Beschuldigten – vom Geschädigten angezettelt wurde und sich der Beschuldigte durch einen Schlag ins Gesicht sowie den Wurf einer Flasche ans Knie provoziert fühlte. Alsdann hatten der Beschuldigte und der Geschädigte eine verbale Auseinandersetzung sowie ein Gerangel miteinander. Als der Beschuldigte den Geschädigten mit einem Schulterwurf zu Boden gebracht hatte, holte er mit seinem Bein aus und versetzte dem wehrlosen Geschädigten von hinten einen heftigen Fusstritt gegen den Kopf. Dieses Verhalten des Beschuldigten muss als rücksichtslos bezeichnet werden. Die Gewalteinwirkung auf den Kopf des Geschädigten hätte zu lebensgefährlichen Schädelbrüchen, Blutungen im Kopfinnern oder Hirngewebeverletzungen führen können. Aufgrund der eingetretenen Bewusstlosigkeit bestand sodann die Gefahr eines vollständigen Verlegens der Atemwege infolge Erschlaffung der Muskulatur mit Zurücksinken der Zunge in den Rachenraum oder durch Zurückfliessen von Mageninhalt in den Mund-/Rachenraum und/oder der Luftröhre (Urk. D1/5/6). Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die effektiven Verletzungen des Geschädigten nicht bekannt sind, jedoch davon auszugehen ist, dass er sich keine schweren Verletzungen zugezogen hat. Den effektiv zugezogenen Verletzungen des Geschädigten haftet etwas Zufälliges an und der Beschul-

digte kann froh sein, dass nichts Schlimmeres passiert ist. Somit sind diese Umstände bei der Bemessung der objektiven Tatschwere nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, was nach dem normalen Lauf der Dinge hätte passieren können. Dem Umstand, dass die Verletzungen nicht gravierend waren, wird durch die Qualifikation als Versuch Rechnung getragen.

3.2. In subjektiver Hinsicht gilt es zu berücksichtigen, dass die Tat durch das vorgängige Verhalten des Geschädigten ausgelöst wurde, was sich etwas verschuldensreduzierend auswirkt. Der Beschuldigte suchte jedoch sodann die Konfrontation, indem er den Geschädigten mit einem Schulterwurf zu Boden warf und ihm einen Tritt gegen den Kopf verpasste. Die Tat war nicht geplant. Zu Gunsten des Beschuldigten ist davon auszugehen und entsprechend zu berücksichtigen, dass er lediglich eventualvorsätzlich handelte.

Verschuldensmindernd wirkt sich weiter der Umstand aus, dass die Tat im Versuchsstadium blieb. Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass bei der Bemessung der Minderung der Strafe die Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und die tatsächlichen Folgen der Tat eine entscheidende Rolle spielen. Vorliegend fällt in Betracht, dass gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin sowohl der Tritt und das Aufschlagen auf den Asphalt als auch die Bewusstlosigkeit als lebensgefährlicher Vorgang bzw. Zustand einzuschätzen sind, da es bei einer Bewusstlosigkeit aufgrund des Erlöschens der Schutzreflexe zu einer Verlegung der Atemwege sowie durch das Zurückfliessen von Mageninhalt bzw. einer zurückgesunkenen Zunge und somit zu einem Erstickungstod kommen könnte (Urk. D1/5/6). Damit hat der Beschuldigte alles unternommen, was zu einer schweren Körperverletzung führen kann. Aus diesen Gründen ist lediglich eine leichte Reduktion der Strafe angezeigt.

Soweit der Beschuldigte geltend machte, aus Angst gehandelt zu haben (u.a. Urk. 91 S. 3 f.; Prot. II S. 23 ff., S. 32), ist auf die vorgängigen Ausführungen zu verweisen, gemäss welchen dieser Einwand als Schutzbehauptung zu werten ist (vgl. vorstehend Ziff. II.4.2).

Der Beschuldigte liess sodann vorbringen, aufgrund seiner jedenfalls eingeschränkten Schuldfähigkeit sei eine (weitere) Strafreduktion vorzunehmen (Urk. 91 S. 13 i.V.m. Prot. II S. 28; Urk. 100 S. 3). Aus dem anlässlich der Berufungsverhandlung eingereichten Amtsbericht des Migrationsamtes (Urk. 90) und den beigezogenen Akten des von der I. Strafkammer geführten Strafverfahrens (Geschäfts-Nr. SB230250; Urk. 95/1–115) gehe hervor, dass bei ihm ein Abhängigkeitssyndrom von Cannabinoiden, ein schädlicher Gebrauch von Kokain und Alkohol sowie in psychischer Hinsicht eine Anpassungsstörung und eine histrionische Persönlichkeitsakzentuierung vorgelegen habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass der (frühere) Betäubungsmittelkonsum und heutige Ersatzkonsum des Beschuldigten aktenkundig ist (vgl. zuletzt Urk. 90; Urk. 91 S. 13; Prot. II S. 7 ff.). Hinweise auf eine tatsächlich eingeschränkte Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt bestehen indes keine. Der Beschuldigte erwähnte zwar, dass er vorgängig etwas getrunken und Ecstasy konsumiert habe (Urk. D1/3/4 S. 4), jedoch wies er nach der Tat keinerlei Alkohol im Blut auf (Urk. D1/1/1). Mit der Vorinstanz ist von keiner relevanten Alkoholisierung oder sonstigen Intoxikation des Beschuldigten in den Tatzeitpunkten auszugehen (vgl. Urk. 69 S. 47). Die Annahme einer aufgrund dessen eingeschränkten Schuldfähigkeit (und einer damit verbundenen Strafminderung) fällt mithin ausser Betracht.

3.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verschulden des Beschuldigten innerhalb des weiten Strafrahmens als gerade noch leicht zu qualifizieren ist und deshalb die Einsatzstrafe auf 37 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen ist.

#### 4. Diebstahl

4.1. Beim objektiven Tatverschulden gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte der Geschädigten das Portemonnaie aus dem Rucksack, welcher im Einkaufswagen lag, entwendete. Er nutzte einen Moment der Unaufmerksamkeit schamlos aus. Die Tat erfolgte wohl nicht geplant, sondern spontan. Der Deliktobetrag belief sich auf rund Fr. 130.–. Es ging dem Beschuldigten jedoch darum, möglichst viel Deliktsgut zu erbeuten. Trotzdem ist die objektive Tatschwere angesichts des weiten Strafrahmens noch als leicht einzustufen.

4.2. Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Die Tat erfolgte aus rein finanziellen und damit egoistischen Motiven. Der Beschuldigte macht geltend, er habe gerade kein Einkommen gehabt. Im Bewusstsein darum bemühte er sich nicht um eine anderweitige Lösung, sondern bediente sich am fremden Eigentum.

4.3. Insgesamt ist von einem noch leichten Gesamtverschulden auszugehen. Die von der Vorinstanz festgesetzte Einzelstrafe für den Diebstahl von 4 Monaten erscheint angemessen. Was die Wahl der Strafart anbelangt, kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 69 S. 44). Vorliegend ist einzig eine Freiheitsstrafe angebracht. Es ist daher eine Gesamtstrafe auszufällen, wobei die Einsatzstrafe für die versuchte schwere Körperverletzung 37 Monate beträgt. Hiezu ist der Diebstahl zu asperieren, wobei es angemessen erscheint, die Einsatzstrafe um 2 Monate auf 39 Monate zu erhöhen.

5. Bei der Täterkomponente kann bezüglich des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten grundsätzlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 69 S. 50 f.). Die Schlussfolgerung, wonach sich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse nicht auf die Strafzumessung auswirken, ist trotz der seitherigen punktuellen Änderungen seiner persönlichen Verhältnisse (vgl. nachfolgend Ziff. VI.4) weiterhin zutreffend.

Zu seinen Ungunsten wirken sich jedoch seine zehn Vorstrafen aus (Urk. 105). Wohl liegen diese teils mittlerweile bereits einige Jahre zurück, doch handelt es sich dabei keineswegs nur um Bagatelldelikte und sie sind in Bezug auf die Körperverletzung als auch den Diebstahl teilweise einschlägig. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte die vorliegenden Taten während laufender Strafuntersuchung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat beging. Aufgrund der teilweise auch einschlägigen Vorstrafen sowie der Delinquenz während laufender Strafuntersuchung ist die Strafe nicht unbeträchtlich zu erhöhen.

Kaum zu Gunsten des Beschuldigten auszuwirken vermögen sich sein Teilgeständnis hinsichtlich des äusseren Ablaufs betreffend versuchte schwere Körperverletzung sowie sein Geständnis in Bezug auf den Diebstahl. Im Lichte der erd-

rückenden Beweislage in Form von Videoaufzeichnungen sowie des Zeugen wäre jegliches Leugnen zwecklos gewesen. Somit sind seine (Teil-)Geständnisse nur gering strafmindernd zu berücksichtigen.

6. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auf Grund der Täterkomponente angesichts der zehn Vorstrafen und der Delinquenz während laufender Strafuntersuchung eine Erhöhung der Strafe um 6 Monate und wegen der (Teil-)Geständnisse eine Reduktion um 3 Monate angemessen ist, weshalb die Strafe gesamthaft um 3 Monate auf 42 Monate zu erhöhen ist.

7. Da der Beschuldigte die hier zu beurteilenden Taten am 16. Oktober 2021 und 21. Mai 2022 begangen hat und mit zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsenem Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 2. November 2022 (Geschäfts-Nr. DG220007) zu einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten verurteilt wurde (vgl. Urk. 95/110; Urk. 105), handelt es sich vorliegend um einen Fall retrospektiver Konkurrenz, sodass in Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB eine Zusatzstrafe auszufällen ist. Das anzuwendende Asperationsprinzip hat dabei mangels sachlichem und zeitlichem Konnex zwischen den der Grundstrafe zugrundeliegenden und den vorliegend zu beurteilenden Taten nur zurückhaltend zu erfolgen. Zudem ist die vorliegend auszufällende Strafe ihrerseits bereits eine in Anwendung des Asperationsprinzips festgelegte Gesamtstrafe. Es erweist sich die Aussprechung einer Zusatzstrafe von 32 Monaten als angemessen. Der Anrechnung der 104 Tage erstandener Haft im Sinne von Art. 51 StGB steht nichts entgegen.

## **V. Vollzug**

1. Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von höchstens 2 Jahren aufschieben, weshalb vorliegend ein Aufschub nicht möglich ist (Art. 42 StGB). Hingegen kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr und höchstens 3 Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Im Bereich von Freiheitsstrafen von über 2 Jahren bis maximal 3 Jahren tritt der teilbedingte Vollzug an die Stelle des bedingten Strafvollzuges. Sind die

subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 StGB erfüllt, ist somit der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren (BGE 134 IV 1 E. 5.5.1).

2. Mit Blick auf Art. 42 Abs. 2 StGB gilt es zwar festzuhalten, dass innerhalb der letzten 5 Jahre vor den vorliegend zu beurteilenden Taten keine Strafe von über 6 Monaten gegen den Beschuldigten verhängt wurde (Urk. 105). In Anbetracht der strafrechtlich deutlich belasteten Vergangenheit mit zehn, teilweise einschlägigen Vorstrafen und delinquentem Verhalten trotz laufender Strafuntersuchung kann beim Beschuldigten keine günstige Prognose vermutet werden. Im Übrigen wäre in Anbetracht der heute als Zusatzstrafe auszusprechenden 32 Monate Freiheitsstrafe zusammen mit der vom Bezirksgericht Dietikon mit Urteil vom 22. November 2022 ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 28 Monaten gesamthaft eine Freiheitsstrafe von 60 Monaten ausgesprochen worden, sodass ein (teil-)bedingter Vollzug von vorneherein ausgeschlossen gewesen wäre. Die als Zusatzstrafe auszufällende Freiheitsstrafe von 32 Monaten ist zu vollziehen.

## **VI. Landesverweisung**

1.

1.1. Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz. Die Landesverweisung ist unabhängig von der konkreten Tatschwere und selbst dann, wenn es beim Versuch geblieben ist, auszusprechen.

1.2. Ein Verzicht auf eine obligatorische Landesverweisung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine

Daseinsbedingungen führt (BUSSLINGER/ÜBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, in: plädoyer 5/16 S. 101). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Dazu gehören namentlich die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat. Bei Dritten auftretende härtefallbegründende Aspekte sind nur zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Beschuldigten auswirken (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1286/2017 vom 11. April 2018 E. 1.2; BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 101; FIOKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, in: plädoyer 5/16 S. 85).

1.3. Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auszugehen. Unter dem familienrechtlichen Titel von Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist dessen Schutzbereich berührt, wenn eine Ausweisung eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigen würde, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Intakte familiäre Beziehungen zu in der Schweiz niedergelassenen Familienmitgliedern sind grundsätzlich als erhebliches privates Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz zu gewichten. Jedoch reichen normale familiäre und emotionale Beziehungen nicht aus, um einen Aufenthaltsanspruch zu begründen. Selbst ein (gefestigtes) Anwesenheitsrecht stünde unter dem Vorbehalt der Eingriffsrechtfertigung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK. Weiter ist zu beachten, dass zum geschützten Familienkreis in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern, gehört (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.5.3).

1.4. Steht aufgrund einer Prüfung dieser Kriterien fest, dass die Landesverweisung zu einer schweren persönlichen Härte führen würde, sind sodann die priva-

ten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung, deren Gewicht wesentlich von der Art und Schwere der begangenen Delikte und der Legalprognose abhängt, gegenüberzustellen. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 102 ff.).

2. Mit der Vorinstanz (Urk. 69 S. 57) ist vorliegend festzustellen, dass es sich beim vom Beschuldigten verwirklichten Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB um eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB handelt. Eine entschuldbare Notwehr oder ein entschuldigbarer Notstand liegt nicht vor (Art. 66a Abs. 3 StGB). Damit ist der Beschuldigte, welcher Staatsangehöriger von F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] ist, grundsätzlich für 5 bis 15 Jahre des Landes zu verweisen.

3. Die Verteidigung machte diesbezüglich vor Vorinstanz geltend, es sei von einer Landesverweisung abzusehen, da der Beschuldigte vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung freizusprechen sei. Für den vom Beschuldigten begangenen Diebstahl rechtfertige sich eine nicht obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a<sup>bis</sup> StGB nicht. Ausführungen zu einem allfälligen Härtefall wurden keine vorgetragen (Urk. 56 S. 9). Im Rahmen der Berufungsverhandlung machte der Beschuldigte alsdann geltend, es brauche keine nochmalige Landesverweisung, nachdem eine solche bereits mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 16. November 2023 (Geschäfts-Nr. SB230250) ausgesprochen worden sei. Er plane, am 29. Februar 2024 eine Schweizerin, Frau G. \_\_\_\_\_, zu heiraten und hoffe, mit ihr ein neues Leben anfangen zu können und nicht mehr zu delinquieren. Er habe vorübergehend eine schlechte Phase gehabt, v.a. mit den Diebstählen, habe aber eigentlich nie Gewaltdelikte und das hiesige Delikt in einer (vermeintlichen) Notwehrsituation begangen (Urk. 91 S. 13 i.V.m. Prot. II S. 29). Zudem sei er bisexuell, was in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] bekannt geworden sei. Er habe dies im Asylverfahren nicht erwähnt, da er gedacht habe, es sei in der Schweiz wie in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] und er würde bestraft oder verfolgt (Prot. II S. 9 f.).

4.

4.1. Wie die Vorinstanz ausführlich und richtig erwogen hat (Urk. 69 S. 60 ff.), lässt sich vorliegend aufgrund der persönlichen sowie familiären Verhältnisse und sozialen Integration des Beschuldigten kein persönlicher Härtefall annehmen. Der Beschuldigte kam im Alter von fast 22 Jahren in die Schweiz. Er lebt damit seit mehr als 10 Jahren in der Schweiz. Auf sein gestelltes Asylgesuch wurde im Jahre 2013 nicht eingetreten und er wurde des Landes verwiesen. Nach einem illegalen Aufenthalt in der Schweiz heiratete er im Jahre 2016 eine Schweizer Staatsangehörige. Aus der Ehe sind keine Kinder hervorgegangen. Nach häuslicher Gewalt im Zeitraum vom 15. Juli 2017 und 7. September 2020 wurde den Ehepartnern im Jahre 2020 gerichtlich das Getrenntleben bewilligt. Gemäss dem Beschuldigten war zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung die Scheidung bereits erfolgt, aber noch nicht rechtskräftig (Prot. II S. 11; ferner Urk. 33). Am 24. August 2022 lief sodann die bis dahin jährlich verlängerte Aufenthaltsbewilligung des Beschuldigten ab. Seit diesem Zeitpunkt befindet sich der Beschuldigte erneut illegal in der Schweiz (vgl. Prot. II S. 11). Ein Verlängerungsgesuch wurde gemäss Angaben des Migrationsamtes bisher nicht gestellt. Der Beschuldigte pflegt offenbar vor allem mit Personen aus demselben Kulturkreis Kontakt (Urk. 29). Näheres zu seiner scheinbar erneut beabsichtigten Hochzeit mit einer Schweizer Staatsbürgerin und seinem Verhältnis zu ihr gab er nicht bekannt. Auch hat er keinerlei Ausführungen zu seiner angeblichen Bisexualität gemacht, welche er vorliegend erstmals in der Berufungsverhandlung geltend machte. Insbesondere, dass er diese im Asylverfahren und trotz negativem Asylbescheid sowie während seinem weiteren, mehrjährigen Verbleib in der Schweiz absichtlich verschwiegen haben will, erstaunt, zumal er behauptete, F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] eben gerade aufgrund seiner sexuellen Orientierung verlassen zu haben (Prot. II S. 9). Aktenkundig sind einzig seine Beziehungen mit Frauen. Mithin liegen keine Anzeichen für eine tatsächliche entsprechende sexuelle Orientierung vor, welche im Ergebnis als unglaubhaft und als blosser Schutzbehauptung zu erachten ist.

4.2. In Bezug auf die wirtschaftliche Integration des Beschuldigten ist positiv anzumerken, dass er sehr gut Deutsch spricht und keinen Dolmetscher benötigt (Urk. 55 S. 9; Prot. II S. 4). Er gab an, eine Lehre als Sanitär respektive Sanitär-monteur abgeschlossen zu haben (Prot. II S. 9, 17). Jedoch ist der Beschuldigte seit seiner Einreise, soweit ersichtlich, nie einer regulären Erwerbstätigkeit nachgegangen. Er brachte zwar vor, etwa 3, 4 Jahre lang in H. \_\_\_\_\_ bei der Firma 'I. \_\_\_\_\_', einer Zügelfirma gearbeitet zu haben (Prot. II S. 12 f.). Gemäss Internetseite besagter 'Firma' handelt es sich indes nicht um eine kommerzielle Firma, sondern um eine Non-Profit-Organisation (einen Verein), deren Ziel die soziale und berufliche Integration stellenloser Personen ist (vgl. [https://www.I.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](https://www.I._____.ch); zuletzt besucht am 1. September 2024). Seit dem 1. Oktober 2021 wird der Beschuldigte sodann vom Sozialamt unterstützt. Obwohl er im Rahmen der Untersuchung mehrmals angab, er habe bzw. suche einen Job, fehlt dafür jeglicher Hinweis. Der Beschuldigte ist daher in beruflicher Hinsicht als nicht integriert zu erachten.

4.3. Der im Urteilszeitpunkt 33-jährige Beschuldigte verbrachte seine prägenden Kinder- und Jugendjahre in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika]. Er besuchte dort die Schulen und arbeitete bis zu seiner Ausreise im Alter von knapp 22 Jahren als Schweisser. Er ist daher mit den Verhältnissen und der Sprache in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] bestens vertraut. Auch leben seine Eltern und Geschwister in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika], Verwandte in der Schweiz hat er keine (Prot. II S. 12). Er verbringt dort seine Ferien und pflegt telefonischen Kontakt mit seiner Mutter (Urk. D1/3/5 S. 6; Prot. II S. 12). Eine berufliche Wiedereingliederung in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] wird grundsätzlich mit denselben Schwierigkeiten verbunden sein wie eine solche in der Schweiz. Da in der Schweiz keine berufliche Eingliederung stattgefunden hat, er jedoch in seinem Heimatland bereits über berufliche Erfahrung verfügt, ist es dem Beschuldigten möglich, in seinem Heimatland wieder beruflich Fuss zu fassen.

4.4. Gemäss Auszug aus dem Strafregister weist der Beschuldigte zehn Vorstrafen auf (Urk. 105). Diese Taten ereigneten sich zum Grossteil zu Beginn seines Aufenthaltes in der Schweiz. Jedoch handelt es sich nicht bloss um aufenthalts-

rechtliche Verstösse gegen die hiesige Rechtsordnung, sondern auch Verurteilungen wegen Betrugsversuchs, Diebstahls, Hausfriedensbruchs, Hinderung einer Amtshandlung, sexueller Belästigung und einfacher Körperverletzung. Die letzte Verurteilung vom 22. November 2022 respektive 16. November 2023 betraf sodann Tathandlungen der Jahre 2021 und 2022, worunter u.a. gewerbs- und bandenmässiger Diebstahl sowie gewerbsmässiger (betrügerischer) Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage und Tätlichkeiten und Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz fielen. Zudem ist aktenkundig, dass der Beschuldigte nach Erhalt seiner Aufenthaltsbewilligung mehrfach wegen häuslicher Gewalt auffiel. Insgesamt muss auch mit Blick auf die vorliegend begangenen Delikte festgehalten werden, dass der Beschuldigte augenscheinlich Mühe hat, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten und die hiesigen Gepflogenheiten zu akzeptieren.

4.5. In der Untersuchung führte der Beschuldigte aus, er habe eine chronische Bauchspeicheldrüsenentzündung und eine Art Rheuma. Er bekomme hier Spritzen, welche tausend Franken pro Woche kosten würden. Diese könne er sich in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] nicht leisten, was ihn zum Invaliden machen würde (Urk. D1/3/5 S. 5). Daraus ergibt sich, dass die vom Beschuldigten allenfalls benötigten Medikamente in F. \_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] erhältlich sind. Dass ohne Medikamente ein lebensbedrohlicher Zustand eintreten würde, wurde nicht geltend gemacht. Zudem hat der Beschuldigte bis heute nicht belegt, dass er die erwähnten Krankheiten tatsächlich hat und auf entsprechende ärztliche Versorgung angewiesen sei. Gemäss Bericht des Migrationsamtes sind keinerlei gesundheitliche Einschränkungen bekannt. Auch die im Jahre 2021 geleisteten Unterstützungsbeiträge der Sozialhilfe sprechen gegen wöchentliche Gesundheitskosten von Fr. 1'000.– (Urk. 29). Zudem führte der Beschuldigte anlässlich seiner Verhaftung am 21. Mai 2022 aus, er befinde sich weder in ärztlicher noch in psychiatrischer Behandlung (Urk. D1/7/1). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte er einzig geltend, im Gefängnis 30 Milligramm Sevre-Long (Heroin-Ersatz) und ein Antidepressivum zu sich zu nehmen. Ein Alkoholproblem habe er nur vor seiner Inhaftierung gehabt, eine Behandlung wegen Suchtproblemen nie (Prot. II S. 15 f.). Der gesundheitliche Zustand des Beschuldigten schliesst damit eine Landesverweisung nicht aus.

5. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Beschuldigte weder in der Schweiz geboren oder aufgewachsen noch hierzulande beruflich oder familiär besonders stark verwurzelt ist. Weiter kam es zu wiederholten Vorfällen häuslicher Gewalt, was zur Zerrüttung der (ersten) Ehe beigetragen haben dürfte. Demgegenüber erscheint eine Rückkehr in sein Heimatland, wo diverse Familienangehörige leben, unter sämtlichen Gesichtspunkten zumutbar.

6. Es liegt demnach kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor. Eine Interessenabwägung zwischen dem privaten Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz und dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz erübrigt sich damit. Eine solche würde aufgrund der Begehung einer Katalogtat (versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB) und der damit offenbarten Gefährlichkeit indessen ohnehin nicht zu Gunsten des Beschuldigten ausfallen. Das öffentliche Interesse an einer Ausweisung eines vorbestraften Beschuldigten, welcher sich der versuchten schweren Körperverletzung und des Diebstahls schuldig gemacht hat, ist hoch. Dies zeigt sich auch daran, dass vorliegend eine Zusatzstrafe von 32 Monaten Freiheitsstrafe auszufallen ist. Seine persönlichen Interessen könnten die öffentlichen Interessen daher bei weitem nicht überwiegen. Da der Beschuldigte sodann kein Staatsangehöriger eines EU-Staates ist und auch in keinem Mitgliedsstaat über ein Aufenthaltsrecht verfügt, erübrigt sich auch die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen. Es ist daher eine obligatorische Landesverweisung auszusprechen.

7. Gefolgt werden kann der Vorinstanz auch dahingehend, dass die Dauer der Landesverweisung in einem adäquaten Verhältnis zur Dauer der ausgefallenen Freiheitsstrafe stehen soll (BGE 123 IV 107 E. 3; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_549/2019 vom 29. Mai 2019 E. 3). In Anbetracht der auszufällenden Freiheitsstrafe und dem gerade noch leichten Verschulden erscheint die von der Vorinstanz festgelegte Dauer der Landesverweisung von 8 Jahren als angemessen, wobei hinsichtlich deren Vollzug und mit Blick auf die bereits mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 16. November 2023 (Ge-

schäfts-Nr. SB230250) rechtskräftig ausgesprochene 7-jährige Landesverweisung das Absorptionsprinzip zu beachten sein wird (vgl. BGE 146 IV 311 E. 3.7).

8. Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem korrekt dargelegt. Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden (Urk. 69 S. 64). Auf Basis dieser Grundlagen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass vorliegend die Voraussetzungen für eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem gegeben seien, da F.\_\_\_\_\_ [Staat in Nordafrika] kein Mitgliedsstaat des Schengen-Übereinkommens sei, der Beschuldigte in keinem anderen Mitgliedsstaat über ein Aufenthaltsrecht verfüge und die vorliegende Verurteilung wegen einer Straftat erfolge, die eine Höchststrafe von mehr als 1 Jahr vorsehe. Diese Ansicht ist zu teilen. Angesichts der vom Beschuldigten begangenen versuchten schweren Körperverletzung und des damit verbundenen Strafmasses besteht keinerlei Zweifel, dass der Beschuldigte eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung darstellt (BGE 146 IV 172 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1102/2020 vom 20. Mai 2021 E. 3.5). Es ist daher die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem anzuordnen.

## **VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'600.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG).

2. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen.

3.

3.1. Die amtliche Verteidigung macht für ihre Aufwendungen und Barauslagen im Berufungsverfahren Fr. 7'200.65 geltend (Urk. 101). Das geltend gemachte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und er-

weist sich als im Grundsatz angemessen. Da die mit 4 Stunden in Rechnung gestellte, auf 08.15 Uhr angesetzte Berufungsverhandlung (Urk. 101 S. 3) indes lediglich 3.25 Stunden dauerte (Prot. II S. 4 i.V.m. 33), ist ein entsprechender Abzug von 0.75 Stunden (Fr. 165.– zzgl. 8,1 % MwSt.) zu machen. Mithin ist der amtliche Verteidiger mit einem Honorar von pauschal Fr. 7'000.– (inkl. 7,7 % resp. 8,1 % MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

3.2. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt eine Rückforderung beim Beschuldigten gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 1. Februar 2023 bezüglich der Dispositivziffern 1 al. 2 (Schuldpruch betreffend Diebstahl) und 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

#### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte **A. \_\_\_\_\_** ist ferner schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 104 Tage durch Haft erstanden sind, als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. November 2022.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB für 8 Jahre des Landes verwiesen.

5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
6. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'600.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 7'000.– 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 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
9. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
  - das Migrationsamt des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

10. 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 I. 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, 5. Juni 2024

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Tresch