

# ZH\_OBERGERICHT SB170296 vom 22. Dezember 2017

ZH Obergericht, 2017-12-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB170296](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170296)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB170296 du 22 décembre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT SB170296 del 22 dicembre 2017

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil vom 28. Juni 2016 sprach das Bezirksgericht Pfäffikon den Beschuldigten der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG schuldig, bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von

#### E. 1.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 8) zu bestätigen und sind die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens und des ersten Berufungsverfahrens - mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung - dem Beschuldigten aufzuerlegen, jedoch zufolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit sofort abzuschreiben (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 StPO; Art. 425 StPO). Die Kosten für das zweite Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

#### E. 1.2

Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das gesamte Verfahren sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Der amtliche Verteidiger ist für seine Bemühungen im ersten Berufungsverfahren mit Fr. 5'600.- (inkl. 8 % MWST; vgl. Urk. 63) und für diejenigen im zweiten Berufungsverfahren mit Fr. 3'500.- (inkl. 8 % MWST; vgl. Urk. 95) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

### E. 6

Jahren, entschied über das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren des Privatklägers, die Verwendung beschlagnahmter Kleidungsstücke und einer Schere sowie die Kostenfolgen und die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschuldigten (Urk. 51). 2.1 Gegen das mündlich eröffnete Urteil meldeten die Anklägerin und der Beschuldigte schriftlich rechtzeitig die Berufung an und reichten später innert Frist ihre respektiven Berufungserklärungen ein (Urk. 49/1; Urk. 49/2; Art. 399 Abs. 2 i.V.m. Art. 90 StPO). Anschlussberufungen wurden innert Frist keine erklärt (vgl. Urk. 57 ff.). Die Erstberufung der Anklägerin beschränkte sich auf Dispositivziffer 2 des erstinstanzlichen Entscheides (Sanktion/Bemessung der Strafe; Urk. 52). Der Beschuldigte akzeptierte den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen Missachtung der Ein- und Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG und die Verwendung beschlagnahmter Kleidungsstücke und einer Schere (Dispositivziffern 3 bis 5), focht das erstinstanzliche Urteil aber im Übrigen vollumfänglich an (Urk. 55).

- 7 - 2.2 Nach durchgeführter Berufungsverhandlung wurde mit Urteil der Kammer vom 7. März 2017 festgestellt, dass die Dispositivziffer 1, beschränkt auf den Tatbestand der

Missachtung der Ein- und Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG, sowie die Dispositivziffern 3 bis 5 des vorinstanzlichen Entscheides mangels Anfechtung rechtskräftig geworden seien. Sodann wurde der Beschuldigte der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit 7 Jahren Freiheitsstrafe bestraft. Die Zivilklage des Privatklägers wurde auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen und die Kosten des Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt, ihm jedoch erlassen. In tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verneinte die Kammer insbesondere das Vorliegen der Voraussetzungen der rechtfertigenden Notwehr. Der Privatkläger habe bereits vom Beschuldigten abgelassen gehabt, bevor letzterer die Schere behändigt und auf den Privatkläger eingestochen habe. Der Beschuldigte habe - ausgehend von der glaubhaften Schilderung des Ablaufs der Ereignisse durch den Privatkläger - nachdem er sich vom Boden erhoben gehabt, (wieder) auf dem Stuhl sitzend, die vor ihm liegende Schere behändigt, sei aufgestanden und habe den Privatkläger attackiert. Das angeklagte Verhalten des Beschuldigten erscheine damit nicht als Verteidigungshandlung, sondern als Reaktion auf eine als demütigend empfundene verbale und physische Zurechtweisung durch den Privatkläger. Da der Beschuldigte ausserhalb einer Notwehrsituation gehandelt habe, liege auch kein Notwehrexzess vor (Urk. 68 E. 3. und 5.). Im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigte die Kammer bei der Bewertung des subjektiven Verschuldens folglich die Überschreitung des Notwehrrechtes nicht verschuldensrelativierend, hielt dem Beschuldigten aber zugute, dass die Tat letztlich in einer vom Privatkläger durch sein aggressives und im Ergebnis demütigendes Verhalten kurzfristig aufgeheizten Stimmung passiert sei (Urk. 68 E. 4.).

2.3.1 Der Beschuldigte erhob gegen dieses Urteil Beschwerde an das Bundesgericht und beantragte, das Urteil vom 7. März 2017 sei aufzuheben und die Sache sei zu einer neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er argumentierte u.a., die Annahme der Kammer, es habe keine Notwehrsituation vorgelegen, sondern eine Vergeltungsaktion stattgefunden, sei aktenwidrig. Es sei zumindest in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo von einer Notwehrkons-

- 8 - tellation auszugehen, wobei der Beschuldigte angesichts der körperlichen Überlegenheit und der Unberechenbarkeit des Privatklägers auch nicht exzessiv gehandelt habe. Ferner habe beim Beschuldigten kein Tötungswille vorgelegen und ein solcher sei auch nicht nachweisbar. Schliesslich kritisierte er die Strafzumessung in verschiedener Hinsicht (Urk. 74/2).

2.3.2 Das Bundesgericht hob das Urteil vom 7. März 2017 in der Folge mit Entscheidung vom 21. Juli 2017 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Beschuldigten auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Kammer zurück. Es hielt dabei zusammengefasst fest, dass die Kammer willkürfrei davon ausgehen können, dass der Beschuldigte den Tod des Privatklägers in Kauf genommen habe (Urk. 79 E. 1.3) und die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr nicht gegeben seien (Urk. 79 E. 2.4). In rechtlicher Hinsicht hielt es in Übereinstimmung mit den Ausführungen im Urteil der Kammer vom 7. März 2017 fest, dass Art. 16 StGB nur den quantitativen und nicht auch den qualitativen Notwehrexzess regle (Urk. 79 E. 2.1). Hingegen rügte es, dass die Kammer sich nicht mit der Frage auseinandersetze, ob der Beschuldigte allenfalls irrtümlich angenommen habe, die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr seien erfüllt, und ob demnach eine Putativnotwehrsituation anzunehmen sei. Eine Auseinandersetzung mit der Frage hätte sich aber aufgedrängt, nachdem die erste Instanz eine Notwehrsituation bejaht gehabt habe und die inkriminierten Stiche zeitlich nahe auf die Schläge des Privatklägers gefolgt seien. Es sei zu prüfen, ob eine Putativnotwehrsituation

vorgelegen habe und ob der Beschuldigte somit den ihm an- gelasteten Versuch der vorsätzlichen Tötung in einem nicht entschuld- baren Putativnotwehrexzess begangen habe (Urk. 79 E. 2.5). Sollte das zu bejahen sein, sei dieser Umstand bei der Strafzumessung gemäss Art. 16 Abs. 1 StGB strafmil- dernd zu berücksichtigen. Im Übrigen sei die Strafzumessung gemäss Urteil vom

## E. 7

März 2017 nicht zu beanstanden (Urk. 79 E. 3). 3. Das zweite Berufungsverfahren wurde mit Zustimmung der Parteien schrift- lich durchgeführt (Urk. 80 f.). Die Berufungsbegründungen des Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft gingen mit den eingangs wiedergegebenen Berufungsan- trägen innert (erstreckter) Frist ein (Urk. 83; Urk. 86). Die Staatsanwaltschaft er-

- 9 - stattete die Berufungsantwort fristgerecht unter dem 26. September 2017 mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung des Beschuldigten (Urk. 87; Urk. 88/4; Urk. 89). Eine Berufungsantwort des Beschuldigten ging nicht ein. Die Berufungs- antwort der Staatsanwaltschaft wurde dem Beschuldigten mit Verfügung vom 23. Oktober 2017 zur Kenntnis zugestellt und das schriftliche Verfahren damit für geschlossen erklärt (Urk. 91).

4.1 Im Fall eines Rückweisungsentscheides hat die mit der Neuurteilung be- fasste kantonale Instanz die rechtliche Beurteilung, mit der die Zurückweisung begründet wird, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Diese Beurteilung bindet auch das Bundesgericht, falls ihm die Sache erneut unterbreitet wird. Wegen die- ser Bindung der Gerichte ist ihnen wie auch den Parteien, unter dem Vorbehalt al- lenfalls zulässiger Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen ande- ren als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtli- chen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich ab- gelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind (BGE 6B\_35/ 2012 E. 2.2). 4.2 Vorliegend ist bei der Neuurteilung der Sache folglich von den tatsächli- chen und rechtlichen Erwägungen im Urteil vom 7. März 2017 auszugehen, so- weit sie die neu zu beurteilende Frage eines allfälligen Putativnotwehrexzesses nicht berühren. Ob der Beschuldigte allenfalls irrtümlich annahm, die tatsächli- chen Voraussetzungen einer Notwehr seien erfüllt, ist von Grund auf neu zu prü- fen. Wie die Staatsanwaltschaft zwar richtig geltend macht, schliesst die tatsächli- che Feststellung im aufgehobenen Entscheid (Urk. 83 S. 2; Urk. 89; vgl. auch Urk. 86 S. 4), das Verhalten des Beschuldigten erscheine nicht als Verteidigungs- handlung, sondern als Reaktion auf eine als demütigend empfundene verbale und physische Zurechtweisung durch den Privatkläger, rechtlich die Annahme einer Putativnotwehrsituation aus (vgl. für die subjektive Seite der Notwehr zuletzt BGE 6B\_135/2017 E. 2.3.3). Das Bundesgericht ging allerdings davon aus, dass die erkennende Kammer sich nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht nicht mit der Frage der Putativnotwehr befasst habe, womit es implizit zum Ausdruck brachte, dass die erwähnte Feststellung nicht überzeugt. Nicht

- 10 - (mehr) zur Diskussion steht, dass die Attacke des Beschuldigten auf den Privat- kläger sich im Rahmen des (irrtümlich vorgestellten) Notwehrrechtes bewegte, oder er die Grenzen des (irrtümlich vorgestellten) Notwehrrechtes in entschuldba- rer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff des Privatklägers überschritt: Das Bundesgericht geht für den Fall, dass eine Putativnotwehrsituation anzunehmen ist, vom Vorliegen eines nicht entschuld- baren Putativnotwehrexzesses im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB aus. III.

### **E. 7.1**

Der Beschuldigte wuchs als Einzelkind in F.\_\_\_\_\_ bei seinen Eltern auf. Sein Vater war gemäss seinen Aussagen in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme zur Person Fabrikarbeiter (anders gegenüber dem Gutachter: vgl. Urk. 9/6 S. 7), seine Mutter ebenfalls. Seine Kindheit und Jugend sei schlecht verlaufen, weil er in einem sowjetischen System aufgewachsen sei; dort habe es keine schöne Jugend gegeben (anders gegenüber dem Gutachter; vgl. Urk. 9/6 S. 7). Seine Eltern seien nicht Mitglied der kommunistischen Partei gewesen. Die familiären Verhältnisse seien super gewesen; er habe ein gutes Verhältnis zu den Eltern gehabt. Die finanziellen Verhältnisse seien bescheiden gewesen, hätten aber etwa dem damaligen Lebensstandard der meisten Leute entsprochen. Mit 17 Jahren sei er in die Sportakademie in F.\_\_\_\_\_ gekommen, wo er für sechs Jahre gewesen und zum Sportlehrer und Fussballtrainer ausgebildet worden sei. In dieser Zeit sei er zwar weiterhin bei seinen Eltern gemeldet gewesen, habe aber immer wieder mit anderen jungen Leuten zusammengelebt. Nach seiner Ausbildung habe er für ungefähr ein halbes Jahr (anders gegenüber dem Gutachter: vgl. Urk.

- 29 - 9/6 S. 7 f.) als Sportlehrer an einer Schule in F.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Dann, also im Jahr 2000, sei er in die Schweiz gekommen. Er habe das Land aus politischen Gründen verlassen müssen; er habe sich gegen die Politik von Lukaschenko eingesetzt. Er habe an Demonstrationen teilgenommen und sei in der Opposition gewesen. Das Leben in der Schweiz sei schwierig gewesen (Urk. 14/2). Er habe hier zunächst auf Baustellen gearbeitet und die Bewilligung erhalten. Schon im Jahr 2003 hätte er die Schweiz verlassen müssen. Er sei aber geblieben und habe während eines weiteren Jahres auf dem Bau gearbeitet. Dann habe er zum zweiten Mal einen negativen Bescheid erhalten. Seither arbeite er nicht mehr. Er habe Sozialhilfe bekommen und habe in diversen Institutionen des Migrationsamtes gewohnt. Nur zu Anfang habe er kurze Zeit eine eigene Wohnung gehabt. Seit langen Jahren sei er stets in Asylheimen untergebracht. Wie es weitergehen solle, wisse er nicht. Er sei ein positiver Mensch und habe stets gute Laune. Er sei aber oft wegen nichts im Gefängnis gewesen. Auf jeden Fall würde er sich schämen, in seine Heimat zurückkehren zu müssen. Er sei nie verheiratet gewesen und habe keine Kinder (Urk. 9/6 S. 8). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte er ergänzend aus, dass er früher Heroin konsumiert habe, im Jahre 2010 aber damit aufgehört und ein Methadonprogramm begonnen habe. Nach einem Monat im Gefängnis habe er aufgehört, Methadon zu nehmen und brauche heute nichts mehr (Urk. 67 S. 7 f.). Die Lebensgeschichte des Beschuldigten ist davon ausgehend zweifellos nicht einfach und mag sein Bedürfnis, seinen Freund unter Missachtung einer Eingrenzungsverfügung zu besuchen und dadurch die soziale Isolation zu durchbrechen, menschlich nachvollziehbar machen. Sie entlastet ihn jedoch hinsichtlich der Haupttat nicht.

### **E. 7.2**

Der Beschuldigte wurde zwischen dem 6. März 2008 und dem 16. Januar 2015 insgesamt 8 Mal verurteilt, wobei die Verurteilungen Vermögensdelikte ([ge-ringfügiger] Diebstahl), Hausfriedensbruch und in fünf Fällen Delikte im Bereich des Ausländerrechts betrafen, welche bezüglich der heute zu beurteilenden Verhandlung gegen das Ausländergesetz einschlägig sind (Urk. 54). Die Vorstrafen wirken sich leicht strafferhöhend aus.

- 30 -

### **E. 7.3**

Der Beschuldigte stellte nie in Frage, dass er die Verletzungen des Privatklägers verursacht hatte und gestand auch die Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG). Weiter äusserte er von Beginn an - auch wenn er die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht anerkannte - immer tiefes Bedauern und Reue über die dem Privatkläger zugefügten Verletzungen. Das ist merklich strafmindernd zu berücksichtigen.

#### **E. 7.4**

Zusammengefasst führt die Täterkomponente insgesamt zu einer weiteren leichten Strafreduktion.

#### **E. 8**

Vor diesem Hintergrund erweist sich eine Freiheitsstrafe von sechs Jahren als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. An die Strafe sind 1064 Tage bereits erstandene Haft (einschliesslich vorzeitigem Strafvollzug) anzurechnen. V. 1. Der Privatkläger machte mit dem Formular Geltendmachung von Rechten als Privatkläger eine Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 500.- und eine Genugtuungsforderung in der Höhe von Fr. 100'000.-, je zuzüglich Zins seit dem Ereignisdatum, geltend (Urk. 11/1). Am weiteren Verfahren beteiligte er sich jedoch nicht: Er reichte weder eine schriftliche Begründung seiner Zivilforderung ein, noch nahm er an der erst- oder zweitinstanzlichen Hauptverhandlung teil. Es fehlt damit - wie die Verteidigung richtig festhält (Urk. 36 S. 16) - an einer hinreichend begründeten Zivilklage. 2. Begründet die Privatklägerschaft ihre Zivilklage nicht, ist diese in Anwendung von Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO auf dem Weg des Zivilprozesses zu verweisen.

- 31 - VI.

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