

ZH_OBERGERICHT SB180076 vom 11. Dezember 2018

ZH Obergericht, 2018-12-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180076

FR: ZH_OBERGERICHT SB180076 du 11 décembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180076 del 11 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

Das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, verurteilte den Beschuldigten A. _____ am 13. November 2017 wegen versuchter vorsätzlicher Tötung und be- strafte ihn mit 7 Jahren Freiheitsstrafe. Des Weiteren verwies es ihn für 10 Jahre des Landes und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schenge- ner Informationssystem SIS an (Urk. 57).

E. 2

Dagegen meldete der Beschuldigte innert Frist Berufung an (Urk. 42). Mit Eingabe vom 26. Februar 2018 reichte er rechtzeitig die Berufungserklärung ein (Urk. 59). Dabei beschränkte er seine Anfechtung auf die Dispositivziffern 2 und 4 des vorinstanzlichen Urteils: Ziffer 2 sei aufzuheben und der Beschuldigte statt- dessen mit einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren zu bestrafen, Ziffer 4 (Ausschrei- bung der Landesverweisung im SIS) sei ersatzlos aufzuheben.

E. 3

Die Staatsanwaltschaft erklärte innert Frist keine Anschlussberufung resp. liess sich nicht vernehmen. Die Geschädigte (B. _____) liess bereits in Hinblick

- 5 - auf das erstinstanzliche Verfahren ausdrücklich mitteilen, ihre Straf- und Zivilklage zurückzuziehen und keine Bestrafung des Beschuldigten, ihres Ehemannes, zu wünschen (Urk. 60/1-2).

E. 4

Es sind damit folgende Dispositivziffern des vorinstanzlichen Urteils unange- fochten geblieben: 1 (Schuldspruch), 3 (Landesverweisung), 5 (Vernichtung Mate- rialien) sowie 6-8 (Kosten). Diese Ziffern sind in Rechtskraft erwachsen, was vor- ab mittels Beschluss festzustellen ist.

E. 5

Im Rahmen der Berufungserklärung liess der Beschuldigte zwei Beweisan- träge stellen: an der Berufungsverhandlung sei die Ehefrau (Geschädigte) persön- lich zu befragen (hinsichtlich Provokationen in der Ehe vor der Tat sowie zum Nachtatverhalten des Beschuldigten) und es sei ein aktueller Führungsbericht der Justizvollzugsanstalt Pöschwies einzuholen (Urk. 59 S. 2). Beiden Anträgen wur- de stattgegeben. Der aktuelle Vollzugsbericht datiert vom 27. November 2018 (Urk. 69). Hinsichtlich Befragung der Geschädigten als Zeugin anlässlich der Be- rufungsverhandlung ist auf das Protokoll zu verweisen (Prot. II. S. 16 ff.).

E. 6

Die Geschädigte hat sowohl in der Untersuchung als auch bei der Vorinstanz ausdrücklich ihr Desinteresse an einer Bestrafung des Beschuldigten erklärt. Ihre Zivil- und auch Strafklage hat sie zurückgezogen. Dies hat sie als Zeugin auch an der Berufungsverhandlung bestätigt (Prot. II S. 16 ff. und S. 21, sie wolle, dass ihr Mann wieder nach Hause kommt). Hierzu ist anzumerken, dass sich der Beschuldigte wegen versuchter vorsätzlicher Tötung zu verantworten hat, mithin wegen einer der schwersten Straftaten unserer Rechtsordnung (zutreffend die Vorinstanz an anderer Stelle, Urk. 57 S. 24). Bei Officialdelikten (wie im gegebenen Fall) steht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung im Zentrum und

- 12 - nicht jenes des Opfers (vgl. BGE 6B_849/2013, E. 1.3.2). Die Desinteressenerklärung kann somit nur geringfügig zum Vorteil des Beschuldigten berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat einen Entscheid gefällt in Art. 55a StGB; dort kann im Rahmen häuslicher Gewalt, u.a. bei Tötlichkeiten und einfacher Körperverletzung, ein Desinteresse der Geschädigten dazu führen, dass das Verfahren eingestellt wird. Dies gilt aber nur in diesem Umfang und nicht bei derart schwerwiegenden Straftaten wie im heute zu beurteilenden Fall.

E. 7

Was die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeht, so kann weitgehend auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 57 S. 27 f.). Hervorzuheben ist dabei, dass der Beschuldigte 1985 in Eritrea zur Welt kam und 2007 unter Beantragung von Asyl in die Schweiz einreiste. Seine Frau lernte er über deren Bruder (in Bern) kennen. 2012 fand die Hochzeit in Äthiopien statt, die Geschädigte konnte jedoch erst 2014 in die Schweiz einreisen. Der Beschuldigte hat verneint, dass es sich dabei um eine arrangierte Hochzeit gehandelt haben soll. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, eine Tochter und ein Sohn mit den Jahrgängen 2015/2016. Der Beschuldigte hat in der Schweiz Deutschkurse besucht und Sozialarbeiten verrichtet; zudem hat er sich als Pfarrer in der eritreisch-orthodoxen Gemeinde C._____ engagiert. Er lebt weitgehend von Sozialhilfebeiträgen (vgl. Urk. 14/15, diese Angaben zu den persönlichen Verhältnissen bestätigte der Beschuldigte im Wesentlichen auch heute, Prot. II S. 6 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen und dem Vorleben (noch ohne Berücksichtigung von Vorstrafen) lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten (vgl. auch Urk. 57 S. 28).

E. 8

Der Beschuldigte ist vorbestraft: Wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie Sachbeschädigung wurde er am 18. November 2011 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 30.– unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren bestraft (2 Tage Untersuchungshaft, Urk. 58). Der Beschuldigte wollte sich bei der Berufungsverhandlung an diese eingetragene Verurteilung nicht erinnern und stellte in Abrede, damals Gewalt ausgeübt oder jemanden bedroht zu haben (vgl. Prot. II S. 13, an den Vorfall an sich konnte er sich aber erinnern). Die Vorstrafe

- 13 - liegt zeitlich relativ weit zurück und es handelt sich, wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, um eine verhältnismässig geringfügige Strafe. Hingegen ist nicht zu verkennen, dass auch diese Vorstrafe auf eine aggressive Haltung beim Beschuldigten hindeutet (dies ergibt sich auch aus den beigezogenen Akten). Des Weiteren ist zu erwähnen, dass die Polizei bei mehreren Gelegenheiten wegen häuslicher Gewalt an die

Wohnadresse des Beschuldigten und der Geschädigten aus- rücken musste (vgl. Prot. I S. 27 und Urk. 14/15 S. 7 f.), auch wenn die Geschä- digte heute aussagte, sie sei schuld gewesen, sie habe die Polizei zu Unrecht ge- rufen (Prot. II S. 17 f.). Damit widerspricht sie jedoch ihren früheren Aussagen, wonach sie guten Grund hatte, die Polizei zu rufen. Es bestehen keine Zweifel, dass der Beschuldigte (allenfalls auf Provokationen der Geschädigten hin) ihr ge- genüber bereits damals wiederholt gewalttätig wurde. Die strafrechtliche Vorbe- lastung des Beschuldigten hat damit doch einen gewissen Einfluss auf das Straf- mass (dies in Abweichung zur Vorinstanz, welche der Vorstrafe praktisch keine Bedeutung zugemessen hat, vgl. Urk. 57 S. 28).

E. 9

Die Verteidigung macht geltend, die Vorinstanz schliesse zu Unrecht familiä- re Gründe für eine erhöhte Strafempfindlichkeit pauschal aus (Urk. 59 S. 4; dies hat sie auch heute geltend gemacht, Urk. 71 S. 6). Eine erhöhte Strafempfindlich- keit ist nach konstanter Rechtsprechung nur bei aussergewöhnlichen Umständen strafmindernd zu berücksichtigen. Solche sind beim Beschuldigten nicht gegeben, was die Vorinstanz richtig festgehalten hat (vgl. Urk. 57 S. 30). Die Verbüssung einer Freiheitsstrafe hat zwangsläufig die Folge, dass der Betroffene aus seiner Umgebung, d.h. aus dem familiären und beruflichen Umfeld, herausgerissen wird, was aber für jeden Verurteilten mit Härte verbunden ist (u.a. BGE 6B_607/2014, E. 1.5). Vorliegend ist es auch nicht so, dass die Kinder wegen der Inhaftierung des Beschuldigten ohne Betreuung wären oder ohne Eltern aufwachsen, sondern es wurde heute ausgeführt, dass die Mutter (d.h. die Geschädigte) für die Kinder sorgt (diese betreut) und mit diesen den Beschuldigten regelmässig im Gefängnis besucht (Prot. II S. 21). Auch in dieser Hinsicht ist eine erhöhte Strafempfindlich- keit beim Beschuldigten nicht gegeben.

- 14 -

E. 10

Bei einem vollumfänglichen Geständnis hält die Gerichtspraxis eine Straf- minderung von einem Fünftel bis zu einem Drittel für angemessen (so etwa BGE 6B_1366/2016, E. 4.6 mit Hinweisen). Die strafmindernde Wirkung ist vor allem dann als gross zu veranschlagen, wenn Straftaten gestanden werden, die sonst nicht hätten nachgewiesen werden können. Zwar rief der Beschuldigte unmittelbar nach dem Vorfall von sich aus die Po- lizei und verblieb am Tatort, was zu seinen Gunsten zu werten ist. Doch wusste er, dass angesichts der belastenden Umstände praktisch nur er als Täter in Frage kam (Delikt in der gemeinsamen Wohnung, frühere Polizeipräsenz wegen häusli- cher Gewalt, Aussagen der Geschädigten etc.). Ihm blieb deshalb kaum etwas anderes übrig, als die Tat zuzugeben. Im Laufe der Untersuchung hat der Be- schuldigte sein Geständnis dahingehend relativiert, dass er die Geschädigte nicht habe töten wollen (erst im Berufungsverfahren wurde die vorsätzliche Tatbege- hung nicht mehr bestritten). Insgesamt hat er das Verfahren aber erleichtert, in- dem er den äusseren Sachverhalt von Beginn an und von sich aus anerkannt und dargelegt hat. Die Tat wäre sonst kaum im Detail rekonstruierbar gewesen, denn Zeugen gab es nicht resp. die Geschädigte konnte sich an Einzelzeiten nicht erin- nern (zumal sie während der Tat das Bewusstsein verloren hatte, Urk. 4/2 S. 5). Insofern ist das Geständnis zwar durchaus von Bedeutung, aber nicht im vollen Masse zu Gunsten des Beschuldigten zu werten.

E. 11

Die Vorinstanz hat lediglich kurz erwähnt, dass beim Beschuldigten gewisse Einsicht und Reue gegeben sei (Urk, 57 S. 30). Die Verteidigung hat indessen darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte seit der Tat und bis heute massiv unter Schuldgefühlen und Selbstvorwürfen leidet (Urk. 59 S. 4, die Einschätzung der Vorinstanz, wonach "gewisse Einsicht und Reue" gegeben sei, werde den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht, Urk. 71 S. 6). Der Beschuldigte hat im Laufe des Verfahrens zwar wiederholt ausgesagt, einen Fehler gemacht zu haben. Zudem verständigte er gleich nach der Tat von sich aus die Polizei und Sanität. Gewisse Einsicht ist auch insofern gegeben, als er eingestanden hat, aus Wut gehandelt und dabei die Kontrolle verloren zu haben. An der heutigen Berufungsverhandlung war jedoch nicht erkennbar, dass der Beschuldigte die Tat aufrichtig

- 15 - bereut (zumindest nicht gegenüber der Geschädigten). Bei seinem Schlusswort vermittelte er eher den Eindruck von Selbstmitleid und zeigte insgesamt wenig Empathie (Prot. II S. 24 ff.). Die Kriterien Reue und Einsicht sind deshalb nur beschränkt zu seinen Gunsten zu veranschlagen. Aus dem Vollzugsbericht geht hervor, dass der Beschuldigte sich im vorzeitigen Strafvollzug grundsätzlich wohl verhalten hat, jedoch wurden fünf Disziplinierungen vermerkt (Urk. 68). Das Vollzugsverhalten des Beschuldigten ist deshalb als neutral zu werten.

E. 12

In diesem Sinne ergeben die dargelegten Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe insgesamt eine weitere Reduktion der Strafe (ausgehend von der Einsatzstrafe von 10 Jahre nach Berücksichtigung des Versuchs). Im Ergebnis ist damit die vorinstanzlich ausgefallte Strafe von 7 Jahren Freiheitsstrafe als angemessen zu bestätigen. Vorliegend ist von einer etwas höheren Gewichtung der Vorstrafe als bei der Vorinstanz auszugehen, dahingegen wurde der Umstand, dass der Beschuldigte unmittelbar nach der Tat von sich aus die Polizei rief, höher gewertet. Bis und mit heute sind vom Beschuldigten 759 Tage Haft erstanden, teils durch Untersuchungshaft, teils durch vorzeitigen Strafvollzug. Dies ist an die Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). Angesichts der Höhe der ausgefallten Strafe kommt der teil-/bedingte Strafvollzug nicht in Frage (vgl. Art. 42 und 43 StGB). Die Strafe ist deshalb zu vollziehen. III. Landesverweisung 1. Die Landesverweisung an sich ist im Berufungsverfahren nicht mehr strittig, die entsprechende Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils ist in Rechtskraft erwachsen. Die Verteidigung macht in diesem Zusammenhang aber geltend, dass die Tatbegehung des Beschuldigten am 12. November 2016 erfolgte und damit vor der Anpassung von Art. 20 der N-SIS-Verordnung an die Fälle der Landesverweisung. Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS erweise sich damit wegen fehlender gesetzlicher Grundlage als unzulässig (Urk. 59 S. 5).

- 16 - Die Staatsanwaltschaft hat ausgeführt, dass gemäss Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens eine Landesverweisung für sog. Drittstaatenangehörige – also Personen, die keinem Mitgliedstaat des Übereinkommens angehören – ohne Weiteres im SIS einzutragen sei, wenn diese auf einer Verurteilung wegen einer Straftat beruhe, welche mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr bedroht sei, und wenn die betroffene Person über kein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat verfüge. Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens knüpfe nicht an die Tat an, sondern an die Verurteilung. Damit liege keine Problematik eines allfälligen Rückwirkungsverbots vor. Es gehe bei der Ausschreibung im SIS auch nicht um eine strafrechtliche Sanktion, sondern nur um die zwischenstaatliche Vereinbarung betreffend Registratur der ausgesprochenen Landesverweisung bei Kapitalverbrechen (Urk. 72 S. 3). Die Staatsanwaltschaft geht somit

davon aus, dass Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens direkt, d.h. unmittelbar anwendbar ist (sog. Self- executing Charakter). Dem ist nicht zu folgen: Die Anordnung der Ausschreibung im SIS hat mehr als bloss administrativen Charakter, denn sie ist mit einem relativ schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person verbunden. Folglich musste hierzu zuerst noch eine eigene Rechtsgrundlage geschaffen werden (dies im Rahmen der sog. N-SIS-Verordnung, dazu nachfolgend), welche im Zeitpunkt der heute zu beurteilenden Tat noch nicht in Kraft war. 2. Gemäss Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-VO) können Drittstaatenangehörige zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem ausgeschrieben werden, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung wird vom urteilenden Gericht angeordnet. Nichtfreizügigkeitsberechtigte Drittstaatenangehörige sind durch die Ausschreibung nicht nur verpflichtet, die Schweiz zu verlassen, sondern werden aus dem gesamten Schengen-Raum verwiesen. Die Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung halten entsprechend fest, dass die Ausschreibung im SIS zwar einen gewissen Vollzugscharakter habe, dadurch aber auch der

- 17 - ursprüngliche Inhalt der Sanktion massiv verändert werde. Deshalb wurde die Kompetenz, über die Ausschreibung einer Landesverweisung zu entscheiden, dem Strafgericht übertragen, welches auch die Landesverweisung anordnet (Erläuterungen des BJ zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung vom 20. Dezember 2016, Ziff. 1.6, S. 11). Art. 20 N-SIS-VO trat im heute geltenden Wortlaut erst am 1. März 2017 in Kraft und damit (rund ein halbes Jahr) nach der Tatbegehung des Beschuldigten im November 2016 (für diesen Zeitraum bestand damit im vorliegenden Fall eine Regelungslücke hinsichtlich Kompetenz zum Entscheid über die Ausschreibung). Die zum Begehungszeitpunkt geltende Fassung von Art. 20 aN-SIS-VO lautete:

"Drittstaatenangehörige können zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn ein Einreiseverbot einer Verwaltungs- und Justizbehörde vorliegt." Eine Ausschreibung im SIS konnte zwar bereits vor dem 1. März 2017 angeordnet werden, allerdings bezog sich die gesetzliche Bestimmung lediglich auf (migrationsrechtliche) Einreiseverbote und eine Kompetenz des Strafgerichts zur Anordnung der Ausschreibung bestand nicht. Aufgrund des erwähnten materiellen Charakters der SIS-Ausschreibung kommt das Rückwirkungsverbot von Art. 2 StGB zur Anwendung. 3. Die Anordnung der Ausschreibung im SIS durch das hiesige Gericht erscheint vor diesem Hintergrund im gegebenen Fall unzulässig. Es ist folglich keine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem anzunehmen resp. davon ist abzusehen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor dem Berufungsgericht gestellten Anträge gutgehen werden. 2. Der Beschuldigte unterliegt in Bezug auf die Strafzumessung (somit im Hauptantrag; Bestätigung Strafe Vorinstanz). Hinsichtlich der Aufhebung der Aus-

- 18 - schreibung im SIS (wobei dies eher einen Nebenpunkt betrifft) dringt er jedoch durch. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Berufungskosten dem Beschuldigten zu 3/4 aufzuerlegen und sie im Übrigen samt den Kosten der amtlichen

Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO respektive Art. 426 Abs. 4 StPO ist dabei im Verhältnis der Kostenaufgabe (3/4) vorzubehalten. Es wird beschlossen:

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