

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130549-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. Ruggli, die Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Mondgenast

Urteil vom 11. Juli 2014

in Sachen

1. **A.** _____,

Beschuldigter und Erstberufungskläger

2. **B.** _____,

Beschuldigter, Erstberufungskläger und Anschlussberufungskläger

1 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

2 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Zweitberufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

2. **Staatsanwaltschaft See/Oberland,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

1. **C.** _____,

Privatkläger und Drittberufungskläger

2. ...

1 unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **versuchte vorsätzliche Tötung etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom
23. September 2013 (DG120238)**

Anklagen:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 20. Juli 2012 (Urk. HD 35) sowie die Zusatzanklage der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 19. September 2012 gegen den Beschuldigten 1 (Urk. 36/12) sind diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte 1 A._____ ist schuldig
 - der versuchten vorsätzlichen Tötung i.S.v. Art. 111 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - Raufhandels i.S.v. Art. 133 Abs. 1 StGB sowie
 - der Sachbeschädigung i.S.v. Art. 144 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte 2 B._____ ist schuldig
 - der versuchten schweren Körperverletzung i.S.v. Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB.
3. Der Beschuldigte 1 A._____ wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 73 Monaten, wovon bis und mit heute 201 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Der Beschuldigte 2 B._____ wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten, wovon bis zum vorzeitigen Strafantritt 207 Tage durch Haft erstanden sind.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte 2 B._____ seit dem 6. Juli 2012 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
6. Die Freiheitsstrafe des Beschuldigten 1 A._____ wird vollzogen.
7. Die Freiheitsstrafe des Beschuldigten 2 B._____ wird vollzogen.

8. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 9. April 2010 ausgefallten Freiheitsstrafe von 9 Monaten (abzüglich 1 Tag Haft) des Beschuldigten 2 B._____ wird widerrufen.
9. Bezüglich des Beschuldigten 1 A._____ wird eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 StGB (Behandlung von psychischen Störungen) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe des Beschuldigten 1 A._____ wird zu diesem Zweck aufgeschoben.
10. Bezüglich des Beschuldigten 2 B._____ wird eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Alkohol) während des Strafvollzugs angeordnet.
11. Der Beschuldigte 1 A._____ und der Beschuldigte 2 B._____ werden verpflichtet, dem Privatkläger C._____ Fr. 4'000.--, zuzüglich 5 % Zins ab 24. September 2013, unter solidarischer Haftung als Genugtuung zu bezahlen.

Der Beschuldigte 1 A._____ wird sodann verpflichtet, dem Privatkläger C._____ Fr. 10'217.20, zuzüglich 5 % Zins ab 24. September 2013, als Genugtuung zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren des Privatklägers C._____ abgewiesen.

12. Die von der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich zu Beweismittelzwecken sichergestellten und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich unter der Sachkautionsnummer SK ... lagernden 1 Paar Sportschuhe der Marke "NIKE", grau/hellgrün, werden dem Beschuldigten 1 A._____ nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben. Holt der Beschuldigte 1 diese Schuhe nicht innert 6 Monaten seit Eintritt der Rechtskraft ab, werden diese der Gerichtskasse zur gutscheinenden Verwendung oder Vernichtung überlassen.
13. Die von der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich zu Beweismittelzwecken sichergestellten und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich unter der

Sachkautionsnummer SK ... lagernden 1 Paar Stiefel der Marke "Timberland", dunkelgrau, werden dem Beschuldigten 2 B._____ nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben. Holt der Beschuldigte 2 diese Schuhe nicht innert 6 Monaten seit Eintritt der Rechtskraft ab, werden diese der Gerichtskasse zur gutscheinenden Verwendung oder Vernichtung überlassen.

14. Die von der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich zu Beweismittelzwecken sichergestellten und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich unter der Sachkautionsnummer SK ... lagernden 1 Paar Halbschuhe der Marke "Caterpillar", beige, werden dem Privatkläger C._____ nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben. Holt der Privatkläger diese Schuhe nicht innert 6 Monaten seit Eintritt der Rechtskraft ab, werden diese der Gerichtskasse zur gutscheinenden Verwendung oder Vernichtung überlassen.

15. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 7'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'945.20 Kosten Kantonspolizei
Fr. 5'700.-- Gebühr Anklagebehörde
Fr. 6'471.50 Auslagen Vorverfahren
Fr. 24'770.-- amtliche Verteidigung Beschuldigter 1
Fr. 22'240.-- amtliche Verteidigung Beschuldigter 2
Fr. 9'000.-- unentgeltliche Vertretung Privatklägerschaft
Fr. 31'863.60 Kosten Gutachten

16. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden den Beschuldigten 1 und 2 auferlegt, jedoch definitiv abgeschrieben.

17. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 1 A._____, Rechtsanwalt lic.iur. X._____, wird mit Fr. 24'770.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) entschädigt.

18. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 2 B._____, Rechtsanwalt lic.iur. Y._____ und Rechtsanwältin lic.iur. Y1._____ (Anwaltsbüro ...), wird mit Fr. 22'240.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) entschädigt.
19. Die unentgeltliche Vertretung der Privatklägerschaft C._____, Rechtsanwalt lic.iur. Z._____, wird mit Fr. 9'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) entschädigt.
20. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten 1 A._____ werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
21. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten 2 B._____ werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

- a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(Urk. 185)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, ausser betreffend Dispositivziffer 3 (Strafzumessung), hier sei eine Bestrafung von A._____ mit 8 Jahren Freiheitsstrafe auszufallen.

- b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 186 S. 23)

1. Der Beschuldigte sei der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB, des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB sowie der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 StGB schuldig zu sprechen.

2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 31 Monaten zu bestrafen. Die bisher erstandene Haft von 201 Tagen sei auf die Freiheitsstrafe anzurechnen.
 3. Es sei eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen. Der Vollzug der Strafe sei zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.
 4. Im Übrigen sei das erstinstanzliche Urteilsdispositiv zu bestätigen, respektive es sei festzustellen, dass dieses bereits in Rechtskraft erwachsen ist.
 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
- c) Des Vertreters der Privatklägerschaft:
(Urk. 181, schriftlich)
1. Die angefochtene Dispositivziffer 19 sei wie folgt zu ändern: "Die unentgeltliche Vertretung der Privatklägerschaft C._____, Rechtsanwalt lic. iur. Z._____, wird mit Fr. 11'939.80 (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) entschädigt."
 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zulasten der Vorinstanz bzw. des Staates.

Erwägungen:

I. Formelles

Das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, sprach den Beschuldigten A._____ mit Urteil vom 23. September 2013 schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung,

des Raufhandels sowie der Sachbeschädigung und bestrafte ihn mit 73 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt (entspricht 6 Jahren und 1 Monat). Des Weiteren ordnete das Gericht für den Beschuldigten eine stationäre Massnahme zur Behandlung seiner psychischen Störungen an und schob zu diesem Zweck den Vollzug der Freiheitsstrafe auf. Mit gleichem Entscheid verurteilte das Gericht den Mitbeschuldigten B._____ der versuchten schweren Körperverletzung und bestrafte ihn mit 34 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt. Für diesen Beschuldigten ordnete das Gericht eine ambulante Behandlung (Suchtbehandlung Alkohol) während des Strafvollzugs an und widerrief den bedingten Vollzug einer Vorstrafe.

Gegen das Urteil meldeten am 24. bzw. 25. September 2013 beide Beschuldigten Berufung an (Urk. 121 und 122). Der Beschuldigte A._____ liess am 10. Dezember 2013 seine Berufungserklärung folgen (Urk. 146): Demnach ficht er den Schuldspruch wegen versuchter vorsätzlicher Tötung an; in diesem Punkt will er lediglich wegen schwerer Körperverletzung verurteilt und insgesamt mit einer Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren sowie mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– bestraft werden. An Stelle der stationären Massnahme werden vom Beschuldigten A._____ eine ambulante Massnahme unter Aufschub des Strafvollzugs beantragt sowie die Erteilung einer Weisung auf Abstinenz von Alkohol und Cannabis während der Dauer dieser Massnahme.

Die Anklägerin der Hauptanklage, die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, meldete am 26. September 2013 hinsichtlich beider Beschuldigten ebenfalls Berufung gegen das Urteil vom 23. September 2013 an (Urk. 123). Die Anklägerin der Nachtragsanklage gegen den Beschuldigten A._____, die Staatsanwaltschaft See/Oberland, verzichtete demgegenüber am 12. Februar 2014 auf die Ergreifung von Rechtsmitteln und erklärte, sich am weiteren Verfahren nicht aktiv beteiligen zu wollen (Urk. 156). Die Staatsanwaltschaft IV reichte am 25. November 2013 ihre Berufungserklärung ein (Urk. 145) mit dem Antrag, die Freiheitsstrafe für A._____ auf 8 Jahre und diejenige für B._____ auf 3 ½ Jahre zu bemessen. Im Übrigen beantragte sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids.

Am 6. Dezember 2013 zog der Beschuldigte B._____ seine Berufung wieder zurück (Urk. 143), schloss sich mit Schreiben vom 25. Februar 2014 jedoch der

Berufung der Staatsanwaltschaft IV an mit dem Antrag auf eine privilegiere Verurteilung und eine mildere Bestrafung (Urk. 157). Am 14. Mai 2014 zog die Staatsanwaltschaft IV ihre Berufung gegen den Beschuldigten B._____ jedoch zurück (Urk. 174), sodass auch die Anschlussberufung dieses Beschuldigten dahinfällt.

Ebenfalls Berufung angemeldet hatte mit Datum vom 1. Oktober 2013 der Privatkläger C._____ (Urk. 124). Seine Berufungserklärung folgte unterm 12. Dezember 2013 (Urk. 147). Er verlangte darin eine Änderung von Dispositivziffer 19 des vorinstanzlichen Entscheids dahingehend, dass seine unentgeltliche Vertretung mit Fr. 11'939.80 anstatt bloss mit Fr. 9'000.– entschädigt werde. Im Berufungsverfahren modifizierte und begründete er seinen Antrag schriftlich und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, welchem Gesuch stattgegeben wurde (Urk. 181; näheres unter Ziff. VI.).

Demnach ist festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil betreffend den Beschuldigten B._____ nicht mehr angefochten und deshalb bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Was den Beschuldigten A._____ angeht, so sind folgende Dispositivziffern des vorinstanzlichen Urteils unangefochten geblieben und folglich ebenfalls in Rechtskraft erwachsen: 1 teilweise (Schuldspruch wegen Raufhandel und Sachbeschädigung), 11 (Genugtuung an Privatkläger C._____), 12 und 14 (Herausgabe) sowie 15-17 und 20 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv). Es ist festzustellen, dass diese Entscheide in Rechtskraft erwachsen sind.

II. Sachverhaltserstellung

Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich wirft dem Beschuldigten den in der Anklageschrift vom 20. Juli 2012 umschriebenen Sachverhalt vor (Urk. HD 35; diesem Urteil beigeheftet).

Der Beschuldigte hat die Anklagevorwürfe im Wesentlichen eingestanden. Er zeigte sich grundsätzlich geständig, den Privatkläger sowohl am ganzen Körper als auch gegen den Kopf getreten zu haben, als dieser bereits am Boden lag. Auch die erlittenen Verletzungen des Privatklägers stellte er nicht in Abrede; diese

sind sodann durch die Akten belegt. Im zentralen Punkt der Anklage (Anklageziffer A.4.) stellte der Beschuldigte sich allerdings auf den Standpunkt, dem Privatkläger gemeinsam mit B._____ drei bis vier Fusstritte gegen den Kopf verpasst zu haben, ohne gewusst zu haben, dass der Privatkläger bewusstlos gewesen sei (Urk. HD 4/3 S. 7 f. und 4/8 S. 2 f.; Prot. I S. 4 ff. und Prot. II S. 31).

Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob und inwieweit sich auch der Anklagevorwurf der rund sieben Fusstritte gegen das Gesicht und den Kopf des Privatklägers aufgrund der erhobenen Beweismittel erstellen lässt. Die Vorinstanz hat korrekte Ausführungen zu den Anforderungen an die Beweisführung und zu den Grundsätzen der Beweiswürdigung sowie insbesondere zur Würdigung von Aussagen gemacht, auf die vorab verwiesen werden kann. Dasselbe gilt auch für die Ausführungen zur Glaubwürdigkeit der Beteiligten (Urk. 144 S. 9 ff.; Art. 82 Abs. 1 StPO).

Die Anklage stützt sich bezüglich Anklageziffer A.4. im Wesentlichen auf die Aussagen des Beschuldigten und der Zeugin D._____. Ferner liegen als Beweismittel insbesondere die medizinischen Akten betreffend die vom Privatkläger erlittenen Verletzungen im Recht (Urk. HD 12/1). Zur Verwertbarkeit dieser Beweismittel kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 144 S. 12 f.).

Die Vorinstanz hat die bisherigen Aussagen des Beschuldigten und der Zeugin D._____ richtig und umfassend wiedergegeben, worauf verwiesen werden kann (Urk. 144 S. 14 ff. und S. 24 ff.).

Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, der Privatkläger habe eine Bewegung gemacht, wie wenn er ihn mit einem Schraubenzieher habe angreifen wollen, weshalb er sich ohne nachzudenken gewehrt und den Privatkläger geschlagen habe. Es sei nicht so, wie es ihm vorgeworfen werde; er habe nicht sieben bis acht Mal, sondern drei bis vier Mal gemeinsam mit B._____ den Privatkläger in den Kopfbereich gekickt und er habe nicht gewusst, dass dieser bewusstlos gewesen sei. Am Tag des Vorfalls habe er leichte Joggingsschuhe getragen und den Privatkläger mit dem Innern des Schuhs getreten.

Die Zeugin D._____ sei nicht in der Nähe gewesen, als er und B._____ auf den Privatkläger eingeschlagen hätten, zudem sei es dunkel gewesen. Sie sei mit dem Telefon abgelenkt gewesen und habe die Situation gar nicht richtig mitbekommen, ansonsten hätte sie auch gesehen, dass der Privatkläger ihn angegriffen habe (Prot. II S. 31 ff.).

Die Verteidigung machte zusätzlich geltend, die Zeugin D._____ sei selbst Teil eines äusserst dynamischen Geschehensablaufs gewesen, weshalb sie nicht bloss unbeteiligte Dritte gewesen sei, sondern mit den Beschuldigten und dem Privatkläger in Interaktion getreten sei, indem sie von diesen aufgefordert worden war, die Polizei zu verständigen und sie selbst die Parteien angewiesen habe, sich ruhig zu verhalten. Die Auseinandersetzung mit anschliessender Bewusstlosigkeit des Privatklägers könne nur wenige Sekunden gedauert haben, wie sich dies aus dem Gespräch der Zeugin D._____ mit der Notrufzentrale ergäbe. In diesem kurzen Zeitraum sei es entgegen der Darstellung der Zeugin D._____ nicht möglich, den Privatkläger mit Fäusten zu traktieren, zu Boden zu reissen, sieben Mal in den Rumpf und dann noch sieben Mal gegen den Kopf zu treten. Weiter sei nicht erstellt, dass der Beschuldigte auch noch gegen den Kopf des Privatklägers getreten habe, als dieser bereits bewusstlos am Boden lag (Urk. 186 S. 3 ff.).

Anlässlich der unmittelbar nach dem Vorfall durchgeführten polizeilichen Einvernahme der Zeugin D._____ vom 16. November 2011 führte diese aus, der Beschuldigte sei während ihres Telefonats mit der Polizei in Rage geraten und habe den Privatkläger beschimpft und sofort mit erhobenen Fäusten attackiert. Als der Verletzte am Boden gelegen sei, habe der Beschuldigte sicherlich etwa fünf bis sechs Mal mit seinen nicht leichten Schuhen massiv gegen den Kopf des Privatklägers getreten, wobei sich dieser nach dem ersten Schuhtritt gegen seinen Kopf sofort versteifte und keine Abwehrreflexe mehr gezeigt habe. Als ein Passant laut geschrien habe, hätten die beiden Täter vom Opfer abgelassen (Urk. HD 8/1 S. 2 f.). Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 24. Januar 2012 erinnerte sie sich daran, dass der Beschuldigte etwa sieben Mal seitlich und frontal auf den Kopf des Opfers eingetreten habe. Die Täter seien weggelaufen, als ein

anderer Zeuge am Ende des Parks laut gerufen habe. Das Opfer sei regungslos dagelegen und habe nach einer Minute angefangen zu röcheln und zu krampfen. Sie führte weiter aus, beim Privatkläger keine Bewegung gesehen zu haben, die als Angriff mit einem Messer gedeutet werden könnte (Urk. HD 8/13 S. 3 ff.). Bei beiden Einvernahmen erklärte sie, nur der Beschuldigte habe auf den Kopf und das Gesicht des Privatklägers eingetreten (Urk. HD 8/1 S. 3 und 8/13 S. 4).

Die Zeugin konnte die Täter klar unterscheiden und führte aus, weder die beiden noch den Privatkläger zu kennen. Sie machte zum Vorfall sehr detaillierte und differenzierte Aussagen, an welchen sie konstant festhielt. Den Vorgang schilderte sie von sich aus und in eigenen Worten. Sie gab an, wenn sie sich nicht erinnern konnte oder eine Handlung aufgrund der Dunkelheit oder des geführten Telefonats nicht gesehen hatte. Weiter erwähnte sie, dass alle drei Beteiligten zu ihr sehr höflich gewesen seien und sie deshalb keine Angst gehabt habe. Es gibt sodann keine Anhaltspunkte, dass die Zeugin D._____ nicht die Wahrheit gesagt haben soll, weshalb vollumfänglich auf ihre glaubhaften Aussagen abgestellt werden kann. Der Sachverhalt ist somit auch bezüglich der fünf bis sechs Fusstritte gegen das Gesicht und den Kopf des Privatklägers rechtsgenügend erstellt. Zu welchem Zeitpunkt der Privatkläger sein Bewusstsein verlor, kann dahingestellt bleiben; als erstellt gilt, dass er nach dem ersten Fusstritt des Beschuldigten keine Abwehrreflexe mehr zeigte, mithin wehrlos war.

III. Rechtliche Würdigung

Hauptsächliche Streitfrage im Berufungsverfahren ist, ob die körperliche Attacke des Beschuldigten A._____ gegen den Privatkläger C._____ vom 16. November 2011 in einem Park beim ...-Platz in Zürich als versuchte vorsätzliche Tötung – so die Staatsanwaltschaft – oder als schwere Körperverletzung – nach Auffassung der Verteidigung – zu qualifizieren sei.

Die Vorinstanz hat auf eventualvorsätzlich versuchte vorsätzliche Tötung erkannt. Sie hat in ihrer Urteilsbegründung die allgemeinen Regeln zur Unterscheidung der beiden Tatbestände sowie die diesbezügliche Gerichtspraxis zutreffend

wiedergegeben (Urk. 144 S. 38 f. und S. 42 unten). Es kann darauf verwiesen werden. Ausführlich und nachvollziehbar sind auch die Erwägungen der Vorinstanz darüber, wie gemäss dem Gutachten des IRM (Urk. HD 12/3) die Verletzungen des Opfers entstanden sein müssen, mithin welcher Art die Gewalteinwirkungen des Beschuldigten auf den Privatkläger gewesen sein müssen.

An dieser Stelle seien vorerst kurz die dem Privatkläger zugefügten Verletzungen zu rekapitulieren: Er erlitt durch die mehrfach ausgeführten Tritte gegen den Kopf- und Gesichtsbereich ein Schädel-Hirn-Trauma, eine Kalottenfraktur temporal links, ein Epiduralhämatom temporoparietal und temporopolar links, ein leichtes linksseitiges Ödem mit Kompression des linken Seitenventrikels, eine Mittelgesichtsfraktur links mit Fraktur der Orbitawand medial und lateral, des Orbitabodens und der vorderen und hinteren Wand des Sinus maxillaris, eine Fraktur des Os nasale rechts und drei Rissquetschwunden der Kopfschwarte links (Urk. HD 12/1).

Gemäss Gutachten ist aufgrund dieser Verletzungen davon auszugehen, dass zum einen eine erhebliche stumpfe Gewalteinwirkung gegen die Augen- und Nasenpartie des Opfers stattgefunden hat; des Weiteren seien stumpfe Gewalteinwirkungen gegen die Kopfschwarte oberhalb der Hutkrempe sowie eine grossflächige stumpfe Gewalteinwirkung an der rechten Kopfhälfte erfolgt. All diese Gewalteinwirkungen seien als Folge von Schlägen und mehreren Fusstritten gegen den Kopf des Opfers zu interpretieren (Urk. HD 12/3 S. 7 f.). Zudem muss – so die nachvollziehbare Interpretation der Vorinstanz (Urk. 144 S. 41) – mit dem Schuh auch frontal auf den Kopf des Opfers aufgestampft worden sein. Diese Erkenntnisse stehen im Einklang mit den Beobachtungen der Zeugin D._____. Entgegen dem Vorbringen der Verteidigung erweist sich als unbedeutend, mit welchen Schuhen der Beschuldigte getreten haben soll. Die Vorinstanz vermochte auch überzeugend die weitere Darstellung der Verteidigung zu widerlegen, wonach der Beschuldigte nur mit dem Innenrist des Schuhs getreten habe (a.a.O. S. 41). Anlässlich der Berufungsverhandlung vermochte die Verteidigung des Beschuldigten nichts darzutun, was die Situation anders einschätzen liesse. Die Vorinstanz verletzt sodann entgegen der Ansicht der Verteidigung keinesfalls das

Anklageprinzip, wenn sie ihrer rechtlichen Würdigung ein Stampfen auf den Kopf zu Grunde legt; ein solches Stampfen wird von den in der Anklage umschriebenen heftigen Fusstritten gegen den Kopf gedeckt.

Wenn die Vorinstanz zur Auffassung gelangte, dass, wer einem Menschen mehrfache Tritte gegen den Kopf- und Gesichtsbereich versetzt und selbst dann nicht aufhört, wenn das Opfer bereits bewusstlos oder sonstwie wehrlos ist, den Eintritt von Verletzungen von der Art der eingetretenen, mithin von potentiell lebensbedrohlichen Verletzungen und damit auch den möglichen Todeseintritt in Kauf nehme, so ist ihr zu folgen. Richtig ist auch der Hinweis der Vorinstanz, dass der tatzzeitliche Gemütszustand des Beschuldigten ebenfalls für eine eventualvorsätzliche Tötungshandlung spreche: nach eigenen Aussagen soll er wütend, nicht nachdenkend und ausgetickt gewesen sein, so dass davon ausgegangen werden muss, dass er seine Fusstritte nicht mehr zu dosieren vermocht hat. Auch wenn dem Beschuldigten ein direkter Tötungsvorsatz nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden kann, so gehört es – so die Vorinstanz zutreffend – zum Allgemeinwissen eines Durchschnittsmenschen, dass insbesondere der Kopfbereich eines Menschen ausserordentlich gefährdet und verletzungsempfindlich ist und heftige und wiederholte Schläge und Tritte gegen den Kopf potentiell lebensgefährlich sind. Die vom Privatkläger infolge der Attacke des Beschuldigten erlittenen folgeschweren Verletzungen sind denn auch nicht überraschend.

Weiter widerlegte die Vorinstanz in überzeugender Weise, dass der Beschuldigte sich aufgrund des Geschehensverlaufs auf Notwehr berufen könne. Ebenso wenig konnte die Rede davon sein, dass der Beschuldigte etwa schuldunfähig gewesen wäre. Der Beschuldigte ist durchschnittlich intelligent und sein Denken war vom Alkohol- und Drogenkonsum nicht erheblich getrübt; so reinigte er nach der Tat anerkanntermassen seine Schuhe und versuchte vorgängig mit Hilfe eines Nachbarn den Privatkläger aus seiner Wohnung zu locken (Urk. HD 4/4 S. 2 f). Dies zeugt von einem koordinierten und überlegten Handeln.

Dass sich die Vorinstanz im Ergebnis der rechtlichen Würdigung der Staatsanwaltschaft anschloss, war aus all diesen Gründen nahliegend und ist keineswegs zu bemängeln. Es kann sogar festgestellt werden, dass vorliegend kein

Grenzfall in der Anwendung der strittigen Tatbestände vorliegt. Der Schuldspruch hat deshalb auf versuchte vorsätzliche Tötung im Sinne von Art. 111 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB zu lauten.

IV. Strafe

Die Vorinstanz hat den Strafraumen für vorsätzliche Tötung und die allgemeinen Strafzumessungsregeln richtig wiedergegeben, so dass darauf verwiesen werden kann; ebenfalls abgestellt werden kann auf ihre Erwägungen zur mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit des Beschuldigten, die sich auf das psychiatrische Gutachten von PD Dr. E. _____ zu stützen vermögen (Urk. 144 S. 56 ff.).

Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte den Privatkläger erst gegen den ganzen Körper trat und ihm dann massive Fusstritte gegen den Kopf und das Gesicht versetzte, wodurch dieser sehr schwere Verletzungen erlitt. Er liess erst vom regungslos am Boden liegenden Privatkläger ab, als andere Personen intervenierten. Sein Handeln zeugt von einer krassen Geringschätzung und einer erschreckenden Gleichgültigkeit gegenüber der körperlichen Unversehrtheit des Privatklägers. Nur dank rascher medizinischer Versorgung überlebte der Privatkläger. Er musste anschliessend rund vier Monate hospitalisiert werden und leidet auch heute noch unter fehlendem Sicherheitsgefühl. Die objektive Tatschwere ist damit insgesamt innerhalb des vorliegenden Strafraumens als sehr schwer einzustufen und bewegt sich aufgrund des sehr grausamen Vorgehens in der Nähe eines Mordes, was bei Annahme einer vollendeten Tat eine Einsatzstrafe im Bereich von 16 Jahren Freiheitsstrafe angemessen erscheinen liesse.

Wie bereits erwähnt, ist von einer mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit des Beschuldigten auszugehen. Eine schwere verminderte Schuldfähigkeit ist aufgrund des koordinierten Nachtatverhaltens des Beschuldigten auszuschliessen. Entgegen den Ausführungen im Gutachten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Beschuldigte während der Tat unter dem Einfluss von Kokain stand. Der Beschuldigte konsumierte gemäss eigenen Angaben zuletzt mit 21 Jahren

Kokain und nahm vor der Tat Alkohol und Cannabis zu sich (Prot. II S. 19 und 28). Die hypothetische Einsatzstrafe von 16 Jahren ist zufolge der mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit auf 8 Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren.

Strafmindernd ist weiter zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Tat nicht mit direktem Vorsatz begangen hat; er strebte den Tod des Privatklägers nicht an, sondern nahm diesen in Kauf. Das Motiv allerdings wirkt belastend: Er handelte aus völlig nichtigem Anlass, weil ihn der Privatkläger angeblich zwei Wochen zuvor beleidigt haben soll.

Bezüglich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten und seiner Vorstrafenlosigkeit kann ebenfalls auf die Begründung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 144 S. 65). Dass sich daraus keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten lassen, ist richtig. Seit dem Verfahren vor Vorinstanz hat sich diesbezüglich nichts geändert. Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist das Alter des Beschuldigten zum Tatzeitpunkt nicht strafmindernd zu berücksichtigen. Der Beschuldigte war damals 23 Jahre alt und durchaus in der Lage, die Schwere seiner Tat und die möglichen Folgen zu erkennen. Eine mangelnde Einsicht oder altersbedingte Unreife wurden vom Gutachter denn auch nicht festgestellt.

Der Vorinstanz beizupflichten ist sodann, dass das, wenn sachverhaltlich auch nur eingeschränkte Geständnis des Beschuldigten (wonach er das Opfer malträtiert habe) und auch sein Nachtatverhalten (Entschuldigung gegenüber dem Opfer, Zahlungen an dieses) strafmindernd auszufallen haben. Wie der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung ausführte, hat er die freiwillig besuchte Therapie Anfangs 2014 abgebrochen und sich noch nicht um eine Anschlusslösung bemüht. Er zeigte sodann wenig Einsicht und Reue; vielmehr führte er aus, alle Beteiligten, somit auch der Privatkläger, trügen am Vorfall Schuld (Prot. II S. 18 und 34), was auf eine starke Bagatellisierungstendenz hinweist. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass der Beschuldigte nichts dazu beigetragen hat, dass das Opfer überlebt hat. Dass es beim Versuch der Tötung geblieben ist, kann sich deshalb nur sehr leicht strafmindernd auswirken. Insgesamt erscheint es angemessen, die Einsatzstrafe von 8 Jahren Freiheitsstrafe um rund ein Jahr zu reduzieren.

Eine Erhöhung der Strafe erfolgt aufgrund der zum Tötungsversuch hinzutretenden zwei weiteren Delikte: Die Vorinstanz hielt dafür, dass für den nicht mehr leicht wiegenden Raufhandel und die eher leicht zu beurteilende Sachbeschädigung, hinsichtlich derer der Beschuldigte geständig war, bei Berücksichtigung der langen Verfahrensdauer und unter Anwendung des Asperationsprinzips die Freiheitsstrafe lediglich um einen Monat zu erhöhen sei. Dem ist beizupflichten.

Im Ergebnis ist der Beschuldigte für die von ihm begangenen Delikte mit einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren zu bestrafen. Die erstandene Haft von 201 Tagen ist daran anzurechnen.

V. Massnahme

Im psychiatrischen Gutachten von PD Dr. E. _____ vom 31. Mai 2013 über den Beschuldigten wird eine manisch-depressive Erkrankung, die sich im Tatzeitpunkt zumindest bereits angebahnt habe, diagnostiziert. In Kombination dazu sei damals eine Alkohol- und Cannabisintoxikation vorgelegen. Das Störungsbild habe in einem motivationalen Zusammenhang mit der Tat vom 16. November 2011 gestanden (Urk. 82). Die Behandlungsbedürftigkeit des Beschuldigten ist damit zu bejahen. Der Gutachter bezeichnete die Rückfallgefahr für weitere Gewalttaten beim Beschuldigten als deutlich erhöht. Hinsichtlich einer indizierten Massnahme sind gemäss Gutachten sowohl die Voraussetzungen für eine stationäre wie auch für eine ambulante Massnahme erfüllt. Allerdings könne – so der Gutachter weiter – bei gleichzeitigem oder vorzeitigem Strafvollzug der Behandlung nicht genügend Rechnung getragen werden, da sich dadurch verschiedene Symptome der Erkrankung des Beschuldigten mit grosser Wahrscheinlichkeit verstärken würden.

Die Vorinstanz wog die Kriterien für die eine und andere Massnahmenart sorgfältig gegeneinander ab. Sie betonte dabei den Ausnahmecharakter eines Strafaufschubs zugunsten einer ambulanten Massnahme und nannte die entsprechenden Voraussetzungen. Die bisher nur geringen Sozialisierungsbemühungen des Beschuldigten in Freiheit sowie die auszufällende mehrjährige Strafe und die

schwerwiegende Anlasstat mit nicht mehr leichtem Verschulden liess die Vorinstanz eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 1 StGB in einer offenen Einrichtung für angezeigt und verhältnismässig erscheinen. Eine stationäre Massnahme gemäss Absatz 3 dieser Bestimmung verwarf sie als klar unverhältnismässig.

Die Erwägungen der Vorinstanz überzeugen nach wie vor. Seit der Hauptverhandlung haben die allgemeinen Resozialisierungsbemühungen des Beschuldigten keine markanten Fortschritte gebracht; er hat die bisher auf freiwilliger Basis erfolgte ambulante Behandlung abgebrochen und nach Ablauf seiner Praktikumsstelle verfügt er über keine konkreten beruflichen Zukunftspläne. Entscheidend ist zudem, dass sich vorliegend der Aufschub der mehrjährigen Freiheitsstrafe zugunsten einer bloss ambulanten Behandlung mit der Rechtsgleichheit unter vergleichbaren Fällen nicht mehr vereinbaren liesse. Das Berufungsgericht kommt deshalb zum gleichen Entscheid wie die Vorinstanz und hält einzig eine stationäre Massnahme für angezeigt. Gemäss Art. 57 Abs. 2 StGB hat die anzuordnende stationäre Massnahme jedenfalls Vorrang vor dem Strafvollzug, weshalb dieser für die Dauer der Massnahme aufzuschieben ist.

VI. Entschädigung der unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers für die erste Instanz

Der Vertreter des Privatklägers C._____ hatte der Vorinstanz eine Honorarnote für seine nach Stundenaufwand berechneten Bemühungen samt Barauslagen und Mehrwertsteuer über insgesamt Fr. 12'976.60 eingereicht (Urk. 118). Die Vorinstanz reduzierte die verlangte Entschädigung auf Fr. 9'000.-; sie begründete dies damit, dass der Privatkläger sich lediglich als Zivilkläger konstituiert habe und die Grundgebühr sich deshalb gemäss § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV nach dem Streitwert richte (Urk. 144 S. 96).

Der Vertreter des Privatklägers appellierte gegen diesen Entscheid und verlangte in seiner Berufungserklärung nunmehr Fr. 11'939.80 inkl. Mehrwertsteuer

und Barauslagen (Urk. 147). Mit Zuschrift vom 8. Juli 2014 präzisierte er seine Forderung und begründete gleichzeitig seine Berufung schriftlich (Urk. 181).

Der Entschädigungsanspruch des Vertreters des Privatklägers richtet sich unabhängig vom Umfang der Konstituierung sinngemäss nach den Bestimmungen über die Entschädigung der amtlichen Verteidigung und somit nach den Regeln für den Strafprozess (Art. 138 i.V.m. 135 StPO). Die amtliche Verteidigung wird nach dem Anwaltstarif des Bundes oder desjenigen Kantons entschädigt, in dem das Strafverfahren geführt wurde (Art. 135 Abs. 1 StPO). Im Kanton Zürich ist die Verordnung vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) massgebend. Die auszurichtende Vergütung setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Im Allgemeinen sind bei der Festsetzung der Gebühr der Zeitaufwand und die Verantwortung des Anwalts sowie die Bedeutung und die Schwierigkeit des Falls entscheidend (§ 2 Abs. 1 lit. b-e AnwGebV). Die Grundgebühr für die Führung eines Strafprozesses einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrags und Teilnahme an der Hauptverhandlung beträgt vor den Bezirksgerichten Fr. 1'000.– bis Fr. 28'000.– (§ 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV).

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Privatkläger nicht zuletzt schadensfallbedingt gesundheitlich angeschlagen war, was eine Instruktion erschwerte. Zudem hielt er sich nach seiner Entlassung aus der Rehabilitationsklinik in einem engmaschig betreuten Wohnheim auf und traute sich nicht aus dem Haus, insbesondere nicht nach Zürich, was den zeitlichen Aufwand für seinen Vertreter erhöhte. Nebst der durch die Grundgebühr abgedeckten Hauptverhandlung, fand fünf Tage später die separate Urteilseröffnung statt, an welcher der Vertreter des Privatklägers anwesend war. Der Betrag von Fr. 11'939.80, worin die effektive Dauer der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bereits berücksichtigt ist, erscheint angemessen und steht im Einklang mit den Ansätzen der AnwGebV.

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

Der Beschuldigte A._____ unterliegt mit seiner Berufung vollständig. Zu beachten ist sodann, dass die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag auf eine höhere Freiheitsstrafe für den Beschuldigten A._____ ebenfalls nur teilweise durchdringt. Einen kleineren Kostenanteil hat auch zu tragen, wer seine Berufung zurückzieht bzw. wessen Anschlussberufung aus anderem Grund dahinfällt, wobei im Falle, dass die Kostenpflicht die Staatsanwaltschaft treffen würde, diese Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Es obsiegt mit seiner Berufung sodann der Privatkläger C._____, weshalb ihn keine Kostenpflicht trifft.

Die Kosten des Berufungsverfahrens exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigungen, inklusive derjenigen der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Privatklägers, sind dem Beschuldigten A._____ zu 7/10 und dem Verurteilten B._____ zu 1/10 aufzuerlegen, jedoch beiden zu erlassen. Die übrigen Kosten sind samt denjenigen der amtlichen Verteidigungen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten für die Kosten der amtlichen Verteidigungen im Umfang von 7/10 (A._____) und 1/10 (B._____) bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte B._____ seine Berufung und die Staatsanwaltschaft IV ihre Berufung gegen diesen Beschuldigten zurückgezogen haben. Die Anschlussberufung des Beschuldigten B._____ ist damit ebenfalls hinfällig. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 23. September 2013 ist folglich bezüglich den Beschuldigten B._____ in Rechtskraft erwachsen.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 23. September 2013 bezüglich den Beschuldigten A._____ hinsichtlich folgender Dispositivziffern in Rechtskraft erwachsen ist: 1 teilweise (Schuldspruch wegen Raufhandel und Sachbeschädigung), 11 (Genugtuung

an Privatkläger C._____), 12 und 14 (Herausgabe) sowie 15-17 und 20 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv).

3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A.____ ist ferner schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte A.____ wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren, wovon bis und mit heute 201 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Bezüglich des Beschuldigten A.____ wird eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 1 und 2 StGB (Behandlung psychischer Störungen) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu diesem Zweck aufgeschoben.
4. Die unentgeltliche Vertretung des Privatklägers C.____, Rechtsanwalt lic. iur. Z.____, wird für die Untersuchung und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren mit Fr. 11'939.80 (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) entschädigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'804.95 amtliche Verteidigung Beschuldigter A.____
Fr. 2'525.25 amtliche Verteidigung Beschuldigter B.____
Fr. 1'340.30 unentgeltliche Vertretung Privatkläger C.____
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigungen, inklusive derjenigen der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Privatklägers, werden dem Beschuldigten A.____ zu 7/10 und dem Verurteilten B.____ zu 1/10 auferlegt, jedoch beiden erlassen. Die übrigen Kosten werden samt denjenigen der amtlichen Verteidigungen auf die Ge-

richtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten für die Kosten der amtlichen Verteidigungen im Umfang von 7/10 (A._____) und 1/10 (B._____) bleibt vorbehalten.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 1 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 1
- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 2 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 2
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die unentgeltliche Vertretung des Privatklägers 1 (C._____) im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers 1
- die Privatklägerin 2, F._____ AG, z.Hd. G._____, ... [Adresse]
(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 1 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 1
- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 2 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 2
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 11. Juli 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

MLaw Mondgenast