

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB150095-O/U/ad

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. Stiefel, die
Ersatzoberrichterin lic. iur. Keller sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Schneeberger

Urteil vom 7. Juli 2015

in Sachen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**
Anklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte
2. **Staatsanwaltschaft See / Oberland,**
Anklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Dezember
2014 (DG140014)**

Anklage und Zusatzanklage:

Die Anklageschrift und Zusatzanklage der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 19. Juni 2014 (Urk. 19) bzw. Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 1. September 2014 (Urk. 32/18) sind diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB
 - des Diebstahls im Sinne Art. 139 Ziff. 1 StGB
 - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 92 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (9 Monate, abzüglich 92 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Es wird vorgemerkt, dass sich der Beschuldigte verpflichtet hat, dem Privatkläger 1 Schadenersatz von Fr. 134.80 zu bezahlen.
5. Es wird dem Grundsatz nach festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Privatkläger 1 aus der Straftat vom 27. Januar 2014 schadenersatzpflichtig ist. Im Übrigen wird der Privatkläger 1 auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
6. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger 1 als Genugtuung Fr. 1'000.– zuzüglich Zins von 5% seit dem 27. Januar 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.

7. Die Privatklägerin 4 wird mit ihrer Schadenersatzforderung auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

8. Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ..., ... [Adresse], wird für seine Bemühungen und Barauslagen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse wie folgt entschädigt:

Honorar:	Fr.	13'372.50
Barauslagen:	Fr.	686.–
MwSt: 8.0%:	Fr.	1'124.70
<hr/>		
Total	Fr.	15'183.20

9. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, ... [Adresse], wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Privatklägers 1 aus der Gerichtskasse wie folgt entschädigt:

Honorar:	Fr.	4'820.–
Barauslagen:	Fr.	300.–
MwSt 8.0%:	Fr.	409.60
<hr/>		
Total:	Fr.	5'529.60

10. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'000.–	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	3'345.25	Auslagen Vorverfahren
Fr.	1'104.–	Kosten der Kantonspolizei Zürich
Fr.	6'400.–	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	15'183.20	Kosten amtlicher Verteidiger
Fr.	5'529.60	Kosten unentgeltliche Rechtsvertretung des Privatklägers 1

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der

unentgeltlichen Vertretung des Privatklägers 1 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. 73 S. 1)

1. Hauptantrag: Der Beschuldigte sei mit 45 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen; die Strafe sei zu vollziehen.
2. Eventualantrag: Bei Ausfällung einer Freiheitsstrafe von unter 36 Monaten sei die Freiheitsstrafe dennoch vollumfänglich zu vollziehen.
3. Im Übrigen sei das vorinstanzliche Urteil (Urteil BG Hinwil vom 11.12.2014 / DG140014) zu bestätigen.

b) Des amtlichen Verteidigers des Beschuldigten:

(Urk. 74 S. 2)

1. Es sei festzustellen, dass lediglich die Dispositiv-Ziffer 1 al. 1 sowie die Ziffern 2 und 3 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. Dezember 2014 Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden und das Urteil der Vorinstanz im Übrigen in Rechtskraft erwachsen ist.
2. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 1 al. 1 des vorinstanzlichen Urteils sei der Beschuldigte wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB, begangen in Überschreitung der Grenzen der Notwehr im Sinne von Art. 16 Abs. 2 StGB, schuldig zu sprechen.

3. In Bestätigung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 2 sei der Beschuldigte zu bestrafen mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 92 Tage durch Haft erstanden sind.
4. In Bestätigung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 3 sei der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 15 Monaten aufzuschieben und die Probezeit auf 4 Jahre festzusetzen. Im Übrigen (9 Monate, abzüglich 92 Tage, die durch Haft erstanden sind) sei die Freiheitsstrafe zu vollziehen.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

Gegen das eingangs im Dispositivwiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. Dezember 2014 meldete die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich mit Eingabe vom 17. Dezember 2014 rechtzeitig Berufung gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO an (Urk. 53). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde ihr am 29. Januar 2015 zugestellt (Urk. 57 S. 6), worauf sie noch am selben Tag fristgerecht ihre Berufungserklärung einreichte (Urk. 61).

Innert der ihm angesetzten Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 30. März 2015 Anschlussberufung erheben (Urk. 64). Die Staatsanwaltschaft See/Oberland und die Privatkläger liessen sich innert Frist nicht vernehmen.

Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt

lic. iur. X._____, und der Vertreter der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Staatsanwalt Scherrer, erschienen sind (Prot. II S. 4).

2. Umfang der Berufung

Die Staatsanwaltschaft beschränkte ihre Berufung auf die Bemessung der Strafe und die Regelung des Vollzugs, der Beschuldigte liess mit seiner Anschlussberufung den Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung und damit zusammenhängend auch den Strafpunkt anfechten (Urk. 61 S. 1; Urk. 64 S. 2; Urk. 73 S. 1 und Urk. 74 S. 2). Damit wurde die Berufung teilweise beschränkt (Art. 399 Abs. 4 StPO).

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Es ist somit festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. Dezember 2014 bezüglich der Dispositivziffern 1 Punkt 2 und 3 (Schuldspruch wegen Diebstahls und Sachbeschädigung), 4 bis 7 (Zivilansprüche) sowie 8 bis 11 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) unangefochten blieb und in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

3.1. Der Beschuldigte beanstandet den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung gemäss Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB insofern, als er dieses Delikt in Überschreitung der Grenzen der Notwehr im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB begangen habe (Urk. 64 S. 2). Gegen die eigentliche Qualifikation des Sachverhalts als versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB erhebt er hingegen keine Einwendungen (Urk. 74 S. 5), weshalb sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen. Es ist lediglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz betreffend Versuch, objektive und subjektive Tatbestandselemente der schweren Körperverletzung und Eventualvorsatz zu verweisen (Urk. 59 S. 12 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.2. Die Vorinstanz erwog im Rahmen der Sachverhaltserstellung, es könne nach Würdigung der Aussagen – insbesondere nach Würdigung der Darstellungen von C._____, auf welche die Staatsanwaltschaft abstelle – nicht als bewiesen erachtet werden, dass sich dieser schlichtend und trennend zwischen den Beschuldigten und den Privatkläger gestellt habe, die Auseinandersetzung vorerst beendet gewesen sei und der Beschuldigte in diesem Moment an C._____ vorbeigegangen sei und zugestochen habe (Urk. 59 S. 12).

3.3. Neben dem Beschuldigten (Urk. 4/1-5) und dem Privatkläger (Urk. 5/1-2) konnten zum Streitgeschehen nur noch C._____ (Urk. 6/7 und Urk. 6/13) sowie D._____ (Urk. 6/4 und Urk. 6/11) und E._____ (Urk. 6/5 und Urk. 6/10) sachdienliche Angaben machen. Die vom Beschuldigten geltend gemachte Notwehrsituation ist demgemäss unter Würdigung ihrer Aussagen zu prüfen.

Der Beschuldigte machte zum Geschehenen geltend, es sei zu einer kleinen Auseinandersetzung gekommen, wobei der Privatkläger ihm und er dem Privatkläger eins "gefaustet" habe. Der Privatkläger sei dann weggerannt und er sei diesem nachgerannt. Der Privatkläger sei auf einmal verschwunden und wieder hervorgekommen und habe ihn zweimal mit der Faust ins Gesicht geschlagen, worauf er das Messer hervorgekommen und zugestochen habe (Urk. 4/1 S. 2; Urk. 4/2 S. 3; Prot. II S. 15 f.). Er habe ca. einen Meter Abstand zum Privatkläger gehabt, der ihm vorgängig zwei "gefaustet" habe. Er habe gedacht, dass der Privatkläger, als er verschwunden sei, etwas hervorgeholt habe, weshalb er sein Messer gezogen habe. Er habe ihm Angst machen wollen, damit dieser aufhöre, ihn zu schlagen bzw. sich schützen wollen (Urk. 4/1 S. 6; Urk. 4/2 S. 4; Urk. 4/3 S. 3).

Der Privatkläger gab an, er habe dem Beschuldigten die Hand geben wollen, als er zu ihm gekommen sei. Dieser habe irgendetwas gesagt und ihn dann mit dem Messer gestochen. Er wisse nicht, ob er noch etwas weggerannt oder gleich zu Boden gefallen sei (Urk. 5/1 S. 6; Urk. 5/2 S. 3 f.). Er sei dann im Schock weggerannt und der Beschuldigte sei hinter ihm hergerannt, dann hätten Sie miteinander "geschlegelt". Er habe ihn ein paar Mal geschlagen, dann sei eine weitere Person dazu gekommen, er glaube es sei ein Albaner gewesen. Dieser habe den Be-

schuldigten gepackt (Urk. 5/2 S. 4).

C._____ gab zum Vorfall an, er habe sich mit dem Beschuldigten am besagten Abend in der Nähe des Schulhauses F._____ getroffen. Während sie gemeinsam unter einer Holzpyramide einen Joint geraucht hätten, sei der Privatkläger gekommen und habe sich zu einem kleinen Fussballfeld in der Nähe begeben (Urk. 6/7 S. 3). Der Beschuldigte sei dann zum Privatkläger hingegangen. Es sei nicht lange gegangen und dann hätte die beiden angefangen zu "schlegeln". Der Privatkläger habe abhauen wollen, der Beschuldigte sei ihm aber nachgerannt, sie seien auf einen Platz zwischen den Wohnhäusern gerannt. Als er dort angekommen sei, habe er gesehen, wie die beiden "am Schlegeln" waren. Er sei dann zwischen die beiden gegangen und habe sie getrennt (Urk. 6/7 S. 4; Urk. 6/13 S. 3 f.). Er sei in der Mitte der beiden gestanden. Der Beschuldigte sei an ihm vorbei gegangen und habe den Privatkläger gestochen. Er selber sei ausgerastet und habe den Beschuldigten mehrmals geschlagen. Als er von ihm abgelassen habe, habe der Privatkläger auf den Beschuldigten eingeschlagen, er habe nicht mehr aufgehört (Urk. 6/7 S. 5; Urk. 6/13 S. 4 f.).

Auf Vorhalt der Aussagen von C._____ verneinte der Beschuldigte ein solches Eingreifen desselben ausdrücklich und machte geltend, C._____ sei erst hinzugekommen, nachdem er vom Privatkläger geschlagen worden sei und diesen gestochen habe (Urk. 4/4 S. 2). C._____ sei bei der zweiten Auseinandersetzung dabei gewesen, da sei die ganze Sache aber bereits passiert (Urk. 4/5 S. 5; Prot. II S. 17). Der Privatkläger machte lediglich geltend, es könne sein, dass es sich so abgespielt habe (Urk. 5/2 S. 5), wobei er hernach präzisierte, er habe nur gemeint, dass es gut möglich sei, dass C._____ dem Beschuldigten eins geschmiert habe (Urk. 5/2 S. 6).

Wenngleich der eigentliche Tathergang von den drei unmittelbar anwesenden Personen unterschiedlich geschildert wurde, kann aufgrund ihrer Aussagen als erstellt erachtet werden, dass der Beschuldigte und der Privatkläger eine wechselseitige, tätliche Auseinandersetzung hatten, welche durch eine Ortsverschiebung aufgrund eines Wegrennens des Privatklägers und eines Hinterherrennens des Beschuldigten unterbrochen wurde. Fest steht aufgrund der Zugabe des Beschuldigten zudem, dass dieser den Privatkläger im Verlauf der Auseinanderset-

zung mit einem Messer gestochen hatte. In welchem Moment der Ausein-
setzung der Messerstich durch den Beschuldigten erfolgte, bleibt aber aufgrund
der Aussagen der Beteiligten unklar: Auf die Aussagen des Privatklägers, wonach
der Beschuldigte unvermittelt nach der Begrüssung auf ihn eingestochen haben
soll, kann nicht abgestellt werden. Der Privatkläger hat zugegeben, er sei zum
vereinbarten Treffpunkt gekommen, um den Beschuldigten zu schlagen (Urk. 5/2
S. 6), womit es schlicht nicht glaubhaft erscheint, dass er dem Beschuldigten oh-
ne jegliche Aggressivität gegenübergetreten und ihm wortwörtlich ins offene Mes-
ser gelaufen sein soll. Vielmehr bestätigte auch C. _____ in diesem Zusammen-
hang lebensnah die Ausführungen des Beschuldigten, wonach dieser und der Pri-
vatkläger kurz miteinander redeten, bevor sie sich gegenseitig zu schlagen anfin-
gen. Somit steht nicht zweifelsfrei fest, dass der Beschuldigte unmittelbar zu Be-
ginn des Aufeinandertreffens auf den Privatkläger einstach. Weiter erwähnten
aber weder der Beschuldigte noch der Privatkläger je von sich aus, es habe sich
eine Drittperson schlichtend zwischen sie gestellt und die Auseinandersetzung
beendet, bevor dann der Beschuldigte zugestochen habe. Insbesondere der Pri-
vatkläger hätte aber eine Interesse daran gehabt, eine vorübergehende Beendi-
gung der Auseinandersetzung zu erwähnen und sich so in ein günstigeres Licht
zu stellen. Dass er darauf verzichtete, um C. _____ nicht in die Angelegenheit hin-
einzuziehen, scheint wenig plausibel, gab er doch an, er kenne ihn nur vom Hö-
rensagen (Urk. 5/2 S. 5). Nicht einmal nachdem ihm die Aussagen C. _____s vor-
gehalten wurden, bestätigte er das Dazwischentreten desselben, sondern hielt es
einzig für möglich, dass C. _____ den Beschuldigten schlug, nachdem er von der
Stichverletzung Notiz genommen hatte. Weiter hat die Vorinstanz zurecht festge-
halten, dass der Zeuge C. _____ nicht eigens gesehen hat, wann und wie der Be-
schuldigte zustach, sondern erst im Nachhinein auf die Stichverletzung aufmerk-
sam wurde und seine Darlegungen über das konkrete Vorgehen des Beschuldig-
ten eine nachträgliche gedanklich Rekonstruktion der Geschehnisse darstellt, an
deren Zuverlässigkeit Zweifel angebracht erscheinen (Urk. 59 S. 11). Es bestehen
somit insgesamt nicht nur Zweifel daran, dass C. _____ sich tatsächlich schlich-
tend zwischen den Privatkläger und den Beschuldigten gestellt hat, sondern es
kann schon gar nicht als erwiesen erachtet werden, dass der Beschuldigte genau

in diesem Moment zugestochen haben soll. Dies ergibt sich insbesondere auch nicht aus den Aussagen der Zeugen D._____ und E._____, welche jedenfalls nichts von einem Einschreiten einer Drittperson gesehen haben, was die Vorinstanz zurecht festhielt (Urk. 59 S. 11 f.).

Insgesamt verbleiben somit erheblich Zweifel an der Version C.____s, so dass ein genauer Hergang der Auseinandersetzung aufgrund der vorhandenen Beweismittel nicht erstellt werden kann. Es ist demzufolge auf die Aussagen des Beschuldigten abzustellen und zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass der Privatkläger nachdem er weggerannt war und sich versteckt hatte, unvermittelt hervortrat und erneut auf den Beschuldigten einschlug, welcher das Messer während dieser zweiten tätlichen Auseinandersetzung einsetzte, anstatt sich mit blossen Händen gegen die Schläge des Privatklägers zu wehren.

3.4. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist vorliegend unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo von einer Notwehrsituation auszugehen, welche verhältnismässige Abwehrhandlungen des Beschuldigten gerechtfertigt hätten: So dauerte der vom Privatkläger initiierte Angriff auf den Beschuldigten grundsätzlich auch nach dem Wechsel der Örtlichkeit fort und wurde nicht durch das zwischenzeitliche Wegrennen des Privatklägers und das Nachsetzen des Beschuldigten unterbrochen, zumal zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen ist, dass der Privatkläger sich zunächst versteckte und hernach unvermittelt aus seinem Versteck hervorkam und erneut auf den Beschuldigten einschlug. Der Einsatz des Messers durch den Beschuldigten war aber offensichtlich und in krasser Weise unangemessen, weil dem Privatkläger damit weit schwerwiegendere Verletzungen drohten, als diejenigen Verletzungen, welcher der Beschuldigte erlitt, die anerkanntermassen nicht einmal eine ärztliche Behandlung notwendig machten (Prot. II S. 17). Es kann somit festgehalten werden, dass der Beschuldigte die Tat in Überschreitung der Grenzen der Notwehr im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB (Notwehrexzess) begangen hat, was im Dispositiv festzuhalten ist.

3.5. Die Staatsanwaltschaft ging nicht von einer Notwehrsituation und damit auch nicht von einem Notwehrexzess des Beschuldigten aus, weshalb in der Anklageschrift vom 19. Juni 2014 entsprechende Ausführungen fehlen (Urk. 19). Dass

sich in der Anklageschrift keine entsprechenden Ausführungen finden, steht der Annahme einer Notwehrsituation bzw. eines Notwehrexzesse aber nicht entgegen. Das in Art. 9 Abs. 1 StPO festgeschriebene Anklageprinzip wird durch die (formellen) Anforderungen an den Inhalt der Anklageschrift in Art. 325 Abs. 1 StPO konkretisiert. Die Aufzählung in Art. 325 Abs. 1 StPO ist abschliessend zu verstehen, was bedeutet, dass für Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe relevante tatsächliche Behauptungen nicht zum notwendigen Inhalt der Anklageschrift gehören. Daraus folgt, dass das Gericht mit Bezug auf allfällige Rechtfertigungsgründe – wie beispielsweise auch für die Strafzumessung – nicht an den Inhalt der Anklage gebunden ist. Soweit eine vom Beschuldigten behauptete Notwehrsituation zu klären ist, ist dafür nicht die in der Anklageschrift enthaltenen Umschreibungen der Umstände zu verifizieren, sondern abzuklären, ob die behauptete, den Beschuldigten entlastende Situation vorlag. Indem die Vorinstanz unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo zum Schluss kam, der Beschuldigte habe das Messer während der tätlichen Auseinandersetzung und damit im Sinne einer Abwehrhandlung gegen einen laufenden Angriff eingesetzt und dies als Notwehrexzess im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB würdigte, hat sie weder das Anklageprinzip missachtet noch eine zulässige rechtliche Würdigung des erstellten Anklagesachverhalts vorgenommen.

3.6. Der Beschuldigte ist demnach der versuchten schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 16 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

4. Strafzumessung und Vollzug

4.1. Betreffend die allgemeinen Regeln der Strafzumessung und die Bildung einer Gesamtstrafe kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 59 S. 21 f.).

4.2. Die Vorinstanz ist korrekterweise von der versuchten schweren Körperverletzung als schwerstem Delikt ausgegangen und hat den Strafraumen zutreffend auf eine Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätze oder eine Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahre festgelegt (Urk. 59 S. 22). Es liegen trotz der Deliktsmehrheit keine

ausserordentlichen Gegebenheiten vor, welche ein Verlassen des ordentlichen Strafrahmens erfordern würden. Die Strafe ist demnach innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzulegen.

4.3. Für die Bestimmung der Einsatzstrafe ist zunächst das objektive Verschulden für die vollendete schwere Körperverletzung zu bestimmen und dieses unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Tat nicht über das Versuchsstadium hinausging, zu reduzieren. Im Rahmen der subjektiven Tatschwere ist schliesslich zu würdigen, dass der Beschuldigte lediglich eventualvorsätzlich und in einem Notwehrexzess handelte. Schliesslich sind die Täterkomponenten zu berücksichtigen und eine dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen angemessene Einsatzstrafe festzusetzen.

4.3.1. In objektiver Hinsicht ist das Verschulden des Beschuldigten mit Blick auf das vollendete Delikt als erheblich zu qualifizieren. Ein Stich mit einem Messer in die Bauchgegend des Geschädigten erweist sich als schwerwiegende Verletzung, auch wenn die Klinge des verwendeten Messers nicht besonders lang ist. Das Verhalten zeugt von einer Hemmungs- und Rücksichtslosigkeit und einer Gleichgültigkeit gegenüber der körperlichen Unversehrtheit des Verletzten. Insgesamt wäre eine Einsatzstrafe von 42 Monaten dem hypothetischen, objektiv erheblichen Verschulden angemessen.

Zu berücksichtigen ist nun, dass der Beschuldigte dem Privatkläger objektiv betrachtet nur eine leichte Verletzung, eine 1 cm lange und 2 cm tiefe Stichwunde in der Bauchgegend, zufügte, ohne dass je eine Organverletzung daraus resultierte (Urk. 8/3 S. 1 f.) oder eine unmittelbare Lebensgefahr bestand. Dass die Verletzung relativ leicht war, zeigt sich auch im Umstand, dass sich der Privatkläger nicht unmittelbar nach dem Vorfall in ärztliche Behandlung begab, sondern die Wunde zunächst einzig mit einem Wundpflaster abdeckte, am Ort der Auseinandersetzung blieb und sogar noch Alkohol konsumierte und sich hernach nach Hause anstatt ins Spital begab (Urk. 5/1 S. 1 und Urk. 5/2 S. 4) und zudem das Krankenhaus am 30. Januar 2014 bereits wieder verliess (Urk. 8/3 S. 2). Die Tat gelangte somit nicht zur Vollendung, sondern blieb im Versuchsstadium. Dass allerdings die Handlung des Beschuldigten nicht zu einer lebensgefährlichen Ver-

letzung des Privatklägers führte, ist im Wesentlichen dem Zufall zu verdanken und nicht in erster Linie auf die Einflussmöglichkeit des Beschuldigten zurückzuführen. Dem Beschuldigten ist in diesem Zusammenhang lediglich zugute zu halten, dass das Messer eine relativ kurze Klinge aufwies (Urk. 4/1 S. 5) und ihm jedenfalls nicht nachgewiesen werden kann, dass er besonders heftig zugestochen hatte, würde in diesem Fall doch auch nach der Durchstechung des Jackensaums und des T-Shirts des Privatklägers (Urk. 7/2 S. 2-4) eine wesentlich tiefere Stichwunde resultieren. Hingegen zögerte der Beschuldigte nicht, das von ihm ohne plausiblen Grund mitgeführte Messer gegenüber seinem unbewaffneten und lediglich mit Fäusten auf ihn einwirkenden Kontrahenten einzusetzen. Unter Berücksichtigung des Versuchs rechtfertigt es sich, das Verschulden und damit die hypothetische Einsatzstrafe um 10 Monate auf 32 Monate Freiheitsstrafe zu reduzieren.

4.3.2. Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte lediglich eventualvorsätzlich handelte, was sich verschuldensmindernd auswirkt. Der Beschuldigte wollte den Privatkläger nicht verletzen, was sich auch aus seiner Reaktion ergibt, wonach er nach der Feststellung der Einstichwunde versuchte, dem Privatkläger zu helfen oder ihn zu überreden, sich in ärztliche Behandlung zu begeben. Hingegen nahm der Beschuldigte durch den Einsatz des Messers gegen den Privatkläger in Kauf, dass er diesen schwer verletzen könnte. Dass der Beschuldigte nur eventualvorsätzlich handelte, wirkt sich verschuldensmindernd aus, eine Reduktion der hypothetisch festgesetzten Freiheitsstrafe um 6 Monate auf 26 Monate ist vorzunehmen.

Ebenso ist mit Blick auf die subjektive Tatschwere festzuhalten, dass – wie bereits erwogen – aufgrund der tätlichen Auseinandersetzung und des Umstands, dass der Privatkläger seinerseits massiv auf den Beschuldigten einschlug eine das Verschulden des Beschuldigten mindernde Notwehrsituation vorlag. Hingegen begab sich der Beschuldigte im Wissen darum, dass es zu einer Schlägerei kommen würde (Prot. II S. 14), ausgerüstet mit einem Messer, welches er zwar nicht eigens im Hinblick auf die Auseinandersetzung mitgenommen, sondern dieses zufällig auf sich getragen haben will (Prot. II S. 15), zum vereinbarten Treffpunkt und trug damit unweigerlich zur Eskalation bei. Der enthemmte Einsatz des

Messers gegen die körperliche Integrität des einzig mit Faustschlägen agierenden Privatklägers zur Verteidigung ist aber völlig unverhältnismässig und stellt eine massive Überschreitung der Grenzen seines Notwehrrechtes dar, die lediglich eine marginale Reduktion des Verschuldens und damit der Strafe auf 24 Monate rechtfertigt.

4.3.3. Die Vorinstanz hat sich umfassend zum Lebenslauf und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten geäussert (Urk. 59 S. 26 f.). Es kann darauf verwiesen werden. Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte im Wesentlichen seine Ausführungen und machte ergänzend geltend, er habe nun eine bis Ende Juli 2015 befristete Anstellung als Haustechniker bei der Firma G._____ in ..., bei welcher er auch beabsichtige eine Lehre als Fachmann Betriebsunterhalt abzuschliessen, wenngleich er noch keinen Lehrvertrag unterzeichnen konnte (Prot. II S. 8 f.). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sich aus diesen Umständen im Wesentlichen keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten lassen (Urk. 50 S. 19). Keinen Einfluss auf die Strafe hat insbesondere der Umstand, dass der Beschuldigte bisher keine Berufsausbildung abgeschlossen hat, lediglich ab und zu temporär Arbeiten verrichtet und im Übrigen arbeitslos ist und von seiner Mutter finanziert wird. Diese Begebenheit ist auf sein eigenes Verhalten und die fehlende Fähigkeit dafür Verantwortung zu übernehmen zurückzuführen.

Im mittleren Masse strafmindernd zu veranschlagen ist das Nachtatverhalten und das Geständnis des Beschuldigten. Unmittelbar nach dem Vorfall versuchte der Beschuldigte den Privatkläger zu verarzten und organisierte sogar ein Taxi, um ihn ins Spital zu fahren. Trotz des Widerspruchs des Privatklägers und im Wissen darum, dass sich damit für ihn das Risiko des Auffliegens der Tat beträchtlich erhöht hätte, verblieb der Beschuldigte an der Seite des Privatklägers und versuchte ihn zu überreden, sich in ärztliche Behandlung zu begeben (Urk. 4/1 S. 3 und 10; Urk. 4/2 S. 5 und Urk. 5/2 S. 4). Weiter gab er bereits bei der ersten polizeilichen Einvernahme vom 28. Januar 2014 zu, den Privatkläger mit dem Messer verletzt zu haben (Urk. 4/1 S. 2 und 10).

Demgegenüber fallen erheblich strafe erhöhend die mehrfachen, teils einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten ins Gewicht. Der Beschuldigte wies zum Tatzeitpunkt drei Vorstrafen auf (Urk. 69), wobei lediglich eine Vorstrafe relativ weit zurücklag und insbesondere der jüngsten Vorstrafe teils einschlägige Delikte zugrunde lagen. Zudem musste zum Tatzeitpunkt eine weitere Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten pendent gewesen sein, wurde er doch nur gerade knapp zwei Monate nach der vorliegend zu beurteilenden Tat erneut verurteilt (Urk. 69 S. 3). Der Beschuldigte liess sich offensichtlich weder von bestehenden Vorstrafen noch von laufenden Probezeiten oder Strafuntersuchungen davon abhalten, weiter zu delinquieren, was von einer ausserordentlichen Unbelehrbarkeit und Uneinsichtigkeit zeugt.

Insgesamt überwiegen die Straferhöhungsgründe die Strafminderungsgründe, weshalb im Ergebnis eine Straferhöhung um weitere zwei Monate angezeigt ist.

4.3.4. Unter Berücksichtigung des Verschuldens und der Täterkomponente rechtfertigt es sich die Einsatzstrafe für die versuchte eventualvorsätzliche schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Ab. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 16 Abs. 1 StGB auf 26 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen.

4.4. In der Folge ist die Einsatzstrafe von 26 Monaten aufgrund der weiteren dem Beschuldigten zur Last gelegten Delikte angemessen zu erhöhen. Dabei rechtfertigt es sich, die Sachbeschädigung und den Diebstahl als Einheit zu beurteilen, erfüllte doch der Beschuldigte diese beiden Tatbestände durch ein einheitliches Handeln, den Einbruchdiebstahl beim Optikergeschäft "H._____ GmbH".

4.4.1. Der Beschuldigte verübte gemeinsam mit zwei Mittätern einen Einbruchdiebstahl bei einem Optikergeschäft in ..., indem sie unter arbeitsteiligem Vorgehen eine Fensterscheibe einschlugen und hernach das Fenster mit einem Schraubenzieher aufwuchteten, um in das Geschäft zu gelangen. Im Rahmen des Einbruchdiebstahls behändigten sie eine Geldkassette mit mehreren Hundert Franken und verursachten einen Sachschaden ebenfalls in dieser Grössenordnung, womit sich der Deliktsbetrag als nicht unbeachtlich erweist. Das Vorgehen des Beschuldigten und der beiden Mittäter zeugt zudem von einer Geringschät-

zung fremden Eigentums. Indem sie das Fenster des Optikergeschäfts komplett zerstörten, was vermutlich massivere Folgen für den Geschäftsinhaber hatte, als der Diebstahl selbst, offenbarten sie überdies eine Rücksichtslosigkeit und Gleichgültigkeit und damit eine nicht unerhebliche kriminelle Energie. Was den Beschuldigten betrifft, kann ihm zwar keine Anführerrolle angelastet werden, hingegen hat er immerhin einen wesentlichen Tatbeitrag geleistet, indem er bei der Zerstörung des Fensters mitwirkte und unzulässigerweise in das Optikergeschäft einstieg. Zugutezuhalten ist ihm demgegenüber, dass er nicht selber die Geldkassette behändigte und nur im kleinen Umfang am Erlös beteiligt wurde. Insgesamt ist die objektive Tatschwere in Anbetracht der vorerwähnten Umstände als gerade noch leicht einzustufen.

4.4.2. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Schwere der Tat nicht zu relativieren. Entgegen der Vorinstanz ist durchaus von einem finanziellen Motiv des Beschuldigten auszugehen, machte er doch geltend, in der Regel kein Geld gehabt zu haben (Prot. II S. 12). Richtig hat die Vorinstanz erwogen, dass der Tattentschluss im Zusammenhang mit einer erheblichen Alkoholisierung stehen dürfte (Urk. 59 S. 25), was aber lediglich zu einer marginalen Reduktion des Verschuldens führen kann. Insgesamt wiegt das Verschulden im Zusammenhang mit der Sachbeschädigung und dem Diebstahl gerade noch leicht.

4.4.3. Hinsichtlich des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse ist auf vorstehend Ausgeführtes zu verweisen und festzuhalten, dass diese keinen Einfluss auf die Strafe haben.

Ein strafmindernd zu berücksichtigendes Geständnis liegt hinsichtlich des Einbruchdiebstahls zwar nicht vor, immerhin wurde der diesbezügliche Schuldspruch vom Beschuldigten im Rahmen des Berufungsverfahrens aber nicht mehr angefochten, was leicht zu seinen Gunsten zu werten ist. Hinsichtlich der Vorstrafen kann auf das vorstehend Ausgeführte verwiesen werden, anzumerken bleibt noch, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt des Einbruchdiebstahls bereits eine weitere Vorstrafe wegen Drohung aufwies (Urk. 69 S. 3). Hinzukommend bewirkte nicht einmal der Umstand, dass der Beschuldigte aufgrund des Vorwurfs der schweren Körperverletzung vom 28. Januar 2014 bis zum 2. April 2014 92 Tage

in Haft verbrachte (Urk. 15/1 und Urk. 15/10), bei ihm ein Umdenken, verübte er doch nur gerade wenige Wochen nach erfolgter Haftentlassung den vorliegend zu beurteilenden Einbruchdiebstahl. Dies zeugt insgesamt von einer massiven Geringschätzung der Rechtsordnung und einer Gleichgültigkeit sondergleichen. Eine beträchtliche Straferhöhung ist angezeigt.

Insgesamt überwiegen die Straferhöhungsgründe auch hier die Strafminderungsgründe. Eine Straferhöhung ist damit auch hinsichtlich des Einbruchdiebstahls angezeigt.

4.4.4. Insgesamt ist die Einsatzstrafe von 26 Monaten unter Berücksichtigung der vorerwähnten Zumessungskriterien und des Asperationsprinzips für die Sachbeschädigung und den Diebstahl um insgesamt sechs Monate zu erhöhen. Der Beschuldigte ist somit mit einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten zu bestrafen.

4.5. Für Freiheitsstrafen von mehr als einem und höchstens drei Jahren sieht das Gesetz den teilbedingten Vollzug vor, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Voraussetzung für den Teilaufschub ist, dass der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Teil unbedingt ausgesprochen wird (BGE 134 IV 60 E. 7.4 mit Hinweisen). Die Freiheitsstrafe ist unbedingt auszufallen, wenn eine ungünstige Prognose gestellt werden muss, weil keinerlei Aussicht besteht, der Verurteilte werde sich durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen (BGE 134 IV 60 E. 7.5).

Die Voraussetzungen für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges sind mit der Ausfällung einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten in objektiver Hinsicht erfüllt.

In subjektiver Hinsicht liegen verschiedene Umstände vor, welche erhebliche Zweifel an einer günstigen Prognose hervorrufen. So weist der Beschuldigte wie erwähnt vier, teilweise einschlägige Vorstrafen auf. Zudem liess er sich weder von bedingten, noch teilbedingten Geldstrafen, von langen Probezeiten oder vom Widerruf von bedingt ausgesprochenen Geldstrafen beeindrucken. Entgegen der Vorinstanz scheint auch eine längere Untersuchungshaft keinen intensiven Ein-

druck beim Beschuldigten hinterlassen zu haben, wurde er doch kurz nach seiner Entlassung wieder straffällig. Auch der Umstand, dass der Beschuldigte zwar mittlerweile eine befristete Anstellung als Hauswart hat (Urk. 72/1), vermag eine günstige Prognose nicht zu stützen, da er weder über eine abgeschlossene Berufslehre noch über eine unbefristete Anstellung verfügt. Der Umstand, dass der Beschuldigte geltend macht, er habe eine Lehrstelle in Aussicht (Prot. II S. 8 f.), vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern, blieb er doch diesbezüglich eher unkonkret. Von stabilen Verhältnissen kann auch aufgrund seiner Verlobung nicht ausgegangen werden.

Aus dem Ausgeführten erhellt, dass die Vermutung der guten Prognose widerlegt ist. Es erscheint demnach notwendig, die dem Beschuldigten auferlegte Freiheitsstrafe zu vollziehen, um diesen von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die Freiheitsstrafe ist daher zu vollziehen.

Anzufügen bleibt, dass die Anordnung des Vollzugs der Freiheitsstrafe dem Verbot der reformatio in peius im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO standhält, zumal auch die Staatsanwaltschaft den Strafpunkt und den Vollzug angefochten hat und eine Verschärfung der Vollzugsregelung der Vorinstanz demgemäss zulässig ist.

4.6. Einer Anrechnung der bereits erstandenen Haft von 92 Tagen steht nichts entgegen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt einzig mit seinem Antrag auf Anerkennung der Notwehrsituation, nicht hingegen hinsichtlich des Strafpunkts und des Vollzuges, wohingegen die Staatsanwaltschaft diesbezüglich überwiegend obsiegt. Dem Beschuldigten sind daher die Kosten des Berufungsverfahrens zu drei Vierteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

5.2. Die Kosten der amtlichen Verteidigung in der Höhe von Fr. 6'217.55 (Urk. 75; inkl. MwSt.) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforde-

rungsrecht bleibt im Umfang von drei Vierteln vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. Dezember 2014 bezüglich Dispositivziffern 1 Punkt 2 und 3 (Schuldpruch wegen Diebstahls und Sachbeschädigung), 4 bis 7 (Zivilansprüche) sowie 8 bis 11 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist ferner schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 16 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 92 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'217.55 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu drei Vierteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang von drei Vierteln vorbehalten.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - den Vertreter des Privatklägers 1 im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers 1
 - die Privatkläger 2-4
- (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 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland

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

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- 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
- I. _____ Schweiz AG, Dossier-Nr. ... (im Dispositiv).

7. 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.

Zürich, 7. Juli 2015

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Schneeberger