



Geschäfts-Nr. SE100016/U/eh

I. Strafkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Vorsitzender, lic. iur. R. Naef
und Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie die juristische
Sekretärin lic. iur. N. Burri

Urteil vom 25. November 2010

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. C. Kasper,
Anklägerin

sowie

Geschädigter gemäss Anklageschrift

gegen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,

Angeklagte

- 1 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____
- 2 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung etc.**

Anklage:

(Urk. 41)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 1. Juni 2010 ist diesem Urteil beigeheftet.

Anträge:

a) der Vertreterin der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(Urk. 61 S. 2)

1. Die Angeklagten seien im Sinne der Anklage für schuldig zu sprechen.
2. Der Angeklagte A._____ sei mit einer Freiheitsstrafe von 4 ¼ Jahren, unter Anrechnung der erstandenen Haft, zu bestrafen.
3. Der Angeklagte B._____ sei mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren, unter Anrechnung der erstandenen Haft, zu bestrafen.
4. In Bezug auf A._____ sei eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB anzuordnen.
5. In Bezug auf B._____ sei eine Massnahme für junge Erwachsene im Sinne von Art. 61 StGB anzuordnen.
6. Das mit Beschlagnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 11. März 2010 beschlagnahmte Stahlrohr sei freizugeben und der Eigentümerin C._____ herauszugeben. Das mit Beschlagnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. März 2009 beschlagnahmte Mobiltelefon Sony Ericsson sei einzuziehen und zu vernichten.
7. Kostenaufgabe.

b) der Vertreterin des Geschädigten:

(Urk. 62 S. 1)

1. Die Angeklagten A._____ und B._____ seien antragsgemäss schuldig zu sprechen und hierfür angemessen zu bestrafen.
2. Weiter seien beide Angeklagten unter solidarischer Haftung zu verpflichten, dem Geschädigten Fr. 1'056.– Schadenersatz sowie Fr. 20'000.– Genugtuung zu bezahlen.

Dies unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

c) des Verteidigers des Angeklagten A._____ :

(Urk. 65 S. 1, Prot. S. 45)

1. Schuldigsprechung im Sinne der Anklage.
2. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten.
3. Vollzug von 12 Monaten Freiheitsstrafe unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft.
4. Gewährung des bedingten Strafvollzugs für die verbleibenden 12 Monate unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit.
5. Anordnung einer Bewährungshilfe während der Probezeit.
6. Anerkennung der Zivilforderungen des Opfers im Grundsatz.
7. Kostenaufgabe, definitive Abschreibung infolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit.
8. Einziehungsfolgen gemäss Anträgen der Staatsanwaltschaft.

d) des Verteidigers des Angeklagten B._____ :

(Urk. 67 S. 1 f.)

1. Der Angeklagte sei schuldig zu sprechen der Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 StGB gegenüber dem Geschädigten D._____.

Eventualiter sei der Angeklagte schuldig zu sprechen der versuchten einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.

2. Der Angeklagte sei freizusprechen vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.

3. Das Urteil bzw. zumindest die Festlegung des Strafmasses seien auszusetzen bis zum Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich im Verfahren Nr. AC100017 bzw. dem Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes im Verfahren Nr. 6B_755/2010 und alsdann eine Zusatzstrafe auszufällen.

Eventualiter sei der Angeklagte zu bestrafen mit einer Busse von Fr. 3'000.-. Im Eventualfall gemäss vorstehend Ziff. 1 Abs. 2 sei der Angeklagte zu einer unbedingten Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB in der Höhe von 4 Monaten zu bestrafen.

4. Die Zivilansprüche des Geschädigten D._____ seien abzuweisen.
5. Die erstandene Überhaft von 13 Monaten sei an die Strafe im Verfahren Nr. SE100006 des Obergerichtes des Kantons Zürich anzurechnen. Eventualiter sei der Angeklagte für die erstandene Überhaft angemessen zu entschädigen.

6. Die Kosten des Verfahrens seien zu einem Viertel dem Angeklagten aufzuerlegen, zu drei Vierteln zulasten des Staates. Die dem Angeklagten auferlegten Kosten seien zufolge Uneinbringlichkeit definitiv abzuschreiben bzw. mit einer Entschädigung im Sinne von Ziff. 5 vorstehend zu verrechnen.

Das Gericht erwägt:

1. Verfahrensgang und Prozessuales

1.1. Am 1. Juni 2010 erhob die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich bei der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich die heute zu beurteilende Anklage (Urk. 41). Sie beantragt darin, die beiden Angeklagten A._____ (Angeklagter 1) und B._____ (Angeklagter 2) seien der versuchten schweren Körperverletzung, begangen in Mittäterschaft, zu verurteilen. A._____ sei weiter der einfachen Körperverletzung und des Hausfriedensbruchs schuldig zu sprechen und zu bestrafen.

1.2. Über den untersuchungsrichterlichen Verfahrensgang gibt der Bericht über die Untersuchungsergebnisse der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 6. Mai 2010 Auskunft (Urk. 37).

1.3. Mit Verfügung vom 2. Juni 2010 eröffnete die Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Anklagezulassungsverfahren (Urk. 42). Mit Schreiben vom 9. Juni 2010 liess der Angeklagte A._____ erklären, dass er keine Einwendungen gegen die Anklage erhebe, dass er sowohl den eingeklagten Sachverhalt als auch dessen rechtliche Würdigung anerkenne und er die Beurteilung des eingeklagten Sachverhalts durch das Obergericht wünsche (Urk. 45). Mit Datum vom 22. Juni 2010 erklärte der Angeklagte B._____, dass gegen die Anklage grundsätzlich keine Mängel erhoben würden. Er bestreite auch nicht, sich an der Auseinandersetzung zwischen A._____ und dem Geschädigten beteiligt zu haben. Er bestreite jedoch den Vorwurf der Anklägerin, dass er versucht haben solle, den Geschädigten schwer zu verletzen und dabei eine schwere Verletzung des Geschädigten in Kauf genommen habe. Ebenfalls werde die rechtliche Würdigung bestritten. B._____ erklärte gestützt auf § 198a Ziff. 3 lit. c StPO, dass er zur Beurteilung der Anklage das Obergericht des Kantons Zürich wähle (Urk. 50). Mit Beschluss vom 5. Juli 2010 überwies die

Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich A._____ gestützt auf § 198a Abs. 1 Ziff. 2 lit. a StPO und B._____ gestützt auf § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. c StPO dem Obergericht des Kantons Zürich zur Beurteilung (Urk. 52).

1.4. A._____ wurde am tt.mm.2009, 22.45 Uhr, verhaftet (Urk. 25/2) und mit Verfügung des Haftrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juni 2009 wurde er in Untersuchungshaft versetzt (Urk. 25/6). Mit Verfügung vom 15. Juni 2010 der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich wurde über A._____ die Sicherheitshaft angeordnet (Urk. 46). B._____ wurde am 18. Juni 2009 um 10.00 Uhr von der Polizei verhaftet (Urk. 26/3) und mit Verfügung des Haftrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Juni 2009 wurde über ihn die Untersuchungshaft angeordnet (Urk. 26./8). Gegen die Anordnung der Untersuchungshaft erhob B._____ Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht, welche Beschwerde mit Urteil des Bundesgerichts, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 5. November 2009, abgewiesen wurde (Urk. 26/12 und 26/19). Mit Verfügung der Anklagekammer des Obergericht des Kantons Zürich vom 15. Juni 2010 wurde über B._____ die Sicherheitshaft angeordnet (Urk. 46).

1.5. Am 25. November 2010 fand die Hauptverhandlung statt, zu welcher die zuständige Staatsanwältin als Vertreterin der Anklagebehörde, die beiden Angeklagten mit ihren amtlichen Verteidigern und die Vertreterin des Geschädigten erschienen (Prot. S. 2). Anlässlich der Hauptverhandlung stellten die Parteivertreter die eingangs erwähnten Anträge.

2. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

2.1. Anklageziffer I., Einfache Körperverletzung

2.1.1. A._____ wird gemäss Anklageschrift Ziffer I. S. 3 zusammengefasst vorgeworfen, am tt.mm.2009, zirka 22.45 Uhr, in der Nähe des E1._____ [Bahnhof in Stadt F._____] bei der E._____ [Platz] vor dem Zebrastreifen in F._____ in

Mittäterschaft mit G._____ und G1._____ (beide separate Verfahren) dem Geschädigten von vorne zweimal mit der rechten Faust auf dessen Mund geschlagen zu haben, während der Geschädigte von G._____ von hinten an den Armen festgehalten worden sei. Dabei habe der Geschädigte eine Hirnerschütterung, den Verlust von zwei Zähnen, eine Rissquetschwunde an der Unterlippe und eine Prellung des Ellenbogens rechts erlitten, wobei jeder Beteiligte von den Schlägen des anderen gewusst bzw. diese zumindest in Kauf genommen habe und A._____ gewusst habe, dass die genannten Verletzungen entstehen können, was er denn auch gewollt bzw. zumindest in Kauf genommen habe.

2.1.2. Der Anklagesachverhalt stützt sich hinsichtlich des Tatgeschehens im Wesentlichen auf die Aussagen des Geschädigten (Urk. 12/9) sowie der Zeugen H1._____ (Urk. 13/29), H2._____ (Urk. 13/31) und H3._____ (Urk. 13/34). Der Angeklagte A._____, welcher im Rahmen der Untersuchung wiederholt befragt wurde (vgl. Urk. 9/2, 9/3, 9/12, 9/13), anerkannte letztlich in der Schlusseinvernahme vom 24. März 2010 den eingeklagten Sachverhalt (Anklageziffer I. betreffend einfache Körperverletzung) vollumfänglich (Urk. 9/15 S. 9f.). Mit Eingabe vom 9. Juni 2010 an die Anklagekammer liess der Angeklagte A._____ durch seinen amtlichen Verteidiger erklären, dass er keine Einwendungen gegen die Anklage erhebe und den eingeklagten Sachverhalt anerkenne (Urk. 45). Auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung anerkannte er den eingeklagten Sachverhalt (Prot. S. 29; Urk. 65 S. 1). Das Geständnis deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis und stimmt insbesondere auch mit den Aussagen des Geschädigten und der Zeugen H1._____, H2._____ und H3._____, welche den Tatvorgang aus nächster Nähe beobachteten, überein.

Der Anklagesachverhalt Ziffer I. ist demnach rechtsgenügend erstellt.

Der rechtlichen Würdigung der Anklagebehörde ist zuzustimmen. Die durch den Angriff des Angeklagten A._____ bewirkten Verletzungen beim Geschädigten sind als einfache Körperverletzungen im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu qualifizieren.

2.2. Anklageziffer II., versuchte schwere Körperverletzung

2.2.1. Unter Anklageziffer II. wirft die Anklagebehörde den Angeklagten A. _____ und B. _____ zusammengefasst vor, gewaltsam gegen den Geschädigten vorgegangen zu sein, wobei die beiden Angeklagten von den gewaltsamen Handlungen des anderen gewusst und diese auch gewollt hätten, bzw. zumindest in Kauf genommen und gewusst hätten, dass durch deren Handlungen schwere oder lebensgefährliche Verletzungen des Geschädigten resultieren könnten bzw. diese zumindest in Kauf genommen hätten. Das gewaltsame Vorgehen sei wie folgt abgelaufen:

A. _____ sei dem Geschädigten (nach dem Vorfall gemäss Anklageziffer I.) in den E1. _____ nachgerannt und habe in der Nähe des Restaurants ... den Geschädigten eingeholt, diesen an dessen Genick bzw. Haaren festgehalten und versucht, zu Boden zu reissen, währenddem der ebenfalls herbeigeeilte Angeklagte B. _____ noch in der rennenden Bewegung mit Schwung mit dem rechten Fuss bewusst und gewollt gegen den Kopf bzw. Halsbereich des Geschädigten getreten habe, wobei er den Geschädigten verfehlt habe. A. _____ habe den Geschädigten weiterhin festgehalten und in Richtung Boden gedrückt, während B. _____ mit seinem rechten Fuss versucht habe den halb am Boden liegenden Geschädigten halb auf Kopfhöhe gegen den Kopf- bzw. Gesichtsbereich zu treten. In der Folge habe B. _____ den auf dem Boden liegenden Geschädigten mit der rechten Hand am rechten Fuss und mit der linken Hand am rechten Wadenbein gepackt, währenddem A. _____ ein sich neben ihm befindliches 4.7 Kilogramm schweres und etwa 1.02 Meter langes Eisenrohr behändigt habe, dieses mit beiden Händen etwa auf Gesichtshöhe gehoben und alsdann mit hoher Geschwindigkeit bewusst und gewollt in Richtung Kopf bzw. Nacken des Geschädigten geschlagen habe, wobei er diesen verfehlt habe. Dabei sei B. _____ dem Eisenrohr ausgewichen und habe den rechten Fuss und die rechte Wade des Geschädigten losgelassen. Darauf habe A. _____ die Eisenstange erneut etwa auf Kopfhöhe hochgehoben und damit bewusst und gewollt in Richtung Nacken des Geschädigten geschlagen, wobei er diesen erneut verfehlt habe. Währenddessen habe B. _____ ver-

sucht, mit dem rechten Fuss in Richtung Gesicht/Kopf des Geschädigten zu treten. Schliesslich hätten unbeteiligte Passanten eingegriffen und die beiden Angeklagten festgehalten, so dass der Geschädigte habe flüchten können.

2.2.2. Die Anklagebehörde stützt ihren Vorwurf im Wesentlichen auf die Videoaufzeichnung der Überwachungszentrale des E1.____ (Urk. 15/4) sowie die 3-D Rekonstruktion des Unfalltechnischen Dienstes der Stadtpolizei F.____ (Urk. 19/2) und die Biomechanische Beurteilung des I.____ (Urk. 19/5). Weiter liegen die Aussagen der beiden Angeklagten A.____ und B.____ vor.

2.2.3. Der Geschädigte erklärte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 28. August 2009, dass er nach der Auseinandersetzung mit dem Angeklagten A.____ (Anklageziffer I.) in die Haupthalle des E1.____ gerannt sei. Wie er schlussendlich zur Polizei gekommen sei, wisse er nicht mehr (Urk. 12/9 S. 4). An die Auseinandersetzung in der Bahnhofshalle könne er sich nicht erinnern (Urk. 12/9 S. 7). Er könne sich erst wieder ab jenem Zeitpunkt erinnern, als er im Polizeiposten gewesen sei (Urk. 12/9 S. 4). Zur Erstellung des Sachverhalts können demnach die Aussagen des Geschädigten nichts beitragen.

2.2.4. Der Angeklagte A.____ wurde zu diesem Anklagevorwurf in der Untersuchung mehrfach befragt und er anerkannte schliesslich in der Schlusseinvernahme vom 24. März 2010 den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt. Er fügte jedoch an, was seinen Bruder (B.____) betreffe, mache er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch (Urk. 9/15 S. 9f.). Mit Eingabe vom 9. Juni 2010 liess der Angeklagte A.____ durch seinen Verteidiger erklären, dass er den eingeklagten Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung anerkenne (Urk. 45). Auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung erklärte sich A.____ geständig und anerkannte die rechtliche Würdigung der Anklagebehörde (Prot. S. 29; Urk. 65 S. 1f.).

2.2.5. Auch der Angeklagte B.____ wurde zu diesem Anklagevorwurf in der Untersuchung mehrfach befragt (vgl. Urk. 10/2, 10/3, 10/12 und 10/15). Anlässlich der Schlusseinvernahme vom 30. April 2010 erklärte B.____ zum Anklagevorwurf, es sei ein bisschen viel gelogen und zum Vorhalt, dass dies in Mit-

täterschaft mit A._____ erfolgt sei, erklärte er "nein" (Urk. 10/15 S. 9f.). Mit Schreiben vom 22. Juni 2010 liess der Angeklagte B._____ durch seinen Verteidiger erklären, dass er nicht bestreite, sich an der Auseinandersetzung zwischen seinem Bruder (A._____) und dem Geschädigten beteiligt zu haben. Er bestreite jedoch den Vorwurf, dass er versucht haben soll, den Geschädigten schwer zu verletzen und dabei eine schwere Verletzung des Geschädigten in Kauf genommen habe (Urk. 50).

2.2.6. Soweit der Angeklagte B._____ den ihm vorgeworfenen Sachverhalt nicht anerkennt, ist dieser aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen. Im Folgenden sind daher vorweg die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung festzuhalten:

Die bestrittenen Sachverhalte sind aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen. Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist (Urteile des Bundesgerichts 1P.587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2. und 1P.437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.2. f.; Pra 2002 S. 4 f. Nr. 2 und S. 957 f. Nr. 180; BGE 127 I 40, 120 Ia 31 E. 2b). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesgemäss einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel/Genf/München 2005, Rz 11 ff. zu § 54). Dabei beruht die nötige richterliche Überzeugung nicht auf äusseren, sondern alleine auf der inneren Autorität eines Beweismittels, bestehend in dessen zwingend-überzeugender Kraft (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rz 291;

drs. Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St.Gallen 2009, Rz 229).

Die Beweiswürdigungsregel ist verletzt, wenn der Strafrichter an der Schuld des Angeklagten hätte zweifeln müssen (BGE 127 I 41, 124 IV 87 E. 2a). Wenn erhebliche oder nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so abgespielt hat, wie er eingeklagt ist, so ist der Angeklagte nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" freizusprechen (statt vieler: Corboz, "in dubio pro reo", in ZBJV 1993 S. 419 f.). Soweit ein direkter Beweis nicht möglich ist, ist der Nachweis der Tat mit Indizien zu führen, wobei die Gesamtheit der einzelnen Indizien, deren "Mosaik" (Arzt, In dubio contra, in Zeitschrift für Strafrecht 115, S. 197) zu würdigen ist (vgl. dazu auch Pra 2004 Nr. 51 S. 257 Ziff. 1.4; Pra 2002 Nr. 180 S. 962 f. Ziff. 3.4.).

Ein Schuldspruch darf demnach nur dann erfolgen, wenn die Schuld des Angeklagten mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, das heisst Beweise dafür vorliegen, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm zur Last gelegten Straftatbestand verwirklicht hat. Dabei kann nicht verlangt werden, dass die Tatschuld gleichsam mathematisch sicher und unter allen Aspekten unwiderlegbar feststehe (Schmid, a.a.O., Rz 288, S. 96). Es muss genügen, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld des Angeklagten ausgeschlossen werden können. Aufgabe des Richters ist es, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses, zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (§ 284 StPO; ZR 72 Nr. 80; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; Pra 2004 Nr. 51 S. 257 Ziff. 1.4.; BGE 124 IV 88, 120 Ia 31 E. 2c). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss es genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 26. Juni 2003 Nr. 2002/387S E. 2.2.1 samt Hinweisen). Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., Rz 12 zu § 54, und Urteile des Bundes-

gerichtetes 6B_297/2007 vom 4. September 2007 E. 3.4. und 1P.587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2.). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können, hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. Lässt sich ein Sachverhalt nicht mit letzter Gewissheit feststellen, was schon im Wesen menschlichen Erkenntnisvermögens liegt, so hindert dies den Richter nicht, subjektiv mit Gewissheit davon überzeugt zu sein.

Dabei können auch indirekte, mittelbare Beweise, sogenannte Anzeichen oder Indizien, einen für die Beweisführung bedeutsamen Schluss erlauben. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird mithin vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 Rz. 14). Da ein Indiz immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweist, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält daher auch den Zweifel (Hans Walder, Der Indizienbeweis im Strafprozess, ZStrR 108/1991, S. 309, derselbe, Die Beweisführung in Strafsachen, insbesondere der Indizienbeweis, Zürich 1974/75, S. 49). Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (Hauser/ Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 Rz. 15 und Urteil des Bundesgerichtes 6B_297/2007 vom 4. September 2007 E. 3.4.).

Stützt sich die Beweisführung auf die Aussagen von Beteiligten, so sind diese frei zu würdigen. Es ist anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten und den Verhandlungen ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen ankommt, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen. Bei der Würdigung von Aussagen darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdig-

keit von Aussagenden abgestellt werden. Massgebend ist vielmehr die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Gemäss BGE 129 I 49 E.5 hat sich bei der Abklärung des Wahrheitsgehalts von Aussagen die Aussageanalyse weitgehend durchgesetzt. Nach dem empirischen Ausgangspunkt der Aussageanalyse erfordern wahre und falsche Schilderungen unterschiedliche geistige Leistungen. Überprüft wird dabei in erster Linie die Hypothese, ob die aussagende Person unter Berücksichtigung der Umstände, der intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motivlage eine solche Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund machen könnte. Methodisch wird die Prüfung in der Weise vorgenommen, dass das im Rahmen eines hypothesengeleiteten Vorgehens durch Inhaltsanalyse (aussageimmanente Qualitätsmerkmale, so genannte Real-kennzeichen) und Bewertung der Entstehungsgeschichte der Aussage sowie des Aussageverhaltens insgesamt gewonnene Ergebnis auf Fehlerquellen überprüft und die persönliche Kompetenz der aussagenden Person analysiert werden. Bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung ist immer davon auszugehen, dass die Aussage auch nicht realitätsbegründet sein kann. Ergibt die Prüfung, dass diese Unwahrhypothese (Nullhypothese) mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen. Es gilt dann die Alternativhypothese, dass die Aussage wahr sei. Erforderlich ist dafür besonders auch die Analyse der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Aussage (vgl. dazu die im erwähnten BGE angegebene Literatur).

Angesichts der Unschuldsvermutung besteht Beweisbedürftigkeit, das heisst, der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (vgl. dazu Schmid, a.a.O., S. 198, N 599) und nicht der Angeklagte hat seine Unschuld zu beweisen (BGE 127 I 40 und Urteile des Bundesgerichtes 1P.587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2. und 1P.437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.3.; 6S.154/2004 vom 30. November 2005 E. 4).

2.2.7. Wie erwähnt, bestreitet der Angeklagte B._____ versucht zu haben, den Geschädigten schwer zu verletzen und dabei schwere Verletzungen des Geschädigten in Kauf genommen zu haben. Ebenso bestreitet er das Vorgehen in

Mittäterschaft mit A._____. Den äusseren Tatablauf wie er in der Anklage umschrieben ist, wird von B._____ anerkannt.

B._____ führte dazu in der Schlusseinvernahme vom 30. April 2010 aus, wenn man einen Menschen mit Fusstritten, wie in der Anklage umschrieben, gegen den Kopf oder das Gesicht trete, könnten Beulen, Schürfungen, blaue Flecken oder im schlimmsten Fall ein Nasenbeinbruch resultieren. Er ergänzte, dass es aufgrund eines heftigen Fusstritts gegen den Kopf zu einer Gehirnerschütterung kommen könne (Urk. 10/15 S. 3). Auch wenn er den Geschädigten getroffen hätte mit seinem Fusstritt, wäre der Geschädigte nicht schwer verletzt worden. Es sei nicht seine Absicht gewesen den Geschädigten zu verletzen und er habe diesen auch nicht verletzt. Auch habe er keine Lähmung des Geschädigten in Kauf genommen oder dass dieser an der Luftröhre getroffen werde. Seine Absicht sei es gewesen, den Geschädigten und A._____ zu trennen (Urk. 10/15 S. 5). Er habe an jenem Abend flache Turnschuhe getragen. Wenn er den Geschädigten getroffen hätte, hätte er ihn nicht schwer verletzt. Mit Schuhen mit grösseren Flächen könnten geringere Verletzungen entstehen. Was er mit den Tritten gewollt habe, wisse er nicht (Urk. 10/15 S. 6).

Sein Bruder A._____ habe einen Schlüsselbeinbruch gehabt und deswegen eine Vorrichtung tragen müssen. Der Arzt von A._____ habe gesagt, dass dieser nichts heben dürfe. Er habe erst aufgrund des Tons realisiert, dass die Stange aus Stahl gewesen sei, als diese auf den Boden gefallen sei. Wie habe er wissen sollen, dass das Rohr 4 bis 5 Kilogramm gewogen habe, wenn er davon ausgegangen sei, dass sein Bruder nichts tragen könne. Er habe nicht gedacht, dass das Rohr so schwer sei. Es sei für ihn ein Rätsel, wie sein Bruder die Stange habe anheben können (Urk. 10/15 S. 5 und 8).

Er habe den Geschädigten mit dem Fusstritt nicht schwer verletzen wollen, sondern er habe A._____ und den Geschädigten nur trennen wollen. Was er gewollt habe, was er gemacht habe und was heraus gekommen sei, sei alles unterschiedlich (Urk. 10/15 S. 6). Es sei sicher nicht seine Absicht gewesen, dass der Geschädigte hätte sterben oder im Rollstuhl landen können. Auch habe er den

Geschädigten mit der Fusssohle und nicht mit dem Rist oder Fussspitz getroffen (Urk. 10/15 S. 8).

2.2.8. Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte B._____, er habe vom ersten Vorfall vor dem E1._____ zwischen A._____ und dem Geschädigten direkt nichts mitbekommen. G2._____ habe ihn dann gerufen und er habe zu seinem Bruder gewollt, weil sein Bruder zuvor eine Operation an der Schulter gehabt habe und seinen Arm nicht habe belasten dürfen. Es sei dann eine Gruppe von zehn bis zwölf Jugendlichen gewesen und er habe nicht gewusst, wer mit wem etwas habe oder was mache. Als er angekommen sei, sei der Geschädigte weggerannt und sein Bruder hinterher. Weil der Geschädigte als einziger weggerannt sei, habe er gedacht, dieser habe seinem Bruder etwas angetan. In jenem Zeitpunkt habe er nicht gewusst, dass der Geschädigte das Opfer gewesen sei. Nach dem ersten Vorfall sei er hingegangen, um die beiden zu trennen. Im E1._____ habe er diese Absicht nicht mehr gehabt (Prot. S. 39 bis 42).

Auf entsprechende Frage bestätigte B._____, den Geschädigten am Fuss und Wadenbein gehalten zu haben. Warum er das gemacht habe, könne er nicht sagen, um seinen Bruder zu beschützen. Er habe gesehen, wie sein Bruder A._____ mit der Stange geschlagen habe, aber er habe nicht gewusst, dass es sich um eine Eisenstange gehandelt habe. Dies habe er erst gemerkt, als die Stange zu Boden gefallen sei. Er sei nicht zurück gewichen, als A._____ mit der Stange ausgeholt und zugeschlagen habe. Er habe den Geschädigten am Fuss gehalten und als dieser getreten habe, sei er zurück gewichen und nicht wegen der Stange. Er habe gedacht, die Stange sei aus Plastik. Sonst hätte er nie zugelassen, dass A._____ den Geschädigten damit geschlagen hätte. Er frage sich bis heute, wie sein Bruder die Stange nach seiner Operation habe heben können. Er habe seinem Bruder bis zum Tattag hin helfen müssen, sich anzuziehen und der Arzt habe A._____ gesagt, er dürfe nichts Schweres heben (Prot. S. 43f.).

Es sei richtig, dass er den Geschädigten nach dem ersten Schlag weiterhin versucht habe, zu treten. Er habe aber nicht gegen den Kopf treten wollen. Er komme gar nicht so hoch. Er hätte den Geschädigten vermutlich am Schädel getroffen und diesem im schlimmsten Fall das Nasenbein gebrochen. Es sei nicht

wie von der Staatsanwältin behauptet. Er habe auf die Hüfte des Geschädigten gezielt. Auf die Frage, was hätte passieren können, wenn A._____ den Geschädigten mit der Stange getroffen hätte, schwieg er zuerst und auf die Frage, ob er die Ausführungen dazu von seinem Bruder A._____ bestätigen könne, antwortete er, es könne alles möglich sein. Rückwirkend beurteile er den Vorfall als sinnlos. Er habe erst später erfahren, worum es gegangen sei und es hätte nicht so weit kommen müssen. Der Vorfall sehe aber schlimmer aus als er eigentlich sei. Beim ersten Fusstritt sei er fast einen halben Meter entfernt gewesen und er habe den Geschädigten nicht einmal getroffen. Es sei nicht gut zum anschauen, aber es sei noch lange nicht so schlimm, wie es behauptet werde (Prot. 45 bis 47).

2.2.9. Nach der bundesgerichtlichen Umschreibung gilt als Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht; dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass die Tat mit ihm steht oder fällt (BGE 133 IV 76 ff.; BGE 120 IV 265 ff).

Mittäterschaft verlangt in objektiver Hinsicht keine direkte Beteiligung an der Ausführung der konkreten Straftat. Auch die massgebliche Tatherrschaft bzw. Mit-Tatherrschaft begründende Beteiligung an der Entschlussfassung bzw. an der Planung oder Koordination kann genügen (BGE 133 IV 76, 82; 130 IV 58). An spontanen, nicht geplanten Aktionen oder unkoordinierten Straftaten ist Mittäterschaft möglich. Dem einen Täter sind die vom anderen im Rahmen des gemeinsamen Plans verübten Taten auch dann zuzurechnen, wenn er selber im betreffenden Ausführungsstadium nicht mehr Mitinhaber der Tatherrschaft ist, sofern eine enge, zeitliche, räumliche und sachliche Beziehung zwischen den gemeinsam vorgenommenen Tathandlungen und dem eingetroffenen Erfolg zu bejahen ist (BGE 108 IV 92 ff.; BSK StGB II, Marc Forster, N 9 vor Art. 24). Bei Mittäterschaft gibt es demnach keine Beschränkung der Haftung auf die "eigenen" kausalen Tatbeiträge.

In subjektiver Hinsicht setzt Mittäterschaft Vorsatz und einen gemeinsamen Tatentschluss voraus. Der gemeinsame Tatentschluss braucht nicht ausdrücklich zu sein, er kann auch bloss konkludent begründet werden, wobei Eventualvorsatz genügt. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Mittäter an der ursprünglichen Entschlussfassung mitwirkt. Es genügt, dass er sich später - sukzessive (spätestens bis zur Vollendung des Deliktes) - den Vorsatz seines Mittäters zu eigen macht (BGE 130 IV 58 ff.; 125 IV 134 ff., BGE 126 IV 84, 88; BSK StGB I - Forster, vor Art. 24 N 12,).

Mittäterschaft ist damit auch möglich, wenn die konkrete Tat nicht im Voraus geplant und aufgrund eines vorher gefassten gemeinsamen Tatentschlusses ausgeführt wurde. Der Mittäter muss sich dem Tatentschluss in der Weise angeschlossen haben, dass er als Hauptbeteiligter erscheint (BGE 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; BGE 125 IV 134 E. 3a S. 136 mit weiteren Hinweisen). Einerseits ist also das bloss Wollen der Tat zur Begründung von Mittäterschaft nicht ausreichend; andererseits ist für die Qualifizierung von Mittäterschaft nicht erforderlich, dass der Mittäter an der eigentlichen Tatausführung selber beteiligt sei bzw. diese zu beeinflussen vermöge (BGE 118 IV 227 E. 5d/aa S. 230).

2.2.10. Dem Geschehen in der Bahnhofshalle ging die heftige tätliche Auseinandersetzung gemäss Anklageziffer I. zwischen dem Angeklagten A._____ und dem Geschädigten voraus, bei welcher der Geschädigte verletzt wurde. B._____ wusste von dieser Auseinandersetzung und rannte dem Angeklagten A._____ und dem Geschädigten nach, als diese nach der Auseinandersetzung Richtung Bahnhofshalle wegrannten (vgl. Urk. 10/3 S. 3). Auch heute erklärte der Angeklagte B._____, G2._____ sei zu ihm gekommen und habe ihn gerufen, worauf er zu A._____ gewollt und ihm und dem Geschädigten nachgerannt sei. Weil A._____ dem Geschädigten hinterher gerannt sei, sei er davon ausgegangen, dass diese beiden eine Auseinandersetzung miteinander gehabt hätten (Prot. S. 40f.) Der Angeklagte B._____ gab an, er habe A._____ und den Geschädigten nur trennen wollen. Diese Aussage findet jedoch in der Videoaufzeichnung (Urk. 15/4) keine Bestätigung. Anlässlich der Berufungsverhandlung räumte er denn auch ein, im E1._____ habe er nicht mehr die Absicht gehabt, die

beiden zu trennen (Prot. S. 42). Aus der Videoaufzeichnung ist ersichtlich, dass sich B._____ kurz nachdem A._____ den Geschädigten eingeholt und gepackt hatte, dem tätlichen Vorgehen von A._____ gegen den Geschädigten anschloss und diesen vielmehr "unterstützte". Hätte er die beiden trennen wollen, hätte er sich zwischen die beiden gestellt oder einen der beiden Personen vom anderen weggezogen und nicht auf den Geschädigten eingetreten und diesen festgehalten. Zuzustimmen ist, dass der ursprüngliche Tatenschluss von A._____ ausging. Indem B._____ in der im Anklagesachverhalt umschriebenen Weise gegen den Kopf bzw. Halsbereich des Geschädigten zu treten versuchte und diesen in der Folge am Fuss und Wadenbein festhielt, schloss er sich dem gewaltsamen Vorgehen gegen den Geschädigten an und machte sich den bereits bestehenden Vorsatz von A._____ zu eigen. Der Geschädigte wurde jeweils von einem oder beiden Angeklagten festgehalten und mit Fäusten und Fusstritten traktiert, womit von einem massgeblichen Zusammenwirken der beiden Angeklagten auszugehen ist. Der Videoaufzeichnung ist zudem zu entnehmen, dass der Angeklagte A._____ unvermittelt nach der Eisenstange griff und mit dieser in Richtung Kopf bzw. Nacken des Geschädigten schlug. Auf der Aufzeichnung ist weiter ersichtlich, dass B._____ im Moment, als A._____ zur Eisenstange griff, den Körper zu A._____ gerichtet hatte und somit sehen musste, dass dieser die Eisenstange ergriff und damit Richtung Geschädigter schlug. B._____ gab denn auch zu, er habe gesehen dass A._____ die Stange genommen und damit in Richtung des Geschädigten geschlagen habe. Nachdem A._____ das erste Mal mit der Eisenstange in Richtung des Geschädigten geschlagen hatte, traktierte B._____ diesen weiter mit Fusstritten und Faustschlägen. Der Aufzeichnung ist keine Reaktion von B._____ zu entnehmen, dass er A._____ hätte davon abhalten wollen, weiter mit der Stange gegen den Geschädigten zu schlagen oder sich sonst wie in irgendeiner Weise von den Handlungen des Angeklagten A._____ hätte distanzieren wollen. Dieses Verhalten von B._____ ist nicht anders zu deuten als Fortführung des bereits Geschehenen, als Identifikation und Solidarisierung von B._____ mit der Tathandlung von A._____. In der Bewegung von A._____ beim Heben der Stange ist in keiner Weise ersichtlich, dass ihm dies irgendwelche Mühe bereitete, weshalb die Aussagen von B._____, dass er aufgrund der früheren

Verletzung am Schlüsselbein davon ausgegangen sei, dass A._____ keine so schwere Stange heben können, als unglaublich und reine Schutzbehauptung zu deuten sind. Ebenfalls nicht überzeugend ist die Aussage von B._____, dass er erst als die Stange auf den Boden gefallen sei, bemerkt habe, dass diese aus Eisen gewesen sei. B._____ stand in nächster Nähe zu A._____ und war ihm zudem zugewandt und es lässt sich aus dieser Nähe ohne Weiteres erkennen, dass es sich um eine Stange aus Eisen oder ähnlichem Material handelt. Der Angeklagte B._____ bestreitet im Übrigen, dass er den Fuss und die Wade des Geschädigten los gelassen habe, weil er der Eisenstange ausgewichen sei. Er macht geltend, er sei ausgewichen, weil der Geschädigte nach ihm getreten habe (Prot. S. 44). Auf der Videoaufzeichnung ist wie erwähnt zu erkennen, dass B._____ seinen Körper A._____ zugewandt hatte und somit erkennen musste, was dieser machte. Ebenso ist ersichtlich, dass der Geschädigte mit seinem Bein gegen B._____ trat, dass B._____ jedoch erst nach dem Treten und zeitgleich mit dem Schlagen der Stange gegen den Geschädigten rückwärts zurück wich. Das Zurückweichen steht daher eindeutig im Zusammenhang mit dem Zuschlagen mit der Stange durch A._____.

Somit ist das Vorgehen von A._____ und B._____ als Mittäterschaft zu qualifizieren.

2.2.11. Der Angeklagte B._____ bestreitet wie erwähnt weiter, dass er den Geschädigten habe schwer verletzen wollen.

Der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB macht sich – nebst weiterem – schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt (Abs. 1) oder dessen Körper, ein wichtiges Organ oder Glied verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht (Abs. 2).

Art. 122 Abs. 1 StGB setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass eine unmittelbare Lebensgefahr bestanden hat. Es muss ein Zustand herbeigeführt worden sein, in dem sich die „Möglichkeit des Todes dermassen verdichtet, dass sie zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit wurde“. Es genügt deshalb nicht, dass die Möglichkeit des Todes nur in etwelche Nähe rückt (BSK, Strafrecht II, 2.

Auflage, Roth/Berkemeier, Art. 122 StGB N 5 mit Hinweisen auf Literatur und Praxis). Andererseits genügt eine vorübergehende Lebensgefahr von kurzer Dauer, und es ist ohne Bedeutung, ob ärztliche Hilfe rechtzeitig eingreifen konnte oder nicht. Sodann muss die Lebensgefahr durch eine Verletzung entstanden sein (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Auflage, Zürich 2010, N 8 zu Art. 122, S.236). „Körper“ im Sinne von Art. 122 StGB sind Schädel, Thorax und Becken (vgl. Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich / St.Gallen 2008, N 4 zu Art. 122).

2.2.12. Der Biomechanischen Beurteilung der I. _____ von Prof.Dr.med. J. _____, Dr.med. J1. _____ und Dr.sc.techn. J2. _____ vom 4. Februar 2010 (Urk. 19/5) ist zur Frage, welches Verletzungspotential für den Geschädigten bestanden hätte, wenn er im Kopf-, Hals oder Schulterbereich mit der Eisenstange getroffen worden wäre, zu entnehmen, dass Bruchverletzungen des Schädelknochens, Hirnblutungen und eine Hirnschwellung hätten resultieren können, welche jeweils lebensbedrohlich seien. Gegen den Hals geführt, sei davon auszugehen, dass eine Verletzung der Halswirbelsäule, gegebenenfalls mit Verletzung des Rückenmarks, eine Verletzung von Blutgefässen und der Schilddrüse (gut durchblutetes Stoffwechselorgan) und der Luftröhre mit Atemproblemen hätten herbeigeführt werden können. Weiter könne ein Schlag gegen den Hals im Hinblick auf einen pathologischen sog. Karotis-Sinusreflex ein reflektorisches Absinken der Herzfrequenz bewirken. Eine Schlagwirkung könne zu massivem Blutdruckabfall und Herzstillstand führen (Urk. 19/5 S. 3 Ziff. 1.).

Zur Frage des Verletzungspotentials mit einem Fusstritt gegen den Kopf- und Halsbereich wird angeführt, dass dieselbe grundsätzliche Verletzbarkeit wie beim Schlag mit der Metallstange bestehe, wobei ein Schuh weniger hart sei als eine Eisenstange und der Schuh somit nur geeignet sei, die genannten Verletzungen hervorzurufen, wenn der Tritt mit hohem Kraftaufwand, einer eher festen Struktur (Kante, Spitze, Ferse, gespannter Ballen, feste Sohle) getreten werde. Biomechanisch sei weiter relevant, dass die im Vergleich zur Eisenstange deutlich grössere Fläche eines Schuhs, z.B. der Sohle, eine günstigere Kraftverteilung auf der Kopfoberfläche erlaube. Dadurch sinke das Risiko einer knöchernen Ver-

letzung. Andererseits werde dadurch der Kopf, falls dieser nicht z.B. am Boden aufliege, durch den Fusstritt deutlich stärker beschleunigt und gegenüber dem Oberkörper verschoben, wodurch das Risiko beschleunigungsinduzierter Kopfverletzungen steige, weil es zu Drehbeschleunigungen des Gehirnes komme. Gegen den Hals geführt, sei wiederum davon auszugehen, dass bei genügend grosser Krafteinwirkung eine Verletzung der Halswirbelsäule, eine Verletzung von Blutgefässen und der Schilddrüse und der Luftröhre mit Atemproblemen herbeigeführt werden könne (Urk. 19/5 S. 3f. Ziff. 2.).

2.2.13. Eines versuchten Delikts macht sich schuldig, wer, nachdem er mit der Ausführung der Tat begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt, respektive wenn der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht eintritt (Art. 22 Abs. 1 StGB). Zum Tatentschluss, dem auf die Begehung gerichteten Willen, gehört stets der Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt (Basler Kommentar, Strafrecht I, N 2 zu Art. 22 StGB).

Sowohl die Fusstritte von B._____ als auch die Schläge mit der Eisenstange von A._____ in Richtung Kopf- Halsbereich des Geschädigten verfehlten diesen und der Geschädigte erlitt aufgrund dieses Vorfalls gemäss Anklageziffer II. keine Verletzungen. Der objektive Tatbestand der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB wurde demnach nicht erfüllt. Hingegen ist von einem vollendeten Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB auszugehen.

2.2.14. Gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB begeht ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Der direkte Vorsatz verlangt neben dem Wissen um die reale Möglichkeit der Tatbestandserfüllung auch den Willen, den Tatbestand zu verwirklichen. Der Täter muss sich gegen das rechtlich geschützte Gut entscheiden. Dieser Wille ist gegeben, wenn die Verwirklichung des Tatbestandes das eigentliche Handlungsziel des Täters ist oder ihm als eine notwendige Voraussetzung zur Erreichung seines Zieles erscheint. Dasselbe gilt, wenn die Verwirklichung des Tatbestandes für den Täter

eine notwendige Nebenfolge darstellt, mag sie ihm auch gleichgültig oder gar unerwünscht sein. Beim Eventualvorsatz strebt der Täter den Erfolg nicht an, sondern weiss lediglich, dass dieser möglicherweise mit der willentlich vollzogenen Handlung verbunden ist. Die Rechtsprechung bejaht Eventualvorsatz, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. 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. Für den Nachweis des Vorsatzes kann sich der Richter – soweit der Täter nicht geständig ist – regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Nach der Rechtsprechung darf er vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählt die Rechtsprechung unter anderem auch die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die tatsächliche Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Zu den relevanten Umständen können aber auch die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung gehören. Der Schluss, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, darf aber jedenfalls nicht allein aus der Tatsache gezogen werden, dass sich dieser des Risikos der Tatbestandsverwirklichung bewusst war und dennoch handelte. Denn dieses Wissen um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung wird auch bei der bewussten Fahrlässigkeit vorausgesetzt (BGE 130 IV 58 E. 8.2 und E. 8.4, mit Hinweisen).

2.2.15. B._____ führte wie erwähnt mehrfach aus, dass er den Geschädigten nicht schwer habe verletzen wollen. Schlimmstenfalls hätte wegen seines Fusstritts ein Nasenbeinbruch resultieren können. Zu den in der biometrischen Beurteilung genannten Verletzungen hätte es eventuell kommen können, wenn

sowohl er als auch A._____ den Geschädigten auf den Millimeter genau getroffen hätten (vgl. Urk. 10/15 S. 7f.). An der heutigen Berufungsverhandlung räumte er auf die Frage, was hätte passieren können, wenn die Stange den Geschädigten nicht verfehlt hätte ein, " Es kann alles möglich sein" (Prot. S. 46).

2.2.16. Der Verteidiger des Angeklagten B._____ führte zu diesem Anklagevorfall im Wesentlichen an, dass sich der Fuss des Angeklagten B._____ im Zeitpunkt, als er den Geschädigten mit diesem hätte treffen sollen, einen halben Meter vom Geschädigten entfernt befunden habe. B._____ habe den Geschädigten daher unmöglich treffen können. Die Anklagebehörde argumentiere mit Mutmassungen und Möglichkeiten. B._____ sei vor dem Fusstritt in die Luft gesprungen und habe im Zeitpunkt des Fusstritts keinen Bodenkontakt gehabt. Der Oberkörper des Angeklagten sei gegen den Geschädigten gerichtet gewesen und der Angeklagte habe versucht, den Geschädigten mit einem rechtwinklig zur Sprungrichtung, d.h. von rechts nach links, ausgeführten Kick zu treffen. Selbst ein Laie könne sich nun vorstellen, dass ein Schlag, welcher bei gegen vorne gerichtetem Oberkörper rechtwinklig zur Laufrichtung erfolgen solle, fast unmöglich sei. Nicht einmal im asiatischen Kampfsport gebe es einen solchen Angriffsschlag. Der einzige Fusstritt, der rechtwinklig zum gegen vorne gerichteten Oberkörper ausgeführt werde, sei ein Verteidigungs- und Angriffsschlag. Ein solcher Fusstritt könne nicht kraftvoll getätigt werden, wenn er im Sprung ausgeführt werde. Der Angeklagte B._____ verfüge über keinerlei Kampfsporterfahrung, weshalb er in keiner Weise in der Lage gewesen wäre, einen solchen erwähnten Schlag auch nur einigermaßen mit starker Schlagwirkung auszuführen. In der auf dem Video ersichtlichen Position des Angeklagten sei es diesem absolut unmöglich gewesen, einen kräftigen Schlag auszuführen (Urk. 67 S. 5f., Ziff. 7.a).

Weiter beanstandet der Verteidiger des Angeklagten die 3D-Spezialvermessung durch die Stadtpolizei F._____ (Urk. 19/2). Er beanstandet im Wesentlichen, dass der Geschädigte nicht immer im Sichtwinkel der Kamera gewesen sei, dass die Distanzangaben (teilweise) und die Schlagrichtung des Fusses des Angeklagten nicht stimmen würden, sowie dass der Angeklagte den Geschädigten mit der Innenseite und nicht mit dem Fussrist getroffen hätte. Insgesamt sehe das

Arbeitsprotokoll der Spezialvermessung zwar optisch schön aus, gebe jedoch eindeutig nicht die tatsächliche Situation wieder (Urk. 67 S. 7f., Ziff. 7.b).

Den Vorwurf, dass der Fusskick des Angeklagten, hätte er den Geschädigten getroffen, eine schwere Körperverletzung verursacht hätte, verneint der Verteidiger. Mit dem Tritt des Angeklagten hätte keine grosse Krafteinwirkung bewirkt werden können. Zudem hätte er den Geschädigten mit der Innenseite des Fusses getroffen, da seine Zehen gegen oben gerichtet und der Schlag seitlich erfolgt sei. Und der biomechanischen Beurteilung sei zu entnehmen, dass ein Tritt mit einem Turnschuh nur dann geeignet sei, schwere Verletzungen zu bewirken, wenn einerseits mit hohem Kraftaufwand und einer festen Struktur getreten werde. Und dies sei beim Angeklagten nicht der Fall gewesen (Urk. 67 S. 9).

Vorausgesetzt gewesen wäre, dass sich durch das Handeln des Täters die Möglichkeit der vorgeworfenen Verletzung dermassen verdichtete, dass sie zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit geworden wäre. Eine schwerwiegende Verletzung des Geschädigten durch den vorliegenden Fusstritt des Angeklagten sei in casu jedoch unwahrscheinlich und eine lebensgefährliche Verletzung oder gar der Tod des Opfers praktisch ausgeschlossen. Bezüglich der Eisenstange mache das biometrische Gutachten einzelne wenige Ausführungen, die die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer gefährlichen Verletzung betreffen. Mit der Weise, mit welcher der Angeklagte gegen den Geschädigten getreten habe, habe ein solch hoher Kraftaufwand, wie für die Herbeiführung einer schweren Körperverletzung gemäss Gutachten nötig gewesen wäre, nicht erreicht werden können. Das Gutachten schweige sich zur relevanten Frage, ob der Kick des Angeklagten mit hohem oder niedrigem Kraftaufwand ausgeführt und die Schlagwirkung stark oder schwach gewesen sei, aus. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Angeklagte mit seinem Fuss eine schwere Körperverletzung beim Geschädigten bewirken konnte, sei somit als gänzlich ausgeschlossen oder zumindest als absolut minimal zu bezeichnen. Bereits der objektive Tatbestand der schweren Körperverletzung sei daher nicht erfüllt (Urk. 67 S. 11).

Zum Vorwurf des eventualvorsätzlichen Handelns führt der Verteidiger an, der Angeklagte habe auf den Oberkörper des Geschädigten und nicht auf dessen

Kopf gezielt. Selbst wenn er die Absicht gehabt hätte, den Kopf zu treffen, könnte dem Angeklagten nicht unterstellt werden gewusst zu haben, dass ein Fusstritt mit einem Turnschuh gegen den Kopf eines Gegners schwerwiegende Verletzungen nach sich ziehen könnte. Eine schwere Verletzung wäre zudem möglich, wenn der Täter, wie das Beispiel in München zeige, mit voller Kraft auf ein am Boden liegendes Opfer einschlage, dessen Kopf am Boden liege und daher blockiert sei, oder wenn er wiederholt auf ein Opfer einschlage, welches sich nicht mehr wehre. Dies sei im vorliegenden Fall klar nicht gegeben. Auch habe der Angeklagte als Laie nicht wissen können, dass speziell ausgeführte Schläge die im Gutachten genannten Verletzungen hervorrufen können. Selbst wenn der Angeklagte das theoretische Wissen besessen hätte, dass die im Gutachten genannten gefährlichen Verletzungen resultieren könnten, so könne daraus nicht automatisch auch auf das Vorliegen der Willenskomponente geschlossen werden. Dem Angeklagten könne nicht vorgeworfen werden, er habe in Kenntnis einer hohen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts den Schlag trotzdem ausgeführt und damit gleichsam den somit wahrscheinlichen Eintritt der Verletzung in Kauf genommen. Um so mehr, als die Wahrscheinlichkeit für eine schwere Verletzung äusserst gering gewesen sei, habe der Angeklagte auch nicht mit einer solchen Verletzung rechnen müssen. Selbst wenn also der Angeklagte auf den Kopf des Geschädigten gezielt hätte, was nachgewiesenermassen nicht der Fall sei, so liesse sich ein Eventualvorsatz für eine vorsätzliche schweren Körperverletzung durch nichts belegen (Urk. 67 S. 11ff., Ziff. 8).

2.2.17. Der Videoaufzeichnung (Urk. 15/4) ist zu entnehmen, dass der Tritt von B._____ mit Schwung, in der Vorwärtsbewegung und einer gewissen Geschwindigkeit ausgeführt wurde. Zudem weist der Angeklagte B._____ mit einer Körpergrösse von rund 175 Zentimetern (Urk. 26/3) und sportlicher Statur ein gewisses Körpergewicht auf. Das Körpergewicht des Angeklagten und die Energie, welche die Vorwärtsbewegung im Sprung mit sich brach, bewirken eine grosse Krafteinwirkung, welche sich auf den Fusstritt überträgt. Auf dem Video ist, entgegen der Behauptung der Verteidigung, ersichtlich, dass der Angeklagte den Geschädigten mit dem Fussrist getroffen hätte. Die Fussspitze war erst am Schluss des Kicks nach oben gerichtet. Weiter ist auf der Videoaufzeichnung

zu erkennen, dass der Fusstritt des Angeklagten eindeutig auf den Kopf des Geschädigten gerichtet war. An der Stelle, wo der Angeklagte hintrat, befand sich vorher der Kopf des Geschädigten, welcher vorne über gebückt war. Der Angeklagte war bereits hoch gesprungen, als der Angeklagte A._____ den Geschädigten wegzog, womit der Angeklagte B._____ die Richtung seines Kicks nicht mehr ändern konnte. Der Angeklagte sah, bevor er zum Kick ansetzte, dass sich der Geschädigte in gebückter und nicht stehender Haltung befand. Der 3-D Darstellung des Unfalltechnischen Dienstes der Stadtpolizei F._____ des tatbestandlichen Vorfalls ist zu entnehmen, dass der Geschädigte nur durch Zufall dem Fusstritt von B._____ entgangen ist. Der Fusstritt sei eindeutig auf die Hals- und Kopfhöhe des Geschädigten gerichtet gewesen (Urk. 19/2 S. 6). Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte an der genannten 3-D Darstellung zu zweifeln, weshalb auf diese abzustellen ist. Dies auch deshalb, weil sich deren Erkenntnisse auch aufgrund der Videoaufzeichnung nachvollziehen lassen.

Somit ist erstellt, dass der vom Angeklagten ausgeführte Kick gegen den Kopf-, bzw. Halsbereich des Geschädigten geführt war und eine grosse Krafteinwirkung aufwies und somit geeignet war, eine der in der Biomechanischen Beurteilung erwähnten schweren und lebensbedrohlichen Verletzungen herbeizuführen, insbesondere auch, weil der Kopf des Geschädigten nirgends fest auflag und ein Risiko beschleunigungsinduzierter Kopfverletzungen bestand. Dass das Schlagen mit einer 4.7 Kilogramm schweren Eisenstange gegen den Kopf- bzw. Halsbereich lebensgefährliche Verletzungen bewirken kann, ist derart evident, dass es dazu keiner weiteren Ausführungen bedarf.

Es verkennt jeglichem Menschenverstand, dass ein derart heftiger und zielgerichteter, mit Schwung ausgeführter Tritt, wie ihn B._____ gegen den Kopf- bzw. Halsbereich des Geschädigten ausführte, lediglich einfachere Verletzungen wie einen Nasenbeinbruch herbeiführen könnte. Wer mit seinem Eigengewicht im Sprung gegen den Kopf- oder Halsbereich eines Menschen tritt, muss mit der Möglichkeit rechnen, diesen schwer zu verletzen. Eine solche Verletzung liegt erfahrungsgemäss im Bereich des Möglichen. Die Verwirklichung der Gefahr einer solchen Verletzung musste sich B._____ daher aufdrängen, weshalb sein

Handeln als Inkaufnahme einer schweren Verletzung des Geschädigten ausgelegt werden muss. B._____ nahm daher das Risiko, dem Geschädigten schwere oder lebensgefährliche Verletzungen zuzufügen, in Kauf. Ein direkter Wille den Geschädigten derart zu verletzen, kann dem Angeklagten hingegen nicht nachgewiesen werden. In Bezug auf den Fusstritt ist deshalb von eventualvorsätzlichem Handeln des Angeklagten B._____ auszugehen. .

In Bezug auf die Schläge mit der Eisenstange gegen den Geschädigten bedarf es, wie bereits erwähnt, keiner weiteren Erörterung, dass dadurch schwere und lebensgefährliche Verletzungen beigefügt werden können und B._____ dies auch gewusst haben muss. Dass er davon ausgegangen sei, die Stange sei aus Plastik ist unglaubhaft und als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren. Es ist daher von direkt vorsätzlichem Handeln des Angeklagten B._____ auszugehen. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass jedem Mittäter - in den Grenzen seines (Eventual-)Vorsatzes - die kausalen Tatbeiträge der anderen Mittäter angerechnet werden (Forster in BSK StGB I, a.a.O., N 8 vor Art. 24 StGB). B._____ ist demnach als Mittäter auch das Handeln von A._____ anzurechnen. Wie erwähnt, war bereits das eigene Handeln von B._____ auf das Zufügen oder zumindest in Kauf nehmen schwerer und lebensgefährlicher Verletzungen gerichtet. Ein Vorsatz-Exzess des Mittäters A._____ liegt daher nicht vor.

2.2.18. Die Angeklagten A._____ und B._____ sind demgemäss der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 bis 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, begangen in Mittäterschaft, schuldig zu sprechen.

2.3. Anklageziffer III, Hausfriedensbruch

Dem Angeklagten A._____ wird unter Anklageziffer III. zusammengefasst vorgeworfen, am tt.mm.2009, anlässlich des Vorfalls gemäss Anklageziffer II., gegen das von der C._____ ihm gegenüber am 30. Dezember 2005 ausgesprochenen Hausverbot, von welchem er Kenntnis gehabt habe, verstossen zu haben, indem er ohne Recht das Areal des E1._____ betreten habe.

Der Angeklagte anerkannte diesen Anklagevorwurf vollumfänglich (Prot. S. 39; Urk. 65 S. 1). Das Geständnis deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis, weshalb der Sachverhalt rechtsgenügend erstellt ist. Die rechtliche Würdigung der Anklagebehörde ist zutreffend, weshalb der Angeklagte A._____ des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig zu sprechen ist.

2.4. Fazit

Der Angeklagte A._____ ist der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 bis 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig zu sprechen.

Der Angeklagte B._____ ist der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 bis 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

3. Sanktionen

3.1. Retrospektive Konkurrenz

3.1.1. Der Angeklagte B._____ wurde am 19. Juli 2010 vom Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, wegen schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB und Raufhandel im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB, begangen am 4. November 2007 in Zürich, zu 4 Jahren und 9 Monaten Freiheitsstrafe, abzüglich 395 Tage erstandene Haft, verurteilt. Diesen Entscheid hat der Verurteilte an das Kassationsgericht des Kantons Zürich und ans Bundesgericht weitergezogen. Das Verfahren ist zurzeit beim Kassationsgericht des Kantons Zürich hängig.

Der Verteidiger des Angeklagten B._____ beantragt, das Urteil bzw. zumindest die Festlegung des Strafmasses, sei auszusetzen bis zum Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich bzw. dem Entscheid des Bundesgerichts und alsdann sei eine Zusatzstrafe auszufallen (Urk. 67 S. 1 und 18).

Damit stellt sich die Frage, ob heute eine selbständige Strafe oder eine Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB zur erwähnten Strafe auszufallen ist. Eine Zusatzstrafe ist auszufallen, wenn das vorangegangene Urteil in Rechtskraft erwachsen ist. Ist die Rechtskraft noch nicht eingetreten, ist eine selbständige Strafe auszusprechen (und wird die Rechtsmittelinstanz im früheren Verfahren eine Zusatzstrafe zum jüngeren Verfahren anordnen müssen). Rechtskräftig ist derjenige Entscheid, der nur noch mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann (vgl. zum Ganzen BSK Strafrecht I-Ackermann, 2. Aufl. 2007, Art. 49 N 62 f; Trechsel et. al. Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49 N 13; je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Urteile des Obergerichts werden mit der Ausfällung formell rechtskräftig, da dagegen kein ordentliches Rechtsmittel möglich ist (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl. Zürich 2004, Rz 585).

Nachdem das erwähnte Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts formell rechtskräftig ist, ist heute eine Zusatzstrafe zu diesem Urteil auszusprechen. Gründe, welche ein Aussetzen des Urteils oder des Strafmasses rechtfertigen würden, sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Es ist daher wie erwähnt eine Zusatzstrafe auszufallen.

3.1.2. Gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB bestimmt das Gericht, wenn es eine Tat zu beurteilen hat, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Somit soll das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet werden. Der Täter soll durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, die zeitlich zusammen hätten beurteilt werden können, nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden. Die Zusatzstrafe gleicht dementsprechend die Differenz zwischen der ersten Einsatz- oder Grundstrafe und der hypothetischen Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Richters bei

Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre. Bei der Festsetzung der Zusatzstrafe zu einer Grundstrafe hat sich der Richter vorerst zu fragen, welche Strafe er im Falle einer gleichzeitigen Verurteilung in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB ausgesprochen hätte. Ausgehend von dieser hypothetischen Gesamtbewertung bemisst er anschliessend unter Beachtung der rechtskräftigen Grundstrafe die Zusatzstrafe. Dabei ergibt sich die für die neu zu beurteilende Straftat auszufällende Zusatzstrafe aus der Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe und der Grundstrafe. Bei der Bemessung der gedanklich zu bestimmenden Zusatzstrafe ist der Richter sowohl in Bezug auf die Strafart als auch hinsichtlich der Art des Vollzugs nicht an den rechtskräftigen ersten Entscheid gebunden (BGE 132 IV 102 E. 8.2 und 8.3 mit Hinweisen). Bei der Festsetzung der hypothetischen Gesamtstrafe beachtet der Richter die Bestimmungen zur Strafzumessung im Sinne von Art. 47 StGB.

3.1.3. Der Angeklagte war im Verfahren der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich geständig, in der Nacht vom 4. November 2007 sich in eine Schlägerei eingemischt und dabei mit einem Schraubenzieher auf den Geschädigten eingestochen zu haben. Der Geschädigte erlitt lebensgefährliche Verletzungen im Brustbereich. Das Gericht gelangte zum Schluss, dass sich der Angeklagte der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB sowie des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB schuldig machte. Dabei ging das Gericht in seinem Urteil bei der schweren Körperverletzung von eventualvorsätzlichem Handeln aus und bezeichnete insgesamt das Verschulden als erheblich. Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe waren nicht gegeben. Sanktioniert wurden die Straftaten mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren 9 Monaten (SE080025, Urteil vom 28. April 2009, S. 28 f.; SE100006, Urteil vom 19. Juli 2010, S. 5).

Vorab ist festzuhalten, dass die von der II. Strafkammer beurteilte schwere Körperverletzung verschuldensmässig schwerer wiegt, als die heute zu beurteilende Tat. Dies nur schon deshalb, weil es sich dabei um ein vollendetes Delikt handelt. Darauf wird in den folgenden Ausführungen noch näher einzugehen sein.

3.2. Strafraumen

Schwere Körperverletzung wird – als schwerstes der zur Diskussion stehenden Delikte - mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft (Art. 122 StGB).

Beim Angeklagten B._____ öffnet sich der Strafraumen nach unten, nachdem von einem Versuch auszugehen ist (Art. 22 Abs. 1 und Art. 48a StGB). Die gleiche Strafraumenerweiterung nach unten ergibt sich beim Angeklagten A._____. Da ihm indessen zwei weitere Delikte zur Last zu legen sind, erweitert sich der obere Strafraumen auf 15 Jahre (Art. 49 Abs. 1 StGB).

3.3. Allgemeine Prinzipien

Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten.

Das Bundesgericht hat in neuesten Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte Model vorgegeben (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010; BGE 6B_238/2009 vom 8. März 2010 und BGE 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010, E. 2, je mit Hinweisen). Die Ausführungen des Bundesgerichts werden ergänzt durch weitere Strafzumessungskriterien, auf welche das Bundesgericht nicht näher eingegangen ist, die sich indessen aus der Literatur und der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben.

Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat der Richter dieses Verschulden zu bewerten. Er hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche

verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls bewirken können, das Verschulden als derart gering einzustufen, dass eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens geboten ist. So trifft etwa - neben einer allfällig verminderten Schuldfähigkeit - denjenigen ein geringerer Schuldvorwurf, dem lediglich eventualvorsätzliches Handeln anzulasten ist (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das StGB selbst erwähnt verschiedene Umstände, die das Verschulden reduzieren können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) gehandelt hat. Ein reduziertes Verschulden trifft auch denjenigen, der die Tat durch Unterlassung begeht (Art. 11 Abs. 4 StGB). Zu nennen sind schliesslich die entschuldbare Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) und der entschuldbare Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB), der vermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), der Rücktritt (Art. 23 Abs. 1 StGB) und die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB). In all diesen Fällen liegen Sachverhaltselemente vor, die sich verschuldensmindernd auswirken, was zu einer milderen Strafe führt. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, welche das Tatverschulden erhöhen und namentlich die wegen der reduzierten Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit des Täters geringere Schuld wieder auszugleichen vermögen. Zu erwähnen ist beispielsweise ein verwerfliches Motiv.

Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktsbetrag, Gefährdung/Risiko, Sachschaden etc.), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Straf-

gesetzbuch, 18.A., Zürich 2010, N11 zu Art. 47 StGB samt Zitaten). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (BGE 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1., 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004, E. 1.1.; BGE 122 IV 241 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2.A., Bern 2006, S. 179 N 13; Schweizerisches Strafgesetzbuch, Stefan Trechsel, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008 N 21 zu Art. 47 StGB). Auch die Grösse des Tatbeitrages (bei mehreren Tätern) und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (vgl. Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 69 ff. zu Art. 47 StGB; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008 N 18 ff. zu Art. 47 StGB; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18.A., Zürich 2010, N8 zu Art. 47 StGB samt Zitaten).

In diesem Zusammenhang ist aber auch das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht für die konkrete Strafzumessungsentscheidung innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt werden - weder zu Lasten noch zu Gunsten des Täters. Denn die Tatbestandserfüllung als solche hat sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und ist in ihrer Bedeutung für die Strafmassfindung insoweit verbraucht, sonst würde dem Täter der gleiche Umstand zwei Mal zur Last gelegt oder zu Gute gehalten. Der Richter ist aber nicht gehindert zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist (vgl. dazu Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 77 zu Art. 47 StGB samt Verweisen; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 27 zu Art. 47 StGB).

Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien berücksichtigt.

Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht.

Die so ermittelte Strafe kann dann gegebenenfalls in einem dritten Schritt aufgrund wesentlicher Täterkomponenten (sowie wegen eines allfälligen blossen Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB) verändert werden.

Zu den Täterkomponenten gehört auch das Nachtatverhalten eines Täters. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit vgl. dazu Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 22 zu Art. 47 StGB; Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 105 ff. zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 109 Absatz 2 zu Art. 47 StGB). Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd (Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 107 zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 130 und N 131 zu Art. 47 StGB). Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafreduktion führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorhalt entsprechender Beweise. Die Berücksichtigung von Geständnissen im Rahmen der Strafzumessung beruht hauptsächlich auf zwei Gründen. Zum einen kann das Geständnis (vorbehältlich seiner kritischen Prüfung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung) zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen. Zum andern kann das Opfer bzw. die geschädigte Partei durch die Schuldanerkenntnis des Täters bereits eine gewisse immaterielle Genugtuung erfahren. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich allenfalls aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, weil die Täterschaft ohnehin bereits überführt gewesen wäre. Bei umfangreichen und

prozessentscheidenden Geständnissen kann die Strafreduktion nach der bundesgerichtlichen Praxis hingegen bis zu einem Drittel betragen (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 205). Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, beispielsweise wenn aufgrund des Verhaltens eines Angeklagten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich stellen auch Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue Strafminderungsgründe dar. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine massgebliche Strafreduktion erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu reduzieren. Ausgeschlossen ist eine Strafreduktion, wenn der Angeklagte lediglich einen erstinstanzlichen Schuldspruch akzeptiert und nicht anfechtet (vgl. BGE 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010, E.5.4.).

Mit der neu ins Gesetz aufgenommenen Formulierung (Art. 47 Abs. 1 StGB) wird letztlich die Strafempfindlichkeit eines Täters angesprochen. Es ist unbestritten, dass gewisse Täter vom Strafvollzug besonders hart betroffen sein können, weshalb eine solche besondere Strafempfindlichkeit im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist. Üblicherweise wird dies bereits im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt, wobei sie sich bei genauer Betrachtung nicht auf das Verschulden bezieht, sondern auf das den Täter treffende Mass an Strafe. Das Bundesgericht (BGE 6S.703/1995 vom 26.3.1996) hat ausgeführt, die Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit fielen als strafmindernde Strafzumessungsfaktoren nur in Betracht, wenn Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten seien, wie etwa bei Gehirnverletzten, Schwerkranken, unter Haftpsychosen Leidenden oder Gehörlosen. Es gehe darum, Gleichheit in dem Sinne herzustellen, dass gleiches Verschulden mit einem gleichen Mass an Übelzuführung geahndet werde. Die Schwere dieses Übels könne auch von der persönlichen Situation des Betroffenen abhängen (Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 95 zu Art. 63 aStGB; Wiprächtiger im BSK StGB I, 2. Auflage, Basel 2007, N 117 ff. zu Art. 47 StGB). Das Bundesgericht hatte sich auch mit der Frage der Relevanz der familiären Situation zu befassen. Im bereits zitierten Entscheid vom 26. März 1996 verneinte es eine zu einer Strafreduktion führende Strafempfindlichkeit infolge Verheiratung. Ein langer

Strafvollzug werde zwar den Ehepartner hart treffen, doch sei dies eben eine unmittelbare Auswirkung einer unbedingten Freiheitsstrafe. Im Entscheid 6S.5/2000 vom 21. Februar 2000 berücksichtigte das Bundesgericht dann eine etwas erhöhte Strafempfindlichkeit aus familiären Gründen. Dennoch bleibt festzuhalten, dass die Verbüssung einer langjährigen Freiheitsstrafe zwar für jeden in ein familiäres Umfeld eingebetteten Angeklagten mit einer gewissen Härte verbunden ist, dies als unmittelbar gesetzmässige Folge jeder Sanktion jedoch nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände erheblich strafmindernd berücksichtigt werden darf.

In der Bevölkerung hat es als Normalfall zu gelten, (kriminell) nicht vorbestraft zu sein. Die Vorstrafenlosigkeit ist deshalb neutral zu behandeln, also bei der Strafzumessung nicht zwingend strafmindernd zu berücksichtigen. Dies schliesst nicht aus, sie ausnahmsweise und im Einzelfall in die Gesamtbeurteilung der Täterpersönlichkeit einzubeziehen, was sich allenfalls strafmindernd auswirken kann. Vorausgesetzt ist jedoch, dass die Straffreiheit auf eine aussergewöhnliche Gesetzestreue hinweist. Eine solche darf wegen der Gefahr ungleicher Behandlung nicht leichthin angenommen werden, sondern hat sich auf besondere Umstände zu beschränken. Zu denken ist beispielsweise an den Berufschaffeur, der sich als Ersttäter wegen eines Strassenverkehrsdeliktes strafrechtlich zu verantworten hat, obschon er seit vielen Jahren täglich mit seinem Fahrzeug unterwegs ist (BGE 136 IV 1 E. 2.6.3).

Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre. Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor. Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Straf-

schärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Dabei hat der Richter zu entscheiden, in welchem Umfang er den unteren Rahmen wegen der besonderen Umstände erweitern will. Der vom Gesetzgeber vorgegebene ordentliche Rahmen ermöglicht in aller Regel, für eine einzelne Tat die angemessene Strafe festzulegen. Er versetzt den Richter namentlich in die Lage, die denkbaren Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen. Die verminderte Schuldfähigkeit allein führt deshalb grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten. Dazu bedarf es weiterer ins Gewicht fallender Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermag der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich der Ausgleichsfunktion (auch) des Strafrechts Rechnung zu tragen.

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist vorab der Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen, indem er alle diesbezüglichen strafferhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat er die Strafe zu erhöhen, um die weiteren

Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss er den jeweiligen Umständen Rechnung tragen. Das Kumulationsprinzip, wonach für jedes einzelne Delikt eine Strafe festzusetzen ist und diese Strafen addiert werden, ist somit nicht vorgesehen.

3.4. Umsetzung auf den konkreten Fall

3.4.1. Versuchte schwere Körperverletzung

3.4.1.1. Tatkomponenten

Die **objektive Tatschwere** bemisst sich beim Angeklagten **A._____** zunächst nach den eingesetzten Mitteln. Von Bedeutung ist zunächst, dass A._____ den Geschädigten am Boden derart festhielt, dass es dem Mitangeklagten B._____ möglich wurde, mit dem Fuss gegen den Kopf- resp. Gesichtsbereich zu treten. Dass dieser mit dem Fuss keinen Treffer landen konnte, ist weder A._____ noch B._____, sondern der Gegenwehr des Geschädigten und/oder dem Zufall zu verdanken. Das Handeln beider Angeklagter war in diesem Moment darauf gerichtet, dem am Boden liegenden Geschädigten eine erhebliche Verletzung im Kopfbereich mittels eines Fusstritts zuzufügen. Im Vordergrund steht aber eindeutig das anschliessend von A._____ verwendete Eisenrohr. Dieses entspricht – so wie es verwendet wurde – klar einem „Mordinstrument“, das geeignet ist, einem Menschen schwerste Verletzungen im Kopfbereich zuzufügen. Dies wird durch das Gutachten von Prof.Dr.med. J._____, Dr.med. J1._____ und Dr.sc.techn. J2._____ vom 4. Februar 2010 bestätigt: „Biomechanisch relevant ist, dass die Eisenstange dem Eindruck nach (Videofilm) mit hoher Geschwindigkeit und mit dem äusseren Ende gegen die Person geführt wurde. Allein aus dem hohen Eigengewicht und der Höhe aus der die Stange geführt wird, ergibt sich das Potential für eine hohe Kraftereinleitung. Daraus, dass das äussere Ende gegen die Person geführt wurde, entsteht eine für diese Person ungünstige hohe Kraftereinleitung. Die Stange selbst ist aus Stahl, so dass davon auszugehen ist, dass sie auch beim Auftreffen auf körperfeste Strukturen (Knochen) nicht nachgibt oder bricht (Urk. 19/5 S. 2 f.). Zu den Ausführungen im Gutachten betreffend die Frage der möglichen Verletzungen kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziff. 2.2.12. verwiesen werden. Dies genannten

Feststellungen trafen die Gutachter unter Annahme eines Gewichts der Eisenstange von 4.3 Kg (a.a.O. S. 1), währenddem das wahre Gewicht 4.7 Kg beträgt (Urk. 19/6). Dokumentiert sind ferner zwei Schläge mit der Eisenstange (vgl. Urk. 15/5, S. 23-28). In objektiver Hinsicht muss daher die Tatschwere als schwer qualifiziert werden. Das Tatmittel und die Art und Weise dessen Verwendung waren grundsätzlich geeignet, den Tod des Geschädigten herbeizuführen. Damit hat – objektiv betrachtet - die Einsatzstrafe am oberen Strafraumen zu liegen, denn bei Eintreten des beabsichtigten Erfolgs hätten unweigerlich schwerste Verletzungen resultiert, und es hätte die hohe Wahrscheinlichkeit bestanden, dass die Verletzungen zu einer dauernden gesundheitlichen Beeinträchtigung geführt hätten.

Dem Angeklagte **B.**_____ muss aus objektiver Sicht betrachtet ein erhebliches Tatverschulden zur Last gelegt werden. Betreffend die Ausführungen im genannten Gutachten zur Frage des Verletzungspotentials der Vorgehensweise des Angeklagten B._____ gegen den Geschädigten, ist ebenfalls auf die vorangehenden Ausführungen unter Ziff. 2.2.12. zu verweisen. Die Spezialvermessung der Stadtpolizei F._____ vom 9. Oktober 2009 ergab sodann, „dass das Opfer nur durch Zufall dem Fusstritt B._____s entging, jenem Fusstritt, welcher eindeutig auf den Kopf-/Halsbereich des Opfers ausgerichtet war.“ (Urk. 19/2 S. 6). Dieser im Stile eines Kung-Fu-Kämpfers ausgeführte Fusstritt in Kopfhöhe des Geschädigten (Urk. 15/5 S. 10-12) war für den Angeklagten B._____ indessen nicht genug, versuchte er doch ein weiteres Mal, den am Boden liegenden Geschädigten mit dem Fuss zu treten (a.a.O. S. 19-21). In einer objektiven Sichtweise ergibt sich unter Verweis auf die Ausführungen beim Angeklagten A._____, die in etwas abgeschwächer Form auch für den Angeklagten B._____ gelten, somit eine Einsatzstrafe, welche deutlich über der Hälfte des Strafraumens liegt.

Beim Vorgehen gegen den Geschädigten ist bei beiden Angeklagten eine enorme Gewaltbereitschaft zu erkennen, welche nicht nur eine auf eine Verletzung, sondern eine auf „Vernichtung“ gerichtete Bereitschaft dokumentiert.

Die **subjektive Tatschwere** mindert beim Angeklagten **A.**_____ die objektive Schwere in keiner Weise. Es handelte sich um eine durch nichts zu rechtfertigende, auf schwerste Verletzungen ausgerichtete Handlung. Ein nur ansatzweise

entschuldigendes Motiv ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil liess der Angeklagte A._____ es nicht beim ersten Faustschlag bleiben, der den Geschädigten bereits erheblich verletzt hatte (vgl. Urk. 21/1, 21/3, 21/5 und 21/6), sondern er eilte dem fliehenden Geschädigten über eine nicht unbeträchtliche Strecke nach, um ihn erneut und noch massiver zu attackieren. Es ist auch nicht zu erkennen, dass der Angeklagte aus eigenem Antrieb vom Geschädigten abgelassen hätte. Vielmehr mussten Unbeteiligte einschreiten, um Schlimmeres zu verhindern (vgl. Urk. 15/5 S. 25-39). Nur so gelang es dem Geschädigten, zu entkommen. Es muss dem Angeklagten somit eine enorme kriminelle Energie attestiert werden.

Das subjektive Tatverschulden des Angeklagten **B._____** ist nur um Weniges geringer zu veranschlagen, als jenes seines Bruders A._____. Es gab für den Angeklagten B._____ keinen die Gewaltanwendung rechtfertigenden Anlass, gegen den Geschädigten überhaupt gewalttätig zu werden. Die Nacheile kann nur so verstanden werden, als er aus eigenem Antrieb dem Geschädigten ebenfalls eine Abreibung verpassen wollte, ein dem Bruder zu Hilfe eilen kann ausgeschlossen werden, erwies sich doch jener von Anfang an als der Stärkere, der den Geschädigten im eigentlichen Sinne des Wortes in die Flucht geschlagen hatte (siehe auch Ziff. 2.2.10. hievor). Eine in leichtestem Masse mildere Betrachtungsweise drängt sich nur deshalb auf, weil der Angeklagte B._____ ein geringfügig weniger gefährliches Tatmittel einsetzte als der Angeklagte A._____. Auch er liess aber nicht aus eigenem Antrieb vom Geschädigten ab, sondern musste von Dritten gehindert werden, die Gewalt fortzusetzen. Dem Angeklagten B._____ wohnt eine beinahe vergleichbare kriminelle Energie inne wie seinem Bruder.

Dass es letztlich nur bei einem Versuch zu einer schweren Körperverletzung blieb, haben nicht die Angeklagten zu verantworten, jedoch muss dieser Umstand von Gesetzes wegen zu einer – wenn auch nur leichten – Minderung der Strafe führen (Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 48a StGB).

Eine verminderte Schuldfähigkeit liegt bei beiden Angeklagten nicht vor (Urk. 34/11 S. 34 und Urk. 34/12 S. 31).

Beim Angeklagten B._____ ist zu berücksichtigen, dass ihn Bezug auf den Fusstritt lediglich von eventualvorsätzlichen Handeln auszugehen ist (siehe Ziff. 2.2.17. hievov).

3.4.1.2. hypothetische Einsatzstrafen

In Würdigung der Tatkomponenten erscheint beim Angeklagten **A.**_____ eine hypothetische Einsatzstrafe von sechs Jahren der objektiven und subjektiven Tat schwere angemessen.

Beim Angeklagten **B.**_____ würde im vorliegenden Fall eine hypothetische Einsatzstrafe von dreieinhalb Jahren resultieren. Da eine Zusatzstrafe zum früheren Urteil zu bemessen ist (vorne Ziff. 3.1), ist indessen als Ausgangspunkt jene hypothetische Einsatzstrafe zu Grunde zu legen. Die II. Strafkammer erwog in ihrem Urteil in objektiver Hinsicht, dass sich der Geschädigte einer notfallmässigen Operation habe unterziehen und rund eine Woche habe in Spitalpflege verbleiben müssen. „Der Stich mit dem konkreten Tatwerkzeug hätte durchaus noch gravierendere und bleibende Folgen für die Gesundheit und die weitere Lebensführung des Geschädigten haben können, wenn nicht sogar seinen Tod. Bleibende Schäden scheinen sich indessen nicht abzuzeichnen. Die attestierte Arbeitsunfähigkeit betrug nur – aber immerhin – drei Wochen.“ In subjektiver Hinsicht falle ins Gewicht, „dass der Angeklagte nicht mit der Absicht handelte, dem Geschädigten eine lebensgefährliche Verletzung zuzufügen. Eine solche Verletzung war keineswegs geplant. Die Tat trägt gewisse affektakzentuierte Züge und war jedenfalls nicht von langer Hand vorbereitet. Ein direkter Vorsatz, dem Geschädigten eine lebensgefährliche Verletzung zuzufügen, lässt sich nicht zweifelsfrei erstellen. Zu Gunsten des Angeklagten ist nur von einem Eventualvorsatz auszugehen. Es ist sodann davon auszugehen, dass er einem Kollegen zu Hilfe eilte und diesem einen Rückzug ermöglichen wollte. Insofern kann auch dem Gutachter gefolgt werden, wenn er in entlastendem Sinne von einem gewissen Gruppendruck gesprochen hat (...). Freilich entschuldigt dies die unverhältnismässige, schwere Verletzung nicht, zumal sie im Rahmen eines Raufhandels erfolgte, in den der Angeklagte nicht ahnungslos und überraschend hineingeraten

war. Vielmehr hatte er sich an den Tatort begeben, um dort bei einer allfälligen tätlichen Auseinandersetzung mitzumachen. Insofern ist auch nicht einzusehen, weshalb eine Gewalttat milder beurteilt werden sollte, wenn sie aus einem zusammengewotteten Haufen heraus verübt wird.“ Insgesamt erachtete die II. Strafkammer das Verschulden als erheblich (SE080025, Urteil S. 28 f.). Unter Berücksichtigung des jugendlichen Alters und des Strafschärfungsgrundes der Begehung von zwei Straftaten (weitere strafreduzierende oder strafferhöhende Faktoren sind dem Urteil nicht zu entnehmen) gelangte die II. Strafkammer zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren (a.a.O. S. 30 f.). Nach Rückweisung durch das Bundesgericht, welches die ausgefallte Strafe offenkundig als zu tief erachtete, weil eine Strafreduktion wegen der Vorstrafenlosigkeit und des jugendlichen Alters nicht infrage komme und in der heutigen Zeit ebenfalls Überlegungen zur Generalprävention nötig seien (BGE 6B_584/2009 vom 28. Januar 2010, E. 2), verurteilte die II. Strafkammer den Angeklagten mit Urteil vom 19. Juli 2010 zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten. Dabei wurde auf die Erwägungen des Bundesgerichtes sowie auf die eigenen Erwägungen, soweit sie vom Bundesgericht nicht beanstandet worden waren, verwiesen. Neu wurde berücksichtigt, dass der Angeklagte seit dem vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil Fr. 2'500.- der mit dem Geschädigten vereinbarten Entschädigung (Schadenersatz und Genugtuung) von Fr. 7'000.- bezahlt hat. Für die schwere Körperverletzung erachtete die II. Strafkammer eine Strafe von vier Jahren und sechs Monaten als angemessen (a.a.O. S. 5). Nachdem für die Strafzumessung als Täterkomponente einzig noch die Bezahlung der erwähnten Summe eine reduzierende Rolle spielte, muss angenommen werden, dass die Einsatzstrafe unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatschwere etwas über 4 viereinhalb Jahre liegt. Ausgangspunkt für die heute vorzunehmende Strafzumessung bildet demnach eine theoretische Einsatzstrafe von etwas über viereinhalb Jahren.

3.4.2. einfache Körperverletzung und Hausfriedensbruch

Das objektive und subjektive Tatverschulden des Angeklagten **A._____** in Bezug auf die einfache Körperverletzung wiegt nicht mehr leicht. **A._____** schlug dem

Geschädigten D._____ zweimal von vorne mit der Faust auf den Mund, was eindeutig von einer gewissen Gewaltbereitschaft zeugt. Dabei erlitt der Geschädigte nicht unerhebliche Verletzungen, eine Hirnerschütterung, den Verlust von zwei Zähnen, eine Rissquetschwunde an der Unterlippe und eine Prellung des Ellenbogens rechts. Neben der versuchten schweren Körperverletzung fällt das Verschulden bezüglich der einfachen Körperverletzung allerdings nicht stark ins Gewicht; ebenso das Verschulden im Rahmen des Hausfriedensbruchs.

3.4.3. Unter Einbezug der einfachen Körperverletzung und des Hausfriedensbruchs rechtfertigt sich die Erhöhung der Einsatzstrafe von A._____ auf etwas mehr als sechs Jahre.

3.4.4. Täterkomponenten

3.4.4.1. Der Angeklagte A._____ wuchs gemäss eigenen Angaben (Urk. 36/6, Urk. 34/11 S. 13 f.) bis zu seinem neunten Altersjahr in bescheidenen Verhältnissen in K._____ [im Land L._____] auf. Im Alter von acht oder neun Jahren kam er mit seiner Familie nach M._____. Er hat einen älteren Bruder, zwei jüngere Brüder (darunter B._____) und zwei jüngere Schwestern. Sein Vater ist Hilfskoch, seine Mutter verrichtet gelegentlich Putzarbeiten. Während rund vier bis fünf Monaten lebte die Familie in einem Asylantenheim und während rund einem halben Jahr in einem solchen Heim in F._____. Danach erhielt die Familie eine Wohnung in N._____. Nach acht Jahren, d.h. drei bis vier Jahre vor der Verhaftung des Angeklagten, wechselte die Familie nach N1._____. In N._____ besuchte er die Schule von der dritten oder vierten bis zur sechsten Klasse. Nach einem Jahr Oberstufe in N2._____ musste er im Alter von etwa 15 Jahren die Schule verlassen. Während rund eineinhalb Jahren machte er „nichts“ und lebte in den Tag hinein. Im Alter von 16 Jahren sei er sodann in ein Lehrlingsheim gekommen, wo er habe Schreiner lernen wollen. Da ihm die Lehre nicht gefallen habe, habe er die Ausbildung nach sieben oder acht Monaten, Anfang 2006, abgebrochen. Im Jahre 2007 kam er für rund 13 Monate ins Massnahmenzentrum N3._____, wo er zunächst als Metallbauer arbeitete. Er hatte indessen grosse Schwierigkeiten in der Berufsschule. Ab 2009 hatte der Angeklagte verschiedene Aushilfejobs inne, zuletzt als Lagerist. Anlässlich der heutigen Verhandlung ergänzte der Angeklag-

te, er habe ein gutes Verhältnis zu seinen Eltern und Geschwistern. Seine Familie besuche ihn auch wöchentlich im Gefängnis. Seine Noten in der Primarschule seien mittelmässig gewesen, aber er sei ein anständiger Schüler gewesen. Von der Oberstufenschule sei er wegen eines Nateldiebstahls geflogen. Als Lagerist an seiner letzten Arbeitsstelle habe er zirka Fr. 1'000.-- bis 1'200.-- verdient. Bei der O._____ habe er Schulden im Betrag von etwa Fr. 600.--. In der Zukunft möchte er eine Lehre als Metallbauer machen und Englisch lernen (Prot. S. 7, 8, 14, 15).

Aus dem Leumundsbericht der Kantonspolizei Zürich vom 15. Dezember 2009 (Urk. 35/6) ergibt sich, dass der Angeklagte A._____ vom 30. Juli 2007 bis zum 9. Februar 2008 im Massnahmezentrum N3._____ weilte. In den ersten Monaten war er intern in der Malerei, Schreinerei und in der Kreativabteilung beschäftigt. Nach Auskunft des stellvertretenden Abteilungsleiters sei er nicht sehr arbeits-tüchtig gewesen, habe häufig verschlafen und habe sich nicht für die Arbeit begeistern können. Ende 2007 habe er für zwei Monate in einer externen Malerei schnuppern können. Nach etwa zwei Wochen sei das Schnupper-Verhältnis aber wieder aufgelöst worden, da der Angeklagte ungenügende Leistungen erbracht habe.

Aus den beigezogenen Akten der Jugendanwaltschaft ergeben sich die folgenden Erziehungsverfügungen:

7. Dezember 2004, Diebstahl, 10 Tage Arbeitsleistung,

22. März 2005, geringfügiger Diebstahl, 3 Tage Einschliessung,

22. November 2005, Drohung, 6 Tage unentgeltliche Arbeitsleistung.

Der Vorstrafenbericht weist drei Jugendstrafen auf (Urk. 35/1): Am 1. November 2006 wurde er von der Jugendanwaltschaft Uster wegen Raub und Hausfriedensbruch mit zehn Tagen Einschließung bestraft. Am 8. Februar 2007 ordnete die nämliche Jugendanwaltschaft wegen Hausfriedensbruch und Vergehen gegen das Waffengesetz einen Freiheitsentzug von 10 Tagen an. Diese beiden Strafen wurden widerrufen. Die bedingte Entlassung aus dem Vollzug erfolgte am

13. März 2007, die Probezeit für die Reststrafe von neun Tagen wurde auf sechs Monate festgesetzt. Ferner wurde Bewährungshilfe angeordnet. Schließlich wurde der Angeklagte der am 22. Februar 2008 von der Jugendanwaltschaft See/Oberland wegen Raub, Diebstahl, Tötlichkeiten, falschem Alarm sowie Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen belegt, wobei 240 Tage Untersuchungshaft angerechnet wurden.

Mit Verfügung der Jugendanwaltschaft See/Oberland vom 25. Juli 2007 wurde der Angeklagte in das Massnahmenzentrum N3._____, geschlossene Abteilung, eingewiesen. Mit Verfügung der nämlichen Jugendanwaltschaft vom 26. November 2007 wurde der Angeklagte in Fortsetzung der vorsorglichen Unterbringung am 27. November 2007 in das Gefängnis N4._____ eingewiesen. Dies deshalb, weil er seit seinem Eintritt eine minimale bis gar keine Bereitschaft zeigte, sich auf die Anforderungen der Massnahme – sowohl im Bereich Wohnen/Freizeit wie auch im Bereich Abklärung – einzulassen, um die Chance zur Veränderung seiner Lebensperspektive zu nutzen. Zwischen dem Eintritt am 30. Juli und dem 8. November waren bereits sieben Disziplinarverfügungen notwendig. In zwei Fällen kam es zu bedrohlichem Verhalten. Im Abklärungsbereich hat sich A._____ durch sein destruktives, störendes Verhalten gezeigt. Eine kontinuierliche, zielorientierte Arbeit mit Blick auf einen Ausbildungsplatz war bisher nicht möglich. Nachdem sich die Situation während einigen Tagen beruhigt hatte, kam es inzwischen – trotz intensiver Einzelbetreuung, ständigen Ermahnungen und Unterstützungsangeboten seitens der Mitarbeitenden des Massnahmenzentrums – wieder zu einer massiven Verschlechterung des Verhaltens von A._____ im Bereich Abklärung und Bereich Wohnen/Freizeit. Am 10. Dezember 2007 wurde er in das Massnahmenzentrum zurückgeführt.

Der Strafverfügung vom 22. Februar 2008 ist zu entnehmen, die zivilrechtliche Unterbringung von A._____ im Jugendheim N5._____ und die spätere vorsorgliche Unterbringung durch die Jugendanwaltschaft See/Oberland habe deutlich gezeigt, dass A._____ therapeutisch und erzieherisch nicht zu erreichen sei. Seine Verhaltensmuster seien so gefestigt, dass erzieherische Interventionen an ihm abperlen würden. Dies verhindere, ja verunmögliche erzieherische bzw.

therapeutische Erfolge. Wenn die Anordnung einer jugendstrafrechtlichen Massnahme aber keine positive Veränderung bewirken könne, mache die zwangsweise Anordnung keinen Sinn und es sei davon abzusehen. Da die Anordnung einer Schutzmassnahme oder einer ambulanten oder stationären Therapie bei A. _____ keinen Sinn mache, sei er für sein Fehlverhalten ausschliesslich zu bestrafen.

Die Deliktsbiographie des Angeklagten A. _____ ist erheblich belastet, auch wenn es sich ausschliesslich um Jugendstrafen handelt. Die andauernde Delinquenz, die sich nur etwa ein Jahr nach der Flucht aus dem Massnahmezentrum im Erwachsenenalter mit der heute zu beurteilenden Tat fortsetzte, wirkt sich erheblich strafe erhöhend aus. Dies umso eher, als der Angeklagte auch unter dem Jugendstrafrecht Gewaltdelikte beging. Es muss insgesamt von einer erheblichen Uneinsichtigkeit und Unbelehrbarkeit ausgegangen werden.

Im Gutachten von PD Dr.med. P. _____ vom 14. Januar 2010 (Urk. 34/11) wird eine dissoziale Persönlichkeitsstörung diagnostiziert, die den Lebensgang des Angeklagten seit dem Jugendalter in erheblichem Ausmass beeinflusst habe, die indessen nicht geeignet sei, seine Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht der Taten oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht generell aufzuheben. Bezüglich der ihm vorgeworfenen Straftat am tt.mm.2009 hätten sich in der Gesamtschau keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Angeklagte zum Beispiel durch ein Zusammenspiel seiner persönlichkeitsbedingt erhöhten Impulsivität, seiner Neigung zu aggressiven Überreaktionen und einer leichtgradigen Alkoholisierung nur noch teilweise fähig gewesen wäre, Einsicht in das Unrecht der Taten zu entwickeln oder gemäss dieser Einsicht zu handeln. Aus psychiatrischer Sicht sei daher nicht von einer Verminderung bzw. Aufhebung der Schuldfähigkeit auszugehen. Auch wenn die Schwelle zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit nicht erreicht ist, kann dem zum Tatzeitpunkt 20-jährigen Angeklagten A. _____ die Persönlichkeitsstörung, die offenkundig in engem Zusammenhang mit seiner Herkunft und seinem bisherigen Lebenslauf steht, dennoch strafreduzierend angerechnet werden.

Der Angeklagte A._____ hatte im Tatzeitpunkt eine (rückgerechnete) Blutalkoholkonzentration von 0.87 – 1.74 Gewichtsprozenten (Urk. 23/3). Diese Alkoholisierung führte nicht zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit und kann auch sonst nicht zu einer Strafreduktion führen, wie der Gutachter überzeugend darlegte: Es sei durchaus denkbar, dass die vorbestehende Neigung des Angeklagten, in Konflikten impulsiv-aggressiv überzureagieren durch eine leicht- bis mittelgradige Alkoholisierung akzentuiert werde. Für die Annahme eines solchen und dann auch forensisch relevanten Zusammenwirkens ergebe sich in der Gesamtschau jedoch kein überzeugender Anhaltspunkt: Zwar habe der Angeklagte die Situation als impulsiv ablaufend und für ihn selbst unübersichtlich dargestellt, jedoch liessen Aussagen des Opfers, bzw. aus dem Umfeld des Opfers auf geordnetes und zielgerichtetes Handeln schliessen. So solle der Angeklagte schon zu Beginn der Auseinandersetzung mit dem Geschädigten ein Telefonat geführt haben, um Unterstützung bei der von ihm erwarteten körperlichen Auseinandersetzung anzufordern. Nach mehreren Zeugenaussagen müsse ausserdem davon ausgegangen werden, dass der Angeklagte erst mit der Gewaltanwendung begonnen habe, als Helfer zur Stelle waren. Dies lasse auf eine bewusste und zielgerichtete Handlungsweise rückschliessen, die situative Gegebenheiten berücksichtige, was sich mit einer vorwiegend impulsiven und situationsdeterminierten Handlung nicht in Verbindung bringen lasse. Insgesamt ergebe sich somit abseits der Schilderungen des Expl. kein überzeugendes Argument dafür, dass die Aggressionshandlungen am tt.mm.2009 in direktem Zusammenhang zu einer heftigen affektiven Auslenkung mit psychopathologischen Auffälligkeiten des Angeklagten bzw. einer Alkoholintoxikation gestanden hätte (a.a.O. S. 31 f.). Dem ist nichts beizufügen.

Das Geständnis ist dem Angeklagten in geringem Masse strafreduzierend anzurechnen. Angesichts der Videoaufzeichnung und der Zeugenaussagen blieb kein Raum mehr für ein von allem Anfang an abgelegtes Geständnis, welches die Untersuchung oder das Gerichtsverfahren hätte erleichtern können. Eine besondere Kooperationsbereitschaft des Angeklagten A._____, welche sich erleichternd oder beschleunigend auf das Verfahren ausgewirkt hätte, liegt nicht vor. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass entgegen der Verteidigung des

Angeklagten A._____ das Beschleunigungsverbot in keiner Weise verletzt wurde. Auch aufgrund der verschiedenen Varianten in den Aussagen des Angeklagten während der Untersuchung hat dieser die Verfahrensdauer mit zu verantworten. Die Verfahrensdauer ist daher bei der Strafzumessung nicht zu berücksichtigen. An der Hauptverhandlung liess der Angeklagte eine gewisse Reue und Einsicht erkennen (Prot. S. 51f.), was ihm anzurechnen ist.

Eine besondere Strafempfindlichkeit ist beim Angeklagten A._____ nicht zu ersehen.

In einer Abwägung der strafe erhöhenden und der strafreduzierenden Faktoren kann zu Gunsten des Angeklagten angenommen werden, dass letztere etwas überwiegen. Dies hat zur Folge, dass die theoretische Einsatzstrafe in geringem Masse zu reduzieren ist. Angemessen erscheint eine Strafe von 5 3/4 Jahren.

3.4.4.2. Zum Lebenslauf des Angeklagten B._____ kann zunächst auf die Ausführungen bei A._____ verwiesen werden. Die beiden Brüder wuchsen gemeinsam auf. Ferner ergibt sich aus den Akten das folgende Bild (Urk. 34/12 S. 11 ff., Urk. 36/6):

Nach Besuch der Primarschule von der vierten bis zur sechsten Klasse besuchte der Angeklagte B._____ während drei Jahren die Oberschule sowie anschliessend ein zehntes Schuljahr als Berufsschuljahr. Danach wurde er in einer Schreineri angelehrt. Eine Lehrstelle fand er nicht, er war von 2007 bis 2008 arbeitslos. Nach der Entlassung aus der Haft im Dezember 2008 begann er eine Anstellung bei Q._____. Er leistete Überstunden und wird vom Arbeitgeber als „sehr zuverlässig, einsatzfreudig, stark belastbar“ beschrieben, sein Verhalten gegenüber Kollegen und Kunden sei „sehr freundlich und korrekt“ gewesen.

Dem Leumundsbericht der Kantonspolizei Zürich vom 15. Dezember 2009 (Urk. 36/7) können die folgenden Angaben entnommen werden: Die Asylkoordinatorin R._____ zeichnet ein eher ungünstiges Bild des Angeklagten. Er lasse sich von niemandem etwas sagen, komme seinen Pflichten nicht nach und halte Ter-

mine nicht ein. Er habe sich in der Schweiz nie integrieren können. Ihrer Meinung nach gebe es für ihn nur eine Lösung: er müsse zurück in sein Heimatland, er werde sich hier nie integrieren und seine kriminelle Laufbahn werde weitergehen. Dem entgegengesetzt meinte die Asylkoordinatorin R1._____, der Angeklagte sei sehr zielstrebig, habe ein grosses Durchhaltevermögen und zeige bei Q._____ ein Engagement. Er sei ein überlegter Mensch und gehe Probleme ruhig an.

Vorstrafen sind im Vorstrafenbericht nicht verzeichnet (Urk. 36/1). Hinzuweisen ist indessen auf die bereits erwähnte Verurteilung durch die II. Strafkammer des Obergerichts vom 28. April 2009. In jenem Verfahren befand er sich bis zum 3. Dezember 2008 in Haft (Urk. 36/8 S. 31). Dass der Angeklagte nur gerade ein halbes Jahr später wieder in ähnlichem Umfange delinquierte, ist in hohem Masse straf erhöhend zu gewichten. Ganz offenkundig liess er sich durch jenes Verfahren nicht im Geringsten beeindrucken.

Der Gutachter PD Dr.med. P._____ führte in seinem Gutachten vom 12. Januar 2010 (Urk. 34/12) aus, angesichts der fehlenden psychopathologischen Auffälligkeiten im Vorfeld des Deliktes und im Tatzeitraum und vor dem Hintergrund der weitgehend unauffälligen eigenen Untersuchungsbefunde im Dezember 2009 sei er, ähnlich wie der zuvor begutachtende Kollege Dr. P2._____ der Ansicht, dass beim Angeklagten B._____ keine krankheitswertige oder erhebliche psychische Störung vorliege. Es zeige sich auch keine Abhängigkeits- oder Missbrauchsproblematik. Der Angeklagte zeige zwar Merkmale einer dissozialen Persönlichkeitsstörung [WHO 1994] in Form einer geringen Frustrationsstoleranz, einer niedrigen Schwelle für aggressives Verhalten, fehlendem Schuldbewusstsein, einer Unfähigkeit, aus negativer Erfahrung, insbesondere Bestrafung, zu lernen und einer deutlichen Neigung, andere zu beschuldigen oder plausible Rationalisierungen anzubieten für das Verhalten, durch das er in Konflikt mit der Gesellschaft geraten sei. Diese Eigenschaften seien jedoch nicht deutlich ausgeprägt. Sie imponierten nicht als charakteristische und dauerhafte innere Erfahrungs- und Verhaltensmuster des Angeklagten, die deutlich von kulturell erwartenden und akzeptierten Vorgaben abwichen und seine Kognition, Affektivität, Impulskontrolle und die Art des Umgangs mit anderen dauerhaft nachteilig beein-

flussten. Daher könne allenfalls von einer dissozialen Persönlichkeitsakzentuierung die Rede sein. Somit steht das vorgeworfene Delikt nicht in Zusammenhang mit einer psychischen Störung. Es kann auch nicht als Ausdruck einer heftigen affektiven Erregung mit Verlust der Situationskontrolle und Einbussen der Steuerungsfähigkeit gewertet werden. Der Angeklagte habe sich vor der Tat nicht in einer angespannten und aggressiv getönten Verfassung befunden. Die nachfolgende Auseinandersetzung mit dem Geschädigten habe der Angeklagte aktiv, zielgerichtet und zusammen mit seinem Bruder auch arbeitsteilig gestaltet. Hierzu habe er, um in Kontakt mit dem Opfer zu kommen, eine längere Wegstrecke zurücklegen müssen. Ausserdem sei er vom Opfer der Auseinandersetzung, das ihm völlig unbekannt war, nicht provoziert worden. Insgesamt könne daher nur von einer voll erhaltenen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden. Bezüglich der Motivation seiner Aggressionshandlung habe der Angeklagte angegeben, dass er seinem Bruder habe helfen wollen. Insofern ähnelte die aktuelle Konstellation der im November 2007 im S._____ beobachtbaren Ausgangslage. Auch hier wolle der Angeklagte versucht haben, einer Person aus seinem persönlichen Nahbereich zu helfen. Diese Angabe müssten nicht unbedingt falsch sein. Festzuhalten bleibe jedoch, dass der Angeklagte bei solchen Handlungen nicht darum bemüht sei, die Situation zu entspannen. Vielmehr beteilige er sich aktiv an der aggressiven Eskalation der Ereignisse. Hier scheine eine Tendenz zu impulsiven, aggressiven Überreaktion eine Rolle zu spielen, die der Angeklagte für sich durchaus wahrnehmen und beschreiben könne. Gerade deshalb habe er in den Vormonaten versucht, sich von Gefährdungssituationen fernzuhalten, indem er z.B. an den Wochenenden gearbeitet habe. Ausserdem könne der Angeklagte gut beschreiben, dass er im Arbeitskontext durchaus in der Lage sei, auf Provokation angemessen zu reagieren, während es ihm im Beisein seiner Freunde weniger gut gelinge. Es gehe hier also auch um das Aufrechterhalten eines Bildes vom kräftigen, durchsetzungsbereiten Mann, der sich vor Freunden nichts gefallen lasse bzw. auch gefallen lassen könne. Festzuhalten bleibe, dass der Angeklagte dazu neige, in konflikthaften Auseinandersetzungen gewalttätig zu reagieren. Er belasse es auch nicht bei einer kurzen und zielgerichteten Gewaltanwendung, sondern tendiere dazu, situativ überzureagieren und

neige dann auch zu massiver Gewaltanwendung. Aus diesen überzeugenden Befunden kann zu Gunsten des Angeklagten hinsichtlich Strafzumessung eine geringfügige Strafreduktion auf Grund der dissozialen Persönlichkeitsakzentuierung abgeleitet werden.

Wie bereits im Gutachten erwähnt, war der Angeklagte zur Zeit der Tatbegehung weder alkoholisiert (Urk. 24/1) noch stand er unter Drogen (Urk. 24/2).

Das Teilgeständnis ist dem Angeklagten in geringem Masse strafreduzierend anzurechnen. Angesichts der Videoaufzeichnung und der Zeugenaussagen blieb kein Raum mehr für ein von allem Anfang an abgelegtes Geständnis, welches die Untersuchung oder das Gerichtsverfahren hätte erleichtern können. Eine besondere Kooperationsbereitschaft des Angeklagten B._____, welche sich erleichternd oder beschleunigend auf das Verfahren ausgewirkt hätte, liegt nicht vor. An der Hauptverhandlung liess der Angeklagte B._____ im Rahmen seines Schlusswortes nur eine geringe Reue und Einsicht erkennen, sondern stellte sich vielmehr selber als Opfer dar. Er werde in der Schweiz diskriminierend und ungerecht behandelt. Als er 12 oder 13 Jahre alt gewesen sei, seien er und sein älterer Bruder von erwachsenen Schweizern zusammengeschlagen und verletzt worden. Diese hätten nicht ins Gefängnis gemusst und nur gerade Fr. 300.-- Busse bezahlen müssen. Sein Fall sei nicht halb so schlimm, und er sitze schon seit 17 Monaten im Gefängnis. Immerhin räumte er ein, dass es ihm leid tue, was dem Geschädigten passiert sei, aber er könne es nicht rückgängig machen (Prot. S. 52f.).

Eine besondere Strafempfindlichkeit ist beim Angeklagten B._____ nicht zu ersehen.

In einer Abwägung der strafe erhöhenden und der strafreduzierenden Faktoren ist festzuhalten, dass erstere deutlich überwiegen. Dies hat zur Folge, dass die theoretische Einsatzstrafe entsprechend zu erhöhen ist. Angemessen erscheint unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips eine (Zusatz-)Strafe von 3 1/2 Jahren.

3.4.5. Zusammenfassung

Der Angeklagte **A.**_____ ist mit 5 3/4 Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen. Er befindet sich seit dem tt.mm.2009, 22.45 Uhr, in Haft (Urk. 25/2). Anzurechnen sind somit insgesamt 526 Tage erstandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 51 StGB).

Der Angeklagte **B.**_____ ist mit 3 1/2 Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen, als Zusatzstrafe zum Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. April 2009. Er befindet sich seit dem 18. Juni 2009, 10.00 Uhr, in Haft. Anzurechnen sind somit insgesamt 526 Tage erstandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 51 StGB).

3.5. Massnahmen

3.5.1. A._____

Im erwähnten Gutachten (Urk. 34/11 S. 29 ff.) führt PD Dr.med. P._____ aus, insgesamt seien beim Angeklagten die Kriterien für die Diagnose einer dissozialen Persönlichkeitsstörung [WHO 1994] in vollem Umfang erfüllt: Er zeigt 1) ein herzloses Unbeteiligtsein gegenüber den Gefühlen anderer, 2) eine deutliche und andauernde verantwortungslose Haltung und Missachtung sozialer Normen, Regeln und Verpflichtungen, 3) eine Unfähigkeit zur Aufrechterhaltung dauerhafter Beziehungen, obwohl keine Schwierigkeit besteht, diese einzugehen, 4) eine sehr geringe Frustrationstoleranz und niedrige Schwelle für aggressives, einschliesslich gewalttätiges Verhalten, 5) ein fehlendes Schuldbewusstsein bzw. eine Unfähigkeit, aus negativer Erfahrung, insbesondere Bestrafung, zu lernen und 6) eine deutliche Neigung dazu, andere zu beschuldigen oder plausible Rationalisierungen anzubieten für das Verhalten, durch das er in einem Konflikt mit der Gesellschaft geraten ist. Diese Symptomatik hat von der frühen

Adoleszenz des Angeklagten an seine biographische Entwicklung und 1) seine Wahrnehmung und Interpretation von Menschen und Ereignissen, 2) die Variationsbreite, Intensität und Angemessenheit der emotionalen Ansprechbarkeit und Reaktionen, 3) die Impulskontrolle und Bedürfnisbefriedigung und 4) die Art des Umgangs mit anderen und die Handhabung zwischenmenschlicher Beziehungen entscheidend geprägt bzw. problematisch ausgestaltet. Sie lässt sich schon ins Jugendalter zurückverfolgen, wo sie als Störung des Sozialverhaltens imponierte. Daher muss trotz des noch jungen Alters des Angeklagten und seiner im Kontakt imponierenden Unreife von einer delinquenzbegünstigenden Persönlichkeitsartung des Angeklagten ausgegangen werden. Die Situation wird zusätzlich dadurch akzentuiert, dass der Angeklagte auch Merkmale der „psychopathy“ sensu Hare [2003] aufweist: Er zeigt einen oberflächlichen Charme, einen übersteigerten Selbstwert, einen ausgeprägten Erlebnishunger, einen Mangel an Reue und Schuld, eine schwache Verhaltenskontrolle, promiskues Sexualverhalten, Impulsivität, Verantwortungslosigkeit und ein Unvermögen, Verantwortung für eigene Handlungen zu übernehmen. Ausserdem hat er sich schon als Jugendlicher kriminelle Handlungen zuschulden kommen lassen und zeigt dabei ein polytropes Deliktprofil mit wiederholter Übertretung von Bewährungs- bzw. Behandlungsaufgaben. Der Angeklagte erreicht einen PCLWert von 30 und muss daher als „psychopath“ sensu Hare gelten. Aufgrund dieser Befunde muss der Angeklagte als kriminalprognostische Risikopersonlichkeit mit einer stabilen Neigung dazu, selbstsüchtig, manipulativ und gewalttätig zu handeln, bezeichnet werden. In Kombination mit der ausführlich beschriebenen dissozialen Persönlichkeitsstörung und den bestehenden Merkmalen einer „psychopathy“ ergibt die mangelnde Bereitschaft des Angeklagten, sich in Konflikten konstruktiv und lösungsorientiert zu verhalten, Anlass für erhebliche kriminalprognostische Bedenken: Hierbei kommt zunächst einmal zum Tragen, dass der Angeklagte einer Altersgruppe angehört, für die ein hohes Risiko zur Rückfälligkeit bei Gewaltdelinquenz besteht. Die Rückfälligkeit wird ausserdem durch die Anzahl der Vorstrafen mitgestaltet, weshalb die Tatsache, dass der Angeklagte bereits dreimal verurteilt wurde und insbesondere die Tatsache, dass es einmal zu einem Widerruf einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe kam, negativ ins Gewicht fällt. Ausserdem

kommen die schulischen Probleme und die Vorgeschichte mit Gewaltdelikten negativ zum Tragen. Bei Anwendung des Violent Risk Appraisal Guides (VRAG) gruppiert sich der Angeklagte in eine Hochrisikogruppe für Gewaltdelikte ein. Er erreicht auf dieser Skala 22 Punkte und wird daher der Risikokategorie 8 von 9 zugeordnet, die mit einer Rückfälligkeit von 76% im Siebenjahres-Intervall und 82% im Zehn-Jahres-Intervall vergesellschaftet ist. Die Untersuchung des Angeklagten hat nur wenige Gesichtspunkte zu Tage gefördert, die das hohe statistische Rückfallrisiko abschwächen könnten: 1) kann der Angeklagte im persönlichen Kontakt, wie auch die Asylkoordinatorin der Familie Frau R1._____ beschrieben hat, durchaus charmant und sympathisch auftreten. Diese Haltung ist jedoch brüchig und kann rasch ins Gegenteil umschlagen. 2) hat sich der Angeklagte nach eigenen Angaben in den Vormonaten um eine regelmässige Arbeit bemüht und diese auch ohne Schwierigkeiten absolviert. Diesbezüglich kamen die polizeilichen Ermittlungen jedoch nicht zu einem konkreten Ergebnis. Ein Arbeitgeber konnte nicht ausfindig gemacht werden, aktuelle Referenzen liegen daher nicht vor. Daher kann auch dieses Argument nicht überzeugen. 3) besteht nach seinen eigenen Angaben eine zeitliche Latenz von über zwei Jahren zwischen den Vordelikten und dem aktuell vorgeworfenen Aggressionsdelikt, was als Ausdruck von Reifungsprozessen gewertet werden kann. Diese Prozesse sind zurzeit allerdings keinesfalls befriedigend abgeschlossen. Insbesondere besteht weiterhin kein durchgreifendes Bewusstsein für die Problematik eigenen Verhaltens und keine tragfähige Veränderungsbereitschaft. Dies ist angesichts der ausgeprägt unkritisch-unreifen Grundhaltung des Angeklagten auch in näherer Zukunft nicht zu erwarten. Die in Ansätzen erkennbaren Reifungsprozesse lassen jedoch einen vorsichtigen Optimismus bezüglich der prinzipiellen therapeutischen Erreichbarkeit des Angeklagten zu. Zum Jahreswechsel 2007/2008 war diese Erreichbarkeit, wie die fehlgeschlagene Massnahme in N3._____ unter Beweis gestellt hat, nicht gegeben. Der Gutachter ist auch nicht der Meinung, dass eine erneute Massnahme in einer Einrichtung für junge Erwachsene zielführend sein kann. Der Angeklagte fällt zwar in den Altersbereich, für den diese Massnahme gedacht ist. Er ist für eine erneute Massnahme in der Massnahmeeinrichtung N3._____ jedoch nicht motiviert. Im Vordergrund des zur Behandlung anstehen-

den Bildes steht auch weniger die Persönlichkeitsunreife als vielmehr die dissoziale Persönlichkeitsstörung. Die Persönlichkeitsproblematik des Angeklagten ist durch vorwiegend soziotherapeutische Massnahmen auch nicht zu behandeln. Wenn man sich angesichts der dissozialen Persönlichkeitsproblematik und des erheblichen Rückfallrisikos für therapeutische Interventionen entschliessen will, kommt aus Sicht des Gutachters lediglich eine intensive psychotherapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB in Frage, wie sie in der Anstalt N6. _____ durchgeführt wird. Die Erfolgsaussichten einer solchen Intervention werden vom Gutachter durchaus skeptisch beurteilt, denn der Angeklagte weist keine Einsicht in die Persönlichkeitsproblematik auf und ist aktuell auch nicht therapiemotiviert. Dies begrenzt die Möglichkeiten der erforderlichen handlungsorientierten und hoch strukturierten Behandlungsansätze, die zwar deutlich effektiver als traditionelle psychotherapeutische Verfahren sind, aber die Rückfallkriminalität im Vergleich zu Kontrollen lediglich um ca. 40% reduzieren können [Müller-Isberner et al. 2003]. Angesichts des massiven Gefährdungspotentials des gerade 20jährigen Angeklagten sollte jedoch zumindest der Versuch unternommen werden, die persönlichkeitsbedingt bestehende Gefahr weiterer Gewaltstraftaten zu minimieren. Durch die Haft oder über ambulante Massnahmen wäre dieses Ziel angesichts der von Jugend an bestehenden Auffälligkeiten und der Schwere der dissozialen Persönlichkeitsstörung nicht zu erreichen.

Mit dem Gutachter ist zunächst festzuhalten, dass eine Massnahme für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) nicht in Frage kommt. Der Angeklagte hat im jugendrechtlichen Verfahren hinreichend dokumentiert, dass eine solche Massnahme undurchführbar ist. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (Ziff. 3.4.2.1. S. 44f.).

Eine stationäre therapeutische Massnahme zur Behandlung psychischer Störungen ist anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, wenn ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert und wenn die Voraussetzungen von Art. 59 StGB erfüllt sind (Art. 56 Abs. 1 StGB). Die Massnahme setzt voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters

im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist (Art. 56 Abs. 2 StGB). Nach Art. 59 StGB ist für die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme erforderlich, dass der Täter psychisch schwer gestört ist. Nach der Rechtsprechung genügt hierfür nicht jede geistige Anomalie im sehr weiten medizinischen Sinne. Einzig psychopathologische Zustände von einer gewissen Ausprägung bzw. relativ schwerwiegende Arten und Formen geistiger Erkrankungen im medizinischen Sinne vermögen diesen Anforderungen zu genügen und können als geistige Abnormität im rechtlichen Sinne von Art. 59 qualifiziert werden. Neben dem Erfordernis der schweren psychischen Störung setzt die Anordnung einer stationären Behandlung gemäss Art. 59 StGB voraus, dass der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht (lit. a), und dass zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (lit. b). Es muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass sich durch die Behandlung die Gefahr weiterer Straftaten deutlich verringern lässt. Die bloss vage Möglichkeit einer Verringerung der Gefahr reicht nicht aus. Gemäss Art. 56 Abs. 3 StGB muss sich das Gericht bei seiner Entscheidung über die Anordnung einer stationären Massnahme zur Behandlung psychischer Störungen nach Art. 59 StGB auf eine sachverständige Begutachtung stützen, die sich über die Notwendigkeit und die Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters (lit. a), die Art und die Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten b) und die Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme äussert (BGE 6B_681/2010 vom 7. Oktober 2010, E. 3.2 ff, mit Hinweisen).

Es muss stets eine Anomalie vorliegen, die von einigem Krankheitswert ist. Erfasst werden insbesondere auch Täter mit einer tief greifenden Persönlichkeitsstörung. Eine klinische Abgrenzung zwischen einer Persönlichkeitsakzentuierung und einer Persönlichkeitsauffälligkeit, die bereits als pathologisch bezeichnet werden muss, ist nicht leicht vorzunehmen. Von einer Persönlichkeitsstörung spricht man, wenn eine Persönlichkeitsstruktur durch eine starke Ausprägung bestimmter Merkmale so akzentuiert ist, dass sich hieraus ernsthafte Leidenszustände oder/und Konflikte ergeben. Die Abweichungen vom gesunden Seelen-

leben bestehen weniger in den Merkmalen an sich, als in deren Prägnanz und Dominanz. Die psychiatrische Diagnose ist entsprechend unscharf. Die Zuordnung zu einem juristischen Krankheitsbegriff ist darüber hinaus sehr schwierig, stellt geradezu eine Gratwanderung dar (BSK Strafrecht I-Heer, 2. Aufl. 2007, Art. 59 N 8 ff.).

Vorliegend sind indessen auf Grund der überzeugenden Darlegungen des Gutachters die Voraussetzungen von 56 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 1 StGB allesamt erfüllt.

Die Persönlichkeitsstörung hat eine Schwere, die einer psychisch schweren Störung im Sinne des Gesetzes gleichkommt, die Anlasstat ist ein Verbrechen, welches nach den Darlegungen des Gutachters mit der psychischen Störung zusammenhängt, und gemäss Schlussfolgerungen des Gutachters ist die dissoziale Persönlichkeitsstörung prinzipiell mit psychotherapeutischen Mitteln angebar.

Allerdings äussert der Gutachter Bedenken, zur Durchführbarkeit einer solchen Massnahme, zeige doch der Angeklagte zurzeit wenig Einsicht und Kritik- bzw. Problembewusstsein, was die Behandlungsaussichten begrenze. Der Angeklagte sei nicht terapiemotiviert. Angesichts des massiven Gefährdungspotentials des gerade 20jährigen Angeklagten sollte jedoch zumindest der Versuch unternommen werden, die persönlichkeitsbedingt bestehende Gefahr weiterer Gewalttaten zu minimieren. Durch die Haft oder über ambulante Massnahmen wäre dieses Ziel angesichts der von Jugend an bestehenden Auffälligkeiten und der Schwere der dissozialen Persönlichkeitsstörung nicht zu erreichen (Urk. 34/11 S. 33 ff.). Der Angeklagte lehnte in der Untersuchung die vorgeschlagene Massnahme kategorisch ab. Er sei auf keinen Fall bereit, sich einer solchen Massnahme zu unterziehen, er sei der Ansicht, er brauche keine. Auf Vorhalt der untersuchenden Staatsanwältin, wenn er keine Massnahme wolle, so bleibe er weiterhin in Haft, antwortete der Angeklagte: „Dann bleibe ich halt in Haft.“ (Urk. 9/13 S. 3).

Zu einer persönlichen Stellungnahme aufgefordert, antwortete der Angeklagte, er sei im Jahr 2007, als er ins Massnahmenzentrum N3._____ gekommen sei, von Anfang an dagegen gewesen und habe den Rausschmiss provoziert. Am 9. Februar 2008, nach etwa sieben Monaten Aufenthalt, sei er dann entwichen. Zum Gutachten von PD Dr.med. P._____ führte er aus, gewisse Punkte seien eine Frechheit. In den sieben Monaten in N3._____ habe es zwei Psychiater gehabt, welche ihn betreut hätten und keiner von diesen habe ihm eine Persönlichkeitsstörung attestiert. Bei PD Dr.med. P._____ sei er drei Stunden gewesen und dieser sage nun, er habe eine Persönlichkeitsstörung. Das sei eine Frechheit. Er sei nicht der Meinung, dass er eine Persönlichkeitsstörung habe. Auch sehe er bei sich keine Rückfallgefahr für Gewalttaten. Er sei nach wie vor nicht bereit, sich einer Massnahme zu unterziehen (Prot. S. 12f.und 17f.).

Eine stationäre Behandlung verlangt vom Betroffenen ein Mindestmass an Kooperationsbereitschaft. An die Therapiewilligkeit dürfen im Zeitpunkt des richterlichen Entscheides aber nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden, zumal es aufgrund der psychischen Erkrankung an der Fähigkeit fehlen kann, die Notwendigkeit und das Wesen einer Behandlung abzuschätzen. Es genügt, wenn der Betroffene wenigstens motivierbar ist. Das Gesetz misst der Behandlungsbereitschaft des Täters denn auch allein bei der stationären Suchtbehandlung (Art. 60 Abs. 2 StGB), nicht aber bei der Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB), besondere Bedeutung zu. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass es aufgrund der psychischen Erkrankung durchaus an der Fähigkeit fehlen kann, die Notwendigkeit und das Wesen einer Behandlung abzuschätzen. Mangelnde Einsicht gehört denn auch bei schweren, langdauernden Störungen häufig zum typischen Krankheitsbild. Ein erstes Therapieziel wird daher regelmässig darin bestehen, Einsicht und Therapiewilligkeit zu schaffen, was gerade im Rahmen stationärer Behandlungen auch Aussicht auf Erfolg hat. Dass die Motivation für eine Behandlung beim Betroffenen nicht klar vorhanden ist, spricht aber nicht gegen ihre Anordnung. Es genügt, wenn er wenigstens motivierbar ist (BGE 6B_681/2010 vom 7. Oktober 2010, E. 4.3; BGE 6B_373/2010 vom 13. Juli 2010, E. 5.5, je mit Hinweisen). Andererseits darf ein Minimum an Willen erwartet werden, sich einer Therapie zu unterziehen und diese nicht von vornherein

kategorisch abzulehnen (BSK Strafrecht I-Heer, 2. Aufl. 2007 Art. 59 N 80; BGE 128 IV 241, E. 4.3.3 mit Verweis auf BGE 6S_69/2002 vom 7. Mai 2002).

Der Angeklagte A._____ stellt sich klar und kategorisch gegen eine Massnahme und zeigt auch keinerlei Krankheitseinsicht. Anzeichen dafür, A._____ für eine Therapie motivieren zu können, sind keine vorhanden ebenso nicht einmal das Minimum an Willen, sich einer Behandlung zu unterziehen. Das für die Anordnung einer stationären Massnahmen geforderte Mindestmass an Kooperationsbereitschaft liegt beim Angeklagten A._____ nicht vor, weshalb von der Anordnung einer stationären Massnahme abzusehen ist.

Eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB kommt aus den gleichen Gründen nicht in Frage. Weigert sich ein Betroffener, sich einer stationären Therapie zu unterziehen, so ist auch nicht zu erwarten, dass er sich auf eine ambulante Behandlung einlassen wird. Dies ist im vorliegenden Fall umso eher anzunehmen, als ein Aufschub der Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme (Art. 63 Abs. 2 StGB) ausser Betracht fällt, die Massnahme also während des Vollzugs der Strafe durchzuführen wäre.

3.5.2. B._____

Der Gutachter PD Dr.med. P._____ gelangt zum Schluss (Urk. 34/12 S. 29 ff.), der Angeklagte B._____ weise dissoziale Persönlichkeitsmerkmale auf, die jedoch nicht die Diagnose einer dissozialen Persönlichkeitsstörung rechtfertigten. Er leide somit nicht an einer in der ICD-10-Klassifikation psychischer Störungen [WHO, 1994] definierten psychischen Störung. Sodann wird Folgendes ausgeführt: Bezüglich der Kriminalprognose ist günstig zu erwähnen, dass der Angeklagte zumindest in Ansätzen eine Einsicht in diese Problematik entwickelt hat. Er hat dieser Einsicht im Zeitraum zwischen Haftentlassung und dem erneuten Delikt auch Rechnung getragen. Jedoch macht das Delikt aus Juni 2009, also gerade einmal sechs Monate nach der Haftentlassung, deutlich, dass die Einsicht nicht so stabil ist, dass der Angeklagte sie in konflikthaft angespannten Situationen berücksichtigen könnte. Vielmehr neigt er, wie viele junge Gewaltstraftäter, dazu, aus der Situation heraus impulsiv vorzugehen, wobei sich diese Neigung auch

durch die aktuell bestehende weitgehende Alkoholabstinenz nicht deutlich abgeschwächt hat. Prognostisch bedenklich ist weiterhin, dass Herr B._____ einer Altersgruppe (18 bis 24 Jahre) angehört, für die besonders hohe Rückfallraten betreffs Körperverletzungsdelikten beschrieben werden. Ausserdem gruppiert er sich im SORAG in die Risikokategorie 5 (von 9) ein, für die sich in Sieben-Jahres-Zeiträumen in 35% der Fälle erneute Gewaltdelikte und in 48% der Fälle im Zehn-Jahres-Zeitraum Rückfälle erwarten lassen. Dieser statistische Wert macht deutlich, dass für den Angeklagten eine nicht unerhebliche Rückfallgefahr skizziert werden muss. Diese Bedenken werden durch den raschen Rückfall nach der Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe und durch die fortbestehende Tendenz des Angeklagten eigenes Fehlverhalten zu bagatellisieren, akzentuiert. Bezeichnenderweise hat der Angeklagte sich bei der Testpsychologischen Untersuchung als aggressionsfrei geschildert, was letztlich nur auf eine verzerrte Selbstwahrnehmung, Bagatellisierung bzw. Verleugnung problematischer Verhaltensbereitschaften schliessen lässt. Andererseits dürfte das Rückfallrisiko des Angeklagten nicht über dem vorab skizzierten statistischen Rückfallrisiko liegen, da auch einige kriminalprognostisch günstige Faktoren, wie z.B. die regelmässige Arbeitstätigkeit und die feste Beziehung des Angeklagten bestehen. Er wurde darüber hinaus von Frau R1._____, der Asylkoordinatorin, die Familie A._____/B._____ seit einem Jahr betreut, als zielstrebig beschrieben. Er zeige ein grosses Durchhaltevermögen und gehe Probleme ruhig an. Ausserdem zeigt sich im Vergleich der Delikte keine Progredienz der Gewaltanwendung und der Angeklagte ist hier nicht als Haupttäter in Erscheinung getreten. Diese Sachverhalte ermöglichen jedoch keine günstige Kriminalprognose. Insgesamt muss von einem mittleren Rückfallrisiko, das im Bereich des oben genannten statistischen Risikos liegt, ausgegangen werden. Nunmehr stellt sich die Frage, inwiefern die Kriminalprognose des Angeklagten durch eine Massnahme gemäss Art. 59 bis 63 StGB gebessert werden kann. Hierzu bleibt auszuführen, dass die Voraussetzungen des Art. 59 nicht vorliegen, da der Angeklagte psychisch nicht schwer gestört ist. Des Weiteren liegen die Voraussetzungen des Art. 60 StGB nicht vor, da er nicht von Suchtstoffen abhängig ist. In Frage kommen Massnahmen für junge Erwachsene, da der Angeklagte aktuell noch nicht 25 Jahre alt ist. Ausserdem kann man seine fortbe-

stehende und kriminalprognostisch ausserordentlich relevante Neigung dazu, impulsiv und aggressiv überzureagieren, als Störung der Persönlichkeitsentwicklung auffassen. Gleiches gilt für seine unkritisch bagatellisierende Haltung. Auch von Frau R._____, der Asylkoordinatorin der Familie A._____/B._____, wurde berichtet, dass der Angeklagte auf eigenen Beinen stehen wolle und prinzipiell auch stehen könne. Es fehle jedoch an Leuten, die ihm „Zucht und Ordnung“ beibringen könnten. Sie zieht dann ein pessimistisches Fazit und geht davon aus, dass der Angeklagte nicht integriert werden könne und seine kriminelle Laufbahn weiterführen werde. Diese Gefahr ist, wie vorab dargestellt wurde, durchaus gegeben und in der Tat war das familiäre Umfeld alleine nicht in der Lage, den Angeklagten von weiteren kriminellen Handlungen abzuhalten. Aus Sicht des Gutachters könnte jedoch eine Massnahme für junge Erwachsene dieses Defizit ausgleichen und dazu beitragen, dass der Angeklagte in die Lage kommt, selbstverantwortlich und straffrei zu leben. Besonders hilfreich könnte dabei eine Berufsausbildung, wie sie z.B. in der Massnahmeeinrichtung N3._____ angeboten wird, sein. Der Angeklagte präferiert aktuell jedoch ambulante Behandlungsmassnahmen, z.B. im Rahmen einer Antiaggressionsgruppe. Die Durchführung ambulanter Massnahmen wird beim Angeklagten jedoch nicht als erfolgversprechend eingeschätzt, da sich die Gewalttätigkeit des Angeklagten in eine komplexe und vielschichtige Problematik einbettet. Insbesondere geht der Gutachter nicht davon aus, dass im Rahmen von ambulanten Interventionen ein ausreichendes Problembewusstsein erzeugt werden kann. Der Angeklagte bedarf einer intensiven Förderung, aber auch Strukturierung. Im ambulanten Kontext werden die Hilfsangebote versandt. Da er nicht generell gegen eine Massnahme für junge Erwachsene eingestellt ist, erscheint eine Massnahme für junge Erwachsene im Sinne des Art. 61 StGB besser geeignet als eine Strafhaft, die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten zu vermindern. Dies gilt insbesondere dann, wenn es gelingt, den Angeklagten zu einer Berufsausbildung zu verhelfen und ihm Möglichkeiten der beruflichen Integration zu eröffnen.

Im Einklang mit den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Gutachters ist zunächst festzuhalten, dass eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB ausscheidet. Dies alleine schon aus dem Grund, weil

eine schwere psychische Störung im Sinne der erwähnten Bestimmung nicht vorliegt.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei Massnahmen im Sinne von Art. 61 StGB, deren Höchstdauer vier Jahre beträgt (Abs. 4), zu überprüfen, ob sie dem aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleiteten Untermassverbot standhalten. Danach dürfen Dauer und Eingriffsintensität der Massnahme im Verhältnis zur aufgeschobenen Strafe nicht zu geringfügig sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind deshalb längere Freiheitsstrafen, bei denen die maximale Dauer der Massnahme nicht einmal zwei Dritteln der Strafzeit gleichkommt, nur ausnahmsweise zwecks stationärer Behandlung auszusetzen. Ein Aufschub des Strafvollzugs kommt in diesen Fällen daher nur in Betracht, wenn die Erfolgsaussichten besonders günstig sind bzw. ein Resozialisierungserfolg erwartet werden darf, der sich durch den Vollzug der Freiheitsstrafe mit ambulanter Behandlung von vornherein nicht erreichen lässt (BGE 6B_737/2009 vom 28. Januar 2010, E. 2).

Vorliegend beläuft sich die Gesamtstrafe (4 Jahre und 9 Monate gemäss Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts vom 28. April 2009 und heutige Zusatzstrafe von dreieinhalb Jahren) auf 8 Jahre und 3 Monate. Bei einer Entlassung nach Verbüsung von zwei Dritteln (Art. 86 StGB) beträgt die Dauer 5 Jahre und 6 Monate. Damit wird aber die Höchstdauer der Massnahme nach Art. 61 StGB deutlich überschritten. Erforderlich wären daher gemäss Bundesgericht besonders günstige Erfolgsaussichten.

Hinweise auf solche besonders günstige Erfolgsaussichten ergeben sich aus dem erwähnten Gutachten nicht. Der Gutachter bleibt vielmehr unverbindlich, indem er (nota bene im Konjunktiv) ausführt, eine Massnahme für junge Erwachsene könnte das Defizit ausgleichen und dazu beitragen, dass der Angeklagte in die Lage kommt, selbstverantwortlich und straffrei zu leben (a.a.O. s. 30). In der Untersuchung auf eine Massnahme für junge Erwachsene angesprochen, erwiderte der Angeklagte B.____: „Ja. Dann kann ich einen Lehrabschluss machen. Das ist wichtig für mich. Ich würde gerne Plattenleger lernen.“ (Urk. 10/14 S. 2). Nun bieten allerdings die Massnahmezentren N3.____ und N7.____ eine Ausbil-

derung als Plattenleger gar nicht an. Das zeigt auf, dass sich der Angeklagte nicht konkret mit der vom Gutachter vorgeschlagenen Massnahme befasst hat. Seine Motivation ist augenscheinlich nicht sehr hoch. Am 10. März 2010 schrieb der Angeklagte seinem Bruder A._____ (u.a.): „Ich wott doch nöd N3._____. Es chunt scho guet! Im Sommer simmer inshallah dusse“ (Urk. 33/13 S. 2). Sein Schreiben an den Angeklagten A._____ vom 8. November 2010 (Urk. 60), in welchem er insbesondere die untersuchungsführende Staatsanwältin auf das übelste beschimpft und ihr mit dem Tode droht, lässt nicht die geringste Einsicht erkennen. Auch dies trägt nichts zu besonders günstigen Umständen bei.

B._____ selber äusserte sich an der heutigen Hauptverhandlung zur Frage einer allfälligen Massnahme wie folgt: Er habe wegen einer Massnahme ein Gespräch gehabt, habe aber nicht vor, die nächsten drei oder vier Jahre in der Massnahme zu verbringen. Zuerst habe er gedacht, es sei eine gute Idee, weil er dort eine Lehre machen könne. Dann habe er ein Gespräch mit dem Leiter gehabt und dann habe dieser nicht mehr gewollt. Das Gespräch sei nicht normal gewesen. Die erste Frage an ihn sei gewesen, ob er gefährlich sei und ob er mit ihm sprechen könne. Er sei als Hochkrimineller abgestempelt worden. Auf die Frage des Gerichts, ob eine Massnahme etwas für ihn sei, antwortete B._____, er wolle lieber bei Q._____ arbeiten und nebenbei eine Lehre machen. Er lehne eine Massnahme ab (Prot. S. 27f.).

Auch den heutigen Ausführungen können keine besonders günstigen Umstände entnommen werden.

Nachdem mit dem Angeklagte am 13. April 2010 im Massnahmezentrum N7._____ ein Vorstellungs- und Abklärungsgespräch stattgefunden hatte, fasste T._____ vom Bewährungs- und Vollzugsdienst des Justizvollzugs des Kantons Zürich das Ergebnis folgendermassen zusammen (Urk. 26/26): „Es fiel auf, dass der Betroffene sich keiner Schuld bewusst ist und dass ihm dies sein Anwalt auch immer wieder vermittelt. B._____ ist der Meinung, dass er sich eigentlich zu Unrecht im Gefängnis befindet. Von einer Motivation, sich einer stationären Massnahme zu unterziehen, war nicht viel zu spüren. Der Betroffene gab an, dass er nach wie vor mit einer bedingten Strafe rechne, dies habe ihm auch sein Anwalt

gesagt. Sollte dies nicht der Fall sein, sei halt das Absolvieren einer Berufslehre schon besser als Knast! Ich hatte den Eindruck, dass sich B._____ überhaupt nicht im Klaren ist, was eine Massnahme für junge Erwachsene bedeuten kann. Wir – der Erziehungsleiter und ich – haben versucht, es ihm zu erklären. Ob er es begriffen hat, weiss ich nicht. B._____ hat nun die Aufgabe erhalten, sich gegenüber uns schriftlich vernehmen zu lassen.“ In seiner Antwort vom 16. April 2010 schrieb der Angeklagte (Urk. 26/27): „Ich finde es wie gesagt gut, dass man am Ende der Massnahme einen Lehrabschluss hat, wenn man es durchzieht. Nichts desto trotz bleibe ich bei meiner Meinung und vertraue auf meinen Anwalt, da ich ihn länger kenne als Sie, Herr T._____ und alle anderen! Ich bleibe bis zu meiner Verhandlung im Flughafengefängnis, ich bin seit 10 Monaten drin, wegen max. 3 Monaten kommt es auch nicht mehr an. Ich finde auch das ich nun mehr als genug im Gefängnis bin für das was ICH zu tun hatte. Ich habe keine Lust die nächsten 3-4 Jahren in einem Heim zu verbringen für etwas ich ‚nichts‘ getan habe und mir nun angehängt wird. Wie gesagt habe ich auch besseres zu tun, ich habe noch meine Eltern und meines Geschwister draussen für die ich Sorgen und da sein will. Ich stehe mit beiden Füßen im Leben, auch wenn es für Sie möglicherweise nicht so rüber kommt. Hoffentlich werden wir uns in Zukunft im Heim Nie wieder sehen, ausser natürlich privat.“

Damit wird mit aller Deutlichkeit klar, dass die vom Bundesgericht geforderten besonders günstigen Umstände beim Angeklagten B._____ nicht vorliegen. Ein Resozialisierungserfolg kann nicht erwartet werden. Damit scheidet auch eine Massnahme nach Art. 61 StGB aus.

4. Zivilforderungen

4.1. Gemäss § 192 StPO können Geschädigte ihre Zivilansprüche – worunter sowohl Schadenersatzforderungen als auch Genugtuungsbegehren fallen – gegen den Angeklagten entweder selbständig auf dem Weg des Zivilprozesses oder durch schriftliches oder mündliches Begehren an das für den Entscheid über die Anklage zuständige Strafgericht geltend machen. Das Strafgericht entscheidet über die bei ihm geltend gemachten Zivilansprüche, wenn es den Angeklagten nicht freispricht oder das Verfahren gegen ihn durch einen Prozessentscheid er-

ledigt (§ 193 Abs. 1 StPO). Würde jedoch die vollständige Beurteilung der Zivilansprüche einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern, so kann das Strafgericht die Ansprüche nur dem Grundsatz nach entscheiden und das Opfer im Übrigen an das Zivilgericht verweisen (Art. 38 Abs. 3 OHG; § 193 Abs. 2 StPO). In einem solchen Fall spricht das Strafgericht nicht eine betragsmässig umschriebene Leistung zu, sondern stellt fest, ob und in welchem Umfang der Straftäter haftet. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um ein Feststellungsurteil über den Bestand und den Haftungsumfang (Haftungsquote) während die Frage der Höhe sowie gegebenenfalls weitere Fragen einem anschliessenden Zivilverfahren vorbehalten bleiben (BGE 125 IV 157; Steiger-Sackmann, in: Gomm/Zehntner [Hrsg.], Kommentar zum (alten) Opferhilfegesetz, Bern 2005, Art. 9 aOHG N 30; Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., § 193 StPO N 6).

4.2. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wieder gut gemacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Zweck der Genugtuung ist die Wiedergutmachung immaterieller Unbill. Massgebend für die Höhe der Genugtuungssumme ist der vom Opfer empfundene Schmerz, nicht die finanzielle Lage des Verletzers. Eine Bezifferung dieser Beeinträchtigung ist allerdings schwierig und letztlich eine Ermessensfrage. Objektivierbare Beurteilungskriterien für die Zusprechung einer Genugtuungssumme fehlen weitgehend. Auch die schädlichen Auswirkungen eines Eingriffes in die körperliche Integrität des Opfers sind kaum objektivierbar, treten doch oft erst Jahre später (noch) Symptome auf, welche auf die Verletzung zurückzuführen sind. Bei einer Körperverletzung kommt es vor allem auf die Art und Schwere der Verletzung und der Intensität und die Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Geschädigten sowie auf den Grad des Verschuldens an, das den Schädiger trifft. Die Genugtuungssumme ist im Anwendungsbereich von Art. 47 OR in der Regel umso höher, je schwerer die Körperverletzung ist. Die Festsetzung der Höhe der Genugtuung ist stets ein Billigkeitsentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB. Ein seelischer Schaden kann mit anderen Worten nicht mit Geld aufgewogen werden, weshalb die Genugtuungssumme immer einen symbolischen

Charakter hat. Die Genugtuung darf aber nicht so tief bemessen sein, dass der Eindruck erweckt wird, die wirklich erlittene Unbill werde durch das Gericht bagatellisiert. Bei der Bemessung und Festsetzung der Höhe der Genugtuungsleistung kommt dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. zum Ganzen auch BSK OR I-A. Schnyder, Art. 47 OR N 20 f.; M. Sidler in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, Schaden-Haftung-Versicherung, Rz 10.49). Die finanzielle Lage des Schädigers (BK OR-R. Brehm, 3. Auflage Bern 2006, Art. 47 OR N 85 f.) spielt bei der Bemessung der Genugtuung ebenso wenig eine Rolle wie diejenige des Opfers (vgl. Art. 12 Abs. 2 OHG).

4.3. Das Adhäsionsverfahren ist insoweit von der Dispositionsmaxime im Sinne von § 54 ZPO beherrscht, als es nicht von Amtes wegen eingeleitet wird. Das zürcherische Prozessrecht kennt nur die Adhäsion auf Antrag des Geschädigten, nicht von Amtes wegen. Ferner ist es Aufgabe des Geschädigten, seine Ansprüche zu substantiieren (vgl. Schmid, in: Donatsch / Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, N 24 zu § 192 StPO). Es darf ihm nicht mehr zugesprochen werden, als er verlangt (ZR 96 Nr. 47). Nachdem nur Urteile des Strafrichters über die Haftpflichtansprüche von Opfern gegenüber dem Täter für die Entschädigungsbehörden nach OHG verbindlich sind (Gomm / Stein / Zehntner, Kommentar zum (alten) Opferhilfegesetz, Bern 1995, N 14 zu aArt. 16), hat das Opfer gestützt auf das OHG einen Anspruch darauf, dass ihm auch vom Täter anerkannte Forderungsbeträge urteilsmässig zugesprochen werden.

4.4. Die Vertreterin des Geschädigten D._____ beantragt, die beiden Angeklagten seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, dem Geschädigten Fr. 1'056.-- Schadenersatz sowie Fr. 20'000.-- Genugtuung zu bezahlen (Urk. 62 S. 1).

Zur Begründung der Schadenersatzforderung führt die Geschädigtenvertreterin im Wesentlichen folgendes an: Der Geschädigte habe beim ersten eingeklagten Sachverhalt, bei welchem offenbar nur A._____ aktiv mitgewirkt habe, zwei Zähne verloren. Danach sei es im Bahnhof aber auch noch zu einem Gerangel gekommen. Der Geschädigte habe eine Hirnerschütterung, Rissquetschwunden an der Unterlippe sowie Ellbogenkontusionen und eine grosse

Beule am Kopf erlitten. Die ausgeschlagenen Zähne seien beim Geschädigten durch Implantate ersetzt worden. Diese müssten in der Regel nach 10 bis 15 Jahren ersetzt werden. Der behandelnde Zahnarzt des Geschädigten habe hierfür Kosten in der Höhe von Fr. 10'856.-- eingesetzt. Diese Kosten würden vollumfänglich von der U._____ übernommen. Bei den übrigen Verletzungen könne nicht genau eruiert werden, wann sie exakt zugefügt worden seien, schliesslich sei auch im E1._____ auf den Geschädigten losgetreten worden. Daher werde die folgende Schadenersatzforderung solidarisch im Sinne von Art. 50 Abs. 1 OR gegenüber beiden Angeklagten geltend gemacht (Urk. 62 S. 4 bis 6).

Der Geschädigte habe Fahrkosten für den Weg zu Einvernahmen und Besprechungen bei der Rechtsanwältin im Betrag von Fr. 116.-- und Telefonkosten an das Spital von Fr. 100.-- gehabt. Unter dem Titel zusätzliche Kosten würden daher Fr. 216.-- geltend gemacht. Für die gänzlich zerstörten Kleider, es sei alles blutverschmiert und teilweise zerrissen gewesen, würden pauschal Fr. 200.-- geltend gemacht. Unter dem Titel Pflegeschaden würden Fr. 640.-- geltend gemacht. Der Geschädigte habe nach dem Spitalaufenthalt zwei Wochen ruhig im Bett liegen müssen. Während dieser Zeit sei der Geschädigte von seiner Mutter betreut worden. Die ersten drei Tage habe er ohne Hilfe nicht aufstehen oder etwas machen können, weil die Rücken- und Kopfschmerzen derart stark gewesen seien. Seine Mutter habe in den zwei Wochen etwa 16 Stunden für die Betreuung aufgewendet. Als Stundenansatz würden Fr. 40.-- geltend gemacht (Urk. 62 S. 6f.).

4.5. Der Angeklagte A._____ anerkennt die Schadenspositionen Fahrspesen, Telefonkosten und Sachschaden im Betrag von insgesamt Fr. 416.-- (Prot. S. 49).

Der Angeklagte B._____ liess durch seinen Verteidiger ausführen, allfällige Zivilansprüche des Geschädigten gegen B._____ seien abzuweisen, da dieser den Geschädigten in keiner Weise verletzt habe. Die Verletzungen des Geschädigten habe sich dieser bei der ersten Auseinandersetzung vor dem E1._____, bei welcher B._____ nicht beteiligt gewesen sei, zugezogen (Urk. 67 S. 21; Prot. S. 50f.).

4.6. Die Verletzungen des Geschädigten und die damit in Zusammenhang stehende Schadenersatzforderung stammen aus dem Vorfall gemäss Anklageziffer I., bei welcher der Angeklagte A._____ - nicht aber der Angeklagte B._____ - zum Nachteil des Geschädigten beteiligt war. Der Angeklagte B._____ wird demgemäss aus diesem Vorfall nicht schadenersatzpflichtig.

Der Angeklagte **A.**_____ ist daher zu verpflichten, dem Geschädigten D._____ Schadenersatz im Betrag von Fr. 416.-- zu bezahlen. Da die Höhe und der Bestand allfälliger weiterer Schadenspositionen des Geschädigten im jetzigen Zeitpunkt (noch) nicht feststehen oder feststellbar sind, ist im Weiteren festzustellen, dass der Angeklagte A._____ dem Grundsatz nach aus dem Vorfall vom tt.mm.2009 schadenersatzpflichtig ist. Zur genaueren Feststellung des Schadenersatzanspruches ist der Geschädigte D._____ auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen.

4.7. Bemessungskriterien für die Genugtuungsleistung sind vor allem die Art und Schwere des Eingriffes, die Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Opfers sowie der Grad des Verschuldens des Schädigers (BGE 127 IV 215 E. 2a).

Bei der Bemessung des Genugtuungsbetrages sind die subjektive Empfindlichkeit einer Geschädigten sowie der Umstand zu berücksichtigen, auf welche Weise und wie schwerwiegend sie in ihrer besonderen Situation von der objektiven Schädigung getroffen und in ihrer konkreten Lebensführung beeinträchtigt wurde. Diese subjektiven Umstände sind naturgemäss von Fall zu Fall verschieden, da jede Person unterschiedlich auf die ihr widerfahrene seelische Unbill reagiert. Als Kriterium objektiver Natur ist die vermutete durchschnittliche Empfindsamkeit heranzuziehen, es sei denn, eine Partei beweise Umstände, die in erheblichem Mass vom Durchschnitt abweichen und eine Erhöhung oder Herabsetzung der Genugtuung rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 6S.232/2003 vom 17. Mai 2004, E. 2.1). Solche Umstände wurden hier von keiner Seite vorgebracht.

4.7.1. Die Vertreterin des Geschädigten macht gegenüber den beiden Angeklagten unter solidarischer Haftung eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 20'000.-- geltend. Zu Begründung führt die Geschädigtenvertreterin an, der Geschädigte habe intuitiv gespürt, dass er schwerer hätte verletzt werden können. Sei er doch in eine Amnesie gefallen und habe eingenässt. Obwohl sich der Geschädigte, nicht zuletzt wohl wegen seines jugendlichen Alters, psychisch relativ gut erholt habe, habe die Tat indessen tiefe Wunden hinterlassen. Der Geschädigte habe viel von seinem jugendlichen Idealismus verloren. Völlig grundlos sei hier eine Zivilperson zusammengeschlagen worden. Man könne sich nicht vorstellen, was passiert wäre, wenn die Passanten nicht eingegriffen hätten. Das Verschulden der beiden Angeklagten wirke ausserordentlich schwer (Urk. 62 S. 7).

4.7.2. Der Verteidiger des Angeklagten A._____ führt zum Genugtuungsbegehren aus, dass die Höhe der Genugtuung im Ermessen des Gerichts liege. Er wolle jedoch anmerken, dass für die Festlegung der Genugtuung nicht die Gefährdung, sondern die tatsächlich erlittene Verletzung massgebend sei. Die Genugtuung müsse an der tatsächlichen Verletzung, den zwei ausgeschlagenen Zähnen, den Prellungen und der Rissquetschwunde bemessen werden. Eine Genugtuung von Fr. 20'000.-- sei daher etwas hoch (Prot. S. 49f.).

Wie erwähnt, macht der Verteidiger des Angeklagten B._____ geltend, dass dieser den Geschädigten in keiner Weise verletzt habe und allfällige Zivilansprüche gegenüber dem Angeklagten B._____ daher abzuweisen seien (Urk. 67 S. 21).

4.7.3. Am Vorfall gemäss Anklageziffer I., bei welchem dem Geschädigten unter anderem zwei Zähne ausgeschlagen wurden, war wie erwähnt nur der Angeklagte A._____ beteiligt. Angesichts der Verletzungen, welche der Geschädigte bei diesem Vorfall erlitt, und die rechtswidrige und schuldhafte Verursachung dieser durch den Angeklagten A._____, sind die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung ohne Weiteres erfüllt. Zur Schwere des Eingriffs und dem Ausmass des Verschuldens kann auf die Erwägungen zur Strafzumessung verwiesen werden (Ziff. 3.4.2.). Die Zusprechung einer Genugtuung im Betrag von Fr. 4'000.-- erscheint daher angemessen.

Der Angeklagte **A.**_____ ist demgemäss zu verpflichten, dem Geschädigten D._____ Fr. 4'000.-- zuzüglich 5% Zins ab tt.mm.2009 als Genugtuung zu bezahlen.

4.7.4. Der Geschädigte erlitt nach dem Vorfall im E1._____ (Anklageziffer II.) eine Amnesie und nässte ein. Dass sich der Geschädigte an den Vorfall überhaupt nicht mehr erinnern kann, zeigt, dass das strafbare und schuldhafte Verhalten der beiden Angeklagten schwerwiegend auf den Geschädigten wirkte und somit die Zusprechung einer Genugtuung aus diesem Vorfall gerechtfertigt ist. Zum Verschulden und der Schwere des Eingriffs kann ebenfalls auf die Vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (Ziff. 3.4.1.1.). Der Angeklagte **B.**_____ hat nicht substantiiert bestritten, weshalb er nicht derart auf den Geschädigten eingewirkt hat, dass er nicht zur Leistung einer Genugtuung zu verpflichten ist. Er führte einzig aus, er habe den Geschädigten nicht (körperlich) verletzt. Dass der Geschädigte jedoch eine Amnesie erlitt und einnässte, zeigt, dass die beiden Angeklagten, welche als Mittäter agierten, in erheblicher Weise auf den Geschädigten eingewirkt haben und dies Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Geschädigten hatte. Es rechtfertigt sich daher, dem Geschädigten aus diesem Vorfall eine Genugtuung von Fr. 4'000.-- zuzusprechen.

Die Angeklagten **A.**_____ und **B.**_____ sind daher solidarisch zu verpflichten, dem Geschädigten D._____ weitere Fr. 4'000.-- zuzüglich 5% Zins ab tt.mm.2009 als Genugtuung zu bezahlen.

5. Einziehungen

5.1. Das mit Verfügung Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. März 2010 gestützt auf § 96ff. StPO beschlagnahmte Natel Marke Sony Ericsson, ... (Urk. 27/4) ist dem Angeklagten **A.**_____ herauszugeben (vgl. Urk. 9/15 S. 4 und 25/3).

5.2. Das mit Verfügung Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. März 2010 gestützt auf § 96ff. StPO beschlagnahmte Natel Marke Samsung, Typ ...

(Urk. 28/2) ist dem Angeklagten **B.**_____ herauszugeben (vgl. Urk. 10/15 S. 1 und 26/4).

5.3. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 11. März 2010 gestützt auf § 96ff. StPO beschlagnahmte Stahlrohr 4.7 Kg ist der **C.**_____ herauszugeben.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens (ausschliesslich derjenigen der beiden amtlichen Verteidigungen und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung) den Angeklagten **A.**_____ und **B.**_____ je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 188 StPO).

Die Kosten der amtlichen Verteidigungen der beiden Angeklagten und diejenigen der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung von **D.**_____ sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte **A.**_____ ist schuldig
 - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 bis 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie
 - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.

2. Der Angeklagte **B.**_____ ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 bis 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.

3. Der Angeklagte **A.**_____ wird bestraft mit 5 3/4 Jahren Freiheitsstrafe, wovon 526 Tage durch Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind.
4. Der Angeklagte **B.**_____ wird bestraft mit 3 1/2 Jahren Freiheitsstrafe, als Zusatzstrafe zum Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. April 2009, wovon 526 Tage durch Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind.
5. Der Angeklagte **A.**_____ wird verpflichtet, dem Geschädigten D._____ Schadenersatz von Fr. 416.-- zu bezahlen.

Im Übrigen wird festgestellt, dass der Angeklagte **A.**_____ dem Grundsatz nach aus dem Vorfall vom tt.mm.2009 schadenersatzpflichtig ist. Zur genaueren Feststellung des Schadenersatzanspruches wird der Geschädigte D._____ auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

6. Der Angeklagte **A.**_____ wird verpflichtet, dem Geschädigten D._____ Fr. 4'000.-- zuzüglich 5 % Zins ab tt.mm.2009 als Genugtuung zu bezahlen.

Die Angeklagten **A.**_____ und **B.**_____ werden solidarisch verpflichtet, dem Geschädigten D._____ weitere Fr. 4'000.-- zuzüglich 5 % Zins ab tt.mm.2009 als Genugtuung zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 8'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 32'088.15 Untersuchung
- Fr. 18'074.50 amtliche Verteidigung (RA lic. iur. X.____)
- Fr. 20'239.40 amtliche Verteidigung (RA lic. iur. Y.____)
- Fr. unentgeltliche Rechtsvertreterin (RAin Z.____)

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausschliesslich derjenigen der beiden amtlichen Verteidigungen und der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden den Angeklagten **A.____** und **B.____** je zur Hälfte auferlegt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung der beiden Angeklagten und diejenigen der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung von D.____ werden auf die Gerichtskasse genommen.

9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- den amtlichen Verteidiger des Angeklagten A.____, lic. iur. X.____, im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- den amtlichen Verteidiger des Angeklagten B.____, lic. iur. Y.____, im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die Geschädigtenvertreterin lic. iur. Z.____, im Doppel für sich und zuhanden des Geschädigten D.____

in vollständiger Ausfertigung an

- den amtlichen Verteidiger des Angeklagten A.____, lic. iur. X.____, im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- den amtlichen Verteidiger des Angeklagten B.____, lic. iur. Y.____, im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die Geschädigtenvertreterin lic. iur. Z.____, im Doppel für sich und zuhanden des Geschädigten D.____

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

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

10. Rechtsmittel:

- a) Gegen diesen Entscheid kann kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zuhanden des Kassationsgerichts des Kantons Zürich erhoben werden, soweit nicht eine Verletzung materiellen Gesetzes- oder Verordnungsrechts des Bundes geltend gemacht wird (§§ 428 ff. der zürcherischen Strafprozessordnung, § 3 VO BGG).

Die Beschwerde ist innert **10 Tagen**, von der Eröffnung des Entscheides oder von der Entdeckung eines Mangels an gerechnet, beim Vorsitzenden des entscheidenden Gerichts mündlich oder schriftlich anzumelden.

Nach Anmeldung der Beschwerde wird zu deren Begründung eine weitere Frist angesetzt (vgl. die beiliegenden Verfügungen des Vorsitzenden vom 6. Dezember 2010).

- b) 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.

Wird gegen den Entscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, beginnt die Beschwerdefrist erst mit der Eröffnung des Entscheides der Kassationsinstanz.

Sodann beschliesst das Gericht:

1. Das mit Verfügung Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. März 2010 beschlagnahmte Natel Marke Sony Ericsson ... wird dem Angeklagten **A.**_____ herausgegeben.
2. Das mit Verfügung Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 8. März 2010 beschlagnahmte Natel Marke Samsung... wird dem Angeklagten **B.**_____ herausgegeben.
3. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 11. März 2010 beschlagnahmte Stahlrohr wird der **C.**_____ herausgegeben.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung an
 - den amtlichen Verteidiger des Angeklagten **A.**_____, lic. iur. **X.**_____, im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - den amtlichen Verteidiger des Angeklagten **B.**_____, lic. iur. **Y.**_____, im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürichsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die **C.**_____
5. Rechtsmittel:

- a) Gegen diesen Entscheid kann kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zuhanden des Kassationsgerichts des Kantons Zürich erhoben werden, soweit nicht eine Verletzung materiellen Gesetzes- oder Verordnungsrechts des Bundes geltend gemacht wird (§§ 428 ff. der zürcherischen Strafprozessordnung, § 3 VO BGG).

Die Beschwerde ist innert **10 Tagen**, von der Eröffnung des Entscheides oder von der Entdeckung eines Mangels an gerechnet, beim Vorsitzenden des entscheidenden Gerichts mündlich oder schriftlich anzumelden.

Nach Anmeldung der Beschwerde wird zu deren Begründung eine weitere Frist angesetzt (vgl. die beiliegenden Verfügungen des Vorsitzenden vom 6. Dezember 2010).

- b) 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.

Wird gegen den Entscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, beginnt die Beschwerdefrist erst mit der Eröffnung des Entscheides der Kassationsinstanz.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. N. Burri