

ZH_OBERGERICHT SB180079 vom 18. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180079

FR: ZH_OBERGERICHT SB180079 du 18 octobre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180079 del 18 ottobre 2018

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Die Vorinstanz hat von der Anordnung einer Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 3 in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 StGB (Überschreitung der Grenzen der Notwehr) abgesehen (Urk. 87 S. 50-52).

E. 1.2

Die Staatsanwaltschaft erhob unter anderem auch dagegen Berufung. Es liege eine Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB vor, Art. 16 StGB gelange nicht zur Anwendung und ein Härtefall liege nicht vor. Angesichts der Schwere des Delikts sei eine 15-jährige Landesverweisung auszusprechen (Urk. 72 S. 10; Urk. 88 S. 3; Urk. 128 S. 7 f.).

E. 1.3

Nebst dem grundsätzlichen Standpunkt des Beschuldigten, wonach er in Notwehr gehandelt habe, wendet sich die Verteidigung gegen eine Landesverweisung mit dem Argument, es liege ein persönlicher Härtefall vor und die privaten Interessen würden die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung überwiegen. In erster Linie wird geltend gemacht, übergeordnetes Recht (insb. das sog. Non-Refoulement-Gebot) verbiete eine Landesverweisung. Der Beschuldigte sei in seinem Heimatland Afghanistan von den Taliban bedroht (Urk. 73 S. 24 ff.; Urk. 129 S. 7 f.).

- 37 - 2. Gesetzliche Regelung der obligatorischen Landesverweisung In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter Art. 66a lit. a - o StGB genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz verweist (Art. 66a Abs. 1 StGB). Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB). 3. Katalogtat

E. 1.4

Vorliegend hat sich der Beschuldigte der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Dieser Straftatbestand sieht als abstrakte Strafandrohung eine Freiheitsstrafe von minimal fünf Jahren bis maximal zwanzig Jahre vor. Umstände, die ein Über- oder Unterschreiten des Strafrahmens indizieren, liegen nicht vor.

E. 1.5

Die zu beurteilende Tat beging der Beschuldigte noch unter altrechtlichem Sanktionenrecht. Das seit dem 1. Januar 2018 in Kraft stehende neue Sanktionenrecht zeitigt auf die vorliegende Strafzumessung keine Auswirkungen (Art. 2 Abs. 2 StGB). Es gelangt damit das im Tatzeitpunkt geltende Recht zur Anwendung. 2. Tatverschulden der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB

E. 1.6

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Parteien (Urk. 99) und Eingang der entsprechenden Stellungnahmen bzw. des Verzichts darauf (Urk. 102 und Urk. 104) wurde mit Präsidialverfügung vom 25. Juli 2018 Sicherheitshaft bis zum Entscheid der Berufungsinstanz in der Sache selbst angeordnet,

- 6 - da der sich bis dato im vorzeitigen Strafvollzug befindende Beschuldigte die vorinstanzlich zu vollziehende Strafe mittlerweile erstanden hat (Urk. 110).

E. 1.7

Am 28. September 2018 wurden die Akten des Migrationsamts Zürich beigezogen, was den Parteien angezeigt wurde (Urk. 112). Die vom Migrationsamt in der Folge elektronisch zugestellten vollständigen Migrationsakten über den Beschuldigten wurden vollständig elektronisch im Geschäftsordner des vorliegenden Verfahrens abgespeichert und auszugsweise zu den Akten genommen (Urk. 113). Dem amtlichen Verteidiger wurde vor der Berufungsverhandlung auf sein Ersuchen hin eine Kopie des Aktenauszugs ausgehändigt (Urk. 125 und Prot. II S. 5).

E. 1.8

Zur Berufungsverhandlung am 18. Oktober 2018 erschienen Staatsanwältin lic. iur. C. Kasper sowie der Beschuldigte in Begleitung seines Verteidigers (Prot. II S. 5).

E. 2

Ausgangslage / zusammengefasster Standpunkt der Parteien

E. 2.1

Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO).

E. 2.2

Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Berufung im Schuldpunkt und weitestgehend in Bezug auf die Strafe und die Landesverweisung. Die lediglich geringfügige Abweichung von Antrag der Staatsanwaltschaft zur Strafhöhe und zur Dauer der Landesverweisung hat keine Auswirkung auf die Kostenverlegung. Die Staatsanwaltschaft ist als vollständig obsiegend und der Beschuldigte damit als vollständig unterliegend zu betrachten, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens zur Gänze aufzuerlegen sind.

E. 2.3

Davon ausgenommen sind die ausgewiesenen und angemessenen (Urk. 115 f.) – Kosten für die amtliche Verteidigung in der Höhe von Fr. 9'239.–. Diese sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt

vorbehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Oktober 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1.-4. [...] 5. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 2. Mai 2017 beschlagnahmte Rüstmesser Ikea Stainless Klingenlänge 85 mm (A010'042'190) wird definitiv eingezogen und der Bezirksgerichtskasse Uster zur Vernichtung überlassen.

- 49 - 6. Folgende mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 2. Mai 2017 beschlagnahmte Kleidungsstücke - 1 Herrenblazer schwarz "Zara Man" (A010'044'685) - 1 Herrenlangarmhemd "Stuff und Rocks" (A010'044'647) - 1 Herrenjeanshose "Yes or No" (A010'044'633) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben. Sollte innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleiben die Kleidungsstücke dem Forensischen Institut Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen. 7. Folgende mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 2. Mai 2017 beschlagnahmte Kleidungsstücke - 1 Jabador mit Stehkragen (A010'069'575) - 1 T-Shirt "Fishbone" (A010'069'655) - 1 Sarouel mit Kordelzug (A010'069'688) werden Herrn B._____ nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben. Sollte innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleiben die Kleidungsstücke dem Forensischen Institut Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen. 8. Folgende mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 2. Mai 2017 beschlagnahmte Kleidungsstücke - 1 Winterjacke mit Kapuze "Libaoda" (A010'044'754) - 1 Stoffhose "H&M" (A010'044'721) - 1 Paar Turnschuhe "Vty" (A010'044'709) werden Herrn C._____ nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben. Sollte innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleiben die Kleidungsstücke dem Forensischen Institut Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen. 9. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf Fr. 4'000.-.

- 50 - 10. Die weiteren Kosten betragen: Fr. 8'590.05 Auslagen (Gutachten) Fr. 952.- Kosten der Kantonspolizei Zürich Fr. 40.- Zeugenentschädigung Fr. 3'000.- Gebür gemäss § 4 Abs. 1 lit. d GebV StrV 11. Die Entscheidgebür und die weiteren Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben. 12. Rechtsanwalt lic. iur. X._____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 17'000.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung beim Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. 13. (Mitteilungen.)

E. 2.4

Angesichts des Standpunkts des Beschuldigten ist deshalb im Folgenden zunächst zu prüfen, ob gestützt auf die vorhandenen Beweismitteln in tatsächlicher Hinsicht von einer Notwehrsituation auszugehen ist. Die Berufungsinstanz muss sich dabei nicht mit jedem einzelnen Vorbringen der Parteien auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Hinweisen).

E. 3

Grundsätze der Sachverhaltserstellung

E. 3.1

Der Beschuldigte wird mit dem vorliegenden Urteil wegen versuchter vorsätzlicher Tötung gemäss Art. 111 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen (vgl. oben). Er beging die Tat am 20. Januar 2017, mithin nach Inkrafttreten der Bestimmungen über die Landesverweisung am 1. Oktober 2016 (AS 2016 2329).

E. 3.2

Bei diesem Delikt handelt es sich um eine Katalogtat der obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a Abs. 1 lit. a StGB), welche in der Regel zur Landesverweisung des Täters zu führen hat. 4. Härtefallklausel (Art. 66a Abs. 2 StGB): Grundsätze

E. 3.3

Angesichts dieser Umstände rechtfertigt es sich, die Strafe auf 5 ½ - 6 Jahre Freiheitsstrafe zu mildern. 4. Täterkomponente

E. 3.4

Im vorliegenden Berufungsverfahren ist insbesondere strittig, ob im Tatzeitpunkt eine Notwehrsituation vorlag. In Frage steht mit anderen Worten das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Für die Prüfung, ob eine rechtfertigende Sachlage bestand, ist vorab – und in Ergänzung zu den grundsätzlichen Ausführungen der Vorinstanz – auf einige Besonderheiten in Bezug auf die Sachverhaltserstellung und Beweiswürdigung hinzuweisen.

E. 3.4.1

Gemäss der aus Art. 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 10 Abs. 3 StPO verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (Art. 10 Abs. 1 StPO; BGE 127 I 38 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 6B_617/2013 vom 4. April 2014 E. 1.2). Aus der Unschuldsvermutung – als Beweislastregel – ergibt sich, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen, und dass nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 10 N 6; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, 3. Aufl., Zürich 2017, N 216 f.; BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 19, 80; BGE 127 I 40; BGE 120 Ia 37). Der Grundsatz "in dubio pro reo" ist verletzt, wenn der Strafrichter einen Beschuldigten (einzig) mit der Begründung verurteilt, er habe seine Unschuld nicht nachgewiesen (BGE 127 I 38 E. 2a mit Hinweis).

- 11 -

E. 3.4.2

Der Staat hat dem Beschuldigten insbesondere alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, a.a.O., Art. 10 N 2), aber grundsätzlich auch alle weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen. Da allerdings gemäss dem materiellen Recht die Tatbestandsmässigkeit einer Verhaltensweise die Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit indiziert (BSK StPO I-TOPHINKE, Art. 10 N 21), sind solche entlastenden (rechtfertigenden oder

schuldausschliessenden) Umstände (erst dann) abzuklären, wenn "nach dem infrage stehenden Sachverhalt diesbezüglich konkrete Zweifel bestehen" (WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 10 N 7) oder wenn die beschuldigte Person solche Umstände glaubhaft behauptet (vgl. SCHMID/ JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, a.a.O., Art. 10 N 2a; BSK StPO I-TOPHINKE, Art. 10 N 21). Bei Rechtfertigungsgründen trifft die beschuldigte Person regelmässig eine Substantiierungslast. Die Strafbehörden müssen nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung durch hieb- und stichfeste Beweise widerlegen (BSK StPO I-TOPHINKE, Art. 10 N 21). Auch das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung betont, dass die Strafbehörden zwar die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt abzuklären haben (Art. 6 Abs. 2 StPO). Dies entbinde den Beschuldigten allerdings nicht, den behaupteten Rechtfertigungsgrund (dort: Menschenrechtsverletzungen durch die Polizei) "vertretbar vorzubringen". Damit werde ihm weder die Beweislast zugeschoben noch werde er mangels Beweises seiner Unschuld verurteilt (Urteil des Bundesgerichts 6B_880/2017 Urteil vom 4. Juli 2018 E. 3.5.4).

E. 3.4.3

Diesen Grundsätzen der Sachverhaltserstellung im Zusammenhang mit behaupteten Rechtfertigungsgründen wurde in der vorinstanzlichen Urteilsbegründung nicht ausreichend Rechnung getragen oder aber die Begründung erscheint zumindest widersprüchlich. Der Angriff wird einzig vom Beschuldigten behauptet. Objektive Beweismittel dafür bestehen keine (dazu nachfolgend). Die Vorinstanz gelangt nach Würdigung aller Aussagen des Beschuldigten zum Schluss, diese seien "insgesamt als nicht glaubhaft zu qualifizieren" (Urk. 87 S. 27). Wie die Vorinstanz dann in der Folge – gestützt auf diese ungläubhaften Aussagen – zur Auffassung gelangt, es habe eine Notwehrsituation vorgelegen, bleibt unklar.

- 12 -

E. 3.5

Bei der nachfolgenden Sachverhaltserstellung wird somit insbesondere zu prüfen sein, ob der Beschuldigte die behauptete Angriffssituation substantiiert und glaubhaft zu schildern vermochte oder ob anderweitig Hinweise auf eine rechtfertigende Sachlage bestehen.

E. 4

Objektive Beweismittel

E. 4.1

Der Gesetzgeber hat mit der Formulierung von Art. 66a Abs. 2 StGB klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist – mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuldbarer Notwehr oder entschuldigbarer Notstand) – nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Ein schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung (BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen

- 38 - der Landesverweisung, plädoyer 5/16, S. 96 ff., S. 97 f.). Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein

überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden (BUSSLINGER/UEBERSAX, a.a.O., S. 102).

E. 4.2

Die Prüfung, ob im konkreten Einzelfall ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, erfolgt aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände. Insbesondere zu berücksichtigen sind die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation und der Arbeits- und Ausbildungswille, der Gesundheitszustand des Betroffenen und die Behandlungsmöglichkeit von allfälligen Krankheiten, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Wiedereingliederungsaussichten im Heimatland sowie die Resozialisierungschancen (vgl. dazu auch Art. 31 der Verordnung über die Zulassung, den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit [VZAE]). Härtefallbegründende Aspekte müssen grundsätzlich den Betroffenen selbst treffen. Treten sie bei Dritten auf, sind sie nur dann zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Betroffenen auswirken. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Lebensbedingungen führt (BUSSLINGER/UEBERSAX, a.a.O., S. 101 f.). Bei der Härtefallprüfung im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist das Ausmass der persönlichen Beziehung bzw. Bindung der betroffenen Person zur Schweiz bzw. zu hier lebenden Personen ein besonders gewichtiger Faktor, was sich u.a. aus der expliziten Erwähnung der speziellen Situation von in der Schweiz geborenen Ausländerinnen und Ausländern (so genannte Secondos) im Gesetzestext ergibt. Der rigorose Automatismus der obligatorischen Landesverweisung soll also vor allem dann durchbrochen werden, wenn der betroffene Ausländer eine starke Bindung zur Schweiz hat, welche die Landesverweisung insgesamt als in hohem Masse unverhältnismässig erscheinen lässt. Die Kriterien Integration, familiäre und finanzielle Situation, Arbeits- oder Ausbildungswille, Anwesenheitsdauer in der Schweiz, Gesundheitszustand und

- 39 - Wiedereingliederungsaussichten im Ursprungsland sind insbesondere im Lichte der Beziehung, welche der Ausländer bislang in der und zur Schweiz knüpfen konnte, zu beurteilen. So ist denn auch der Verweis auf die Wiedereingliederungsaussichten im Ursprungsland insbesondere auf diejenigen Personen zugeschnitten, welche z.B. die Sprache ihres Ursprungslandes nie gelernt haben, weil Beschulung, Ausbildung und berufliche Integration in der Schweiz erfolgten. 5. Beurteilung: Kein schwerer persönlicher Härtefall

E. 4.2.1

Aus dem Abstrich ab dem Gesichtsbereich des Beschuldigten konnte ein DNA-Profil einer männlichen Person erstellt werden. Darüber hinaus traten vereinzelt sehr schwach ausgeprägte weitere Merkmale in Erscheinung, die jedoch nicht konstant darstellbar und daher nicht weiter interpretierbar waren. Das erstellte Profil stimmt vollkommen mit dem DNA-(Vergleichs-)Profil des Beschuldigten überein. Hinweise auf Fremdspuren bzw. DNA-Spuren des Geschädigten liessen sich nicht erheben.

- 13 -

E. 4.2.2

Aus dem Abstrich ab dem vorderen Halsbereich (Kratzspur) des Beschuldigten konnte ein DNA-Profil einer männlichen Person erstellt werden. Dieses Profil stimmt vollkommen mit dem DNA-(Vergleichs-)Profil des Beschuldigten überein. Fremdspuren bzw. DNA-Spuren des Geschädigten fanden sich keine.

E. 4.2.3

Aus dem Abstrich ab dem rechten Schulterbereich / Halsansatz des Beschuldigten konnte ein DNA-Profil einer männlichen Person erstellt werden. Auch dieses Profil stimmt vollkommen mit dem DNA-(Vergleichs-)Profil des Beschuldigten überein. Fremdspuren bzw. DNA-Spuren des Geschädigten fanden sich auch in diesem Abstrich keine.

E. 4.2.4

Die Fingernagelschmutzasservate der rechten und linken Hand des Geschädigten erwiesen sich beide als bluthaltig. Aus diesen Blutspurasservaten liessen sich je ein einfaches DNA-Profil einer männlichen Person erstellen, die vollkommen mit dem DNA-(Vergleichs-)Profil des Geschädigten übereinstimmen. Hinweise auf Fremdspuren bzw. DNA-Spuren des Beschuldigten liessen sich nicht erheben.

E. 4.3

Der Beschuldigte hat den Messerstich eingestanden. Allerdings war die Beweislage diesbezüglich auch sonst eindeutig. Bestritten hat der Beschuldigte den Vorwurf insofern, als er seine Handlung als gerechtfertigt wählte. Er zeigt keine Reue und Einsicht, was allerdings strafzumessungsneutral zu werten ist.

E. 4.4

Der Beschuldigte befindet sich seit der Tat in Haft. Es sind verschiedene Zwischenfälle während des Haftvollzugs aktenkundig. So hat der Beschuldigte am

E. 4.5

Insgesamt führen die Täterkomponenten zu einer nur sehr leichten Straferhöhung. Insgesamt erweist sich eine Freiheitsstrafe von 6 Jahre angemessen.

- 36 - 5. Fazit, Vollzug

E. 4.5.1

Abgesehen von der Messerstichverletzung wurden beim Geschädigten je eine frische, oberflächliche Hautabschürfung oberhalb der linken Augenbraue (ca. 1 cm lang) und am rechten Oberarm (ca. 3 cm lang) festgestellt. Weitere festgestellte Hautabschürfungen waren älteren Datums und vorfallunabhängig (Urk. 17/3 S. 5-7).

E. 4.5.2

Beim Beschuldigten konnten am Ansatz des linken grossen Kopfwendemuskels am Brustbein eine ca. 1x2 mm grosse bzw. kleine sowie eine punktförmige, ca. 1 mm durchmessende oberflächliche Hautabschürfung sowie am rechten Nacken-/Schulterübergang eine oberflächliche, ca. 1 cm lange Hautabschürfung festgestellt werden (Urk. 16/2 S. 2 f.). Gemäss dem Gutachter seien die Hautabschürfungen Folge oberflächlicher, stumpfer, tangential einwirkender Gewalt. Auf die Frage, ob der Beschuldigte irgendwelche Spuren eines stattgefundenen Kampfes aufgewiesen habe, gab der Gutachter an (Urk. 16/2 S. 4): "Die oberflächlichen, unspezifischen Hautabschürfungen könnten im Rahmen eines Kampfes entstanden sein, sind aufgrund ihrer Lokalisation und

Ausprägung nicht sicher einer Kampfhandlung zuzuordnen. Weitere Verletzungen, insbesondere Verletzungen, die konkret auf eine körperliche Auseinandersetzung hinweisen könnten, waren nicht vorhanden." Zur Frage, ob Hinweise auf ein Packen bzw. Würgen am Hals vorhanden seien (Urk. 16/2 S. 4): "Typische "Würgemale" waren nicht erkennbar, die Halshaut wies keine derartigen Verletzungen auf. Die oberflächlichen Hautabschürfungen sind unspezifisch, am ehesten durch Bagatelltraumata entstanden. Eine Entstehung durch Packen am Hals bzw. Würgen kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Ein Würgevorgang muss nicht zwingend sichtbare Verletzungen an der Halshaut hinterlassen. Somit kann anhand der Befundkonstellation ein Packen am Hals bzw. Würgen weder belegt noch widerlegt werden." Zur Frage der Verletzungsursache resp. Selbstbeibringung (Urk. 16/2 S. 4): "Die oberflächlichen, unspezifischen Hautabschürfungen könnten auch im Rahmen einer Selbstverletzung, beispielsweise beim Be- oder Entkleiden, durch Kratzen mit den eigenen Fingernägeln entstanden sein." Und schliesslich zur

- 15 - Frage nach Anhaltspunkten für Fremdverschulden (Urk. 16/2 S. 4): "Die oberflächlichen, unspezifischen Hautabschürfungen könnten durch ein Fremdverschulden jedoch auch durch die eigene Hand entstanden sein. Eine sichere Unterscheidung ist nicht möglich."

E. 4.6

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass sich alleine aus den im Recht liegenden, vorstehend referierten Sachbeweisen keine rechtsgenügenden Hinweise dafür ergeben, dass ein Angriff auf den Beschuldigten stattfand bzw. unmittelbar bevorstand. So liess sich weder am Beschuldigten noch am Geschädigten DNA des jeweils anderen oder von anderen Fremdspurengerbern nachweisen. Auch die im IRM-Gutachten dokumentierten Hautabschürfungen am Körper des Beschuldigten sind derart geringfügig, dass daraus – entgegen der Verteidigung (Urk. 129 S. 7; Prot. II S. 8) – nicht der Schluss auf einen stattgefundenen tätlichen Übergriff gezogen werden könnte. Aus den DNA- und Verletzungsspurenbildern ergibt sich somit nichts, was – abgesehen vom Messerstich – für eine tätliche Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten bzw. für einen Angriff des Geschädigten spricht. Allerdings kann aus der dargestellten Spurensituation auch nicht der Schluss gezogen werden, dass keine tätliche Auseinandersetzung bzw. kein Angriff stattgefunden hat. Zu prüfen bleibt somit nachfolgend, ob sich die behauptete Notwehrsituation resp. der Angriff gestützt auf die übrigen verfügbaren Beweismittel – Aussagen der Beteiligten und Zeugen – erstellen lässt.

E. 5

Vorgeschichte: Streit um Lautstärke von Musik/TV

E. 5.1

Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten und zu seinem Werdegang kann vorerst auf die Ausführungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Strafzumessung und dort bei der Täterkomponente (vgl. Urk. 87 S. 46 f.) sowie auf die vorstehenden Ausführungen bei der Täterkomponente verwiesen werden. Daraus und aus der Befragung an der Berufungsverhandlung (Urk. 127 S. 2 ff.) ergibt sich, dass der Beschuldigte in Pakistan geboren ist (anlässlich der Berufungsverhandlung gab er als Geburtsdatum tt.12.1996 an, Urk. 127 S. 2), da seine Grosseltern zu den Russlandzeiten von Afghanistan nach Pakistan ausgewandert seien. Er sei bei seiner Mutter aufgewachsen und bis ca. 2008 habe er in Pakistan gelebt und dort 8 Jahre die Schule besucht. Eine Ausbildung habe er

nicht gemacht. Dann sei er in den Iran nach Teheran. Dort habe er zwei Jahre gelebt und als Elektrogehilfe gearbeitet, sei dann erwischt und sodann nach Afghanistan ausgeschafft worden. Er sei dann aber umgehend wieder in den Iran und nach ca. einem Jahr am 22. Dezember 2015 (recte: November 2015, vgl. Urk. 113/2 S. 1 und Urk. 113/5) als Flüchtling in die Schweiz gekommen (Urk. 23/5 S. 2 f.; Urk. 23/6 S. 2 f.; Prot. I S. 12 ff.; Urk. 127 S. 2 ff.). In der Schweiz hat der Beschuldigte ein Asylgesuch gestellt, das mittlerweile rechtskräftig abgewiesen wurde (dazu nachfolgend; vgl. Urk. 127 S. 6). Er habe einen Asylantrag gestellt, weil er in Afghanistan Probleme gehabt habe mit den Taliban, mit dem Staat und den Behörden. Er sei in Afghanistan drei Tage bei den Taliban in Haft gewesen (Urk. 8/1 S. 14 f.). Sein Vater sei von Feinden in Pakistan getötet worden. Anlässlich der Berufungsverhandlung gab er an, er habe ein Asylgesuch gestellt, weil er endlich ein normales Leben führen und in seinem Beruf arbeiten wolle (Urk. 127 S. 3). Die Probleme mit den Taliban bestätigte er erst auf Vorhalt

- 40 - früherer Aussagen (Urk. 127 S. 4). Seine Mutter lebe im Winter in Afghanistan und im Sommer in Pakistan. Seine beiden Brüder würden wohl auch in Afghanistan leben. Zwei Schwestern würden noch bei der Mutter und zwei in Pakistan leben. Er wolle aber mit ihnen nichts mehr zu tun haben. Er selber sei nicht verheiratet und habe keine Kinder. Zur angeblich früheren Freundin hier in der Schweiz habe er keinen Kontakt mehr. Er habe keine Bekannten in der Schweiz, aber in der Zwischenzeit einige Freunde kennengelernt. Hier habe er kein Vermögen und keine Schulden, in Afghanistan aber Schulden von ca. \$ 55'000.–, wovon er \$ 15'000.– für die Schlepper habe zahlen müssen (Urk. 23/5 S. 2 f.; Urk. 23/6 S. 2 f.; Prot. I S. 12 ff.; Urk. 127 S. 2 ff.). Aus den beigezogenen Akten des Migrationsamts ergibt sich weiter, dass der Beschuldigte am 24. November 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt hat (Urk. 113/2 S. 1). Am 4. Dezember 2015 fand eine Befragung zur Person durch das Staatssekretariat für Migration (SEM), Direktionsbereich Asyl, statt (Urk. 113/2). Im Rahmen dieser Befragung gab der Beschuldigte an, er sei in Pakistan geboren. Seine Eltern seien davor nach Pakistan geflohen. Er sei nie in Afghanistan gewesen. Er habe aber gehört, dass es dort viele Taliban gebe. Im Jahr 2013 sei er für zwei Jahre in den Iran, dann sei er nach Pakistan zurückgekehrt, sei dort drei Monate geblieben und habe dann die Reise in die Schweiz angetreten. In der Schweiz habe er keine Bezugspersonen. Auf die Frage nach dem Grund des Asylgesuchs in der Schweiz gab der Beschuldigte an: "Weil wir nicht in unsere Heimat zurückkehren können und in Pakistan kümmert man sich auch nicht richtig um uns. Dort ging es uns auch nicht gut, auf der einen Seite ist die pakistanische Regierung, auf der anderen Seite in Pakistan die Taliban." (Urk. 113/2 S. 6). Es sei ihnen "wegen der Bildung" nicht gut gegangen. Er habe nicht zur Schule gekonnt, weder in Pakistan noch in Afghanistan. In Pakistan hätten sie ihn nicht die Schule besuchen lassen, weil er Afghane sei und in Afghanistan habe er nicht für die Regierung arbeiten können, da die Taliban das nicht gewollt hätten (Urk. 113/2 S. 6). Abschliessend wurde er nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen gefragt. Dazu gab der Beschuldigte wörtlich an (Urk. 113/2 S. 7): "Als ich in Afghanistan war – es ist besser, wenn ich jetzt die Wahrheit sage – haben mich die Taliban runtergeschubst, als ich von denen weggelaufen bin. Nein,

- 41 - das stimmt nicht... die wollten mich festhalten und ich bin runtergesprungen. Dabei habe ich mir am Rücken den siebten und achten Wirbel verletzt. Heute habe ich Schmerzen [...]" Darauf angesprochen, dass er zuvor behauptet habe, er sei nie in Afghanistan gewesen, erklärte der Beschuldigte (Urk. 113/2 S. 7): "Sie haben mich nach der Krankheit

gefragt... ich war nur dieses eine Mal für zwei bis drei Tage in Afghanistan." Im Nachgang zu dieser Befragung wurde das Dublin- Verfahren beendet und das nationale Asyl- und Wegweisungsverfahren durchgeführt (Urk. 113/6). Am 4. April 2018 wurde dem Beschuldigten ein abweisender Asylentscheid des SEM eröffnet, ihm mitgeteilt, dass er nicht als Flüchtling anerkannt werden könne, sein Gesuch deshalb abgewiesen werde und er die Schweiz verlassen müsse (Urk. 113/68). Zur Begründung wurde angeführt, der Beschuldigte habe im Asylverfahren widersprüchliche und wirre Angaben gemacht, sodass man sich kein klares Bild der Geschehnisse machen könne. Die Angaben zu den angeblichen Aufenthalten in Afghanistan seien widersprüchlich und teilweise nachgeschoben, weshalb diesen nicht geglaubt werden könne. Damit sei auch der behaupteten Festnahme durch die Taliban jegliche Grundlage entzogen. Er erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, weshalb das Gesuch abzuweisen sei (Urk. 113/68 S. 3 f.). Gegen diesen Negativentscheid des SEM erhob der Beschuldigte Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Urk. 113/76). Mit Urteil vom 11. Juni 2018 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein (Urk. 113/79). Dieser Entscheid ist endgültig und damit rechtskräftig (vgl. Art. 83 lit. d Ziff. 1 BGG).

E. 5.2

Die persönlichen Verhältnisse des Beurteilten begründen keinen schweren persönlichen Härtefall. Der 25-jährige Beschuldigte ist erst seit Ende 2015 in der Schweiz und hat hier einen Asylantrag gestellt. Der Beschuldigte war in der Schweiz folglich auch vor der Inhaftierung nicht arbeitstätig. Das Ausmass der persönlichen Beziehung bzw. die Bindung des Beschuldigten zur Schweiz ist äusserst gering ausgeprägt. Nach eigenen Angaben habe er lediglich gewisse Freunde kennengelernt. Andere, insbesondere auch familiäre Bindungen bestehen nicht. Zur im Untersuchungsverfahren erwähnten Freundin pflegt der Beschuldigte keinen Kontakt mehr. Es leben keine Familienangehörige des Beschuldigten in der Schweiz. Seine Mutter und zwei seiner Schwestern sowie seine

- 42 - beiden Brüder leben in Afghanistan. Auch sonst sind keine besonderen Umstände dargetan, die dazu führen, dass eine Landesverweisung den Beschuldigten in besonderem Masse persönlich hart treffen würde. So gab der Beschuldigte vor Vorinstanz weiter an, dass es ihm gesundheitlich soweit gut gehe. Es ist nicht ersichtlich, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Lebensbedingungen führt. Schliesslich ergab sich aus den Akten des Migrationsamts nichts, was auf einen Härtefall schliessen liesse. Im Gegenteil: Das Asylgesuch des Beschuldigten wurde mittlerweile abgelehnt und er ist zur Ausreise verpflichtet (zur behaupteten Gefahr der Verfolgung durch die Taliban sogleich). 6. Vollzugshindernisse insbesondere/Non-Refoulement-Gebot

E. 6

Aussagen des Beschuldigten

E. 6.1

Die Verteidigung macht geltend, dass bereits der Strafrichter bei der Anordnung der Landesverweisung – und nicht erst die Vollzugsbehörde beim Vollzug – im Rahmen der Härtefallprüfung zu prüfen habe, ob eine Landesverweisung zu einem Verstoß gegen das Non-Refoulement-Gebot führe. Es sei dabei die Pflicht der Strafbehörden, die entsprechenden Umstände abzuklären, auch wenn kein Beweisantrag dazu gestellt werde (Urk. 73 S. 25)

E. 6.1.1

Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme vom 21. Januar 2017 (Urk. 8/1; ca. 24 Stunden nach der Tat) gab der Beschuldigte zu Protokoll, er habe die ganze Nacht bis kurz vor 10.00 Uhr am Tatmorgen ferngesehen. Dann sei er ins Bett. Dann seien der Geschädigte und C._____ vom Freitagsgebet zurückgekommen und hätten im Esszimmer gleich neben dem Zimmer des Beschuldigten laut Musik gehört. Er sei zu den beiden gegangen und habe gesagt, er wolle schlafen. Dann sei er zurück in sein Zimmer. Die beiden seien hinter ihm her in sein Zimmer gekommen (Urk. 8/1 S. 6 f.). Zu den Geschehnissen dort im Zimmer sagte der Beschuldigte wörtlich (Urk. 8/1 S. 8): "Ich ging zurück ins Zimmer. Als ich ins Bett steigen wollte, haben sie mich in eine Art Würgegriff genommen. Ich lag im Bett und sie haben mich im Bett angegriffen. Von vorne mit einem Würgegriff. Ich lag auf dem Rücken. [...] C'._____ [gemeint: C._____, vgl. S. 7 Antwort zu Frage 64] hat mich an den Armen festgehalten und B._____ [der Geschädigte] hat mich am Hals gepackt. [...] Ja, er hat gedrückt. Aber ich habe versucht mich loszureissen" Beide hätten zu ihm gesagt "ich bringe dich um". Er habe dann C._____ weggestossen, zum Messer gegriffen und auf den Geschädigten eingestochen. Auf die Frage, weshalb die beiden ihn umbringen wollten, gab der Beschuldigte an (Urk. 8/1 S. 8): "Es gibt eben diese ethnischen Probleme, die wir schon von Afghanistan her haben. Sie sagen ich sein ein Ungläubiger, weil ich Alkohol trinke." Aufhorchen lässt die Erklärung des Beschuldigten, wie er von der ursprünglich liegenden Position auf dem Bett auf die Beine kam, das Messer ergriff und dann zustach (Urk. 8/1 S. 9): "Ich habe angefangen mich zu wehren, habe [C._____] gestossen und habe nicht zugelassen, dass sie mich umbringen. Ich habe [C._____] mit den Händen gestossen. Das Messer lag

- 17 - auf dem Tisch neben dem Bett." Als er das Messer behändigt habe, habe der Geschädigte ihn noch immer am Hals festgehalten. Dann habe er zugestochen, er habe Todesangst gehabt bzw. Angst, dass sie ihn umbringen würden. Ob er nach Hilfe gerufen habe, beantwortete der Beschuldigte damit (Urk. 8/1 S. 9): "Wen soll ich denn rufen? Die sind eine Gruppe. Später habe ich die Polizei gerufen." Als er C._____ gestossen habe, sei er mit einer Hand mit dem Geschädigten beschäftigt gewesen, mit der anderen Hand habe er das Messer gegriffen und den Geschädigten gestochen. Dabei sei er gestanden, der Geschädigte ihm gegenüber und habe ihn angegriffen (Urk. 8/1 S. 10). Er habe erst zum Messer gegriffen, als er stand. Auf die Fragen, wie ihm das Aufstehen im angeblichen Würgegriff des Geschädigten gelungen sei, gab der Beschuldigte an (Urk. 8/1 S. 10): "Wenn es um Tod und Leben geht, probiere ich mich einfach zu befreien. Auch wenn es drei Leute sind." Der Geschädigte habe ihn während des gesamten Vorgangs am Hals gehalten und erst losgelassen, als er ihm den Messerstich versetzt habe. C._____ sei umgefallen, als er (der Beschuldigte) aus dem Bett aufgestanden sei. Bis C._____ aufgestanden sei, habe er (der Beschuldigte) das Messer ergriffen und auf den Geschädigten eingestochen. Dann habe C._____ das Zimmer verlassen (Urk. 8/1 S. 10 f.). Als die beiden das Zimmer betreten hätten, habe er geschlafen, es sei gerade davor eingeschlafen; die beiden seien "verrückt" (gemeint wohl: wütend) gewesen. Auf die Frage, weshalb ihn die anderen beiden im Schlaf ohne Grund angegriffen haben sollten, gab der Beschuldigte an, er habe geschlafen, sei aufgestanden, zu ihnen hingegangen und habe gesagt, sie sollen leiser stellen. Dann sei er zurück ins Bett gegangen, sie seien ihm gefolgt und hätten ihn angegriffen. Er sei schon wieder am Einschlafen gewesen, als die beiden gekommen seien (Urk. 8/1 S. 14).

E. 6.1.2

Im Rahmen der delegierten polizeilichen Einvernahme vom 13. Februar 2017 (Urk. 8/2) bestätigte der Beschuldigte im Wesentlichen seine bisherigen Aussagen. Ergänzend führte er zur Frage nach seiner Position im Moment des Behändigens des Messers an, er sei dann gestanden und mit dem Geschädigten noch "am kämpfen" gewesen. Es sei ihm dann aber gelungen, das Messer zu greifen (Urk. 8/2 S. 2). Auf Frage, wie er überhaupt aufstehen konnte, wenn doch der Geschädigte ihn am Hals gewürgt und C._____ ihn nach unten gedrückt ha-

- 18 - ben, erwiderte der Beschuldigte (Urk. 8/2 S. 2): "Das war kein Problem für mich. Selbst wenn mich drei oder vier Leute nach unten drücken würden ... es gelang mir. Es sei denn es wären Polizisten." Er bestätigte wiederum explizit, dass er von den beiden angegriffen worden sei und den Geschädigten in der Folge mit dem Messer in Notwehr verletzt habe, ohne ihn dabei töten zu wollen. Was der Geschädigte und C._____ ausgesagt haben (nämlich dass der Beschuldigte ohne vorgängigem Angriff zugestochen habe), stimme nicht und sei gelogen (Urk. 8/2 S. 3 f.). Es sei ja so gewesen, dass die beiden in sein Zimmer gekommen seien. Damit – so sinngemäss der Beschuldigte – sei doch widerlegt, dass er den Geschädigten töten wollen (Urk. 8/2 S. 3). Die beiden hätten einen Plan geschmiedet. Die Frage, was für einen Plan denn, beantwortete der Beschuldigte ausweichend mit (Urk. 8/2 S. 3): "Ich habe einen Tag und eine Nacht gar nicht geschlafen. Die beiden versuchten mich zu töten." Im weiteren Verlauf der Befragung erklärte der Beschuldigte dann (Urk. 8/2 S. 4): "Es hat mehrere Gründe. Die Ursachen liegen ganz wo anders. A ... wollten sie nicht, dass ich länger in diesem Haus in D._____ bleibe. Und B ... gab es zwischen mir und allen anderen Diskussionen weil die anderen halt Leute mit nach Hause nahmen mit einem Negativentscheid."

E. 6.1.3

Bei der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 15. März 2017 (Urk. 8/4) wurde dem Beschuldigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Zeugenaussagen gegeben. Weiter wurde der Beschuldigte mit den Ergebnissen der DNA-Untersuchungen konfrontiert. Zum Ergebnis, dass an ihm (dem Beschuldigten) keine fremde DNA, insbesondere nicht diejenige des Geschädigten, festgestellt werden konnte, äusserte sich der Beschuldigte nun folgendermassen (Urk. 8/4 S. 4): "Die fremden Hände waren ja nicht direkt an meinem Körper, sondern an meinen Kleidern. An meinen Kleidern wird man auch DNA finden. Als der Streit passiert ist, trug ich andere Kleidungsstücke als zu dem Zeitpunkt, als die Polizei mich verhaftete. Ich zog mich zwischenzeitlich um." Und zum Befund, dass im Fingernagelschmutz des Geschädigten keine Fremd-DNA nachgewiesen werden konnte (Urk. 8/4 S. 4): "Ich habe ihnen nicht die Gelegenheit gegeben, mich zu schlagen. Er hat mich am Kragen gepackt, ich habe ihn zurückgestossen. Ich schlief in meinem Bett, sie kamen und packten mich am Kragen. Danach habe ich

- 19 - angefangen, mich zu wehren." Auf Nachfrage, ob er nun vom Geschädigten mit den Händen gewürgt worden sei (Urk. 8/4 S. 4): "Nein, ich habe ihm diese Gelegenheit nicht gegeben. Zwei oder drei Nächte zuvor war B._____ in unserem Zimmer. Mir war nicht klar, was er in unserem Zimmer suchte." Auf erneute explizite Nachfrage nach einem Würgen vor dem Messerstich (Urk. 8/4 S. 4): "Ja er hat mich gewürgt." Ob dies mit den Händen an seinem nackten Hals erfolgt sei, gab er an (Urk. 8/4 S. 4): "Ich lag auf dem Bett und er hat mich am Kragen gepackt, aber nicht am nackten Hals gewürgt."

E. 6.1.4

Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 21. April 2017 (Urk. 8/5) wurde dem Beschuldigten das Gutachten des IRM zur körperlichen Untersuchung vorgehalten, konkret, dass die festgestellten kleinen Hautabschürfungen nicht unbedingt aus einer Kampfhandlung stammen müssen und zudem keine Verletzungen festgestellt wurden, welche auf eine Kampfhandlung hinweisen würden. Dazu bemerkte der Beschuldigte (Urk. 8/5 S. 3): "Ich habe mich nicht selber verletzt." Und weiter dazu, dass keine Würgemerkmale festgestellt werden konnten und die kleinen Schürfungen auch durch Selbstbeibringung (wie bspw. beim Be- oder Entkleiden) entstanden sein könnten (Urk. 8/5 S. 3): "Heisst das, dass ich das mir selber beibrachte? Ich habe meine Kleider gar nicht ausgezogen. Die Kleider die ich während dem Streits anhatte, diese habe ich anbehalten, und ich habe danach andere Kleider darüber gezogen."

E. 6.1.5

Vor Vorinstanz bestätigte der Beschuldigte im Wesentlichen seine bisherigen Aussagen (Prot. I S. 15 ff.).

E. 6.1.6

Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte neu und erstmals zu Protokoll, ca. einen Monat vor der Tat hätten "diese Leute" (gemeint der Geschädigte und C._____) beschlossen, ihn umzubringen. Er habe zuerst mit der Sozialberaterin darüber gesprochen. Diese habe gesagt, er solle zur Polizei, was er dann gemacht habe. Die Polizei habe ihm dann gesagt, sie könnten ihm nicht helfen. Dann sei er zurück nach Hause. Er habe gedacht, bis jetzt sei nichts passiert und wenn dann halt etwas passiere, dann müsse er sich wehren. Er habe nicht wahrgenommen, ob er beschimpft worden sei. Die anderen beiden hätten jemandem gesagt, dass sie ihn mit einer Faust töten wollten. Die beiden hätten

- 20 - das aber nicht direkt zu ihm gesagt. Er habe dann später auch mal noch einen Anruf erhalten und sei dabei mit dem Tod bedroht worden, wenn er kein Geld rausrücke. Die Nummer sei unterdrückt gewesen und er habe die Stimme nicht erkannt. Als die beiden in sein Zimmer gekommen seien, habe er Angst bekommen, weil er gedacht habe, die beiden seien es, die ihn umbringen wollten. Die beiden hätten einen Plan gehabt und dann später absichtlich so ausgesagt, dass er nun als Schuldiger dastehe. Wiederum machte er geltend, er sei vom Einen am Hals und vom Anderen am Arm gepackt worden. Er hätte sich auch gegen drei Angreifer wehren können (Urk. 127 S. 7 ff.).

E. 6.2

Gemäss Art. 66d Abs. 1 lit. a StGB kann die zuständige kantonale Behörde (hier das Migrationsamt des Kantons Zürich) den Vollzug der obligatorischen Landesverweisung aufschieben, wenn der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre, oder wenn gemäss Art. 66d Abs. 1 lit. b StGB andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts dem Vollzug der Landesverweisung entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das sogenannte Non-Refoulement-Gebot zu beachten, welches die Auslieferung, Ausweisung oder Rückschiebung einer Person in ein anderes Land verbietet, falls ernsthafte Gründe für die Annahme vorliegen, dass für die betreffende Person im Zielland ein ernsthaftes Risiko von Folter bzw. unmenschlicher Behandlung oder einer anderen sehr schweren Menschen-

- 43 - rechtsverletzung besteht (vgl. Art. 3 EMRK, Art. 3 Flüchtlingskonvention, Art. 3 Anti-Folterkonvention, Art. 7 UNO-Pakt II sowie Art. 25 Abs. 2 BV). Bei der geforderten Gesamtbetrachtung der massgeblichen Aspekte, welche einen persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zu begründen vermögen, sind die Schwierigkeiten, die der Beschuldigte im Falle seiner Rückführung in sein Zielland zu gewärtigen hätte, mit zu berücksichtigen. Dies ergibt sich einerseits aus der gemischten Rechtsnatur der Landesverweisung, welche auch migrationsrechtliche Elemente enthält, und andererseits aus dem Umstand, dass eben eine umfassende Prüfung der persönlichen Verhältnisse zu erfolgen hat. Ist als erstellt zu betrachten, dass der Beschuldigte im Falle der Rückführung in sein Zielland mit hoher Wahrscheinlichkeit Folter oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt wäre, so müsste man wohl auch bei sonst schwachem Bezug zur Schweiz von einem persönlichen Härtefall ausgehen. Dieser würde aber noch nicht zum Verzicht auf die Anordnung einer Landesverweisung führen, sondern nur, aber immerhin, zur Abwägung dieser privaten Interessen mit den öffentlichen. Der Verweis auf eine allgemein problematische Situation im Zielland ist unter gewissen besonderen Umständen ebenfalls im Rahmen der Gesamtwürdigung der persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, wird aber für sich allein in der Regel nicht zur Annahme eines Härtefalles führen können. Solche nicht direkt mit der Person des Beschuldigten zusammenhängenden Probleme sind hauptsächlich im Rahmen des Vollzugs zu berücksichtigen. Das Gericht wird allein mit dieser Begründung nicht von einer Landesverweisung absehen, sondern die Vollzugsbehörde hat in Anwendung von Art. 66d StGB die Möglichkeit und die Pflicht, die Landesverweisung gegebenenfalls einstweilen auszusetzen. Zu betonen ist ferner, dass sich solche Zustände im Zielland rasch ändern können. Analog zu den vorstehend referierten Grundsätzen zur Beweislast im Zusammenhang mit Rechtfertigungsgründen ist es auch hier nicht so, dass es am Staat ist, einen stringenten Negativbeweis für das Nichtvorliegen eines den Beschuldigten begünstigenden Umstands zu erbringen (hier des Nichtvorliegens eines Härtefalles). Der Staat ist mit anderen Worten nicht dafür beweisführungspflichtig, dass der Beschuldigte im Heimatland nicht einer Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt

- 44 - ist. Solche entlastenden Umstände sind vielmehr (erst dann) abzuklären, wenn diesbezüglich konkrete Zweifel bestehen (vgl. WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 10 N 7) oder wenn die beschuldigte Person solche Umstände glaubhaft behauptet (vgl. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, a.a.O., Art. 10 N 2a; BSK StPO I-TOPHINKE, Art. 10 N 21). Die beschuldigte Person trifft hier regelmässig eine Substantiierungslast. Die Strafbehörden müssen nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegen (BSK StPO I-TOPHINKE, Art. 10 N 21). Es ist vielmehr am Beschuldigten, diejenigen Härtegründe geltend zu machen und im Rahmen des Zumutbaren bei der Beweisführung mitzuwirken, aus denen er Rechte ableiten will, nämlich das Vorliegen eines Härtefalles im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Auch das schlichte Benennen eines dieser Gründe führt nicht zur alleinigen Beweisführungspflicht der Strafbehörden. Das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung denn auch (im Zusammenhang mit Rechtfertigungsgründen) betont, dass der Untersuchungsgrundsatz den Beschuldigten nicht davon entbinde, die behaupteten Menschenrechtsverletzungen "vertretbar vorzubringen" (Urteil des Bundesgerichts 6B_880/2017 Urteil vom 4. Juli 2018 E. 3.5.4).

E. 6.2.1

Zunächst fällt auf, dass der Beschuldigte in seinen ersten Einvernahme stets und wiederholt betonte, dass er gewürgt worden sei. Auffällig ist weiter, dass er allerdings nie von Atemnot oder dergleichen berichtete, was bei einem Würgen doch zu erwarten wäre. Erst konfrontiert mit den Ergebnissen der DNA-Untersuchung machte der Beschuldigte neu geltend, er sei nicht am Hals, sondern am Kragen gepackt worden. Dieses Anpassen der eigenen Aussagen an die Ergebnisse der laufenden Untersuchung gilt in der Aussagepsychologie als Lügensignal (vgl. dazu BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 4. Aufl., München 2014, Rz. 339 ["Verarmung der Aussage" sowie "Flucht- und Begründungssignal"]).

E. 6.2.2

Die Schilderungen des Beschuldigten, wonach es zu einem derart heftigen Angriff gekommen sein soll, bei dem Leben oder Tod auf dem Spiel stand, passen nicht zum ärztlich dokumentierten Zustand des Körpers des Beschuldigten und des Geschädigten. Dass keine DNA am Hals bzw. Arm des Beschuldigten nachgewiesen werden konnte, kann verschiedene Gründe haben. Aber bei einem Kampf um Leben und Tod, bei dem der vermeintliche Angreifer den Beschuldigten in Tötungsabsicht am Hals packt, wären nach allgemeiner Erfahrung Kampfspuren zu erwarten, die weit beachtlicher wären, als die beim Beschuldigten festgestellten minimsten Hautabschürfungen im Milimeterbereich. Dies steht

- 21 - im Widerspruch zu den drastischen Schilderungen des Beschuldigten. Das Fehlen einer nachvollziehbaren, konsistenten Erklärung für die erstellte Indizienlage spricht gegen die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Beschuldigten (vgl. dazu BENDER/NACK/TREUER, a.a.O., Rz. 336 f.).

E. 6.2.3

Auch die Ausführungen, wie er sich aus dem Griff der beiden vermeintlichen Angreifer befreit haben will, lassen eine logische Konsistenz vermissen. Er soll auf dem Bett liegend einerseits vom Geschädigten am Hals und von C._____ am Arm gepackt worden sein. Es ist nur schwer vorstellbar, wie es dem Beschuldigten gelungen sein soll, aus dieser unterlegenen Position (liegend), im Würge- und Armgriff gehalten gegen zwei Angreifer aus dem Bett aufzustehen, C._____ wegzustossen (während ihn der Geschädigte immer noch gewürgt haben soll), dann das Messer zu ergreifen und zuzustechen (immer noch im angeblichen Würgegriff). Diesen Schilderungen fehlt Logik (mangelnde logische Konsistenz als Vorbedingung für die Beurteilung einer Aussage als "glaubhaft", dazu BENDER/NACK/TREUER, a.a.O., Rz. 330).

E. 6.2.4

Generell fällt auf, dass die Schilderungen des Beschuldigten zu seinem angeblichen Überlebenskampf beinahe nüchtern, ohne lebhaft Details wirken und auch deshalb unglaubhaft sind.

E. 6.2.5

Der Beschuldigte machte immer wieder geltend, dem ganzen Vorfall liege eine Verschwörung zugrunde, weil er einer anderen Ethnie angehöre. Die beiden Angreifer hätten einen "Plan" geschmiedet. Die Frage, was für einen Plan die beiden Angreifer denn gehabt haben sollen, beantwortete der Beschuldigte ausweichend mit (Urk. 8/2 S. 3): "Ich

habe einen Tag und eine Nacht gar nicht geschlafen. Die beiden versuchten mich zu töten." Das Anführen dieser "Begründung" (nicht geschlafen, wollten ihn umbringen) beantwortet die Frage nicht, welcher Plan die Angreifer gehabt haben sollen. Dieses Abschweifen vom Kern der Frage und die "Flucht" in Nebensächliches (nicht schlafen) sind wiederum Kennzeichen für nicht erlebnisbasierte Aussagen (vgl. dazu BENDER/NACK/TREUER, a.a.O., Rz. 339 ["Verarmung der Aussage" sowie "Flucht- und Begründungssignal"] und S. 84).

- 22 -

E. 6.2.6

Der Glaubhaftigkeit weiter abträglich ist der Umstand, dass der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung wieder eine neue Geschichte präsentiert, indem er erstmals geltend macht, er sei vor der Tat telefonisch mit dem Tod bedroht worden und hätte dann am Tattag Angst bekommen, als die Beiden in sein Zimmer gekommen seien, weil er gedacht habe, das seien nun die Beiden, die ihm nach dem Leben trachten würden. Weiter behauptet der Beschuldigte, dass er der Sozialarbeiterin in der Asylunterkunft, I._____, vom angeblichen Drohanruf erzählt und diese ihm geraten habe, zur Polizei zu gehen. Obwohl I._____ in ihren Einvernahmen nach allfälligen Problemen/Schwierigkeiten des Beschuldigten in der Vergangenheit gefragt wurde (vgl. Urk. 10/6 und Urk. 10/11), erwähnte sie einen solchen Drohanruf mit keinem Wort. Die Behauptung des Beschuldigten findet in den Aussagen von I._____ keine Stütze.

E. 6.2.7

Eindrücklich ist auch das Schreiben des Beschuldigten aus dem Gefängnis an den Geschädigten (Urk. 22/12). Darin bittet der Beschuldigte den Geschädigten um Verzeihung, wörtlich: "Schau Bruder, es war nicht in meiner Hand. Ich hatte schlecht geschlafen und ich hatte keine Ahnung. Ich bin nicht dein Feind. Falls du willst, dass mein Leben zerstört wird, ist etwas anderes. Ich möchte dich um Vergebung bitten. [...] Ich bin sicher, dass du keine bösen Absicht in dir für mich hast, daher will ich, dass du mir verzeihst." Ein derartiges Schreiben lässt sich nicht erklären, wenn der Geschädigte tatsächlich versucht hätte, den Beschuldigten umzubringen. Im gesamten Schreiben finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass der Geschädigte den Beschuldigten angegriffen haben soll. Mit keinem Wort erwähnt der Beschuldigte, dass er Angst gehabt hätte und sich nur gewehrt habe. Vielmehr deutet das Schreiben genau auf das Gegenteil, nämlich dass der Beschuldigte an diesem Tag quasi ausgerastet ist und er den Geschädigten angegriffen hat.

E. 6.3

Der Beschuldigte bzw. die Verteidigung beschränkt sich zur "Begründung" des Härtefalls damit, pauschal darauf hinzuweisen, dass dem Beschuldigten in Afghanistan Probleme mit den Taliban habe und von diesen mal drei Tage in Haft gehalten worden sei. Inwiefern und weshalb die Taliban gerade ihm nach dem Leben trachten sollen, hat der Beschuldigte im bisherigen Verfahren mit keinem Wort erklärt. Dies hätte sich umso mehr aufgedrängt, als seine gesamte Familie offenbar von den Taliban unbehelligt in Afghanistan leben kann. Jedenfalls hat der Beschuldigte auch diesbezüglich nie ausgeführt, seine Familie werde verfolgt. Es fehlen jegliche substantiiert vorgetragene Umstände, die eine manifeste Gefährdung an Leib, Leben oder Freiheit als glaubhaft erscheinen lassen. Genauso wenig ergeben sich aus den beigezogenen Akten des Migrationsamts diesbezüglich irgendwelche

Anhaltspunkte. Im Gegenteil: Wie vorstehend ausgeführt, machte der Beschuldigte im Rahmen des Asylverfahrens widersprüchliche und insgesamt ungläubige Angaben. So gab er bspw. zunächst an, er sei gar nie in Afghanistan gewesen. Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte der Be-

- 45 - schuldigte erst auf Vorhalt früherer Aussagen die Probleme mit den Taliban (Urk. 127 S. 3 f.). Die ganze Geschichte mit den Taliban schob der Beschuldigte erst später nach. Dies führte denn letztlich auch zur Abweisung seines Asylgesuchs. Der Beschuldigte erfüllt die Flüchtlingseigenschaft nicht. Auch unter dem Aspekt des Non-Refoulement-Gebots ergibt sich kein schwerer persönlicher Härtefall, der der Anordnung einer Landesverweisung entgegenstehen würden. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte bis zu einem allfälligen Vollzug einer Landesverweisung zunächst eine mehrjährige Haftstrafe zu erstehen haben wird. Wie sich die Situation in seinem Herkunftsland im Zeitpunkt der Haftentlassung präsentieren wird, lässt sich jetzt nicht antizipieren. Selbst wenn sich der Beschuldigte im Zeitpunkt des Vollzugs mit einer latenten Verfolgungssituation oder Bedrohung durch die Taliban konfrontiert sähe (was im jetzigen Zeitpunkt nicht erhärtet ist), hat dies vorliegend keinen Einfluss auf den Entscheid über die Anordnung der Landesverweisung. Ein allfällig dazumal vorhandenes Vollzugshindernis wird gegebenenfalls von den Vollzugsbehörden im Rahmen von Art. 66d StGB zu berücksichtigen sein.

E. 6.4

Zusammengefasst ergibt sich auch unter dem Aspekt des Non-Refoulement-Gebots kein schwerer persönlicher Härtefall. Das Vorliegen eines Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB ist somit zu verneinen, weshalb auch eine konkrete Interessenabwägung mit den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung des Beschuldigten entbehrlich ist. 7. Dauer der Landesverweisung

E. 7

Analyse der Aussagen weiterer Personen und Vergleich mit der Version des Beschuldigten

E. 7.1

Art. 66a StGB sieht als Dauer der obligatorischen Landesverweisung einen Rahmen von 5-15 Jahren vor. Die Bemessung der Dauer im Einzelfall liegt im Ermessen des Gerichts, welches sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren hat (Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 5975 ff., S. 6021). In Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sind also auch bei der Festlegung der Dauer der Landesverweisung die öffentlichen Interessen gegen jene des Beschuldigten abzuwägen. Es rechtfertigt sich, dazu auf die Höhe der ausge-

- 46 - sprochenen Strafe abzustellen, weil diese als Resultat einer bereits vorgenommenen Interessenabwägung das Ausmass des öffentlichen Interesses (zumindest hinsichtlich der berücksichtigten Umstände) abbildet.

E. 7.2

Der Beschuldigte hat sich der versuchten eventualvorsätzlichen Tötung schuldig gemacht, mithin eines der schwersten Delikte im Katalog von Art. 66a Abs. 1 StGB. Es ist allerdings beim Versuch geblieben und es sind weitaus schwerere Ausführungen einer vorsätzlichen Tötung denkbar. Aufgrund des insgesamt noch leichten Tatverschuldens (und der leichten Erhöhung aufgrund der Täterkomponenten) wird der Beschuldigte mit dem vorliegenden

Urteil zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren verurteilt, mithin zu einer Strafe im unteren Drittel des Strafrahmens von minimal 5 bis maximal 20 Jahren (eingehend zur Bewertung des Verschuldens und der Täterkomponente vorstehend). An dieser schuldangemessenen Strafe hat sich denn auch die Dauer der Landesverweisung zu orientieren. Zu berücksichtigen ist allerdings auch das gesetzgeberische Ziel der Landesverweisung, das in der Verhinderung weiterer Straftaten in der Schweiz durch den Betroffenen besteht. Dabei sind hauptsächlich die Aspekte der ausgesprochenen Strafe, die Art der begangenen Delikte, die Rückfallgefahr sowie die erneute Straffälligkeit nach verbüsster Freiheitsstrafe massgebend (vgl. BUSSLINGER/UEBERSAX, a.a.O., S. 103). Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft und – entgegen der Verteidigung (Urk. 73 S. 26 f.) – auch wegen eines Gewaltdelikts (Raufhandel, Urk. 92). Das vorliegend zu beurteilende Delikt stellt ein schweres Gewaltverbrechen dar. In Anbetracht des begangenen Deliktes, der dafür ausgesprochenen schuldangemessenen Strafe und des Verhältnismässigkeitsprinzips ist die Dauer der Landesverweisung auf 10 Jahre festzusetzen.

E. 7.3

Der Beschuldigte ist somit im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes zu verweisen. 8. Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem

E. 7.4

G._____ war während des Vorfalls ebenfalls in der Küche. Er habe den Vorfall im Zimmer nicht mitbekommen. Auch er bestätigte aber die heftige verbale Auseinandersetzung. Er habe nur Geräusche gehört, so, wie wenn etwas runterfallen würde oder jemand geschlagen worden sei. Der Beschuldigte sei sehr wütend gewesen, als er sich über die Lautstärke beschwert habe. Er schreie immer und sei immer sehr laut (Urk. 10/3 S. 3; dann etwas abgeschwächt bei der Staatsanwaltschaft Urk. 10/14 S. 3 f.).

E. 7.5

Erhellend sind schliesslich die Aussagen von E._____, ein Zimmergenosse des Beschuldigten, der während des Vorfalls im nahegelegenen Badezimmer am Zähneputzen war. In Übereinstimmung mit den Aussagen anderer gab E._____ zu Protokoll, dass sich der Beschuldigte unter anderem beim Geschädigten über die Lautstärke beschwert habe und dass der Geschädigte und C._____ hernach ins Zimmer des Beschuldigten gegangen seien (Urk. 10/4 S. 4). Im Zeitpunkt des Streits bzw. der Messerattacke sei er im Badezimmer gewesen, habe die Zähne geputzt und deshalb nichts mitbekommen, was sich im Zimmer abgespielt habe (Urk. 10/4 S. 2 und 4 ff.). Nach der Messerattacke sei er ins Zimmer zurück und dort habe der Beschuldigte ihm gesagt, der Geschädigte habe ihn beschimpft (Urk. 10/4 S. 4 und 7). Bei der Staatsanwaltschaft gab er an, er habe aber noch gesehen, wie der Geschädigte und C._____ an der Türe des Schlafzimmers gestanden seien. Dann habe es einen verbalen Streit gegeben. Er habe gedacht, es sei nichts Ernsthaftes, weshalb er weiter die Zähne geputzt habe. Dann habe er laute Stimmen gehört und dann sei der Geschädigte blutend aus dem Zimmer gekommen (Urk. 10/9 S. 3 f.). Als er dann ins Zimmer des Beschuldigten gegangen sei, habe dieser ihm gesagt, der Geschädigte habe ihm (dem Beschuldigten) "Schimpfwörter gesagt" (Urk. 10/9 S. 5). Auf die explizite Frage, ob der Beschuldigte ihm gegenüber erwähnt habe, dass er körperlich angegriffen worden sei, - 27 - gab E._____ an (Urk. 10/9 S. 5): "Nein, sowas hat er mir nicht erzählt." Wenn tatsächlich, wie es der Beschuldigte glauben machen will, ein Angriff auf ihn stattgefunden hätte, dann wäre zu erwarten gewesen, dass er unmittelbar nach dem Vorfall als Erklärung

gegenüber E._____ angegeben hätte, er sei angegriffen worden und hätte sich mit dem Messer zur Wehr setzen müssen. Stattdessen gab der Beschuldigte gegenüber E._____ das, was sich eben wirklich zugetragen hatte, nämlich, dass er (lediglich) beschimpft, nicht aber tätlich angegriffen worden war. Bei der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme von E._____ waren der Beschuldigte und sein Verteidiger anwesend (vgl. Urk. 10/9 S. 1). Keiner von beiden stellte entsprechende Ergänzungsfragen (vgl. Urk. 10/9 S. 6). Ein Falschbelastungsmotiv von E._____ ist nicht auszumachen, nachdem der Beschuldigte selbst zu Protokoll gab, dass sie beide eine gute Beziehung und keine Probleme hatten (Urk. 127 S. 12).

E. 7.6

Die ebenfalls befragten H._____ (vgl. Urk. 10/5 und Urk. 10/10) sowie I._____ (Urk. 10/6 und Urk. 10/11) konnten keine fallrelevanten Angaben machen.

E. 8

Fazit

E. 8.1

Gemäss Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-VO) können Drittstaatenangehörige nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden,

- 47 - wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung wird vom urteilenden Gericht angeordnet. Die Ausschreibung einer Landesverweisung im SIS hat weit mehr als blossen Mitteilungscharakter. Nichtfreizügigkeitsberechtigte Drittstaatenangehörige sind durch die Ausschreibung im SIS nicht nur verpflichtet, die Schweiz zu verlassen, sondern werden aus dem gesamten Schengenraum 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, durch die Ausschreibung aber auch der ursprüngliche Inhalt der Sanktion massiv verändert werde. Aus diesem Grund wurde die Kompetenz, über die Ausschreibung einer Landesverweisung zu entscheiden, dem Strafgericht übertragen, welches auch die Landesverweisung anordnet (Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung vom 20. Dezember 2016, Ziff. 1.6, S. 11).

E. 8.2

Art. 20 N-SIS-VO trat im heute geltenden Wortlaut erst am 1. März 2017 in Kraft und damit nach der Tatbegehung des Beschuldigten im Januar 2017. Die im Januar 2017 geltende Fassung von Art. 20 aNSIS-VO lautete wie folgt: "Drittstaatsangehörige können nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn ein Einreiseverbot einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt." Eine Ausschreibung im SIS konnte also bereits vor dem 1. März 2017 angeordnet werden, allerdings bezog sich die gesetzliche Bestimmung lediglich auf (migrationsrechtliche) Einreiseverbote und eine Kompetenz zur Anordnung der Ausschreibung durch das Strafgericht bestand nicht. Aufgrund des geschilderten materiellen Charakters der SIS-Ausschreibung kommt das Rückwirkungsverbot von Art. 2 StGB zur Anwendung. Die Anordnung der Ausschreibung im SIS durch das Strafgericht erscheint vor diesem Hintergrund unzulässig.

- 48 - VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorinstanzlichen Verfahren Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung blieb unangefochten und ist folglich in Rechtskraft erwachsen. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

E. 8.3

Es bleibt dabei: Eine Notwehrsituation lag – entgegen der Vorinstanz – nicht vor. III. Rechtliche Würdigung 1. Was die rechtliche Würdigung des erfolgten – und unbestrittenen – Messer- stichs und dessen Folgen anbelangt, so kann vollumfänglich auf die zutreffende rechtliche Würdigung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 87 S. 34-38). Eine (Putativ-)Notwehrsituation, die eine Strafmilderung oder gar Rechtfertigung zur Folge hätte (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 StGB), lag indes gemäss dem erstellten Sachverhalt nicht vor. Auch der subjektive Vorsatz ist – wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 87 S. 35 ff.) – klar erfüllt. Nach ständiger Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestands- verwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch uner- wünscht sein (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3). Wer in Rahmen eines Konfliktes mit einem Küchenmesser [Urk. 8/1 Antwort 98] auf den Oberkörper des Kontrahenten im frontalen Bereich unterhalb des Schlüsselbeins einsticht und eine 5 cm tiefe Wunde verursacht, nimmt einen tödlichen Ausgang ganz bewusst in Kauf. Einer- seits kann ein Täter gar nicht abschätzen, ob er mit dem Stich lebenswichtige Blutgefässe treffen wird oder nicht. Zum anderen befinden sich im oberen Bereich des Oberkörpers elementar wichtige Organe wie die Lunge und das Herz. Im Ver- laufe einer dynamischen Auseinandersetzung hat es der Täter nicht mehr allein in seiner eigenen Hand, an welcher Stelle er genau das Opfer trifft. Stiche auf die-

- 29 - sen Körperbereich mit einer gewissen Kraftanwendung wie vorliegend sind des- halb potentiell tödlich, was jedermann weiss. Dass der Geschädigte die Attacke überlebte, ist zu einem gewissen Anteil lediglich einem glücklichen Zufall zu ver- danken. Bei dieser Vorgehensweise durfte der Beschuldigten nicht mehr auf ein Ausbleiben des Taterfolgs vertrauen. Der Beschuldigte hat sich demnach der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. 2. Eine Verurteilung wegen Totschlags fällt ausser Betracht. Vorsätzliche Tötung und Totschlag unterscheiden sich darin, dass bei Totschlag der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung handelt (Art. 113 StGB). Nach den Umständen ent- schuldigbar ist ein Zustand der emotionalen Aufregung, die in der Tötungshandlung resultiert, dann, wenn anzunehmen ist, dass auch ein Durchschnittsmensch unter den gleichen Umständen leicht in denselben Affekt geraten wäre (vgl. BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, N 11 zu Art. 113). Der Begriff der Entschuldbarkeit unterliegt dabei einer objektiven Bewertung nach normativen Gesichtspunkten. Das heisst, dass beispielsweise eine subjektive übertriebene Reizbarkeit oder eine generelle charakterliche Unbeherrschtheit des Täters in diesem Zusammenhang keine Rol- le spielen. Es geht darum, dass die Entstehung des Affekts aus Sicht eines objek- tiv wertenden Betrachters als menschlich begreiflich bzw. verständlich, die Schuld des Täters demzufolge als vermindert erscheint (BSK StGB II-SCHWARZENEGGER, N 9 zu Art. 113). Der Beschuldigte machte geltend, Ursprung der Auseinandersetzung sei gewe- sen, dass der Geschädigte B._____ und C._____ im Nachbarzimmer laut Musik gehört hätten und er habe schlafen wollen (Urk. 73 S. 3). Es ist zwar gut nachvoll- ziehbar, dass

eine solche Situation die Nerven eines Schlafsuchenden erheblich beanspruchen kann. Nicht selten führt dies auch zu Streitigkeiten mit Beleidigun- gen. Dass ein Betroffener aber dadurch in einen derartigen Affekt gerät, welcher eine Tötungshandlung als Reaktion als verständlich oder nachvollziehbar er- scheinen lässt, liegt weit ab vom Verhalten eines Durchschnittsmenschen. Ruhe- störungen im nachbarschaftlichen Verhältnis sind beinahe alltäglich in einer Ge-

- 30 - sellschaft, ebenso aber auch ein gewaltfreier Umgang mit solchen Situationen. Weiter geht die Anklage davon aus, dass der der Beschuldigte vom Geschädigten B._____ mit einem Schimpfwort betitelt worden sei, als er ihn aufgefordert habe, die Musik leiser zu stellen (Urk. 87 S. 2). Diese Sachdarstellung beruht auf den Aussagen von C._____ Mir, welcher zu Protokoll gab, der Beschuldigte sei vom Geschädigten mit dem Wort "Zuhälter" beschimpft worden (Urk. 8/2 Frage 22). Al- lerdings führte der Beschuldigte in mehreren Einvernahmen selbst aus, er habe nicht genau verstanden, was B._____ und C._____ gesagt hätten (Urk. 8/1 Ant- wort 65; 8/2 Antworten 8, 14 und 22; Urk. 127 S. 8 und 10). Er sei einfach in sein Zimmer zurück gegangen. Erst in seiner dritten Einvernahme vom 15. März 2017 machte der Beschuldigte dann geltend, er sei vom Geschädigten mit dem Schimpfwort "Zuhälter" betitelt worden, was für ihn ein schlimmes Wort sei (Urk. 8/4 Antwort 4, Urk. 8/5 Antwort 21). Es kann letztlich offen bleiben, ob diese nachgeschobene Behauptung glaubhaft ist, denn wer im Affekt eine Tötungs- handlung begeht, liesse einen solchen Umstand in seinen ersten Befragungen wohl kaum unerwähnt. Beschimpfungen sind heutzutage alltäglich, man denke nur an Konflikte im Strassenverkehr. Kein durchschnittlicher Mensch gerät wegen einer solchen Äusserung in eine derart heftige, unkontrollierbare Gemütsbewe- gung, dass er deswegen zu einem Messer greift und auf den Kontrahenten ein- sticht. Dies zumal das Wort "Zuhälter" im besagten Kontext für den Beschuldigten weder erniedrigend noch emotional verletzend war, sondern einfach nur zusam- menhangs- und niveaulos. Motiv des Beschuldigten für seine Tat war keine entschuldbare heftige Gemüts- bewegung im Sinne von Art. 113 StGB, sondern eine generelle Abneigung gegen den Geschädigten aufgrund vorgängiger Konflikte (Urk. 8/1 S. 3 ff.), mutmasslich wohl gepaart mit einer gewissen Wut über den Umstand, dass B._____ und C._____ in sein Zimmer eindrangen und keine Rücksicht auf sein Schlafbedürfnis nahmen. Für die Annahme eines tieferen Strafrahmens wegen eines leicht nach- vollziehbaren und deshalb entschuldbaren Affekts im von Art. 113 besteht keine Veranlassung.

- 31 - IV. Strafzumessung, Strafvollzug 1. Allgemeines/Grundsätze/Strafrahmen

E. 13

Juni 2017 im Untersuchungsgefängnis Zürich eine Fensterscheibe zerschla- gen. Dafür wurde der Beschuldigte in Arrest versetzt (Urk. 53). Mit Datum vom

E. 14

(Rechtsmittel.)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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