

ZH_OBERGERICHT SB110352 vom 23. April 2012

ZH Obergericht, 2012-04-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110352

FR: ZH_OBERGERICHT SB110352 du 23 avril 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB110352 del 23 aprile 2012

Erwägungen

E. 1

Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 10. Februar 2011 sprach das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, den Beschuldigten schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie in Verbindung mit Art. 15 StGB und 16 Abs. 1 StGB, des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB und der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB. Gleichzeitig widerrief die Vorinstanz die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 15. November 2009 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.--, abzüglich zwei Tage geleisteter Untersuchungshaft. Der Beschuldigte wurde unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und zwei Monaten als Gesamtstrafe, abzüglich 454 Tage erstandener Haft. Sodann ordnete das Gericht die Einziehung verschiedener sichergestellter Gegenstände bzw. die Aushändigung diverser beschlagnahmter Kleidungsstücke an den Beschuldigten an. Mit Beschluss gleichen Datums verlängerte die Vorinstanz zudem die Sicherheitshaft bis zum möglichen Strafantritt (HD Urk. 82). Das Urteil

- 6 - wurde anlässlich der Tagfahrt vom 10. Februar 2011 mündlich eröffnet (HD Urk. 78 S. 11).

E. 1.1

Die Vorinstanz hat den vorliegend zur Anwendung gelangenden Strafrahmen korrekt abgesteckt. Der für die (eventual-)vorsätzliche Tötung massgebende Strafrahmen bemisst sich auf Freiheitsstrafe von fünf bis zwanzig Jahren. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (HD Urk. 92 S. 74 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). 1.2.1. Richtig gesehen hat die Vorinstanz sodann, dass der ordentliche Strafrahmen trotz Vorliegens von Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründen nur zu verlassen ist, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (HD Urk. 92 S. 74). Die Vorinstanz hat in der Folge aufgrund der bei der (eventu-

- 36 - al-)vorsätzlichen Tötung zu berücksichtigenden Strafmilderungsgründen (verminderte Schuldfähigkeit, Versuch und Notwehrexzess) den Strafrahmen nach unten geöffnet mit dem Ergebnis, dass das Gericht nicht mehr an die für (eventual-)vorsätzliche Tötung festgelegte Mindeststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe gebunden ist (HD Urk. 92 S. 75). Dafür besteht jedoch vorliegend keine Veranlassung (vgl. im Einzelnen nachfolgend Ziff. V 1.2.2.), und die Vorinstanz hat ihr Vorgehen letztlich insofern auch nicht begründet. 1.2.2. Die tat- und täterangemessene Strafe ist - wie vorstehend erwähnt - grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) Strafbestimmung festzusetzen (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. A., Zürich 2007, S. 74). 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 (BGer 6S.73/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.2). Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor (vgl. BGE 116 IV 300 E. 2a S. 302). Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- 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 (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 74). 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

- 37 - Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermag der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich der Ausgleichsfunktion (auch) des Strafrechts Rechnung zu tragen (BGE 136 IV 55). Vorliegend führen der Notwehrexzess (Art. 16 Abs. 1 StGB), die verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB) und der Versuch (Art. 22 StGB) nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen - und schon gar nicht von vornherein - zu unterschreiten. Dazu bedarf es weiterer ins Gewicht fallender Umstände, die einen objektiv leichten Tatvorwurf weiter relativieren bzw. das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen. Solcherart Umstände liegen indes vorliegend nicht vor bzw. sind nicht namhaft gemacht worden. 1.2.3. Wie vorstehend unter Ziffer IV.3.3.2. ausgeführt, ist vorliegend von einem vollendeten Versuch auszugehen, da es nicht im Wirkungsbereich des Beschuldigten lag, ob der Erfolg letztlich eintrat oder nicht. Bei der Verschuldensbewertung spielt es eine Rolle, ob der Täter aus eigenem Antrieb zurückgetreten ist. Dies ist ein Umstand, welcher verschuldensmindernd zu gewichten ist. Tritt dagegen der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein, ohne vom Täter beeinflusst worden zu sein, bleibt das Verschulden unberührt. Gleichwohl hat sich dieser Umstand aber zugunsten des Täters auszuwirken (BGE 123 IV 49). Beim vollendeten Versuch geht es um eine Tatkomponente, die sich dadurch auszeichnet, dass sie verschuldensunabhängig ist. Deshalb wird sie bei der Gesamtseinschätzung des Verschuldens auch nicht einbezogen. Sie hat sich indessen im Sinne einer Reduzierung der (hypothetischen) verschuldensangemessenen Strafe auszuwirken (vgl. Mathys, Zur Technik der Strafzumessung in: SJZ 100 (2004) Nr. 8 S. 178).

E. 1.3

Richtig erwogen hat die Vorinstanz hingegen, dass eine Erweiterung des Strafrahmens nach oben aufgrund der Deliktsmehrheit nicht in Betracht fällt (HD Urk. 92 S. 74 f.). Korrekt ist ferner auch die unter Hinweis auf die geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung

gemachte Erwägung, dass sich Straf- schärfungs- und Strafmilderungsgründe gegenseitig aufheben können. Sie sind indessen vom Gericht zumindest strafferhöhend und strafmindernd zu berücksichtigen

- 38 - sichtigen (BGer 6B.238/2009 E. 5.8; BGer 6S.73/2006 E 3.2.; BGE 116 IV 302 E. 2.a.). 2. Strafzumessungsregeln

E. 2

Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte noch vor Schranken der Vorinstanz Berufung erklären. Auf Gesuch der amtlichen Verteidigung hin wurde dem Beschuldigten sodann mit Präsidialverfügung vom 5. Mai 2011 der vorzeitige Strafantritt bewilligt (HD Urk. 93 - 95). Das Urteil ging dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich je am 5. Mai 2011 (HD Urk. 96/1; HD Urk. 96/2) in begründeter Fassung zu (HD Urk. 92). In der Folge wurde die Akten dem Obergericht des Kantons Zürich zugestellt (Art. 399 Abs. 1 StPO). 3.1. Mit Eingabe vom 24. Mai 2011 reichte der Beschuldigte dem Obergericht des Kantons Zürich die Berufungserklärung ein (Urk. 102). Der Beschuldigte focht dabei den Schuldspruch wegen versuchter vorsätzlicher Tötung an und beantragte diesbezüglich einen Freispruch. Zudem stellte er den Antrag, es sei auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 15. November 2009 ausgefallenen bedingten Geldstrafe zu verzichten. Beweis- anträge stellte der Beschuldigte keine. 3.2. Bereits am 6. Mai 2011 hatte sich der Psychiatrisch-Psychologische Dienst der Justizdirektion an die Vorinstanz gewandt, um einen Hinweis auf die psychische Verfassung des Beschuldigten zu geben (Urk. 104). Die entsprechende Aktennotiz der Vorinstanz wurde in der Folge zu den Akten gelegt, ohne den Verfahrensbeteiligten davon Kenntnis zu geben. 3.3. Mit Präsidialverfügung vom 1. Juni 2011 wurde der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 401 StPO und Art. 34 StGB eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 105). Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten gestützt auf Art. 345 StPO in Verbindung mit Art. 379 und 389 Abs. 3 StPO nochmals Gelegenheit gegeben, Beweisanträge zu stellen. Ferner wurde der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich und der amtlichen Verteidigung

- 7 - Kenntnis von der Aktennotiz der Vorinstanz vom 6. Mai 2011 (Urk. 104) gegeben.

E. 2.1

Das Bezirksgericht hat in der Folge auch die theoretischen Grundsätze der richterlichen Strafzumessung korrekt zitiert, worauf verwiesen werden kann (HD Urk. 92 S. 75; Art. 82 Abs. 4 StPO). Insbesondere hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen hat, wobei er das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt (Art. 47 Abs. 1 StGB). 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, wieweit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19). Sowohl nach altem wie nach neuem Recht kommt somit dem (subjektiven) Tatverschulden bei der Strafzumessung eine entscheidende Rolle

zu. 2.2.1. Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten bei der Bewertung des subjektiven Tatverschuldens unter anderem zu Gute gehalten, dass er im Tatzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von (höchstens) 1,59 Gewichtsprozent aufgewiesen habe. Es sei beim Beschuldigten daher von einer leichten Verminderung der Steuerungsfähigkeit auszugehen, was verschuldensmindernd zu berücksichtigen sei (HD Urk. 92 S. 77). Der psychiatrische Sachverständige geht in seinem Gutachten vom 29. Februar 2012 (Urk. 125) von einer (ebenfalls) leichten Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB aus. 2.2.2. Ist der Täter zur Zeit der Tat vermindert schuldfähig, so ist die Strafe gemäss dem Wortlaut des Gesetzes zu mildern (Art. 19 Abs. 2 StGB). In einem neueren Entscheid hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, wie bei einer Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne einer nach-

- 39 - vollziehbaren Strafzumessung vorzugehen ist (vgl. BGE 136 IV 55): In einem ersten Schritt ist aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des Gutachters zu entscheiden, in welchem Umfange die Schuldfähigkeit des Täters in rechtlicher Hinsicht eingeschränkt ist und wie sich dies insgesamt auf die Einschätzung des Tatverschuldens auswirkt. 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. 3. Konkrete Strafzumessung Die eigentliche Strafzumessung durch die Vorinstanz ist nicht zu bemängeln. Sie hat die massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren grundsätzlich zutreffend genannt und gewürdigt (Urk. 92 S. 76 - 81; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachstehenden Ausführungen sind - soweit nicht ausdrücklich als Korrekturen dargestellt - deshalb lediglich als Präzisierungen bzw. Ergänzungen zu verstehen. 3.1. Objektive Tatschwere der eventualvorsätzlichen, mutmasslich vollendeten Tötung 3.1.1. Zunächst ist die objektive Tatschwere als Ausgangskriterium für die Verschuldensbewertung festzulegen und zu bemessen. Hierbei kann vorab auf die weitgehend zutreffenden und einlässlichen Erwägungen der Vorinstanz im Urteil vom 10. Februar 2010 verwiesen werden (HD Urk. 92 S. 76; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen lediglich zur Verdeutlichung und Präzisierung: 3.1.2. Die Vorinstanz hat das Verschulden des Beschuldigten insgesamt als "bedeutend" taxiert (HD Urk. 92 S. 76). Die abschliessende Einschätzung bzw. Bezeichnung des objektiven Tatverschuldens durch die Vorinstanz erweist sich so als unpräzise. Die festgestellte Tatschwere wird üblicherweise mit den Begriffen

- 40 - "äusserst leicht", "sehr leicht", "leicht", "noch nicht (besonders) schwer", "mittelschwer", "schwer", "sehr schwer" oder "äusserst schwer" eingeschätzt und bezeichnet (vgl. hierzu auch Mathys, a.a.O., S. 178). Insofern die Vorinstanz mit ihrer gewählten Formulierung das Tatverschulden des Beschuldigten insgesamt als "schwer" qualifizieren wollte, ist diese Einschätzung der Vorinstanz im Lichte der nachfolgenden Erwägungen zu relativieren. Beim Ausmass des Erfolges ist bei der objektiven Tatschwere grundsätzlich vom mutmasslich vollendeten Delikt auszugehen. Der Umstand, dass es vorliegend bei einem vollendeten Versuch blieb, beeinflusst die subjektive Verschuldensbewertung nicht (vgl. Mathys, a.a.O., S. 178). Diese Sichtweise ist auch dadurch gerechtfertigt, als im

Rahmen der Beurteilung des Ausmasses des Erfolgs auch die Gefährdung resp. das Risiko eine Rolle spielt. Tötungsdelikte, auch versuchte, gehören - was schon der Strafrahmen aufzeigt - zu den schwersten Delikten unserer Rechtsordnung. Der Beschuldigte nahm das Taschenmesser hervor und setzte dieses unvermittelt mehrfach gezielt gegen den Beschuldigten ein. Dabei fügte er dem unbewaffneten Geschädigten eine 3 cm tiefe und 1 cm lange Stich- verletzung im Bereich des Überganges vom Kinn zum Hals Richtung Halsschlag- ader und eine weitere, je 1 cm tiefe und lange Stichverletzung im Bereich des linken Ohres zu. Die Verletzungen blieben zwar vergleichsweise gering. Derartige Messerstiche sind jedoch äusserst gefährlich und es ist nur einem glücklichen Zufall zu verdanken, dass eine unmittelbare und ernsthafte Gefahr für das Leben des Geschädigten nicht bestanden hat. Die Gewaltanwendung erfolgte sodann nicht mittels irgendeines Gegenstandes, der zufällig gerade in Reichweite war, sondern durch den gezielten Einsatz eines Taschenmessers, das der Beschuldig- te, gewissermassen für alle Fälle, mit sich führte, in den Hals- und Gesichts- bereich des Geschädigten. Zu bedenken ist aber andererseits, dass es durchaus auch (noch) gefährlichere mögliche Tatmittel gibt, beispielsweise Schusswaffen oder grössere Hieb- oder Stichwaffen, welche zum Einsatz bringen hätten können und bei welchem ein Tötungserfolg grundsätzlich näher liegt als beim Einsatz eines Taschenmessers in der vom Beschuldigten angewandten Art und Weise. Aufgrund der Vorgehensweise ist seine Tat insgesamt als mittelschwere (mutmasslich vollendete) Tötung zu qualifizieren.

- 41 - In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei leichtem Tatverschulden in aller Regel die Strafen im unteren bis mittleren Drittel des vorgegebenen ordentlichen Strafrahmens ansiedelt, bei mittlerer Tatschwere eben im mittleren Drittel und bei schwerem Tatverschulden im oberen Drittel. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen sind bloss ausnahmswei- se und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (BSK StGB I - Wiprächtiger, N 14 zu Art. 63 aStGB). Bei der vorliegenden Verschuldens- bewertung ist deshalb in objektiver Hinsicht von einer hypothetischen Einsatz- strafe auszugehen, die noch im unteren Bereich des mittleren Drittels des or- dentlichen Strafrahmens liegt. 3.2. Subjektive Tatschwere der eventualvorsätzlichen, mutmasslich vollendeten Tötung 3.2.1 Was das subjektive Verschulden anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, dass das Verschulden eines Täters, der vorsätzlich gehandelt hat, wesentlich schwerer zu werten ist, als das Verschulden eines Täters, der „bloss“ fahrlässig oder mit Eventualvorsatz handelt (BGer 6P.119/2003/6S.333/2003 vom 20. Janu- ar 2004, E. II.7.5.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II., 2. A. Bern 2006, S. 185 f., N 25 ff.). Vorliegend ist von einer eventualvorsätzlichen Tatbe- gehung auszugehen, was das Verschulden des Beschuldigten bzw. den Schuld- vorwurf geringer erscheinen lässt. 3.2.2. Ferner ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Tat nicht lange im Voraus geplant war (HD Urk. 92 S. 76 f.). Vielmehr muss angenommen werden, dass sich der Beschuldigte und der Geschädigte am Tatabend rein zufällig im Bereich der ...strasse in Zürich getroffen haben und der Beschuldigte, nachdem er vom Geschädigten mit Faustschlägen attackiert worden war, sich plötzlich entschlossen hat, das Taschenmesser gegen den Hals- und Gesichts- bereich des Geschädigten einzusetzen. Auch ein spontaner und innert Sekun- denbruchteilen gefasster Tatentschluss ist zwar nicht zu entschuldigen, hat ver- schuldensmässig aber doch nicht die gleiche Bedeutung, wie eine lange zum vo- raus geplante Tat.

- 42 - 3.2.3. Sodann hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass dem Notwehrexzess des Beschuldigten im Rahmen der Strafzumessung Rechnung zu tragen ist (HD Urk. 92 S. 73). Angesichts der vorstehend beschriebenen konkreten Umstände (Art und Weise des Angriffs des Geschädigten; zahlenmässige Überlegenheit der Angreifer; erhebliche Verletzungen des Beschuldigten; Risiko, im Laufe der Auseinandersetzung noch schwerere Körperverletzungen davonzutragen) vermindert der Notwehrexzess das subjektive Verschulden des Beschuldigten ganz erheblich. 3.2.4. Der Beschuldigte wurde von PD Dr. med. B. _____ ausführlich begutachtet. Der Gerichtsexperte kam in seinem Gutachten vom 29. Februar 2012 (Urk. 125) zum Ergebnis, dass der Beschuldigte an einer dissozialen Persönlichkeitsstörung (ICD - 10: F60.2) leide. Anhalte für das tatezeitaktuelle Bestehen einer Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis hätten sich nicht gefunden. Die Genese und genauere diagnostische Zuordnung der vom Beschuldigten berichteten, lebhaften akustischen Halluzinationen müsse offen bleiben; eine Relevanz für das vorgeworfene Delikt hätten diese Phänomene jedoch nicht gehabt (HD Urk. 125 S. 66). Ausserdem stellte der Experte beim Beschuldigten tatezeitaktuell ein Abhängigkeitssyndrom von Alkohol (ICD - 10: F10.25) und von Kokain (ICD - 10: F14.25) sowie eine leichtgradige Alkoholintoxikation (ICD - 10: F10.0) fest. In der derzeitigen Gefängnisunterbringung bestehe - so der Experte fortfahrend - das Abhängigkeitssyndrom von Alkohol und Kokain fort, der Beschuldigte lebe derzeit abstinent, aber in beschützter Umgebung. Es müsse gemäss den Angaben des Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass die Kokainabhängigkeit seit ca. 10 Jahren bestehe. Ebenso sei von einer langjährigen Alkoholabhängigkeit auszugehen. Ein Kausalzusammenhang zwischen der vorgeworfenen Tat und den Abhängigkeitssyndromen von Kokain und Alkohol sei jedoch nicht zu erkennen (Urk. 125 S. 67). Auch wenn der Beschuldigte im Tatzeitpunkt alkoholisiert gewesen sei, sei die Tat nicht primär durch die Suchterkrankung bestimmt. Wenn das Gericht die Schuld des Beschuldigten erkennen sollte, so stelle sich die Tat als durch die dissoziale Persönlichkeitsstörung geprägt dar, wobei sich diese Prägung vorwiegend auf eine grundsätzlich bejahte Deliktsbereitschaft und einen deliktgenerierenden Lebensstil des Beschuldigten

- 43 - beziehe (Urk. 125 S. 68). Weder das Ausmass der Alkoholabhängigkeit noch der Alkoholintoxikation noch die dissoziale Persönlichkeitsstörung rechtfertigen nach Dafürhalten des Gutachters die Annahme, dass die Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit des Beschuldigten aufgehoben gewesen sei. Die Alkoholintoxikation könne, sofern man davon ausgehe, dass der Beschuldigte Opfer einer Attacke geworden sei, als geeignet angesehen werden, eine Verminderung der Hemmungskräfte zu bewirken. Zwar sei hierzu beachten, dass aufgrund der dissozialen Persönlichkeitsstörung auch eine Bereitschaft, körperliche Auseinandersetzungen in Kauf zu nehmen, beim Beschuldigten bestanden habe. Jedoch falle es einer alkoholisierten Person schwer, mit einer ängstigen und gefährlichen Situation angemessen und insbesondere deeskalierend umzugehen. Vor diesem Hintergrund erachtet es der Gutachter als vertretbar, dass bezüglich des Tötungsversuches vom 20. November 2009 eine leichte Verminderung der Steuerungsfähigkeit vorlag (Urk. 125 S. 69). Die Ausführungen von PD Dr. med. B. _____ erscheinen schlüssig und überzeugend. Es wurden denn auch keine Einwände seitens der Verfahrensbeteiligten gegen die gutachterlichen Schlussfolgerungen erhoben. Es ist daher den überzeugenden und klaren Aussagen von PD Dr. med. B. _____ zu folgen und auf diese abzustellen. Beim Beschuldigten ist somit von einer in leichtem Grade verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB auszugehen. Dem Beschuldigten ist deshalb

auch unter diesem Aspekt eine Verminderung der Schuldfähigkeit in leichtem Masse zuzubilligen. 3.2.4. Das subjektive Tatverschulden wiegt damit gesamthaft betrachtet und im Sinne des soeben Ausgeführten leicht. 3.3. Betrachtet man sodann das Gesamtverschulden des mutmasslich vollendeten Delikts (in objektiver und subjektiver Hinsicht), so ist dieses als noch nicht besonders schwer zu beurteilen und führt zu einer hypothetischen Einsatzstrafe von 7 Jahren.

- 44 - 3.4. Vollendeter Versuch als verschuldensunabhängige Tatkomponente Schliesslich gilt es zunächst in Betracht zu ziehen, dass es vorliegend beim Versuch blieb. Wie bereits vorstehend unter Ziffer V.1.2.3. ausgeführt, hat sich dies im Sinne einer Reduzierung der (hypothetischen) verschuldensangemessenen Einsatzstrafe auszuwirken. Das Mass der zulässigen Reduktion der Strafe beim vollendeten Versuch hängt unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und von den tatsächlichen Folgen der Tat ab. Die Reduktion der Strafe wird mit anderen Worten umso geringer, je näher der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerwiegender die tatsächliche Folge der Tat war. Stets ist aber eine Herabsetzung der Strafe wegen des Ausbleibens des tatbestandsmässigen Erfolgs zulässig (BGE 123 IV 49). In Betracht zu ziehen ist hierbei, dass es - wie bereits mehrfach erwähnt - nur dem Zufall und nicht dem Verhalten des Beschuldigten zuzuschreiben ist, dass die linke Halsschlagader des Geschädigten nicht getroffen wurde, was zu einer lebensgefährlichen Blutung geführt hätte. Allerdings sind die tatsächlichen Folgen der Tat nicht schwerwiegend. Der Geschädigte erlitt keine lebensgefährliche Verletzung; sein Leben musste nicht nur dank der sofortigen medizinischen Versorgung gerettet werden. Sodann hat er gemäss dem ärztlichen Bericht des Stadspitals D. _____ vom 29. Januar 2010 (HD Urk. 27/10) auch nicht mit bleibenden Nachteilen zu rechnen. Zudem war er "lediglich" drei Tage hospitalisiert (HD Urk. 27/6). In casu führt der Versuch doch zu einer erheblichen Reduktion bzw. Strafminderung, sodass die laufende hypothetische Einsatzstrafe nahe des untersten Randes des ordentlichen Strafrahmens zu liegen kommt.

3.6. Täterkomponente 3.6.1. Mit Bezug auf die Täterkomponente kann vorab ebenfalls auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (HD Urk. 92 S. 78; Art. 82 Abs. 4 StPO).

- 45 - 3.6.2. Vorstrafen/Delinquieren während laufender Probezeit Der Beschuldigte hat unter dem Aliasnamen A4. _____ zwei Eintragungen im Schweizerischen Strafregister zu verzeichnen. Diese beiden Verurteilungen sind im Strafregister in der Zwischenzeit gelöscht worden (HD Urk. 38/6a, Urk. 100). Die Vorinstanz hat daher unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 135 IV 87) zutreffend erwogen, dass diese aus dem Strafregister entfernten Verurteilungen im vorliegenden Strafverfahren bei der Strafzumessung nicht mehr verwertet werden dürfen (HD Urk. 92 S. 79). Insofern die Vorinstanz die weiteren Vorstrafen des Beschuldigten in der Schweiz, I. _____ und in J. _____ (HD Urk. 78 S. 3) sowie das Delinquieren während laufender Probezeit (Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich – Limmat vom

E. 4

In der Folge erhob die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich mit Eingabe vom 22. Juni 2011 Anschlussberufung. Dabei beschränkte sie die Berufung auf die Strafzumessung (Urk. 108). Am 24. Juni 2011 stellte der Präsident der erkennenden Kammer dem Beschuldigten die Anschlussberufung der Anklägerin zu (Urk. 109). Mit Beschluss vom

E. 4.1

Insgesamt ist daher für die heute zu beurteilenden Delikte eine Freiheits- strafe von 5 ½ Jahren Freiheitsstrafe auszufallen.

E. 4.1.1

Der Beschuldigte hat stets geltend gemacht, er habe in Notwehr gehandelt, weil er vom Geschädigten zuerst angegriffen worden sei. Das Bezirksgericht hat dem Beschuldigten eine Notwehrsituation zugestanden (HD Urk. 92 S. 71). Es hat indes auf einen Notwehrexzess erkannt, weil der Beschuldigte den Messereinsatz zuvor nicht angedroht und unvermittelt auf den Geschädigten eingestochen habe (HD Urk. 92 S. 72).

E. 4.1.2

Der Beschuldigte rügt eine Verletzung von Art. 15 und 16 Abs. 2 StGB. Die Vorinstanz habe zu Unrecht erkannt, dass er die Grenzen der Notwehr in unan- gemessener Weise überschritten und sich deshalb des Notwehrexzesses schuldig gemacht habe. Er sei nachweislich von zwei Personen mit Fäusten und Fusstritten angegriffen worden und habe deshalb mit erheblichen und gar lebens- gefährlichen Verletzungen rechnen müssen. Sich gegen einen solchen Angriff nur mit Händen und Füßen zu wehren, sei keine Option. Der Messereinsatz sei daher gerechtfertigt gewesen. Bei seiner Abwehr habe er die Prinzipien der

- 31 - Proportionalität und der Subsidiarität gewahrt (HD Urk. 78 S. 9 ff., HD Urk. 80; Urk. 130 S. 10 ff.; Prot. II S. 10 ff.).

E. 4.2

Das Bezirksgericht hat den von der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat mit Strafbefehl vom 15. November 2009 gewährten bedingten Vollzug für eine Geld- strafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- widerrufen und den Beschuldigten - unter Einbezug der widerrufenen Strafe - mit einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren und zwei Monaten als Gesamtstrafe bestraft. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird (vgl. Ziffer VI.) widerspricht es der ratio legis der Bestimmung von Art. 46

- 48 - Abs. 1 StGB, eine (rechtskräftige) Vorstrafe zulasten des Verurteilten zu ändern. Das Verfahren ist nicht anwendbar, um eine Vorstrafe in eine schwerere Sanktion umzuwandeln. 5. Der Anrechnung von 892 Tagen Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). VI. Widerruf 1. Die Vorinstanz hat - wie gesehen - die mit Strafbefehl vom 15. November 2009 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- widerrufen (HD Urk. 92 S. 81). Die amtliche Verteidigung beantragte, es sei vom Widerruf abzusehen (vgl. Urk. 102 S. 2). Sie begründete ihren Antrag vor Vorinstanz damit, dass zum einen die Probezeit erst nach Eintritt der Rechtskraft des Strafbefehls, mithin am 25. November 2009 zu laufen begonnen habe. Zum andern hielt sie dafür, dass im Falle eines Freispruchs vom Vorwurf der versuchten eventual- vorsätzlichen Tötung die eine Verurteilung wegen Diebstahls und Sachbeschädi- gung einen Widerruf nicht zu rechtfertigen vermöchten (HD Urk. 80). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung hielt die amtliche Verteidigung an ihrem Antrag fest (Prot. II S. 6). 2. Vorab ist festzuhalten, dass das Bezirksgericht zutreffend ausgeführt hat, dass die zweijährige Probezeit am 15. November 2009 zu laufen begonnen hat. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen verwiesen werden (HD Urk. 92 S. 82; Art. 82 Abs. 4 StPO). 3. Begeht der Verurteilte - wie vorliegend - während der Probezeit ein Ver- brechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben

wird, so widerruft das Gericht die bedingt ausgesprochene Strafe oder den bedingt ausgesprochenen Teil der Strafe (Art. 46 Abs. 1 StGB). Diese Entscheidung hat das Gericht die Prognose über künftiges Wohlverhalten des Täters zugrunde zu legen. Bei der Beurteilung der Prognose ist - entgegen dem Wortlaut

- 49 - nicht einzig auf die neue Tat abzustellen. Vielmehr drängt sich auch hier eine Gesamtbetrachtung auf. 4. Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit bildet also - wie schon unter altem Recht - einen möglichen Widerrufsgrund. Die neu begangene Straftat muss dabei eine gewisse Mindestschwere aufweisen, nämlich mit Freiheits- oder Geldstrafe bedroht sein. Allerdings führt ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser soll nach Art. 46 Abs. 1 StGB nur erfolgen, wenn „deshalb“, also wegen der Begehung des neuen Delikts, zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Das heisst, dass die Prognose seines künftigen Legalverhaltens in solchem Fall erneut gestellt werden muss, wobei dem Richter bei dieser Entscheidung ein Ermessensspielraum zusteht (BGE 134 IV 140 ff. unter dortige Hinweise zu Literatur). 5. Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Widerrufsverzicht sind unter neuem Recht weniger streng. Früher setzte der Verzicht auf einen Widerruf unter anderem die „begründete Aussicht auf Bewährung“ (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 aStGB) voraus. Es ging dabei der Sache nach um dieselbe Voraussetzung wie bei der Gewährung des bedingten Strafvollzugs, nämlich um die positive Erwartung, der Täter werde sich inskünftig wohl verhalten (BGE 98 IV 76). Unter neuem Recht soll hingegen vom Widerruf abgesehen werden können, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten begehen wird. Verlangt wird also nicht mehr eine günstige Prognose, sondern das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Mit anderen Worten ist eine bedingte Strafe oder der bedingte Teil einer Strafe nur zu widerrufen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, das heisst aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlicher Umstände vorzunehmen. 6. Art und Schwere der erneuten Delinquenz bleiben dabei auch unter neuem Recht für den Entscheid über den Widerruf von Bedeutung, insoweit nämlich, als das im Strafmass für die neue Tat zum Ausdruck kommende Verschulden Rück-

- 50 - schlüsse auf die Legalbewährung des Verurteilten erlaubt. Insoweit lässt sich sagen, dass die Prognose für den Entscheid über den Widerruf umso eher negativ ausfallen kann, je schwerer die während der Probezeit begangenen Delikte wiegen (BGE 134 IV 140 ff.). 7. Wie bereits eingehend ausgeführt, spricht im aktuellen Zeitpunkt vorab nichts für eine günstige Prognose beim Beschuldigten. Der Beschuldigte beging die zur Beurteilung stehenden strafbaren Handlungen nur wenige Tage nach der Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 15. November 2009. Der Beschuldigte hat unbeeindruckt von dieser Verurteilung sowie der laufenden Probezeit von zwei Jahren (teilweise) einschlägig erneut delinquierte. Dass der Beschuldigte den Ernst der Lage im damaligen Zeitpunkt nicht erkannte, liegt auf der Hand. Die erneute (teilweise) einschlägige Straffälligkeit in der Probezeit und die damit verbundene seinerzeitige Einsichtslosigkeit sind bei der Prognosebildung klar negativ zu bewerten. Eine positive Persönlichkeitsentwicklung ist beim Beschuldigten sodann nicht einmal ansatzweise auszumachen. Wie bei der Strafzumessung bereits erwähnt, kann ihm eine gereifte Einsicht in das Unrecht seiner Taten nicht attestiert werden. Der Beschuldigte verfügt über keine

Berufsausbildung. Gearbeitet hat er offiziell noch nie; er war lediglich - wenn überhaupt - „schwarz“ erwerbstätig. In I._____ wurde er von seinen Eltern und in J._____ vom Sozialamt unterstützt. Während einiger Zeit hat er als Asylbewerber in der Schweiz Sozialunterstützung erhalten. Im Jahr 2004 wurde er aus der Schweiz ausgeschafft. Der Beschuldigte ist in den Jahren 2004 bis 2009 mehrfach in der Schweiz und in J._____ mit dem Gesetz in Konflikt gekommen. Die ganze Entwicklung der Beschuldigten zeugt von keinem tiefgreifenden Wandel und dem definitiven Entschluss, sich von seiner kriminellen Vergangenheit zu verabschieden. Wenn der Beschuldigte sodann heute ausführt, nach seiner Entlassung werde er nach Hause gehen, wo seine Familie hoch angesehen sei und werde dort - mit deren Unterstützung - an die Uni gehen und nachher eine gut bezahlte Arbeit finden (Urk. 130 S. 6), dann sind hinter die Ernsthaftigkeit und die Realisierbarkeit solcher Zukunftspläne - vorsichtig ausgedrückt - beträchtliche Vorbehalte anzubringen. Eine günstige Prognose kann dem Beschuldigten jedenfalls zum heutigen Zeitpunkt nicht zuerkannt werden. Die mit Strafbefehl der

- 51 - Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 15. November 2009 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- (abzüglich 2 Tage Untersuchungshaft) ist daher zu widerrufen. 8. Die Vorinstanz änderte die zu widerrufende Geldstrafe zur Bildung der Gesamtstrafe in eine Freiheitsstrafe und somit in eine schwerere Sanktion um. Dies ist jedoch nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen. Das Gericht kann somit nur eine Gesamtfreiheitsstrafe im Sinne von Art. 49 StGB ausfällen, wenn es im konkreten Fall für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfällen würde. Diese Voraussetzungen gelten auch für die Bildung der Zusatzstrafe bei der retrospektiven Konkurrenz (BGE 137 IV 249 E. 3.4. mit weiteren Verweisen). Demnach durfte die Vorinstanz die frühere Geldstrafe nicht in eine Freiheitsstrafe ändern und den Beschuldigten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilen. Dies ist entsprechend zu korrigieren. VII. Kosten 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv zu bestätigen (Ziffern 6 und 7). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.-- festzusetzen. 2. Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinem Hauptantrag vollständig. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen, mit Ausnahme der Kosten seiner amtlichen Verteidigung, welche einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 426 Abs. 1 StPO). Eine Nachforderung bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO). 3. Der Beschuldigte liess sodann die Zusprechung einer Genugtuung im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO beantragen. Bei dem heutigen Verfahrensausgang ist dem Beschuldigten keine solche zuzusprechen, weitere Ausführungen in diesem Zusammenhang erübrigen sich.

- 52 - Es wird beschlossen:

E. 4.2.1

Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren (Art. 15 StGB). Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 16 Abs. 1 StGB). Überschreitet er die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so handelt er nicht schuldhaft (Art. 16 Abs. 2 StGB).

E. 4.2.2

Nach der Rechtsprechung muss die Abwehr in einer Notwehrsituation nach der Gesamtheit der Umstände als verhältnismässig erscheinen. Eine Rolle spielen vor allem die Schwere des Angriffs, die durch den Angriff und die Abwehr bedrohten Rechtsgüter, die Art des Abwehrmittels und dessen tatsächliche Verwendung (BGE 136 IV 49, BGE 102 IV 65 E. 2a mit Hinweisen, insb. BGE 79 IV 148 E. 1). Die Angemessenheit der Abwehr ist aufgrund jener Situation zu beurteilen, in der sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand. Es dürfen nicht nachträglich allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen (BGE 136 IV 49, BGE 107 IV 12 E. 3a mit Hinweis). Dieser Rechtsprechung folgt die Lehre (BSK StGB I - Seelmann, 2. A., Basel 2007, N 12 zu Art. 15 StGB; siehe auch José Hurtado Pozo, *Droit pénal, Partie générale*, 2008, S. 239 Rz. 718).

E. 4.2.3

Besondere Zurückhaltung ist bei der Verwendung von gefährlichen Werkzeugen zur Abwehr (Messer, Schusswaffen etc.) geboten, da deren Einsatz stets die Gefahr schwererer oder gar tödlicher Verletzungen mit sich bringt. Angemessen ist die Abwehr, wenn der Angriff nicht mit weniger gefährlichen und zumutbaren Mitteln hätte abgewendet werden können, der Täter womöglich gewarnt worden ist und der Abwehrende vor der Benutzung des gefährlichen Werkzeugs das Nötige zur Vermeidung einer übermässigen Schädigung vorgekehrt hat. Auch ist eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter unerlässlich. Doch muss deren Ergebnis für den Angegriffenen, der erfahrungsgemäss rasch han-

- 32 - deln muss, mühelos erkennbar sein (BGE 136 IV 49, BGE 107 IV 12 E. 3b; zur "angemessenen" Abwehr im Sinne der Rechtsprechung vgl. auch Stratenwerth, *Die Straftat*, 3. A. 2005, § 10 Rz. 75 und 76; Donatsch / Tag, a.a.O., S. 225 f.). 4.3.1. Ausgehend vom beweismässig erstellten Sachverhalt ist zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass es der Geschädigte C._____ war, der für den Beschuldigten eine Notwehrlage schuf, indem er einen Angriff auf ihn startete und ihm einen ersten Faustschlag an den Kopf versetzte. Somit kann nicht davon gesprochen werden, dass es der Beschuldigte selber war, der die Notwehrlage durch eine Provokation selber verschuldet hätte. Erstellt ist zudem, dass sich E._____ in jener Phase ebenfalls in der unmittelbaren Nähe der beiden Kontrahenten aufhielt. Der Beschuldigte musste damit rechnen, dass E._____ auch in die tätliche Auseinandersetzung eingreift. Dass sich der Beschuldigte vorliegend demzufolge in einer Notwehrsituation befand, als er sich mit dem Messer zur Wehr setzte, wird im angefochtenen Entscheid zu Recht bejaht (HD Urk. 92 S. 71). Der Beschuldigte sah sich mit zwei Angreifern konfrontiert, wobei zumindest der eine ihn mit Faustschlägen und Fusstritten traktierte. Da er die Ursache für die Notwehrlage nicht vorgängig setzte bzw. den Abwehrhandlungen keine Provokation seinerseits vorausging, war er nicht verpflichtet, dem rechtswidrigen Angriff auszuweichen, sondern durfte sich verteidigen bzw. war er zur Abwehr befugt (BGE 136 IV 49, BGE 101 IV 119). 4.3.2. Die Auffassung der Vorinstanz, der Beschuldigte habe die Grenzen der erlaubten Notwehr überschritten, erweist sich (ebenfalls) als korrekt. Dem angefochtenen Entscheid liegt keine zu enge Auffassung vom Umfang der Notwehrebefugnis im Sinne einer angemessenen Abwehr in der konkreten Situation zu Grunde. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (HD Urk. 92 S. 71 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Nach den vorinstanzlichen Feststellungen wurde der Beschuldigte vom Geschädigten angegriffen.

Ein weiterer potentieller Angreifer stand in unmittelbarer Nähe des Geschädigten. Dieser war mithin zahlenmässig und körperlich einer Angriffs- übermacht ausgesetzt. Der Angreifer bzw. der Geschädigte schlug ihn mit der Faust, trat ihn mit den Füßen und nahm ihn in den Schwitzkasten. Ein erster

- 33 - Faustschlag ging in das Gesicht des Beschuldigten. Der Angriff gestaltete sich damit insgesamt keineswegs als harmlos, sondern war heftig, wenn nicht gar brutal. Der Beschuldigte hat denn auch erhebliche Verletzungen davon getragen. Die Vorstellung des Angegriffenen bzw. des Beschuldigten, aufgrund von weiteren Tritten und Schlägen allenfalls noch schwerer verletzt zu werden, erscheint daher als keineswegs unbegründet. Einerseits kommt Solches - wie die Erfahrung leider zeigt - immer wieder vor, weshalb man eine entsprechende Befürchtung haben darf, und entspricht es andererseits allgemeiner Lebenserfahrung, dass derartige Gewalteinwirkungen insbesondere gegen den Kopfbereich eines Menschen zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität führen können (Frakturen, Gehirnerschütterung, Bewusstseinsverlust oder Koma, Hirnblutungen usw.). Unter diesen Umständen war der Beschuldigte nicht gehalten, die Auseinandersetzung mit blossen Händen und Füßen zu führen bzw. zu versuchen, den Angriff mit blosser Körpergewalt abzuwehren. Das Notwehrrecht gibt nicht nur das Recht, mit gleichen Mitteln abzuwehren, mit denen der Angriff erfolgt, sondern mit solchen, die eine effektive Abwehr ermöglichen. Das bedeutet, dass der Verteidiger von Anfang an die voraussichtlich wirksamen Mittel einsetzen darf (BGE 107 IV 12 E. 3b). Angesichts der Art und Schwere des Angriffs, der zahlenmässigen Überlegenheit der Angreifer und des Risikos, im Laufe der Auseinandersetzung möglicherweise auch erhebliche Körperverletzungen davonzutragen, kann dem Beschuldigten nicht vorgeworfen werden, den Angriff mit dem Messer abgewehrt zu haben. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass der Messereinsatz als Solcher vorliegend nicht von vorneherein als unzulässig erscheint. Es kann auf die zutreffend vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (HD Urk. 92 S. 71; Art. 82 Abs. 4 StPO). Allerdings war der Beschuldigte beim Einsatz des Messers zu besonderer Zurückhaltung verpflichtet. Ein Solcher kann grundsätzlich nur das letzte Mittel der Verteidigung sein. Ob der Beschuldigte gehalten gewesen wäre, den Gebrauch des Messers zunächst anzudrohen bzw. den Angreifer zu warnen, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Sicherlich wäre der Beschuldigte jedoch vor die-

- 34 - ser gefährlichen Art der Verwendung des Messers gehalten gewesen, einen schonenderen bzw. mildereren Einsatz desselben zur Erreichung des Abwehrerfolgs zu versuchen, indem er dem Angreifer zunächst beispielsweise "lediglich" einen Stich gegen die Extremitäten (Hände oder Beine) versetzt hätte. Der Beschuldigte tat das indes nicht, sondern er stach vielmehr unvermittelt zu und zwar gezielt auf den Kopf- und Halsbereich des Geschädigten, die offensichtlich empfindlichste Stelle des Menschen. Mit anderen Worten hat der Beschuldigte nicht einmal versucht, den Geschädigten zunächst mit einem ersten milden bzw. mildereren Einsatz des Messers abzuwehren. Und selbst wenn der (unbewaffnete) Geschädigte daraufhin nicht reagiert, sondern sein Tun unbeirrt fortsetzt hätte, hätte der Beschuldigte dem Geschädigten bei weiterdauerndem Angriff einen Stich in die Schulter oder in die Flanke versetzen können. Zu Recht hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang erwogen, dass die Argumentation des Beschuldigten, wonach Stiche im Rumpfbereich des Geschädigten aufgrund von dessen dicken Lederjacke zur Abwehr ungeeignet gewesen wären, sich als nicht zielführend erweist (HD Urk. 92 S. 72). Unter

diesen Umständen muss die geschilderte Art der Abwehr des Beschuldigten in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als unangemessen bezeichnet werden. Die gezielten und unvermittelten Schnitte und Stiche in den Hals- und Kopfbereich des selbst nicht bewaffneten Geschädigten waren zur erfolgreichen Abwehr des Angriffs nicht erforderlich und berücksichtigten auch unter dem Gesichtspunkt der drohenden Rechtsgüterverletzungen das Verhältnis zu dessen Schwere nicht. Die hier zu beurteilende Abwehr erweist sich zusammenfassend als unangemessen. Wenn der Verteidiger hierzu ins Feld führt, auch ein Faustschlag könne schwere Verletzungen hervorrufen oder tödlich sein (Prot. II S. 11,12), so ist dem entgegen zu halten, dass das als Solches zwar stimmt, indessen als mögliches Szenario offensichtlich sehr viel unwahrscheinlicher ist, als dass ein mit einem Messer im Kopf-/Halsbereich Angegriffener schwere Verletzungen erleidet oder stirbt. Und genau in diesem Ungleichgewicht liegt die dem Beschuldigten vorzuwerfende Unverhältnismässigkeit seines unvermittelten Messereinsatzes gegen den Kopf/Hals des Geschädigten. Nur polemisch ist schliesslich, wenn der Verteidiger befundet, es sei absurd zu fordern, "dass der Beschuldigte zunächst den Ring-

- 35 - finden hätte treffen müssen einer Faust, die mit voller Wucht auf ihn zugeflogen kommt" (Prot. II S. 11): Davon abgesehen, dass Solches vom Beschuldigten selbstredend nicht gefordert wird, ist entscheidend, dass dieser eben überhaupt keine Anstalten zu einem milderen Einsatz seines Messers getroffen hat. 4.3.3. Schliesslich hat das Bezirksgericht korrekt gewürdigt, dass der Notwehrexzess des Beschuldigten nicht entschuldbar war. Das Vorgehen mit dem Messer ist nicht als verzweifelter Befreiungsversuch zu verstehen, sondern als gezielter Gegenangriff, hat sich der Beschuldigte nach seinen eigenen Angaben doch Gedanken über den (wirkungsvollsten) Ort seines Messereinsatzes gemacht. Ferner - und das fällt stark ins Gewicht - ist der Beschuldigte nach der tätlichen Auseinandersetzung den flüchtenden C._____ und E._____ gefolgt, um sein Eigentum (Pass, Geld, vgl. Urk. 130 S. 13) zurück zu erlangen, was klar gegen eine im Sinne von Art. 16 Abs. 2 StGB entschuldigende Gemütsregung spricht. Angesichts dessen kann - wie die Vorinstanz richtig erkannt hat - nicht von entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung seitens des Beschuldigten gesprochen werden (HD Urk. 92 S. 73). V. Sanktion 1. Strafraumen

E. 7

Juli 2011 wurde - nach Einsicht in die vorstehend erwähnte Aktennotiz des Bezirksgerichtes vom 6. Mai 2011 und nachdem weder die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich noch die amtliche Verteidigung je eine psychische Erkrankung des Beschuldigten geltend gemacht hatten und die allfällige psychische Störung gemäss dem Psychiatrisch-Psychologischen Dienst nicht auf die Haft zurückzuführen war - ein ärztliches Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Beschuldigten, dessen Schuldfähigkeit zur Zeit der Tat sowie die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach den Artikeln 56 bis 64 StGB eingeholt. Als Gutachter wurde PD Dr. med. B._____ bestellt (Urk. 113). Am 23. August 2011 erfolgte der Gutachtensauftrag an den genannten Experten (Urk. 120). Am 1. März 2012 ging das betreffende Gutachten ein; es datiert vom 29. Februar 2012 (Urk. 125). Am 19. Mai 2011 war überdies ein aktueller Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt worden (Urk. 100), welcher mit dem bereits bei den Akten liegenden (HD Urk. 38/6a) inhaltlich übereinstimmt. II. Gegenstand der Berufung / Anklagevorwurf 1. Der Beschuldigte beantragt einen Freispruch vom Vorwurf der versuchten vorsätzlichen Tötung. Sodann verlangt er den Verzicht auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 15. November 2009 ausgefallenen

bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätze zu Fr. 30.--. Demzufolge sind die Dispositivziffern 1 Abs. 1, Ziff. 2, 3, 6 und 7 des vorinstanzlichen Urteils angefochten und stehen zur Disposition. Seitens der Verteidigung unangefochten blieben hingegen die Dispositivziffern 1 Abs. 2 und Abs. 3 (Schuldspruch wegen

- 8 - Diebstahls und Sachbeschädigung) sowie Ziff. 4 und 5 (je Einziehungen). Somit ist mittels separaten Vorabbeschlusses festzustellen, dass die erstinstanzlichen Dispositivziffern 1 Abs. 2 und Abs. 3, sowie Ziff. 4 und 5 des Urteils rechtskräftig sind. 2. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet Ziffer I des Sachverhaltes gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 14. Juli 2010 (HD Urk. 46). Darin wird dem Beschuldigten das Folgende vorgeworfen: Zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten C._____ sei es am 20. November 2009 an der ...strasse in Zürich zu einer erst verbalen, dann tätlichen Auseinandersetzung gekommen. Im Verlauf dieser Auseinandersetzung habe der Beschuldigte ein Taschenmesser mit zwei Klingen, einer grossen von 65 mm Länge und einer kleineren gekrümmten Abmantlerklinge aus seiner Hosentasche genommen und die normale (grössere) Klinge geöffnet. In der Folge habe der Beschuldigte dieses Messer gegen den Geschädigten C._____ eingesetzt, wobei durch eine Abwehrbewegung [des Geschädigten] die Messerklinge teilweise eingeklappt sei und dem Beschuldigten am rechten Daumen eine Schnittwunde zugefügt habe. Daraufhin habe der Beschuldigte das Messer erneut geöffnet und dieses insgesamt mehrere Male gegen den Kopf und den Halsbereich des Geschädigten geführt. Dergestalt habe der Beschuldigte dem Geschädigten eine Stichverletzung (Länge des Stiches 1 cm, Tiefe des Stichkanals 3 cm) unter dem Kinn links am Übergang zum Hals Richtung Halsschlagader und eine Stichverletzung (Länge des Stiches und Tiefe des Stichkanals je 1 cm) vor dem Ohr links mit Verletzung der Speicheldrüse zugefügt. Ebenso habe der Geschädigte durch den Messereinsatz eine oberflächliche Schnittverletzung an der Stirn links und Kopfhaut rechts, am Hals links eine Y-förmige, schräg verlaufende, 14 cm lange, oberflächliche Hautabschürfung sowie weitere ca. fünf oberhalb davon befindliche, oberflächliche, eine Ausdehnung von 7 x 1 cm einnehmende Hautabschürfungen erlitten. Hätte der Stichkanal - so die Anklagebehörde fortfahrend - vor dem linken Ohr mit einer Tiefe von 2 cm eine Verletzung des Gesichtsnervs bewirkt, was mit leicht anderen Bewegungen des Beschuldigten, aber auch des Geschädigten hätte eintreten können, so hätten

- 9 - Lähmungen bestimmter Gesichtspartien die Folge sein können. Bei nur geringfügig abweichendem Stichkanal des mindestens 3 cm tiefen Stiches vom Hals in Richtung des Halsschlagader hätte sodann die Halsschlagader verletzt werden können, was eine lebensgefährliche Blutung hätte bewirken können. Der Beschuldigte habe den Geschädigten mit dem Messer verletzen wollen; er habe ihm Schnittverletzung zufügen wollen, wobei er dabei billigend in Kauf genommen habe, dass der Geschädigte bleibend entstellt, lebensgefährlich verletzt und tödliche Verletzungen erleiden würde. Konkret hätten die Verletzungen keine Entstellung sowie auch keine nahe Wahrscheinlichkeit des Todeseintritts bewirkt und der Geschädigte habe die Gewalttat des Beschuldigten überlebt. III. Sachverhalt 1. Der Beschuldigte erklärte sich hinsichtlich des äusseren Anklagesachverhaltes, wie er unter Ziffer I. der Anklageschrift umschrieben ist, im Laufe der Untersuchung und anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung geständig (HD Urk. 23/14 S. 2; HD Urk. 23/16 S. 6; HD Urk. 78 S. 13 f.). Insbesondere anerkannte er, dem Geschädigten mit dem erwähnten Taschenmesser die in der Anklageschrift beschriebenen Schnitt- und Stichverletzungen zugefügt zu haben (HD Urk. 78 S. 13). Ebenso wenig bestritt er die

objektiven Folgen dieser Messer- stiche gemäss den ärztlichen Berichten des ...spitals Zürich vom 15. Dezember 2009 (HD Urk. 27/5), des Stadtsitals D._____ vom 29. Januar 2010 (HD Urk. 27/10) sowie des Gutachtens des Instituts für Rechtsmedizin vom 4. Dezember 2009 (HD Urk. 30/6). Hingegen stellte der Beschuldigte mit Entschiedenheit einen Tötungsvorsatz in Abrede. Er hielt dafür, dass er sich in einer Notwehrsituation befunden und bloss versucht habe, sich gegen den Angriff des Geschädigten zu verteidigen (HD Urk. 23/16, HD Urk. 78 S. 15). Bei dieser Version blieb der Beschuldigte auch in der heutigen Berufungsverhandlung (Urk. 130).

- 10 - 2. Zum Hergang der Auseinandersetzung wurden im Rahmen der Unter- suchung neben dem Beschuldigten und dem Geschädigten auch der in die Geschehnisse involvierte E._____ polizeilich und staatsanwaltschaftlich befragt (HD Urk. 25/1, HD Urk. 25/6). Als Zeugen einvernommen wurden sodann die drei Polizeibeamten F._____ (HD Urk. 25/8), G._____ (HD Urk. 25/10) sowie H._____ (HD Urk. 25/13), welche zur eigentlichen Auseinandersetzung jedoch keine eige- nen Wahrnehmungen machen konnten. Ihre Aussagen beschränken sich auf die der Tat folgende Verhaftung des Beschuldigten. In den Verfahrensakten liegen zudem ein Vorbericht des wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich vom 8. Dezember 2009 (HD Urk. 29/2) betreffend die Kampf- bzw. Blutspuren an den Kleidern des Beschuldigten und des Geschädigten, die Auswertung der DNA- Spuren durch das Institut für Rechtsmedizin vom 7. April 2010 (HD Urk. 29/4), die (bereits) erwähnten medizinischen Befunde (Berichte/Gutachten) betreffend den Geschädigten vom 23. November 2009, 4. Dezember 2009, 15. Dezember 2009, 16. Dezember 2009 und 29. Januar 2010 (HD Urk. 30/6; HD Urk. 27/5 - 7, HD Urk. 27/10), das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin vom 3. Dezember 2009 (HD Urk. 31/1) und der ärztliche Befund des ...spitals Zürich vom

E. 10

Februar 2010 (HD Urk. 28/3), welche die erlittenen Verletzungen des Be- schuldigten dokumentieren, und ein chemisch-toxologisches Gutachten des Insti- tutes für Rechtsmedizin sowie ein ergänzender Bericht zur Blutalkoholanalyse vom 13. Januar 2010 (HD Urk. 31/7) bzw. 19. Februar 2010 (HD Urk. 31/10), wel- che die Blutalkoholkonzentration des Beschuldigten im tatrelevanten Zeitpunkt be- treffen. Schliesslich befindet sich bei den (Berufungs-)Akten auch das psychiatrische Gutachten von PD Dr. med. B._____, ... [Funktion], vom 29. Februar 2012 (Urk. 125) über den Beschuldigten, welches von der erkennenden Kammer ein- geholt wurde. Die entsprechende Fragestellung bezieht sich auf die Einsichts- und Willensfähigkeit, die Legalprognose und eine allfällige Massnahmeindikation. 3.1. Die amtliche Verteidigung bemängelte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung, dass sowohl der Geschädigte C._____ als auch E._____ an- llässlich ihrer polizeilichen Befragung eine falsche Rechtsbelehrung erhalten hät-

- 11 - ten (vgl. dazu den pauschalen Verweis des Verteidigers in der Berufungsverhand- lung; Prot. II S. 8/9). Nach Auffassung der Verteidigung hätte die Polizei sowohl den Geschädigten als auch E._____ auf ein umfassendes Aussageverweige- rungsrecht ohne Angabe von Gründen und nicht auf das beschränkte Aussage- verweigerungsrecht nach § 131 StPO / ZH aufmerksam machen müssen. In An- betracht der erheblichen Verletzungen des Beschuldigten hätte die Polizei C._____ und E._____ als Täter in Betracht ziehen müssen, zumal der Beschul- digte am 21. September 2009 gegen den Geschädigten Strafantrag gestellt habe. Sodann habe die Staatsanwaltschaft den Geschädigten und

E._____ als Zeugen einvernommen, was falsch gewesen sei. Die Staatsanwaltschaft habe an der willkürlichen Rollenverteilung der Polizei festgehalten, obwohl C._____ und E._____ nicht als Täter ausgeschlossen werden konnten und somit als Auskunftspersonen im Sinne von § 149a Ziff. 2 StPO / ZH hätten qualifiziert werden müssen (HD Urk. 80 S. 3 ff.). 3.2. Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich hielt anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung dafür, dass die mögliche Raubtat des Geschädigten C._____ mit dem Tötungsversuch des Beschuldigten nicht gleichgerichtet, sondern gegen den Haupttäter (den Beschuldigten) gerichtet sei, weshalb der Geschädigte in Nachachtung eines Entscheides des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 2004 nicht im Sinne von § 149 Ziff. 2 StPO / ZH habe einvernommen werden dürfen und daher als Zeuge einzuvernehmen gewesen sei. E._____ sei sodann formell korrekt als Zeuge befragt worden (HD Urk. 79 S. 3). 3.3.1. Wie die Vorinstanz zunächst richtig gesehen hat, behalten gemäss Art. 448 Abs. 2 StPO Verfahrenshandlungen, die vor Inkrafttreten der (eidgenössischen) Strafprozessordnung angeordnet oder durchgeführt worden sind, ihre Gültigkeit. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 92 S. 7; Art. 82 Abs. 4 StPO). Konkret folgt aus Art. 448 Abs. 2 StPO, dass solche altrechtlich erhobenen Beweise, soweit sie im Einklang mit dem früheren Recht und den allgemeinen grundrechtlichen Voraussetzungen abgenommen wurden, unter der Herrschaft des neuen Rechts gültig, das heisst beweismässig

- 12 - verwertbar bleiben und nicht mehr abzunehmen sind. Umgekehrt folgt aus Art. 448 Abs. 2 StPO, dass Beweise, die gemäss altem Recht ungültig und unverwertbar waren, dies auch unter dem neuen Recht bleiben (Niklaus Schmid, Übergangsrecht der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich / St. Gallen 2010, N 16 ff.). 3.3.2. Es ist sodann unverkennbar, dass zwischen den in den Prozessordnungen vorgesehenen Zeugnisverweigerungsrechten und der Figur der Auskunftsperson ein wesentlicher innerer Zusammenhang besteht: Beide prozessualen Institute wollen dazu beitragen, dass der Aussagende einerseits vor negativen Auswirkungen von Interessen- oder Gewissenskonflikten bewahrt wird. Andererseits soll im Interesse des Strafverfahrens bzw. der aussagenden Personen selbst von einer Zeugeneinvernahme abgesehen werden, wenn die Eignung dieser Personen, durch wahrheitsgemässe Aussagen zur Ermittlung der materiellen Wahrheit beizutragen, a priori als fragwürdig zu betrachten ist (Niklaus Schmid, Zur Auskunftsperson, insbesondere nach zürcherischem Strafprozessrecht, in: ZStrR 112 (1994) S. 89 f.). Ausgangspunkt ist die allgemeine Zeugnispflicht sowie die Feststellung, dass die Auskunftsperson eine Abart des Zeugen darstellt. § 149a StPO / ZH besagt denn auch, dass anstatt als Zeuge gewisse Personen als Auskunftspersonen einzuvernehmen sind. Aus dieser Stellung folgt, dass die Figur der Auskunftsperson als Ausnahme nur in den gesetzlich umrissenen Fällen in Betracht kommt und die relevanten Konstellationen deshalb tendenziell einschränkend und nicht extensiv zu interpretieren sind (Schmid, a.a.O., S. 91). 3.3.3. Zwar kommt im Rahmen der Beweiswürdigung den Aussagen einer Auskunftsperson grundsätzlich derselbe Beweiswert zu wie derjenigen eines Zeugen oder Angeschuldigten (Donatsch, in Donatsch / Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, N 7 zu § 149a und N 65 der Vorbem. zu §§ 128 ff.; Susanne Vogel, Die Auskunftsperson im Zürcher Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1999, S. 25; vgl. auch Schmid, zur Auskunftsperson, a.a.O., S. 115). Die Frage nach dem Beweiswert ist jedoch zu unterscheiden von derjenigen, ob der Beweis in der dafür vorgesehenen gesetzlichen Form erhoben wurde oder nicht. Es geht nicht an, eine Person unter den weniger strengen Formalien der

- 13 - Auskunftsperson zu vernehmen, wenn und solange eine Einvernahme nach den strengen Zeugenvorschriften möglich gewesen wäre (und nach wie vor möglich ist). So ist nur unter bestimmten, im Gesetz abschliessend (Donatsch, a.a.O., N 32 zu § 149a StPO / ZH, Vogel, a.a.O., S. 48) genannten Gründen (v.a. Vermeidung von Konfliktsituationen; vgl. Donatsch, a.a.O., N 2) eine Person ausnahmsweise nicht als Zeuge, sondern als Auskunftsperson zu befragen (Vogel, a.a.O., S. 24; vgl. auch Hauser / Schweri / Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., 2005, N 3a zu § 63); in den übrigen Fällen hat die Beweiserhebung zwingend nach den gesetzlichen Bestimmungen (insbesondere § 141 StPO / ZH) über die Zeugeneinvernahme zu erfolgen. 3.3.4. Der Entscheid darüber, ob eine Person als Zeuge, Auskunftsperson oder Angeschuldigter zu befragen ist, liegt beim Einvernehmenden, also beim zuständigen Justizorgan. Er wird aufgrund der sich im Zeitpunkt der Befragung ergebenden Sach- und Rechtslage getroffen (Donatsch, a.a.O., N 15 zu § 149a StPO / ZH; Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 659h; Schmid, zur Auskunftsperson, a.a.O., S. 99). Die Vorinstanz hat zunächst richtig gesehen, dass im Zeitpunkt der Verhaftung (20. November 2010) beim Beschuldigten keine - im Vergleich zur blutenden Halswunde des Geschädigten C._____ - gravierenden Verletzungen sichtbar waren. Sodann sei der Beschuldigte und nicht der Geschädigte bzw. E._____ mit einem Messer bewaffnet gewesen. Zu Recht hat die Vorinstanz daraus gefolgert, dass sich erst nach der Spitaleinlieferung des Beschuldigten vom 21. November 2009 bzw. nach dem Erhalt des entsprechenden medizinischen Befundes des ...spitals Zürich vom 10. Februar 2010 (HD Urk. 28/3) aufgedrängt habe, in Betracht zu ziehen, dass der Geschädigte und E._____ dem Beschuldigten gegenüber tötlich geworden sein könnten (HD Urk. 92 S. 8 f.). Vorliegend ist zudem klar, dass der Geschädigte C._____ und E._____ von der Staatsanwaltschaft nicht als Auskunftsperson befragt werden konnten. Ziffer 2 von § 149a StPO / ZH kommt dann zur Anwendung, wenn eine Person einvernommen werden muss, die unter einem gewissen Tatverdacht steht. Als Auskunftsperson-

- 14 - nen sind vorerst jene Personen einzuvernehmen, die, ohne selber der abzuklärenden Straftat beschuldigt oder verdächtigt zu werden, als Täter oder Teilnehmer der (abzuklärenden) Tat nicht ausgeschlossen werden können. In Frage kommt hier zunächst die Situation, in denen bei unbekannter Täterschaft eine Mehrzahl verdächtigter Personen vorhanden ist; hier soll niemand gezwungen werden, sich selber belasten zu müssen (Schmid, zur Auskunftsperson, a.a.O., S. 94; Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N. 659e; Donatsch, a.a.O., N. 34 zu § 149a StPO / ZH). Diese Fallkonstellation ist vorliegend nicht gegeben. Zu denken ist jedoch auch an die Fallkonstellation, in der die zu befragende Person durch eine andere in diffuser Art belastet wird (Donatsch, a.a.O., N 34 zu § 149a StPO / ZH; Vogel a.a.O., S. 49). In diesem Zusammenhang kommt § 149a Ziff. 2 StPO / ZH aber nur zur Anwendung, soweit die mit der Haupttat in Zusammenhang stehende strafbare Handlung, welche die zu befragende Person begangen haben könnte, mit der Haupttat gleichgerichtet und mithin nicht gegen den Haupttäter gerichtet ist. Der Status der Auskunftsperson soll der aussagenden Person nämlich nicht ermöglichen, direkt gegen sich selber gerichtete Aussagen zu verweigern, denn auch der Zeuge ist nicht gehalten, sich selber zu belasten. Der Sinn des Schutzes der Auskunftsperson kann nur darin liegen, dass letztere nicht verpflichtet werden soll, sich durch Aussagen, auf Grund deren sie mit dem eingeklagten Delikt in Zusammenhang gebracht werden könnte, indirekt zu belasten. Es ist dagegen nicht ersichtlich, weshalb die einzuvernehmende Person, die den Hauptangeschuldigten bereits belastet hat, diesen Schutz dann geniessen sollte, wenn sie Geschädigte der Haupttat ist (RB 2002 Nr. 127; Kass.G.-Nr. AC030105 vom 19.5.2004;

vgl. auch RB 1996 Nr. 158). Gestützt auf § 149a Ziff. 2 StPO / ZH kommt somit als Auskunftsperson nur jene Person in Frage, gegen die zwar keine konkreten Beschuldigungen oder Verdachtsgründe vorliegen, bei der aber gestützt auf die sich der zuständigen Behörde präsentierende Sachlage angenommen werden kann, dass sie für die Täterschaft des abzuklärenden Sachverhaltes in Frage kommt (Schmid, zur Auskunftsperson, a.a.O., S. 95 Mitte). Eine solche Konstellation liegt ebenfalls nicht vor.

- 15 - Schliesslich ist sodann jene Person als Auskunftsperson einzuvernehmen, die als Täter einer mit dem Gegenstand der Untersuchung bildenden Delikt im Zusammenhang stehenden anderen strafbaren Handlung in Frage kommt. Erforderlich ist demnach ein Konnex zwischen der durch die Untersuchung abzuklärenden und jener Handlung, deren Verübung dem Einzuvernehmenden nicht konkret zum Vorwurf gemacht wird, weil es hierfür an einem hinreichenden Tatverdacht fehlt. Als konnexe strafbare Handlungen kommen beispielsweise Hehlerei, Begünstigung, Geldwäscherei und Urkundenfälschungen in Frage, mit denen die primär zu untersuchenden Vermögensdelikte vorbereitet oder nachträglich verdeckt worden sein könnten (Donatsch, a.a.O., N 39 zu § 149a StPO; Schmid, zur Auskunftsperson, a.a.O., S. 96). Diese Konstellation ist hier aber auch nicht gegeben. 3.3.5. Im Lichte obiger Betrachtung sind der Geschädigte C. _____ und E. _____ von der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich am 4. Februar 2010 (HD Urk. 24/2; HD Urk. 25/6) zu Recht als Zeugen befragt worden. Ihre Aussagen sind daher verwertbar.

E. 11

September 2008 E. 2.4. am Ende; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. A., Zürich 2006, S. 57 zu Art. 12 Abs. 2 StGB). Je näher die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung liegt, desto eher lässt sich auf eine Inkaufnahme schliessen (BSK StGB I - Jenny, N 23 zu Art. 12 StGB). Das Bundesgericht hat sich bereits mehrfach mit dem subjektiven Tatbestand bei Messerstechereien befasst. Jene Überlegungen können zumindest betreffend die Schnitte mit dem Messer im Halsbereich ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen werden: Das Wissen um das Vorhandensein von wichtigen Organen und Blutgefässen im Bauchbereich bzw. Brustbereich (hier von wichtigen Blutgefässen im Halsbereich) könne als allgemein bekannt vorausgesetzt werden (BGE 109 IV 6). Wer ausser sich ist und mit einem Taschenmesser von ca. 6.5 cm Klingenlänge zweimal in die linke Hals- bzw. Gesichtsseite eines sich in Bewegung befindlichen Menschen schneidet bzw. sticht, weiss jedenfalls, dass er durch dieses Verhalten namentlich lebenswichtige Blutgefässe verletzen oder gar durchtrennen und dadurch lebensgefährliche oder sogar tödliche Verletzungen verursachen kann. Der Beschuldigte war sich dessen ebenfalls bewusst. Wie im oben zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGE 109 IV 6) erwähnt bedarf ein junger Mann keines besonderen Wissens und keiner besonderen Intelligenz, um zu erkennen, dass ungezielte Messerschnitte in den Hals- und Gesichtsbereich eines Menschen den Tod zur Folge haben können. Im Übrigen ist als zum Allgemeinwissen gehörend anzusehen, dass sich im Hals- und Gesichtsbereich mehrere lebenswichtige Blutgefässe zur Versorgung von Kopf und Hirn befinden, deren Verletzung tödlich

- 26 - enden kann. Auch der Beschuldigte selbst verfügt über diese Kenntnisse. So bestätigte er im Rahmen der vorinstanzlichen Hauptverhandlung sein Wissen darüber, dass sich in der Nähe der von ihm dem Geschädigten zugefügten Verletzungen wichtige Organe und lebenswichtige Blutgefässe befinden und dass namentlich die Verletzung der lebenswichtigen Blutgefässe den Tod eines Menschen bewirken kann. So führte der

Beschuldigte auf die Frage, was sich im beim Menschen alles im Kopf- und Halsbereich befindet, konkret was folgt aus (HD Urk. 78 S. 14): "Arterien, Venen, das Hirn". Nach den Folgen eines Messer- einsetzes im Kopf- und Halsbereich gefragt, äusserte sich der Beschuldigte so- dann wie folgt: "Der Mensch kann beispielsweise verbluten oder ausbluten". Auf ent- sprechende Nachfrage gab der Beschuldigte schliesslich zu Protokoll (HD Urk. 78 S. 15): "Der Mensch kann viel Blut verlieren und die Konsequenzen können tödlich sein. Den Schädel kann man wahrscheinlich nicht durchstechen, man kann höchstens die Halsarterien treffen. Aber ich habe nicht versucht, ihn tödlich zu verletzen, sondern ihn von mir fernzuhalten, mich zu verteidigen. Vor allem als er mich die ganze Zeit attackiert / mich angegriffen hat, war der Kopf der einzige Ort, wo ich ihn mit dem Messer verletzen konnte. Er trug ja ganz dickes Leder auf sich". Damit ist dem Beschuldigten auch das Wissen anzurechnen, dass ein sehr hohes Risiko bestand, na mentlich lebenswichtige Blutgefässe zu treffen. Dass der Beschuldigte bei den Stichen bzw. Schnitten im Hals- und Gesichtsbereich nicht mit dem Tod der Geschädigten gerechnet hat, vermag nichts an seinem einge- standenen Wissen um die möglichen Folgen derartiger Handlungen zu ändern. Weiter ist zu prüfen, ob der Beschuldigte durch dieses Handeln auch den Tod des Geschädigten in Kauf genommen hat bzw. hätte. Wie erwähnt darf aus dem Wissen des Erfolgseintritts allein noch nicht auf dessen Inkaufnahme und damit auf Eventualvorsatz geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände dazukommen. Macht ein wütender und aufgeregter, allenfalls infolge von Alkohol zusätzlich reduzierter Täter, seinem Opfer gegenüber derartige Schnitt- bzw. Stichbewegungen, dass es die vorstehend beschriebenen offenen Stich- und Schnittwunden gibt, und berücksichtigt man auch den Umstand, dass eine völlig aufgeregte Situation bestand, bei der die Reaktion des Geschädigten in keiner Weise voraussehbar war, dann liegt eine schwere und lebensgefährliche Ver-

- 27 - letzung des Opfers sehr nahe. Der Beschuldigte konnte nicht kontrollieren, wie er die Schnitte bzw. Stiche im Hals- bzw. Gesichtsbereich, auf den er bewusst ein- stach, da der Geschädigte eine dicke Lederjacke trug (HD Urk. 78 S. 14 und 15) - genau applizierte. So gab er selber an, bei den Schnitten und Stichen mit dem Messer keine gezielten (Stich-)Bewegungen gemacht zu haben (HD Urk. 78 S. 11). Auch heute führte er aus, er habe nicht genau gesehen, weil sein Gesicht aufgrund der Schläge des Geschädigten sehr angeschwollen gewesen sei (Urk. 130 S. 10). Der Geschädigte trug insgesamt (Hals und Gesicht) auch keineswegs nur unerhebliche Verletzungen davon. Wären die Messerschnitte im Halsbereich nur leicht anders oder leicht tiefer geführt worden, hätte dies ohne weiteres zu lebensgefährlichen Verletzungen führen können. Dies aber konnte der Beschuldigte nicht kontrollieren. Ob das Opfer letztlich stirbt, "nur" schwer ver- letzt wird oder glücklicherweise eben nicht, beschlägt einzig den Erfolg, der vor- liegend vom Beschuldigten bei seiner Handlungsweise in keiner Weise willentlich gesteuert werden konnte. Hätte sich der Geschädigte in jenem Moment, als der Beschuldigte die Messerstiche und -schnitte gegen das Gesicht und den Hals führte, "unvorteilhaft" bewegt, dann hätte dies ohne weiteres - wie auch die Gut- achter des IRM darlegen - zum Tode führen können. Wer in einer solchen Situati- on einer anderen Person im Hals- und Gesichtsbereich derartige Schnitte bzw. Stiche zufügt, nimmt eine lebensgefährliche Verletzung des Opfers ohne weiteres in Kauf. Wer sich so wie der Beschuldigte verhält, dem muss sich die Tatsache, dass er damit das Opfer in eine unmittelbare Lebensgefahr bringen kann, infolge seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängen, dass sein Verhalten ver- nünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolgs (unmittelbare Lebensgefahr) gewertet werden kann.

Aufgrund der Art und Weise der Tatbegehung war die Wahrscheinlichkeit von gravierenden Verletzungen, die eine lebensgefährliche Situation schaffen - in welcher die Möglichkeit des Todes des Geschädigten ernstlich und dringlich wahrscheinlich hätte sein können - derart eklatant, dass die Verhaltensweise des Beschuldigten schlechterdings nicht anders interpretiert werden kann, als dass er eine lebensgefährliche Verletzung des Opfers in Kauf nahm; der Beschuldigte konnte beim bestem Willen auch nicht darauf vertrauen, dass schon nichts passieren werde. Etwas anderes wäre auch lebensfremd.

- 28 - Hinzu tritt, dass - wie schon mehrfach betont - die Messerschnitte und -stiche im Rahmen eines dynamischen Geschehens erfolgten. Hätte der Beschuldigte den Tatplan gehabt, dem Geschädigten nur und ausschliesslich solche Verletzungen zuzufügen, welche nicht lebensgefährlich sind, dann müsste sich der Beschuldigte aufgrund der gesamten Situation entgegen halten lassen, dass er schlicht nicht in der Lage war, diesen Tatplan auch umzusetzen. Insofern kann auch nicht damit argumentiert werden, die mit dem Messer zugefügten Verletzungen wären länger bzw. tiefer ausgefallen, wenn der Beschuldigte den Geschädigten hätte schwer verletzen bzw. sogar töten wollen. Es ging dem Beschuldigten jedenfalls gemäss eigenen Angaben darum, den Geschädigten zu verletzen, ihm Schmerzen zuzufügen. Beweisbildend ist in diesem Zusammenhang das mehrfache Handeln, das Wissen des Beschuldigten um die Folgen solcher Handlungen, sowie die Erklärung des Beschuldigten, der Kopf des Geschädigten sei der einzige Ort gewesen, wo er ihn mit dem Messer habe verletzen können (HD Urk. 78 S. 15). Zu betonen ist schliesslich, dass es den Beschuldigten keineswegs entlastet, wenn er nicht geplant, sondern spontan und plötzlich gehandelt hat. Auch nicht von Bedeutung ist, dass der Beschuldigte vorgibt, er habe den Geschädigten nicht tödlich verletzen wollen. Entscheidend ist vielmehr, dass - wie gesehen - mehrere Umstände vorliegen, die darauf schliessen lassen, dass der Beschuldigte wissentlich und willentlich dem Geschädigten die Schnitte bzw. Stiche im Hals- und Gesichtsbereich appliziert hat, obschon ihm dabei bewusst war, dass dies bei dem Geschädigten tödliche Verletzungen zur Folge hätte haben können. 3.3. Versuch 3.3.1. Fehlt es wie vorliegend an der Erfüllung des objektiven Elements des Todeseintrittes im Sinne von Art. 111 StGB, ist folglich der zum Tatbestand gehörende Erfolg nicht eingetreten, so ist von einem Versuch auszugehen. Das revidierte Strafgesetzbuch spricht nicht nur nicht mehr vom untauglichen Versuch, sondern es differenziert prinzipiell auch nicht mehr zwischen dem unvollendeten und dem vollendeten Versuch (Bänziger/Hubschmid/Sollberger, Zur Revision des allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. A., Bern 2006, S. 13). Die Bestimmungen über den Versuch

- 29 - wurden systematisch neu gegliedert, indem alle Versuchsformen in Art. 22 StGB zusammengefasst wurden. Zudem sind auch die Rechtsfolgen bei allen Versuchsarten gleich, indem sie (wie schon bis anhin) zu einer (theoretisch nur) fakultativen Strafmilderung führen. Weil das revidierte StGB nur noch eine Art von Strafmilderung (Art. 48a StGB) kennt, besteht in Bezug auf die Rechtsfolgen grundsätzlich kein Unterschied mehr zwischen unvollendetem und vollendetem Versuch. Überdies war schon nach altem Recht die Unterscheidung zwischen vollendetem und unvollendetem Versuch in jenen Fällen, wo weder ein Rücktritt noch tätige Reue zur Diskussion standen, ohne praktische Bedeutung (BGE 127 IV 97 E. 1; BGer 6S.46/2005 vom 2. Februar 2006, E. 10.4.2.). Diese Sichtweise könnte zum Schluss führen, es sei letztlich irrelevant, ob das Verhalten des Beschuldigten als vollendeter oder unvollendeter Versuch zu qualifizieren

sei. Dass letztlich nach wie vor zwischen vollendetem und unvollendetem Versuch unterschieden wird, ergibt sich daraus, dass das Gesetz zwischen Rücktritt und tätiger Reue unterscheidet. Unter welchen Voraussetzungen der Täter vom Versuch zurücktreten oder tätige Reue üben kann, bestimmt sich danach, ob es sich um einen unvollendeten oder vollendeten Versuch handelt (Rücktritt ist nur beim unvollendeten Versuch möglich, tätige Reue beim vollendeten Versuch; vgl. dazu Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. A., Zürich 2006, S. 135 f.). Nachdem nun aber der Rücktritt und die tätige Reue im gleichen Art. 23 Abs. 1 StGB zusammengefasst und insbesondere mit derselben Rechtsfolge (fakultative Strafmilderung oder Umgangnahme von einer Bestrafung) versehen wurden, verstärkt sich der Eindruck, dass es sich um einen akademischen Streit handeln dürfte, ob ein vollendeter oder ein unvollendeter Versuch vorliegt (Donatsch/Tag, a.a.O., S. 139 ff.). Ob es sich um einen vollendeten oder unvollendeten Versuch handelt, muss jedenfalls im Urteilsdispositiv nicht mehr zum Ausdruck kommen (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3. A., Bern 2005, § 12 N 38). Wie weit ein Versuch gediehen ist, ist aber auch nach neuem Recht für die noch vorzunehmende Strafzumessung von Bedeutung (vgl. nachstehende Erwägungen unter Ziffer V.1.2.3.). 3.3.2. Ein vollendeter Versuch liegt vor, wenn die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt wird, aber der tatbestandsmässige Erfolg nicht eintritt (Art. 22 Abs. 1

- 30 - StGB, alte und neue Fassung). Die Abgrenzung des vollendeten vom unvollendeten Versuch ist auf der Grundlage des konkreten Tatplans vorzunehmen. Es ist zu fragen, ob der Täter alle Voraussetzungen geschaffen hat, die nach seinem Plan zum Eintritt des Erfolges hätten führen sollen (BGer 6S.46/2005 vom 2. Februar 2006, E. 10.4.2.). Es gibt aufgrund der Aussagen des Geschädigten und der Tatzeugen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte dem Geschädigten weitere Messerschnitte zufügen wollte, auch wenn der Beschuldigte, als der Geschädigte und E. _____ nach der Tat flüchteten, diese mit dem Messer verfolgt hat. Es ist daher davon auszugehen, dass mit den Messerattacken in das Gesicht bzw. den Hals des Geschädigten die eigentliche Tathandlung zu Ende war. Mithin ist von einem vollendeten Versuch auszugehen. Es lag nicht im Wirkungsbereich des Beschuldigten, ob der Erfolg letztlich eintrat oder nicht. 3.4. Somit ist der Beschuldigte des eventualvorsätzlichen Tötungsversuchs im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. 4. Notwehr / Notwehrexzess

E. 15

November 2009; Probezeit 2 Jahre) insgesamt merklich strafferhöhend berücksichtigt hat (HD Urk. 92 S. 79 f.), ist dies nicht zu beanstanden. Gemäss gefestigter Rechtsprechung messen die Gerichte dem Umstand, dass der Täter durch Vorstrafen (auch im Ausland: BGE 105 IV 226) oder nur schon durch frühere Strafverfahren gewarnt worden war, strafferhöhende Wirkung zu. Dabei spielt es für die grundsätzliche Berücksichtigung als Strafzumessungsfaktor keine Rolle, ob mit dem früheren Entscheid eine Busse oder eine Freiheitsstrafe ausgefällt worden ist. Von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen, besteht vorliegend kein Anlass. Den Beschuldigten scheinen Interventionen durch die Behörden offenkundig nicht nachhaltig zu beeindrucken, zumindest hat er sich die Konsequenzen erneuter Verfehlungen nicht verinnerlicht. Zu Recht hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auch festgehalten, dass der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 15. November 2009 dem Beschuldigten am selben Tag eröffnet wurde (HD Urk. 38/6). Nur wenige Tage später beging der Beschuldigte den vorliegend zu beurteilenden Tötungsversuch und die weiteren Delikte (vgl. nachstehend). 3.6.3.

Vorgeschichte und persönliche Verhältnisse Die Angaben zum Vorleben und zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich aus den Vorakten (HD Urk. 23/9, HD Urk. 38/24; HD Urk. 78

- 46 - S. 3 ff.) und aus dem vorinstanzlichen Entscheid (HD Urk. 92 S.78). Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen und nachdem der sich seither in Haft befindliche Beschuldigte auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung nichts Neues vorgebracht hat, kann auf diese Ausführungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergibt sich jedenfalls nichts für die vorliegende Strafzumessung Relevantes, was nicht bereits unter dem Gesichtspunkt der verminderten Schuldfähigkeit zu Gunsten des Beschuldigten berücksichtigt wurde. 3.6.4. Nachtatverhalten Zum Nachtatverhalten hat die Vorinstanz erwogen, dass sich das Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich des äusseren Sachverhaltes leicht strafmindernd auswirke, wobei zu bemerken sei, dass sich die Behauptung des Beschuldigten, wonach er vom Geschädigten mit dem Messer angegriffen worden sei, aufgrund des Untersuchungsergebnisses als falsch erwiesen habe (HD Urk. 92 S. 80). Dieser Einschätzung der Vorinstanz ist beizupflichten. Sein Teilgeständnis ist angesichts der fehlenden Einsicht und Reue, welche sich (auch) in Relativierungen seines Verhaltens (z.B. er habe zunächst mit dem Messer herumgefuchelt) zeigen, nur marginal strafmindernd zu berücksichtigen. 3.6.5. Strafempfindlichkeit Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass eine besondere Strafempfindlichkeit beim Beschuldigten nicht gegeben ist (HD Urk. 92 S. 80). 3.7. Einsatzstrafe für die versuchte eventualvorsätzliche Tötung Im Rahmen der Täterkomponente wirken sich die Vorstrafen und das Delinquieren während laufender Probezeit spürbar strafe erhöhend aus. Leicht strafmindernd fällt das Nachtatverhalten des Beschuldigten ins Gewicht. Insgesamt fallen die Straferhöhungsgründe etwas stärker ins Gewicht als der Strafminderungsgründe. Die Täterkomponente erhöht die hypothetische Einsatzstrafe daher leicht.

- 47 - 3.8. Tat- und Täterkomponente der weiteren Delikte (Diebstahl und Sachbeschädigung) 3.8.1. Wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, treten die weiteren, vom Beschuldigten begangenen Delikte (Diebstahl und Sachbeschädigung) gegenüber der versuchten eventualvorsätzlichen Tötung aufgrund ihrer geringeren Tragweite etwas in den Hintergrund (HD Urk. 92 S. 77). Der angerichtete Sachschaden erweist sich mit Fr. 500.-- als nicht sehr hoch. Ebenso ist der Deliktsbetrag mit gesamthaft Fr. 600.-- als nicht erheblich zu taxieren. Die objektive Tatschwere wiegt daher leicht. Die Vorinstanz qualifizierte das Gesamtverschulden betreffend den Diebstahl und die Sachbeschädigung als erheblich und setzte die entsprechende Einsatzstrafe auf 3 Monate fest (HD Urk. 92 S. 78). Dies ist im Ergebnis vertretbar, wenngleich an der oberen Grenze liegend und in technischer Hinsicht nicht bereits von einem erheblichen Tatverschulden gesprochen werden kann. 3.8.2. Auch betreffend diese Delikte ergibt sich aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten nichts für die Strafzumessung Relevantes. Erheblich strafmindernd ist das Geständnis des Beschuldigten zu berücksichtigen. Leicht strafe erhöhend fällt sodann die Deliktsmehrheit in Betracht. Markant strafe erhöhend sind wiederum die Vorstrafen und das Delinquieren während laufender Probezeit zu gewichten.

4. Strafe

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.