



Geschäfts-Nr. SB100345/U/eh

I. Strafkammer

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Vorsitzender, lic. iur. R. Naef und Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie der juristische Sekretär lic. iur. T. Walthert

Urteil vom 30. September 2010

in Sachen

1. **A.**,
2. ...

Angeklagter und Appellant

- 1 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt B.____,

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,
Bahnhofplatz 10, Postfach, 8953 Dietikon,
Anklägerin und Appellatin sowie Anschlussappellantin

sowie

C.,

Geschädigter

betreffend

versuchte schwere Körperverletzung etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom
2. Februar 2010 (DG090040)**

Aus den Erwägungen:

[...]

2. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

[...]

2.4. Mittäterschaft ist gleichwertiges, koordiniertes Zusammenwirken bei Begehung einer strafbaren Handlung. Die Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Gehilfenschaft ist heftig umstritten (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 10 vor Art. 24 StGB).

Die Verteidigung ging in ihren Beanstandungen davon aus, dass selbst bei rechtsgenügend erstelltem Sachverhalt höchstens von einer Gehilfenschaft des Angeklagten ausgegangen werden könnte (Urk. 56 S. 3 N 6). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte die Verteidigung jedoch zu recht aus, dass das Verhalten des Angeklagten, sofern das Obergericht wider Erwarten von einem rechtsgenügend erstellten Anklagesachverhalt ausgehe, realistischere als mittäterschaftliches Handeln zu qualifizieren sei (Urk. 73 S. 20 N 49). Der Vorsatz des Angeklagten könne sich dabei jedoch lediglich auf eine einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB beziehen. Es liege somit ein Exzess des Mittäters D. __ vor, welcher dem Angeklagten nicht angerechnet werden dürfe (Urk. 73 S. 24 N 59).

2.4.1. Mittäterschaft ist gekennzeichnet durch gemeinschaftliche Verübung einer Straftat in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken. Mittäterschaft setzt Vorsatz voraus. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Mittäter, "wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung des Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mitwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht" (Entscheidung des Bundesgerichtes 6B_172/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 3.4.). Damit von Tatherrschaft ausgegangen werden kann, muss der Betreffende somit wenigstens in einem dieser drei Stadien in für die Tat massgebender Weise mit dem beziehungsweise den anderen Tätern zusammenwirken. Wann dies der Fall ist,

ist letztlich aufgrund einer wertenden Beurteilung der gesamten Umstände zu entscheiden. Damit ist gesagt, dass primär aufgrund objektiver Gesichtspunkte zu entscheiden ist, ob Tatherrschaft vorliegt oder nicht.

Mit Blick auf die Entschlussfassung setzt Tatherrschaft voraus, dass das deliktische Verhalten aufgrund eines von mehreren Personen gemeinsam getragenen Tatentschlusses verwirklicht wird, der auch bloss konkludent zum Ausdruck kommen kann. Inhaltlich muss sich dieser Entschluss auf die gemeinsame Verwirklichung des deliktischen Vorhabens beziehen, wobei Eventualvorsatz genügt. Dabei reicht es, wenn jemand nachträglich dem bereits von einem oder mehreren Anderen gefassten Entschluss beiträgt, sich also deren Vorsatz zu eigen macht. Dass der Täter bei der Fassung des gemeinsamen Tatentschlusses mitwirkt, ist nicht erforderlich (Entscheid des Bundesgerichtes 6B_172/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 3.4.). Was die Deliktausführung betrifft, so beurteilt sich die Frage, ob der Beteiligte an dieser in massgebender Weise mitwirkt, primär durch die Berücksichtigung der Rolle, welche er bei der Ausführung des Delikts innehat (Donatsch / Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8.A., Zürich 2006, § 15 S. 166ff.). Der Täter muss bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung der Tat auch tatsächlich mitwirken (Entscheid des Bundesgerichtes 6B_172/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 3.4.).

2.4.2. Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung 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 unerwünscht sein (BGE 134 IV 26 E. 3.2.2.; Urteile des Bundesgerichtes 6B_321/2010 vom 25. August 2010 E. 3.2. und 6B_214/2007 vom 13. November 2007 E. 3.4.2.; BGE 133 IV 9 E. 4.1.; 130 IV 58 E. 8.2; 125 IV 242 E. 3c; 121 IV 249 E. 3a; 103 IV 65 E. 2). Diese unter altem Recht entwickelte bundesgerichtliche Definition ist mittlerweile Gesetzwortlaut geworden (vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB). Eventualvorsatz kann unter anderem angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs infolge seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängt, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolgs gewertet werden kann (BGE 109 IV

137 E. 2b mit Hinweisen). Eventualvorsatz kann indessen auch vorliegen, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges bloss möglich ist, ja selbst dann, wenn sich diese Möglichkeit, statistisch gesehen, nur relativ selten verwirklicht. Doch darf nicht allein aus dem Wissen des Beschuldigten um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme und damit auf Eventualvorsatz geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen (Urteil des Bundesgerichtes 6S.358/2003 vom 27.10.2004). Der Täter handelt im Übrigen schon dann im Sinne von Art. 18 Abs. 2 aStGB mit Wissen, wenn ihm die wesentlichen Umstände im Sinne eines Begleitwissens mitbewusst sind (BGE 125 IV 242 E. 3e mit Hinweis; Jenny in BSK StGB I, Basel 2003, N 22 zu Art. 18 aStGB mit Hinweisen; Jenny in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 21 zu Art. 12 StGB).

Je näher die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung liegt, desto eher lässt sich auf eine Inkaufnahme schliessen. Nicht zum Vorsatz gehört das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit des eigenen Handelns (zum Ganzen: Jenny in BSK StGB I, Basel 2003, N 23 und 47 zu Art. 18 aStGB mit weiteren Verweisen auf Lehre und Praxis). Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann schwierig sein. Wie der eventualvorsätzlich Handelnde weiss der bewusst Handelnde um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Der Unterschied liegt im Willensmoment. Während der eventualvorsätzlich Handelnde mit der Tatbestandsverwirklichung rechnet und sie in Kauf nimmt, vertraut der bewusst fahrlässig Handelnde darauf, dass sich das Risiko der Tatbestandserfüllung nicht verwirklichen wird (BGE 130 IV 61). Die blosser Hoffnung auf das Ausbleiben der Tatbestandserfüllung schliesst dessen Inkaufnahme nicht aus. Auch die dem Täter bekannte Nähe des Verletzungsrisikos ist entscheidend (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. A., Zürich 2010, N 12 zu Art. 12 StGB). Was der Täter weiss, will oder in Kauf nimmt, ist Tatfrage. **Schliesslich ist in beweistechnischer Hinsicht darauf hinzuweisen, dass sich die Inkaufnahme als innerer Vorgang letztlich in der Regel nicht direkt nachweisen lässt. Das gilt grundsätzlich dann, wenn bei fehlendem Geständnis des Täters aus äusseren Umständen und Erfahrungsregeln auf jene inneren Tatsachen geschlossen wird** (vgl. BGE 134 IV 26 E. 3.2.2.; BGE 130 IV 58 E. 8.4. und Jenny in BSK StGB I, Basel 2003, N 54 zu Art. 18 aStGB; Jenny

in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 54 und 55 zu Art. 12 StGB). Nach der Rechtsprechung darf der Richter vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_214/2007 vom 13. November 2007 E. 3.4.2. und BGE 133 IV 9 E. 4.1. und BGE 130 IV 58 E. 8.4. samt Verweisen). Allerdings ist nicht zu übersehen, dass sich insoweit Tat- und Rechtsfragen teilweise gewissermassen überschneiden (vgl. BGE 130 IV 58 E. 8.5. und BGE 119 IV 1 E. 5a; Jenny in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 56 zu Art. 12 StGB).

Zu den relevanten Umständen für die Entscheidung der Rechtsfrage, ob der Täter eventualvorsätzlich oder bewusst fahrlässig gehandelt hat, gehören unter anderem die Grösse des (ihm bekannten) Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung (vgl. BGE 130 IV 58 E. 8.4.). Je grösser etwa das Risiko des Erfolgeintritts ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die tatsächliche Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, also entgegen seiner Behauptung nicht (pflichtwidrig unvorsichtig) auf einen Ausgang vertraut, bei dem keine fremden Rechtsgüter verletzt werden. Zu den relevanten Umständen können auch die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung gehören (BGE 125 IV 242 E. 3c mit weiteren Hinweisen und BGE 130 IV 58 E. 8.4.).

2.4.3. Rechtsgenügend lässt sich eine direktvorsätzliche Tatbegehung des Angeklagten im Zusammenhang mit der angeklagten versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB nicht beweisen. Dies ist vorliegend aber ohne rechtliche Relevanz. Auch Eventualvorsatz gilt - nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes (vgl. BGE 130 IV 60 ff; 123 IV 199, 112 IV 65 etc.) - als Vorsatz.

2.4.4. Dem Tatgeschehen ist eine längere verbale Auseinandersetzung zwischen den beiden Mitangeklagten und dem Geschädigten im Zug vorausgegangen. Beide Angeklagten haben sich dabei offenbar enerviert und fühlten sich zumindest provoziert (Urk. 12 S. 3 unten; 13 S. 2, 4 Mitte). Sie waren wütend auf

den Geschädigten (Urk. 11 S. 3 oben; Urk. 13 S. 9 f.). Der Angeklagte bemerkte offenbar, dass sich der Mitangeklagte D.____ sehr aufgeregt hatte (Urk. 10 S. 4). Wenn der Angeklagte dem Mitangeklagten D.____ in dieser emotionsgeladenen Situation ein offenes Messer in die Hand gab und ihn aufforderte, dem Geschädigten zu folgen, dann nahm er in Kauf, dass der Mitangeklagte D.____ dieses Messer in der Folge bei der weiteren Konfrontation mit dem Geschädigten auch einsetzte. Was letztlich der Angeklagte implizite in anderem Zusammenhang etwa so bestätigte, indem er ausführte, als er den Mittäter D.____ mit dem offenen Messer habe rausgehen sehen, habe er sich dann schon gedacht, dass er den Geschädigten abstechen würde (Urk. 13 S. 7 oben). Wer sich mit einem Messer in der Hand in eine Auseinandersetzung mit einem anderen begibt, der weiss, dass der andere dabei verletzt werden kann (Urteil des Bundesgerichtes 6S.133/2007 vom 11. September 2008 E. 2.5.).

Mittäterschaft setzt unter anderem - wie schon erwähnt - einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, wobei dieser nicht ausdrücklich bekundet werden muss; es genügt, wenn er konkludent zum Ausdruck kommt. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Mittäter bei der Entschlussfassung mitwirkt, sondern es reicht aus, dass er sich später den Vorsatz seines Mittäters zu eigen macht (BGE 130 IV 58 E. 9.2.1. am Ende und Urteil des Bundesgerichtes 6S.417/2006 vom 21. Februar 2007 E. 7.2.).

Mit der Aufforderung des Mitangeklagten D.____ an den Angeklagten, ihm das Messer zu geben, und mit der darauf folgenden Messerübergabe durch den Angeklagten hat sich dieser zumindest konkludent den Vorsatz seines Mittäters zu eigen gemacht. **Der gemeinsame Tatentschluss braucht nicht ausdrücklich zu sein, er kann auch bloss konkludent bekundet werden** (Forster in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 12 vor Art. 24 StGB). Danach hat der Angeklagte den Tatentschluss mit der Aufforderung an den Mitangeklagten D.____ zu gehen auch noch verbalisiert.

Mit der Übergabe der Tatwaffe und der mentalen Unterstützung hat der Angeklagte schliesslich auch **einen nicht wegzudenkenden Tatbeitrag geleistet** (Urk. 13 S. 8 unten). Der Tatbeitrag des Angeklagten war nach den Umständen des kon-

kreten Falles und dem Tatablauf für die Ausführung des Deliktes so wesentlich, dass sie mit ihm stand oder fiel (Urteil des Bundesgerichtes 6S.417/2006 vom 21. Februar 2007 E. 7.2.). Auch der Angeklagte räumte ein, dass es ohne Übergabe des Messers nicht zur eingeklagten Körperverletzung gekommen wäre (Prot. II S. 17 unten). Der Angeklagte hat dem Täter nicht nur die Tatwaffe gegeben, sondern diesen verbal sowie mental unterstützt und ist in der Folge dem Täter D. __ auch noch nach draussen gefolgt. Diese Handlungen des Angeklagten sprengen eine blosser Gehilfenschaft und sind demgemäss als Mittäterschaft zu qualifizieren. Denn Mittäter ist nicht nur, wer an der *eigentlichen* Tatausführung beteiligt ist oder sie zu beeinflussen vermag (BGE 130 IV 58 E. 9.2.1.; Forster in BSK StGB I, a.a.O., N 8 vor Art. 24 StGB).

2.4.5. In Frage kann bloss noch stehen, ob auch eine schwere Körperverletzung vom Eventualvorsatz des Angeklagten getragen war. Jedem Mittäter werden dabei - in den Grenzen seines (Eventual-)Vorsatzes - die kausalen Tatbeiträge der anderen Mittäter angerechnet (Forster in BSK StGB I, a.a.O., N 8 vor Art. 24 StGB). Dem Teilnehmer wird die Haupttat aber nur so weit zugerechnet, wie sein Vorsatz ging. Ein Exzess des Haupttäters liegt vor, wenn dieser ein schwereres Delikt begeht als dasjenige, das Gegenstand des Teilnehmersvorsatzes war (Stefan Trechsel, a.a.O., N 28 vor Art. 24 StGB). Ein Exzess eines Mittäters wird dem anderen Mittäter nur angerechnet, falls ihm ein entsprechender (Eventual-)Vorsatz nachgewiesen werden kann (Forster in BSK StGB I, a.a.O., N 13 vor Art. 24 StGB).

Der (Eventual-)Vorsatz des Täters oder Mittäters muss sich auch auf die Schwere der Verletzung beziehen (Stefan Trechsel, a.a.O., N 10 zu Art. 122 StGB). Die Abgrenzung des Willensinhaltes gegenüber einem blossen Vorsatz auf einfache Körperverletzung kann schwierig sein (Roth/Berkemeier in BSK StGB II, 2.A., Basel 2007, N 24 zu Art. 122 StGB). Die beiden Mitangeklagten haben sich über das genaue Tatvorgehen nicht abgesprochen (Urk. 13 S. 5 unten und S. 8 Mitte). Wie vorstehend aufgezeigt, haben sie den gemeinsamen Tatentschluss konkludent gefasst. Es war mithin nicht abgesprochen, wie der Mitangeklagte D. __ das Militärmesser bei der Auseinandersetzung mit dem Geschädigten einsetzen soll-

te. Bei einem geöffneten Militärsackmesser handelt es sich auf Grund seiner Grösse und wohl auch seiner Eignung jedenfalls um keine gefährliche Waffe beispielsweise im Sinne von 139 Ziff. 3 Abs. 3 StGB oder Art. 140 Ziff. 2 StGB (BGE 117 IV 135 E. 1c/bb und Stefan Trechsel, a.a.O., N 20 zu Art. 139). Die Staatsanwaltschaft hält dafür, der Umstand, dass der Angeklagte an seinem Militärmesser die grosse (und nicht die kleine) Klinge herausgeklappt habe, bevor er das Messer seinem Kollegen übergeben habe, belege, dass der Angeklagte eben durchaus eine schwere Körperverletzung in Kauf genommen habe (Prot. II S. 22 unten). Vorerst ist nicht klar, woher die Staatsanwaltschaft ihre Überzeugung gewonnen hat, der Angeklagte habe die grosse Klinge herausgeklappt. Aber selbst wenn dies so gewesen sein sollte, heisst dies - wie anschliessend auszuführen sein wird - noch nicht, dass der Angeklagte damit bereits ein schwere Körperverletzung billigend in Kauf genommen hätte.

Selbst wenn dem Angeklagten bewusst war, dass der Mitangeklagte D.____ den Geschädigten mit dem Militärmesser schwer verletzen könnte, heisst das noch nicht, er habe solches tatsächlich in Kauf genommen. Aus dem Wissen des Erfolgseintritts darf noch nicht auf dessen Inkaufnahme und damit Eventualvorsatz geschlossen werden. Vielmehr müssten weitere Umstände hinzukommen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6S.133/2007 vom 11. September 2008 E. 2.6. unter Hinweis auf BGE 131 IV 1 E. 2.2.). Der Angeklagte konnte nicht wissen, wie genau der Mittäter D.____ das Messer gegen den Geschädigten einsetzen würde. Abgesprochen zwischen den beiden Mittätern war diesbezüglich - wie erwähnt - nichts. Bei einem allfälligen Gerangel unter Einsatz des Messers wird zwar regelmässig eine Verletzung des Gegners in Kauf genommen, nicht aber unbedingt eine im Sinne des Gesetzes schwere Verletzung (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6S.133/2007 vom 11. September 2008 E. 2.6.).

Weitere Umstände, die dem Angeklagten den "Erfolg" einer schweren Körperverletzung nahelegen mussten, fehlen vorliegend. Dem Angeklagten kann - unter Berücksichtigung der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung - nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass er mit der Übergabe des offenen Militärmessers und seiner mündlichen Unterstützung des Mittäters D.____ eine

schwere Körperverletzung des Geschädigten in Kauf genommen habe. Seine Tathandlung ist mithin als (vollendete) einfache Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand (Art. 123 Ziff. 1 und 2. Abs. 2 StGB) zu qualifizieren (Stefan Trechsel, a.a.O., N 13 zu Art. 123 StGB).