

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1424/2020

Urteil vom 31. Januar 2022

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,
Bundesrichterin Koch,
Bundesrichter Hurni,
Gerichtsschreiberin Unseld.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ronald Pedergrana,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Versuchte schwere Körperverletzung; Landesverweisung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 2. Oktober 2020 (SB190325-O/U/mc).

Sachverhalt:

A.

Das Bezirksgericht Zürich erklärte A. _____ mit Urteil vom 28. März 2019 der versuchten schweren Körperverletzung (Art. 122 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) zum Nachteil von B. _____ (Schlag mit Hammer) und der qualifizierten einfachen Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) zum Nachteil von C. _____ (Schlag mit Bohrmaschine) schuldig. Vom Vorwurf der versuchten einfachen Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand (Art. 123 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) zum Nachteil von C. _____ (Schlag mit Hammer auf Rücken) sprach es ihn frei. Das Verfahren betreffend Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB stellte es ein. Es bestrafte A. _____ mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten, davon 22 Monate mit bedingtem Vollzug bei einer Probezeit von zwei Jahren. Zudem verwies es A. _____ in Anwendung von Art. 66a StGB für fünf Jahre des Landes. A. _____, die Staatsanwaltschaft und C. _____ erhoben gegen das Urteil Berufung.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 2. Oktober 2020 den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung zum Nachteil von B. _____ (Schlag mit Hammer). Vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung zum Nachteil von C. _____ (Schlag mit Bohrmaschine) sprach es A. _____ frei. Es verurteilte diesen zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten bei einer Probezeit von zwei Jahren und verwies ihn im Sinne von Art. 66a StGB für sechs Jahre des Landes.

Das Obergericht hält für erwiesen, dass A. _____ B. _____ am 25. April 2017 im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen zwei Personengruppen mit einem Hammer aus hartem Gummi gegen den Hinterkopf schlug, wodurch dieser eine Schädelprellung sowie eine Rissquetschwunde von ca. 4 cm erlitt, welche mit vier Stichen genäht werden musste und folgenlos verheilte. Es wirft A. _____ vor, er habe mit dem Schlag darüber hinausgehende lebensgefährliche Verletzungen von B. _____ (nachfolgend: Geschädigter) in Kauf genommen.

C.

A. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil vom 2. Oktober 2020 sei aufzuheben und er sei von Schuld und Strafe freizusprechen. Eventualiter sei er zu einer bedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten zu verurteilen und es sei von einer Landesverweisung abzusehen. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.
Die Vorinstanz und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichteten auf eine Stellungnahme.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Qualifikation als versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB. Er rügt im Wesentlichen eine willkürliche Beweiswürdigung und eine Verletzung der in Art. 6 StPO verankerten Untersuchungsmaxime. Ob bei dem ihm vorgeworfenen Schlag mit einem Gummihammer auf den Hinterkopf des Geschädigten eine schwere Körperverletzung zu erwarten gewesen sei, könne wegen des dafür notwendigen Fachwissens nur durch ein rechtsmedizinisches Gutachten beantwortet werden. Der Schlag sei mit einem Kunststoffhammer ausgeführt worden, der nicht sonderlich schwer gewesen sei. Der beigezogene medizinische Bericht gehe in seiner Fachsprache von einer möglichen Hirnblutung aus. Eine Hirnblutung sei eine breite Diagnose, die unterschiedliche Schweregrade und Auswirkungen haben könne mit verschiedensten Folgen und die auch folgenlos verheilen könne. Die Vorinstanz habe sich bei der Beurteilung, ob eine potentielle schwere Körperverletzung gegeben sei, nicht auf eine rechtsmedizinische Beurteilung verlassen, sondern habe den behandelnden Arzt des Geschädigten, der kein Sachverständiger sei, gefragt und aus seinen widersprüchlichen Aussagen eine schwere Gefährdung der Gesundheit

abgeleitet. Begriffe wie "kräftig", "mit Wucht" oder "mit voller Wucht" seien subjektiver Natur. Aus dem Verletzungsbild ergebe sich, dass die Heftigkeit der Gewalteinwirkung im konkreten Fall unterhalb der Bruchempfindlichkeit des Schädelknochens gelegen sei, da bei der radiologischen Untersuchung kein Bruch habe festgestellt werden können. Der Geschädigte habe nicht einmal eine Gehirnerschütterung erlitten. Willkürlich sei deshalb die Beurteilung der Vorinstanz, er habe den Hammer "mit voller Wucht" gegen den Hinterkopf des Opfers geschlagen. Die Vorinstanz verkenne zudem, dass der verwendete Hammer eben kein schwerer Hammer gewesen sei, sondern ein weniger gefährlicher Plastikhammer, von dem er gewusst habe, dass er für die Aluminiumbearbeitung gemacht sei. Hätte er den Geschädigten verletzen wollen, hätte er mit dem Metallhammer zugeschlagen, den er ebenfalls in der Hand gehalten habe. Eine Schädigung von lebenswichtigen Zentren im Gehirn oder eine anderweitige schwere Körperverletzung durch die lokale Gewalteinwirkung mittels des zu beurteilenden einzelnen Hiebs im Hinterkopfbereich sei sehr unwahrscheinlich bzw. praktisch ausgeschlossen. Die Vorinstanz ver falle in Willkür, wenn sie ohne Beizug von rechtsmedizinischen

Sachverständigen festhalte, das Ausbleiben von lebensgefährlichen Verletzungen sei einzig einem "glücklichen Zufall" zu verdanken.

1.2. Der Beschwerdeführer beruft sich in seiner Beschwerde auf ein rechtsmedizinisches Parteigutachten von Prof. em. Dr. D. _____, das er erstmals vor Bundesgericht einreicht. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Parteigutachten haben nach konstanter Praxis nicht den gleichen Stellenwert wie ein Gutachten, das von der Untersuchungsbehörde oder von einem Gericht eingeholt wurde. Ihnen kommt die Bedeutung einer der freien Beweiswürdigung unterliegenden Parteibehauptung bzw. eines Bestandteils der Parteivorbringen und nicht die Qualität eines Beweismittels zu (BGE 141 IV 369 E. 6.2; Urteil 6B 716/2020 vom 2. März 2021 E. 3.3). Vor Bundesgericht neu eingereichte private Sachverständigengutachten sind - anders als Rechtsgutachten, welche nicht der Sachverhaltsfeststellung, sondern einzig der Untermauerung der Rechtsauffassung der entsprechenden Partei anhand von Lehre und Rechtsprechung dienen und folglich nicht unter Art. 99 Abs. 1 BGG fallen (BGE 138 II 217 E. 2.4; 109 II 280 E. 2; 108 II 167 E. 5; Urteile 4A 80/2018 vom 7. Februar 2020 E. 2.4.1; 5A 714/2016 vom 30. Januar 2017 E. 1.3; 6B 612/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 2.2; 6B 195/2012 vom 12. Juli 2012 E. 4.2; 4P.138/2004 vom 28. Oktober 2004 E. 2.3) - nach der Rechtsprechung dennoch unzulässig (vgl. Urteile 1C 329/2014 vom 5. Januar 2015 E. 2.2; 6B 1048/2013 vom 23. Juni 2014 E. 5.2). Das vom Beschwerdeführer eingereichte Privatgutachten von Prof. em. Dr. D. _____ ist vor Bundesgericht daher unbeachtlich.

Allerdings kann der Beschwerdeführer trotzdem rügen, er habe nicht fest zugeschlagen und durch den Schlag mit dem konkreten Hammer seien keine lebensgefährlichen Verletzungen des Geschädigten zu erwarten gewesen, da er dies bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend machte.

1.3.

1.3.1. Eine schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB begeht u.a., wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt (Abs. 1) oder wer vorsätzlich den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht oder das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt (Abs. 2).

1.3.2. Ein Versuch liegt vor, wenn der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt oder der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht eintritt oder dieser nicht eintreten kann (Art. 22 Abs. 1 StGB). Beim Versuch erfüllt der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale und manifestiert seine Tatentschlossenheit, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (BGE 140 IV 150 E. 3.4; 137 IV 113 E. 1.4.2; je mit Hinweisen).

1.3.3. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 StGB). Vorsätzlich handelt bereits, wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt bzw. sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (sog. Eventualvorsatz; vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB; BGE 143 V 285 E. 4.2.2; 137 IV 1 E. 4.2.3; Urteil 6B 282/2021 vom 23. Juni 2021 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen; je mit Hinweisen).

Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, muss das Gericht bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 26 E. 3.2.2; 133 IV 9 E. 4.1; Urteil 6B 282/2021 vom 23. Juni 2021 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen; je mit Hinweisen). Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 133 IV 9 E. 4.1; Urteil 6B 282/2021 vom 23. Juni 2021 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen; je mit Hinweisen). Eventualvorsatz kann indessen auch vorliegen, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs nicht in diesem Sinne sehr wahrscheinlich, sondern bloss möglich war. Doch darf nicht allein aus dem Wissen des Täters um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen (BGE 133 IV 9 E. 4.1, 1 E. 4.1; je mit Hinweisen).

1.3.4. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen, welche das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 141 IV 369 E. 6.3). Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 152 E. 2.3.2).

Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. Das gilt insbesondere dann, wenn bei Fehlen eines Geständnisses des Täters aus äusseren Umständen auf innere Tatsachen geschlossen werden muss (BGE 133 IV 9 E. 4.1, 1 E. 4.1; 130 IV 58 E. 8.3; Urteil 6B 282/2021 vom 23. Juni 2021 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen). Da sich Tat- und Rechtsfragen insoweit teilweise überschneiden, hat der Sachrichter die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen er auf Eventualvorsatz geschlossen hat. Das Bundesgericht kann in einem gewissen Ausmass die richtige Bewertung dieser Umstände im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes überprüfen (BGE 133 IV 9 E. 4.1, 1 E. 4.1; 130 IV 58 E. 8.5; Urteile 6B 526/2020 vom 24. Juni 2021 E. 1.2.1; 6B 825/2019 vom 6. Mai 2021 E. 5.2.4).

1.3.5. Die rechtliche Qualifikation von Körperverletzungen als Folge von Faustschlägen gegen den Kopf hängt von den konkreten Tatumständen ab. Massgeblich sind insbesondere die Heftigkeit des Schlages und die Verfassung des Opfers (Urteile 6B 1314/2020 vom 8. Dezember 2021 E. 1.2.2; 6B

526/2020 vom 24. Juni 2021 E. 1.2.2; 6B 1151/2020 vom 8. April 2021 E. 2.3; je mit Hinweisen). Die Rechtsprechung bejahte verschiedentlich eine (versuchte) schwere Körperverletzung, dies insbesondere bei wiederholten Faustschlägen, bei einem heftigen Schlag ins Gesicht von körperlich beeinträchtigten bzw. in ihrem Reaktionsvermögen eingeschränkten Opfern sowie beim (sich verwirklichten) Risiko eines unkontrollierten Sturzes auf den Boden (Urteile 6B 1314/2020 vom 8. Dezember 2021 E. 1; 6B 924/2021 vom 5. November 2021 E. 1 f.; 6B 139/2020 vom 1. Mai 2020 E. 2.4; 6B 366/2014 vom 23. April 2015 E. 1; 6B 388/2012 vom 12. November 2012 E. 2.4). In den Urteilen 6B 802/2013 vom 27. Januar 2014 und 6B 758/2010 vom 4. April 2011 (heftiger Schlag mit der Faust bzw. dem Ellbogen/Arm gegen das Gesicht des Opfers mit tödlichen Folgen) ging das Bundesgericht von einer (eventual-) vorsätzlichen schweren Körperverletzung aus, wobei der Täter gleichzeitig wegen fahrlässiger Tötung verurteilt wurde (Urteile 6B 802/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.3.3 f.; 6B 758/2010 vom 4. April 2011 E. 4). In anderen Fällen blieb es bei einem Schuldspruch wegen einfacher Körperverletzung (vgl. etwa BGE 119 IV 25; Urteile 6B 822/2020 vom 13. April 2021 E. 3; 6B 176/2020 vom 2. Juli 2020 E. 2; 6B 617/2019 vom 14. November 2019 E. 1 und 6B 908/2017 vom 15. März 2018 E. 1; 6B 261/2017 vom 13. November 2017 E. 2; 6B 151/2011 vom 20. Juni 2011 E. 3; 6S.386/2003 vom 18. Mai 2004 E. 3). Desgleichen wurde ein Schlag mit einem (Hart-) Gummihammer gegen den Kopf, wobei der Schlag in einem Fall zu einer Gehirnerschütterung und einer Rissquetschwunde am Kopf führte, in der kantonalen Rechtsprechung als einfache Körperverletzung qualifiziert (vgl. Urteile 6B 375/2015 vom 29. Oktober 2015; 6B 245/2013 vom 6. Februar 2014). Umgekehrt erfolgte bei einem kräftigen und gezielten Schlag mit einem Maurerhammer gegen den Kopf, wodurch der Schädelknochen in unmittelbarer Nähe eines grösseren venösen Blutgefässes auf einer Fläche von 2 cm eingedrückt wurde, angesichts der damit einhergehenden Lebensgefahr eine Verurteilung wegen versuchter Tötung (Urteil 6B 823/2010 vom 25. Januar 2011 E. 3).

1.4.

1.4.1. Gemäss Art. 182 StPO ziehen Staatsanwaltschaft und Gerichte eine oder mehrere sachverständige Personen bei, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts erforderlich sind. Die Anforderungen an die sachverständige Person sind in Art. 183 StPO und die Ernennung der sachverständigen Person sowie die schriftliche Auftragserteilung an diese in Art. 184 StPO geregelt.

1.4.2. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1). Der Verzicht auf die gebotene Einholung eines Sachverständigengutachtens bzw. das Abstellen auf ein nicht schlüssiges Gutachten kann nach der Rechtsprechung gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung (Art. 9 BV) verstossen (vgl. BGE 146 IV 114 E. 2.1; 142 IV 49 E. 2.1.3; 141 IV 369 E. 6.1).

Die Willkürüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1).

1.5.

1.5.1. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Tat erfolgte gemäss dem angefochtenen Entscheid im Zusammenhang mit einem Streit zwischen der Gruppe um E. _____ (bestehend aus seiner Ehefrau, seinem Sohn und weiteren Mitarbeitern der F. _____ GmbH, darunter der Beschwerdeführer) und der Gruppe von C. _____ (bestehend aus ihm und dem Geschädigten), wobei sich die einzelnen Protagonisten gestossen, geschlagen und angeschrien hätten. Gemäss übereinstimmenden Aussagen habe sich der Streit anfangs nur zwischen C. _____ und E. _____ entzündet. Auslöser sei der Umstand gewesen, dass das Firmenauto von C. _____ so nahe hinter dem Firmenauto der F. _____ GmbH abgestellt gewesen sei, dass dessen Kofferraumdeckel nicht mehr habe geöffnet werden können und C. _____ sein Fahrzeug nicht habe wegstellen wollen. Die Ehefrau von E. _____ habe den Streit an ihrem Arbeitsplatz auf dem Gerüst gehört, sei hinunter auf die Strasse gelaufen und habe um Hilfe gerufen, worauf neben dem Beschwerdeführer die weiteren genannten Mitarbeiter der F. _____ GmbH auf Seiten von E. _____ ins Geschehen eingegriffen hätten, ebenso wie der Geschädigte auf Seiten von

C._____ (angefochtenes Urteil E. 1 S. 15 f.).

1.5.2. Aus dem angefochtenen Entscheid geht weiter hervor, dass im Strafverfahren wegen Raufhandels am 27. April 2017 ein Vergleich mit jeweiligem Rückzug des Strafantrags sowie Verzicht auf Schadenersatz und Genugtuung zwischen den Raufhandelsbeteiligten G._____, C._____, B._____ und E._____ abgeschlossen wurde, worauf das Strafverfahren wegen Raufhandels eingestellt wurde. Auch der Geschädigte und der Beschwerdeführer unterzeichneten am 30. Juni 2017 einen Vergleich und kamen überein, dass der Beschwerdeführer dem Geschädigten eine Zahlung für Schadenersatz und Genugtuung leiste, dieser demgegenüber keine weiteren Ansprüche geltend mache, den Strafantrag wegen Körperverletzung zurückziehe, sein Desinteresse an der Weiterführung des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer erkläre und um Einstellung des Verfahrens ersuche. Dennoch erhob die Staatsanwaltschaft gegen den Beschwerdeführer Anklage (angefochtenes Urteil E. 2 S. 16).

1.5.3. Die Vorinstanz teilt das Tatgeschehen in sieben Phasen auf, welche die Zeit vom ersten Zusammentreffen zwischen C._____ und E._____ (Phase 1) bis zur Beruhigung der Situation nach dem angeklagten Hammerschlag durch den Beschwerdeführer (Phase 7) mit einer kurzen Ruhepause in Phase 4 betreffen (vgl. angefochtenes Urteil S. 22). Sie anerkennt, dass der dem Beschwerdeführer und E._____ körperlich deutlich überlegene C._____ (vgl. angefochtenes Urteil S. 29 und 30) E._____ in der ersten Phase im Schwitzkasten hielt und diesen (würgend) mit seinen Händen um den Hals von E._____ auf den Boden drückte (angefochtenes Urteil S. 27, 28 und 29). In den Phasen 2 und 3 kam es gemäss dem angefochtenen Entscheid zu einem Aufeinandertreffen zwischen C._____ und dem Beschwerdeführer, welcher E._____ zu Hilfe kommen wollte. Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang u.a. fest, C._____ habe seine Jacke und seine Mütze ausgezogen, quasi um bereit für eine Schlägerei zu sein, einen Besen vom Stiel abgebrochen und den zerbrochenen Besenstiel wie einen Baseballschläger benutzt (angefochtenes Urteil S. 24 und 29). Danach seien C._____ und der von diesem herbeigerufene Geschädigte auf den davonrennenden

Beschwerdeführer losgegangen (angefochtenes Urteil S. 28 f.). C._____ habe den Beschwerdeführer zu Boden gestossen, ihn mit dem Besenstiel gegen die linke Gesichtshälfte geschlagen und ihm einen Fusstritt versetzt (angefochtenes Urteil S. 23-25, 30). Nach der kurzen Ruhepause sei C._____ in der Phase 5 dem weglaufenden E._____ nachgerannt, habe ihn überholt und sei danach unvermittelt gegen diesen vorgegangen. Auch der Geschädigte habe gegen E._____ eingegriffen. Dessen 14-jähriger Sohn, H.E._____, habe versucht, seinem Vater zu Hilfe zu kommen und den Geschädigten zurückzuziehen, worauf C._____ H.E._____, welcher in keiner Art und Weise gegen ihn tötlich geworden sei und ihn auch gar nicht habe sehen können, von hinten gepackt und ihn wie einen Gegenstand in hohem Bogen in Richtung Gebüsch und gegen den Töffparkplatz geworfen habe (angefochtenes Urteil S. 22, 29 f. und 31; Videoaufnahme I._____ Minute 00:01:15-00:01:26). Danach habe C._____ in der Phase 6 sofort dem Geschädigten geholfen, welcher auf E._____ losgegangen sei und auf ihn eingeschlagen habe, indem er (C._____) E._____ von hinten in den Schwitzkasten genommen habe, dies obwohl ein anderer Mann versucht habe, ihn daran zu hindern

und wegzuziehen (angefochtenes Urteil S. 30; Videoaufnahme I._____ Minute 00:01:27-00:01:35). In dieser Phase bzw. während dieses Angriffs auf E._____ ging der Beschwerdeführer, der sich zuvor zurückgezogen hatte, gemäss der Vorinstanz von rechts her kommend gezielt, offensichtlich eingreifen wollend und den Hammer schlagbereit in der rechten Hand haltend auf den Geschädigten zu und versetzte ihm mit dem Hammer von hinten einen Schlag gegen den Hinterkopf (angefochtenes Urteil E. 4 S. 35; Videoaufnahme I._____ Minute 00:01:32-00:01:37). Erstellt ist zudem, dass E._____, dessen Handy in die Brüche ging, im Verlaufe der Auseinandersetzung mit dem Handy seines Lehrlings die Einsatzzentrale der Stadtpolizei Zürich aufbot (angefochtenes Urteil S. 28) und dass der Beschwerdeführer wegen des Schlags von C._____ mit dem Besenstiel während längerer Zeit an linksbetonten Kopfschmerzen litt (angefochtenes Urteil S. 25).

1.5.4. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, der Beschwerdeführer habe lebensgefährliche Verletzungen des Geschädigten in Kauf genommen. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass es sich bei den Beteuerungen des Beschwerdeführers, er habe nicht fest zugeschlagen, um Schutzbehauptungen handle, was sich namentlich aus der Art der Schlagführung ergebe, die unverfälscht und deutlich durch die Videoaufnahme belegt sei. Der Beschwerdeführer sei zudem nicht selbst attackiert worden und er habe den Hammer - seinen Chef verteidigend - trotzdem aktiv und aus dem Hinterhalt eingesetzt. Beim Hammer habe es sich um ein schweres Werkzeug gehandelt. Daran vermöge die Ummantelung der Hammerköpfe mit Hartgummi nichts zu ändern. Entsprechend habe der Zeuge I._____, der als Schreiner selbst mit diesem Werkzeug arbeite, überzeugend

ausgeführt, der Gummihammer habe ein Gewicht drin, das den Schlag intensiviere, weshalb man mit einem solchen Hammer viel mehr Schlagkraft habe als mit einem normalen Hammer (angefochtenes Urteil E. 4 S. 35). Schädelbrüche und Hirnblutungen würden grundsätzlich lebensbedrohliche Verletzungen darstellen. Bei einem Hammerschlag auf den Kopf bestehe gemäss ärztlichem Bericht des Instituts für Notfallmedizin des

Universitätsspitals Zürich vom 28. Juni 2017 wegen der gegenüber einem Faustschlag deutlich höheren Gewalteinwirkung ein erhöhtes Risiko für Schädelbrüche und Hirnblutungen. Es sei nur einem glücklichen Zufall zu verdanken, dass der Geschädigte tatsächlich keine lebensgefährlichen Verletzungen erlitten habe, da der Beschwerdeführer diesem den Hammer mit voller Wucht gegen den Hinterkopf geschlagen habe und sich der Geschädigte, der von H.E. _____ festgehalten worden sei, weder adäquat habe wehren, noch dem Schlag habe ausweichen können. Es sei allgemein bekannt, dass kräftige Schläge mit einem schweren Hammer schwere bis lebensgefährliche Verletzungen namentlich des Gehirns zur Folge haben könnten. Dies habe auch dem Beschwerdeführer bewusst sein müssen. Indem dieser dem Geschädigten völlig unerwartet und unvermittelt den Hammer auf den Kopf geschlagen habe, währenddem sich dieser in einer dynamischen Auseinandersetzung befunden habe, in welcher er sich gerade versucht habe, aus der Umklammerung von H.E. _____ zu lösen, habe der Beschwerdeführer auch keine Kontrolle darüber gehabt, wo genau er den Geschädigten am Kopf treffen würde und welche Organe er damit wie schwerwiegend verletzte. Der Beschwerdeführer habe eine schwere Verletzung des Geschädigten durch den Hammerschlag auf den Kopf zumindest im Sinne des Eventualvorsatzes in Kauf genommen, selbst wenn er diesen nicht direktvorsätzlich schwer habe verletzen wollen (angefochtenes Urteil E. 6 S. 37 f.).

1.6.

1.6.1. Die Kritik des Beschwerdeführer ist begründet. Die vorinstanzliche Würdigung beruht auf der Annahme, es sei lediglich dem Zufall zu verdanken, dass der Geschädigte durch den Hammerschlag tatsächlich keine lebensgefährlichen Verletzungen wie einen Schädelbruch oder Hirnblutungen erlitt. Die Vorinstanz stellt, was die Schlagkraft des streitgegenständlichen Hammers anbelangt, auf die Aussagen des Zeugen I. _____ ab, der indes nicht als Sachverständiger im Sinne von Art. 182 StPO beigezogen wurde. Sodann zieht sie den Bericht des Instituts für Notfallmedizin des Universitätsspitals Zürich vom 28. Juni 2017 heran (angefochtenes Urteil E. 6 S. 37). Dass das Ausbleiben von lebensgefährlichen Hirnblutungen oder eines Schädelbruchs vorliegend nur einem "glücklichen Zufall" zuzuschreiben ist, ergibt sich daraus nicht. Der Bericht hält vielmehr lediglich fest, eine Verletzung von lebenswichtigen Strukturen sei bei den vorliegenden Verletzungen nicht sicher zu erwarten, aber möglich gewesen (kant. Akten D1/06/05, Bericht, a.a.O., Ziff. 2). Die Frage, ob eine unmittelbare Lebensgefahr mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre, wenn keine ärztliche Versorgung stattgefunden hätte, wird im Bericht verneint (Bericht, a.a.O., Ziff. 5). Abgesehen davon handelt es sich auch beim Verfasser des Berichts nicht um einen Gutachter im Sinne von Art. 182 StPO, sondern um den behandelnden Arzt des Geschädigten. Auch bleibt unklar, ob der Bericht, welcher auf die Angaben des Geschädigten abstellt (vgl. Bericht, a.a.O., Ziff. 2), dem Umstand Rechnung trug, dass der Schlag nicht mit einem gewöhnlichen Hammer, sondern mit einem Hammer aus hartem Gummi erfolgte. Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag das Argument der Vorinstanz, wonach allgemein bekannt sei, dass "kräftige Schläge mit einem schweren Hammer" schwere bis lebensgefährliche Verletzungen zur Folge haben können. Diese Aussage mag inhaltlich zwar zutreffen. Weder handelte es sich beim Tatwerkzeug vorliegend jedoch um einen gewöhnlichen, schweren Hammer noch versetzte der Beschwerdeführer dem Geschädigten mehrere solcher Hammerschläge. Dem Beschwerdeführer wird in der Anklage ein einziger Schlag mit einem Hammer aus hartem Gummi gegen den Hinterkopf des Geschädigten vorgeworfen. Auch lässt sich die versuchte schwere Körperverletzung - was die Vorinstanz im Übrigen nicht behauptet - vorliegend nicht ohne weiteres mit dem Risiko von schweren Körperverletzungen durch einen unkontrollierten Sturz begründen, da der

Schlag von hinten erfolgte, der Geschädigte gemäss der Vorinstanz im Zeitpunkt des Schlages von H.E. _____ von hinten umklammert wurde und er zudem von weiteren Personen umgeben war. Die Vorinstanz stellt zudem nicht fest, das Opfer sei tatsächlich gestürzt. Insgesamt verstösst die Vorinstanz daher gegen Art. 182 StPO und das Willkürverbot, wenn sie im angefochtenen Entscheid ohne Beizug von Sachverständigen davon ausgeht, es sei lediglich dem Zufall zu verdanken, dass der Geschädigte keine lebensgefährlichen Verletzungen erlitt.

1.6.2. Waren lebensgefährliche Verletzungen indes nicht sehr wahrscheinlich, sondern bloss möglich, darf nicht allein aus dem Wissen des Täters um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen nach der Rechtsprechung weitere Umstände

hinzukommen (vgl. oben E. 1.3.3), welche die Vorinstanz nicht aufzeigt. Vorliegend spricht vielmehr gegen eine versuchte schwere Körperverletzung, dass der Beschwerdeführer den Geschädigten nicht in erster Linie verletzen, sondern seinen Chef verteidigen und dem Angriff ein Ende setzen wollte. Die Vorinstanz begründet die versuchte schwere Körperverletzung sodann damit, dass der Beschwerdeführer den Hammer "aus dem Hinterhalt" einsetzte, was jedoch keinerlei Einfluss auf die Frage hat, ob beim konkreten Hammerschlag aus medizinischer Sicht lebensgefährliche Verletzungen zu erwarten waren, da der Geschädigte den Hammerschlag tatsächlich nicht abwehren konnte. Auch zeigt die Vorinstanz nicht rechtsgenügend auf, weshalb eine konkrete und hohe Gefahr bestand, dass der Beschwerdeführer mit dem Hammer andere Bereiche des Kopfs, beispielsweise das Auge des Geschädigten als wichtiges Organ im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB treffen könnte. Dies bildet zudem

nicht Gegenstand der Anklage, welche von einer versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB (durch Inkaufnahme von lebensgefährlichen Verletzungen wie z.B. eines Schädelbruchs und Hirnblutungen) ausgeht.

Die Beschwerde ist in diesem Punkt begründet. Die Angelegenheit ist zur erneuten Beweiswürdigung an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche gegebenenfalls ein Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 182 ff. StPO einzuholen hat.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, er habe seinem Arbeitgeber zu Hilfe kommen wollen. Die Vorinstanz habe den Rechtfertigungsgrund der Notwehrhilfe im Sinne von Art. 15 StGB zu Unrecht nicht geprüft. Subsidiär hätte sie zudem der Frage nachgehen müssen, ob ihm ein Notwehrhilfeexzess im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB zugutezuhalten sei, was gemäss Art. 66a Abs. 3 StGB auch für die Beurteilung der Landesverweisung relevant sei.

2.2. Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren (Art. 15 StGB). Von Art. 15 StGB erfasst wird auch die Notwehrhilfe (statt aller: NIGGLI/GÖHLICH, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 26 zu Art. 15 StGB). Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Art. 15 StGB, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 16 Abs. 1 StGB). Gemäss Art. 66a Abs. 3 StGB kann von einer Landesverweisung u.a. abgesehen werden, wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB begangen wurde.

2.3. Der Einwand ist ebenfalls begründet. Die Vorinstanz anerkennt, dass der Beschwerdeführer in der Absicht handelte, seinen Chef zu verteidigen. Aus dem angefochtenen Entscheid ergeben sich zudem verschiedene Anhaltspunkte, dass es sich bei C._____ und dem Geschädigten um körperlich überlegene Angreifer handeln könnte. Die Vorinstanz hätte sich daher auch mit der Frage der Anwendbarkeit von Art. 15 StGB (Notwehrhilfe) oder Art. 16 Abs. 1 StGB (Notwehrhilfeexzess) befassen müssen. Eine rechtsgenügende Prüfung des Rechtfertigungsgrundes von Art. 15 StGB und des Strafmilderungsgrundes von Art. 16 Abs. 1 StGB fand im angefochtenen Entscheid nicht statt.

3.

Damit erübrigt sich eine Behandlung der übrigen Rügen betreffend u.a. die Landesverweisung.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kanton Zürich trägt keine Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 4 BGG). Er hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Oktober 2020 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Januar 2022

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Die Gerichtsschreiberin: Unseld