

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190319-O/U/ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi
und Ersatzoberrichter lic. iur. Vesely sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. Kümin Grell

Urteil vom 7. Mai 2021

in Sachen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,
vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. Kasper,
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

sowie

A._____,
Privatkläger

gegen

B._____,
Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **versuchte vorsätzliche Tötung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Strafgericht, vom
18. April 2019 (DG180025)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 19. November 2018 (Urk. D1/32) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 134 S. 64 ff.):

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte, **B._____**, ist schuldig
 - der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB;
 - des mehrfachen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV;
 - der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntüchtigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG;
 - des pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall im Sinne von Art. 92 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 3 SVG
 - des mehrfachen Entwendens eines Fahrzeugs zum Gebrauch im Sinne von Art. 94 Abs. 1 lit. a SVG;
 - des mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 Jahren und 6 Monaten Freiheitsstrafe (wovon bis und mit heute 502 Tage durch Haft erstanden sind) sowie einer Busse von Fr. 500.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.

4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Es wird eine ambulante, vollzugsbegleitende Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen und Suchtbehandlung) angeordnet.
6. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 16. November 2018 beschlagnahmte Ausbeinmesser, Klingenlänge 16 cm (A011'009'704) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 16. November 2018 beschlagnahmten Kleider (1 Jacke, 1 Pullover, 1 Boxershorts, 1 Paar Socken, 1 Jeans, 1 Hosengürtel, 1 Paar Schuhe [A011'009'760]) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgeben.

Sollte innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleiben die Kleider dem Forensischen Institut Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 16. November 2018 beschlagnahmten Kleider (1 Paar Jeans mit Gurt, 1 Paar Schuhe, 1 Jacke, 1 Hemd [A011'009'759]) werden dem Privatkläger nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgeben.

Sollte innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleiben die Kleider dem Forensischen Institut Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

9. Folgende mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 16. November 2018 beschlagnahmten Gegenstände

- Kochmesser, Klingenlänge 20 cm (A011'009'715)
- Haushaltartikel (A011'009'748)

werden C._____ zuhanden des K._____ [Kulturverein] nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgeben.

Sollte innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleiben die Gegenstände dem Forensischen Institut Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

10. Der Privatkläger wird mit seiner Zivilklage auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
12. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 22'795.34 Auslagen Gutachten
Fr. 50.– Kosten Zeugenentschädigung
13. Die Entscheidgebühr und die weiteren Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.
14. Es wird vorgemerkt, dass Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ für ihre Bemühungen als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten mit insgesamt Fr. 10'595.60 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) entschädigt wurde.
15. (Mitteilungen.)
16. (Rechtsmittel.)

Berufungsanträge

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 113 S. 1 f.)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 18. April 2019 (DG180025-I) sei betreffend die Ziffern 1 (bzgl. der versuchten vorsätzlichen Tötung), 2 (bzgl. der Freiheitsstrafe), 3 (bzgl. Vollzug der Freiheitsstrafe) und 5 (bzgl. der vollzugsbegleitenden Behandlung) aufzuheben. Die Berufung gegen Ziffer 4 wird zurückgezogen.
2. B._____ sei der qualifizierten einfachen Körperverletzung i.S.v. Art. 122 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

Eventualiter sei er der versuchten schweren Körperverletzung i.S.v. Art. 122 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

3. B._____ sei, im Falle einer Verurteilung wegen qualifizierter einfacher Körperverletzung, unter Anrechnung der erstandenen Haft mit einer Freiheitsstrafe von maximal 14 Monaten zu bestrafen.

Eventualiter, im Falle einer Verurteilung wegen versuchter schwerer Körperverletzung, sei er, ebenfalls unter Anrechnung der erstandenen Haft, mit einer Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten zu bestrafen.

4. Die Freiheitsstrafe sei im Hauptantrag und Eventualantrag bedingt auszufallen.
5. Soweit eine unbedingte bzw. teilbedingte Strafe ausgefällt wird, sei diese zugunsten einer anzuordnenden ambulanten Massnahme aufzuschieben. Dabei sei B._____ die Weisung zu erteilen, weder Alkohol noch Drogen zu konsumieren und sich einer regelmässigen Urinkontrolle zu unterziehen. Weiter sei eine Bewährungshilfe anzuordnen.
6. Die Verfahrenskosten seien dem Beschuldigten aufzuerlegen, jedoch definitiv zu erlassen.

- b) Der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich:
(Urk. 112 S. 1)

1. Schuldigsprechung im Sinne der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 19. November 2018 (und damit Bestätigung des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs Ziff. 1 gemäss Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 18. April 2019)
2. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 6 ¼ Jahren unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft (und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils in Bezug auf die ausgefallte Busse von Fr. 500.–)
3. Die übrigen Punkte des erstinstanzlichen Urteils seien zu bestätigen.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

Am 3. Dezember 2017, kam es um ca. 02.00 Uhr im Wohn- und Geschäftshaus an der ... [Adresse] anlässlich eines Festes zu einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und seinem Halbbruder D. _____. Der Privatkläger A. _____ griff in diese Auseinandersetzung ein und erlitt in der Folge eine Stichverletzung am Hals.

Am 19. November 2018 erhob die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich beim Bezirksgericht Uster Anklage gegen den Beschuldigten wegen versuchter vorsätzlicher Tötung i.S.v. Art. 111 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB sowie wegen Strassenverkehrsdelikten (Urk. D1/32). Mit Urteil vom 18. April 2019 wurde der Beschuldigte anlagegemäss schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten bestraft, wovon 502 Tage durch Haft erstanden waren (Urk. 77). Dagegen meldeten die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 25.

April 2019 und der Beschuldigte mit Eingabe vom 29. April 2019 fristgerecht Berufung an (Urk. 71+73).

Am 25. bzw. 27. Juni 2019 wurden die Berufungserklärungen innert der 20-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO erstattet (Urk. 78+80; vgl. Urk. 76).

Anschlussberufung wurde innert gesetzter Frist nicht erhoben (vgl. Urk. 91, Urk. 93).

Mit Schreiben vom 27. Juni 2019 beantragte der Beschuldigte sodann die Bewilligung des vorzeitigen Antritts der von der Vorinstanz ausgesprochenen ambulanten Massnahme. Diesem Antrag wurde mit Präsidialverfügung vom 16. Juli 2019 stattgegeben. Der Psychiatrisch-Psychologische Dienst des Amtes für Justizvollzug wurde mit dem Vollzug des vorzeitigen ambulanten Massnehantritts beauftragt (Urk. 88).

Die Berufungsverhandlung wurde zunächst auf den 5. Juni 2020 angesetzt (Urk. 97). Nachdem der Wahlverteidiger, Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____, mit Eingabe vom 3. Juni 2020 über die Mandatsniederlegung aufgrund Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses orientierte (Urk. 98+102), wurde die Ladung mit Präsidialverfügung vom 3. Juni 2020 abgenommen (Urk. 99). Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten zur Sicherstellung der notwendigen Verteidigung Frist angesetzt, um dem Gericht einen Verteidiger zu bezeichnen (ebd.). Auf entsprechenden Antrag seitens des Beschuldigten wurde mit Präsidialverfügung vom 18. Juni 2020 Rechtsanwalt lic. iur. X.____ als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 103-105).

Am 14. Oktober 2020 wurde zur Berufungsverhandlung auf den heutigen Tag vorgeladen (Urk. 107). Zur Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers sowie Staatsanwältin lic. iur. Kasper (Prot. II S. 8). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 25 ff.).

2. Umfang der Berufung

Mit der Berufung wird der Schuldspruch der Vorinstanz betreffend versuchte vorsätzliche Tötung (Disp. Ziff. 1 al. 1) angefochten und die damit zusammenhängenden Folgen, namentlich die Sanktion und deren Vollzug (Disp. Ziff. 2 bis 4) sowie die Anordnung einer ambulanten vollzugsbegleitenden Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Disp. Ziff. 5, vgl. Urk. 90 S. 2).

Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist das vorinstanzliche Urteil somit hinsichtlich der Delikte gegen das Strassenverkehrsgesetz (Disp. Ziff. 1 al. 2-6), der Entscheidungen über beschlagnahmte Gegenstände (Disp. Ziff. 6-9), der Verweisung des Privatklägers auf den Zivilweg (Disp. Ziff. 10), des Kostendispositivs (Disp. Ziff. 11-13) und der Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Disp. Ziff. 14), was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

II.Schuldpunkt

1. Allgemeine Beweisregeln

Vorab ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den allgemeinen Beweiswürdigungsregeln zu verweisen (vgl. Urk. 77 S. 5 ff.). Erneut ist festzuhalten, dass das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung würdigt (Art. 10 Abs. 2 StPO). Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 3 StPO).

Gemäss dem in Art. 8 und 32 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Grundsatz «in dubio pro reo» (im Zweifel für den Beschuldigten) ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (BGE 127 I 40, 120 Ia 31 E. 2b; Urteil des Bundesgerichtes 6S.363/2006 vom 28. Dezember 2006 E. 4; Pra 2002 Nr. 2 S. 4 f. und Nr. 180 S. 957 f.).

Als *Beweislastregel* bedeutet dieser Grundsatz einerseits, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Ein Beschuldigter darf nie mit der Begründung verurteilt werden, er habe seine Unschuld nicht nachgewiesen (BGE 127 I 38 E. 2a mit Hinweis).

Wenn allerdings ein Beschuldigter eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese wenigstens in einem Mindestmass glaubhaft machen kann, findet der Grundsatz in «dubio pro reo» keine Anwendung. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonst wie glaubhaft macht (vgl. OGer ZH, SB160176-O/U vom 20. September 2016 E. III/3.3; Stefan Trechsel, SJZ 77 [1981] S. 320). Andernfalls könnte jede Anklage mit einer abstrusen Schutzbehauptung zu Fall gebracht werden.

2. Sachverhalt

Die Vorinstanz hat die Aussagen des Beschuldigten, des Privatklägers und der Zeugen in der Untersuchung und im erstinstanzlichen Verfahren ausführlich wiedergegeben. Sie beurteilte die Glaubwürdigkeit der einvernommenen Personen und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen schlüssig und zutreffend, weshalb, um Wiederholungen zu vermeiden, auf diese verwiesen werden kann (Urk. 77 S. 7 ff., 15 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen und Präzisierungen.

2.1. Objektiver Sachverhalt

Zunächst ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte nach eigenen Angaben mit seinem Halbbruder D._____ und danach mit dem Privatkläger in der Küche stritt. Letzterer drückte ihn zu Boden und würgte ihn (Urk. 11/5 F/A 36), was der Zeuge

E._____ glaubhaft bestätigte (Urk. 13/19 F/A 18: "Er hat ihn mit beiden Händen am Hals gehalten."). Der Beschuldigte macht für den weiteren Ablauf eine Erinnerungslücke geltend (vgl. Urk. 11/5 F/A 40; Prot. I S. 12, Prot. II S. 18 ff.).

Aufgrund der Aussagen des Zeugen D._____ lässt sich jedoch weiter erstellen, dass der Privatkläger die Küche verliess und der Beschuldigte daraufhin ein Messer mit einer Klingenlänge von 16 cm behändigte und dabei sagte, er werde ihn jetzt umbringen (Urk. 13/1 S. 2 und Urk. 13/8 F/A 48 und 57). Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 66 S. 7) lag in jenem Zeitpunkt keine Notwehrsituation mehr vor. Die Auseinandersetzung war beendet und der Privatkläger hatte die Küche verlassen. Dem Beschuldigten drohte keine Gefahr durch den Privatkläger.

Vielmehr war es der Beschuldigte, welcher die Konfrontation erneut suchte. So bestätigten die Zeugen, wie der Beschuldigte die Treppe hinunter auf den Privatkläger zulief. Dabei beleidigte er den Privatkläger und hielt ein Messer in der Hand (so übereinstimmend und glaubhaft F._____ in Urk. 13/4 F/A 20, Urk. 13/5 F/A 57 ff. und der Privatkläger Urk. 12/2 F/A 72). In der Folge sprang er den Privatkläger an und machte Stichbewegungen, welche der Privatkläger abwehrte (so der Privatkläger Urk. 12/2 F/A 72 ff.: "Als er auf mich zukam, als wir noch standen, hat er sofort Stichbewegungen gegen mich gemacht."). Im Rahmen dieses Geschehens fielen sie beide zu Boden, wobei der Beschuldigte das Messer zunächst verlor. Es lag gemäss den glaubhaften Aussagen von F._____ hinter dem Kopf des Privatklägers, worauf es der Beschuldigte erneut ergriff und damit erneut eine Stichbewegung in Richtung Hals des Privatklägers machte (Urk. 13/5 F/A 57 ff., 71). Die Vorinstanz kam in Würdigung der Beweislage zu Recht zum Schluss, dass der Beschuldigte am Boden eine Stichbewegung gemacht hatte. Mehr als eine Stichbewegung lässt sich nicht erstellen.

Aufgrund der bei den Akten liegenden Fotos und ärztlichen Berichte ist ohne Weiteres erstellt, dass der Privatkläger eine Stichverletzung im Halsbereich erlitt (vgl. Fotos Urk. 14/1 S. 34 ff. und Gutachten Urk. 16/7). Im ärztlichen Befund des Universitätsspitals vom 7. Dezember 2017 wird die Verletzung des Privatklägers als eine ca. 2 cm lange, scharf berandete Wunde an der linken Halsseite mit einer

Eindringungstiefe von ca. 5-10 mm beschreiben, wobei eine Stichrichtung nicht ausgemacht werden könne (Urk. 16/5). Es liegt auf der Hand, dass der Beschuldigte dem Privatkläger diese Verletzung mit dem Messer zufügte. Ob es sich dabei um eine Stich- oder eine Schnittverletzung handelte, ist entgegen der Ansicht der Verteidigung (vgl. Urk. 113 S. 4 f.) irrelevant, kann doch ein Schnitt auch entstehen, wenn bei einem Stich nicht gerade getroffen wird. Die Mutmassung der Verteidigung, die Verletzung sei eher zufällig oder aus Unachtsamkeit entstanden (Urk. 113 S. 3 ff.), erscheint unplausibel und findet in den Akten keine Stütze. Diese Tatvariante wird von keinem Zeugen und auch vom Beschuldigten selbst nicht behauptet.

Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz erstellt, dass der Beschuldigte dem Privatkläger in einer tätlichen Auseinandersetzung in der Küche unterlag und von diesem gewürgt wurde. Nachdem der Privatkläger die Küche verlassen hatte, nahm der Beschuldigte das Messer aus der Schublade und sagte in Anwesenheit des Zeugen D._____, er werde ihn (gemeint: den Privatkläger) jetzt umbringen. Er folgte dem Privatkläger, beschimpfte ihn und stürzte sich auf ihn, worauf beide zu Boden fielen und dem Beschuldigten das Messer aus der Hand fiel. Er behändigte es jedoch gleich wieder und stach einmal in den Halsbereich des Privatklägers. Mithin lag weder eine Notwehrsituation vor noch erfolgten die Verletzungen des Privatklägers zufällig bzw. unwillkürlich im Rahmen eines Gerangels.

2.2. Subjektiver Sachverhalt

Was ein Täter wusste, wollte oder in Kauf nahm, betrifft sog. innere Tatsachen und ist damit zwar eine Tatfrage. Da sich diese inneren Tatsachen bei ungeständigen Tätern regelmässig nur gestützt auf äusserlich feststellbare Indizien und Erfahrungsregeln ermitteln lassen, die Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben (Urteil des Bundesgerichtes 6S.133/2007 vom 11. August 2008 E. 2.4), und die Beurteilung, ob im Lichte dieser äusseren Umstände der Schluss auf Vorsatz bzw. Eventualvorsatz begründet ist, eine Rechtsfrage darstellt, ist das Bestehen eines Vorsatzes bzw. Eventualvorsatzes nachfolgend im Rahmen der rechtlichen

Würdigung zu beurteilen (vgl. BGE 133 IV 1 E. 4.1; BGE 130 IV 58 E. 8.5; BGE 125 IV 242 E. 3c, je m.H.)

III. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen zur Tötung i.S.v. Art. 111 StGB sowie die theoretischen Grundlagen zum Vorsatz sowie zum Versuch unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung sorgfältig erörtert und grundsätzlich zutreffend gewürdigt (Urk. 77 S. 19 ff.). Auf diese Erwägungen kann zwecks der Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen und Präzisierungen:

Vorab ist festzuhalten, dass der Beschuldigte zwar vom Privatkläger gewürgt worden war, diese Auseinandersetzung jedoch spätestens vorbei war, als der Privatkläger die Küche verliess. Offenkundig unzufrieden mit dem Ausgang dieser Auseinandersetzung und verärgert über die Schmach holte der Beschuldigte ein Messer aus der Schublade und sagte dabei, dass er den Privatkläger umbringen werde. Wenn er daraufhin dem Privatkläger mit dem Messer folgte, sich auf ihn stürzte und ihn dabei in den Hals stach, ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass er die zuvor explizit geäusserte Absicht in die Tat umsetzen wollte.

Daran ändert nichts, dass der Privatkläger letztlich lediglich eine geringe Verletzung am Hals davontrug, erfolgte die Verletzung beim abwehrenden Privatkläger und im dynamischen Geschehen. Mit der Behauptung der Verteidigung, es habe sich um blossе Drohgebärden gehandelt (Urk. 113 S. 5), verkennt sie, dass sich der Beschuldigte auf den Privatkläger gestürzt hatte und dieser durch das Messer verletzt wurde. Von einem Beeindrucken bzw. Imponieren kann keine Rede sein, wenn die Gegenseite gar keine Gelegenheit erhält, sich vom gezeigten Gegenstand beeindrucken zu lassen. Im Gegenteil suchte der Beschuldigte die erneute Auseinandersetzung unter Zuhilfenahme des Messers und in der vorgängig explizit geäusserten Tötungsabsicht. Schliesslich erscheint es auch widersinnig, sich für eine weitere Auseinandersetzung ein

Messer zu beschaffen und ein weiteres Gerangel mit dem Messer in der Hand zu suchen, wenn dieses nicht eingesetzt werden soll.

Aufgrund der gesamten Situation ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich gedemütigt fühlte, als er vom Privatkläger gewürgt wurde. Er wollte als Sieger aus der Auseinandersetzung hervorgehen und hatte erkannt, dass er dem Privatkläger körperlich unterlegen war. Um diese Unterlegenheit auszugleichen, behändigte er ein Messer. Auch wenn er kurz zuvor einen unmissverständlich direkten Tötungsvorsatz äusserte, ist zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass es sich dabei nur um Imponiergehabe gegenüber dem anwesenden Halbbruder handelte und er den Privatkläger wohl primär kampfunfähig machen wollte. Ein direkter Tötungsvorsatz lässt sich unter den gegebenen Umständen nicht mit rechtsgenügender Sicherheit nachweisen. Gleichwohl ist offensichtlich, dass bereits ein einzelner Stich am Hals ohne Weiteres hätte zum Tode führen können, was auch dem Beschuldigten bewusst gewesen sein musste. Er nahm daher mit dem Einsatz des Messers den Tod des Privatklägers in Kauf. Daher ist mit der Vorinstanz von Eventualvorsatz auszugehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit seinem Verhalten den Tatbestand der versuchten, eventualvorsätzlichen Tötung i.S.v. Art. 111 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 22 StGB erfüllte. Dieser Tatbestand konsumiert gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die vollendete einfache oder schwere Körperverletzung (BGE 137 IV 113 E. 1.4.2 und E. 1.5), worauf bereits die Vorinstanz zu Recht hinwies (Urk. 77 S. 23). Es liegen keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe vor.

IV. Strafzumessung

1. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderungen des Sanktionenrechts) in Kraft getreten (AS 2016 1249). Nach neuem Recht wird grundsätzlich nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Delikt begangen hat (Art. 2 Abs. 1 StGB), ausser wenn das neue

Recht für den Täter das mildere ist (lex mitior; Art. 2 Abs. 2 StGB). Die Bewertung erfolgt nach der konkreten Methode, d.h. es wird geprüft, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt (OFK/StGB-Donatsch, 20. Aufl. Zürich 2018, Art. 2 N 10).

Die Neuregelung betrifft Geldstrafen (maximal nur noch 180 Tagessätze statt 360, Art. 34 Abs. 1 und 2 nStGB) und Freiheitsstrafen (Herabsetzung der Mindestdauer auf 3 Tage, Art. 40 Abs. 1 nStGB) im Bereich bis zu einem Jahr.

Wie sich nachfolgend ergibt, ist der Beschuldigte mit einer mehrjährigen Freiheitsstrafe sowie mit einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen und Busse zu bestrafen. In diesem Bereich wäre eine Geldstrafe nach neuem Recht gar nicht mehr möglich und es müsste auf eine als einschneidender erachtete Freiheitsstrafe erkannt werden. Das neue Recht erweist sich daher nicht als milder, weshalb das alte, bis zum 31. Dezember 2017 geltende Sanktionenrecht anzuwenden ist.

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit 3 Jahren und 6 Monaten Freiheitsstrafe. Die Staatsanwaltschaft verlangt mit ihrer Berufung die Ausfällung von 6 ¼ Jahren Freiheitsstrafe. Der Beschuldigte stellte keinen konkreten Antrag für den Fall einer Verurteilung wegen versuchter Tötung.

2. Allgemeine Strafzumessungsgrundsätze und Strafraumen

Die allgemeinen Regeln und Kriterien der Strafzumessung sowie der massgebliche Strafraumen wurden im vorinstanzlichen Urteil unter Hinweis auf Rechtsprechung und Lehre zutreffend und umfassend wiedergegeben (Urk. 77 S. 25 ff.), worauf zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann.

Präzisierend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht in BGE 144 IV 217 festgehalten hat, dass eine Gesamtbetrachtung aller Taten oder die Bildung von Deliktgruppen zur Strafartbestimmung im Ergebnis auf eine (selektive) Aufgabe der Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip zugunsten der gesetzlich nicht vorgesehenen "Einheitsstrafe" hinauslaufe. Ein derartiges Vorgehen bedeute

gleichzeitig die Wiedereinführung der aufgegebenen Rechtsfiguren des fortgesetzten Delikts und der verjährungsrechtlichen Einheit, was das Bundesgericht explizit für unzulässig erklärt habe. Die Kriterien und Voraussetzungen für eine (ausnahmsweise) von der konkreten Methode abweichende Gesamtbetrachtung mehrerer Delikte und die Schaffung von Deliktgruppen seien unklar. Auch sei im Rahmen der Gesamtstrafenbildung dem Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihrem Zusammenhang, ihrer grösseren oder geringeren Selbstständigkeit sowie der Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehensweisen Rechnung zu tragen. Der Grundsatz, dass der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts geringer zu veranschlagen sei, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4), werde hingegen bei einer Gesamtbetrachtung zum Nachteil des Täters durch einen Strafartwechsel strafschärfend gewichtet, anstatt geringer veranschlagt zu werden.

Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt die Einzelstrafen für die konkreten Delikte festzulegen und anschliessend zu prüfen, aus welchen Einzelstrafen Gesamtstrafen zu bilden sind. Hält das Gericht für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldangemessen und zweckmässig, ist es nicht daran gehindert, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt. Es hat jedoch die Wahl der Sanktionsart zu begründen (BGE 144 IV 217 E. 4.3; Urteil 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4).

3. Einsatzstrafe: Versuchte Tötung

Zur objektiven Tatschwere bei Tötungen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass Art. 111 StGB das Leben eines Menschen schützt, mithin das höchste aller Rechtsgüter. Der mit der Tötung als solcher verbundene Unrechtsgehalt kann jedoch, anders als bei einer Körperverletzung, nicht abgestuft werden, sodass aus der Rechtsgutverletzung allein nichts für die Strafzumessung abzuleiten ist. Die objektive Tatschwere

bestimmt sich damit vielmehr anhand des Tathergangs und der Tatumstände. Die objektive Tatschwere ist nicht nur anhand des äusseren Tatablaufes und der unmittelbaren Vorbereitungshandlungen zu bewerten, da eine solche aus jeglichem Kontext gelöste Betrachtung mit der tatbeständlichen Struktur der Tötungsdelikte nicht vereinbar ist. Subjektive Merkmale wie Motive, Beweggründe und Absichten des Beschuldigten sind implizit auch beim Grundtatbestand (Art. 111 StGB) massgeblich, wenn es um die Festlegung des (objektiven) Schweregrades geht. Dieser bestimmt sich anhand aller Tatkomponenten, die einem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal zuzuordnen sind. Entsprechend sind subjektive Merkmale nach der Konzeption der Tötungstatbestände bei der Strafzumessung von Beginn weg zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichtes 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018 E. 2.6.1).

Vorliegend erfolgte die Tat im Rahmen eines spontanen Konflikts zwischen dem Beschuldigten und dem Privatkläger, welche sich vorgängig kannten. Der Privatkläger war dem Beschuldigten körperlich überlegen und hatte diesen in der Auseinandersetzung niedergedrückt und gewürgt. Nicht bereit, die Schmach der Niederlage auf sich beruhen zu lassen, suchte der Beschuldigte die Auseinandersetzung erneut, wozu er noch am Ort der Auseinandersetzung ein Messer behändigte. Durch sein Verhalten liess der Beschuldigte die bereits beendete Auseinandersetzung bewusst und einzig aus verletztem Stolz eskalieren. Er war stark alkoholisiert, worauf im Rahmen der verminderten Schuldfähigkeit zurückzukommen sein wird. Er lief dem Privatkläger hinterher und setzte das Messer unvermittelt und bewusst gegen den Privatkläger ein, wobei er zunächst im Stehen mehrfach und hernach im Gerangel auf dem Boden einmal eine Stichbewegung machte. Damit nahm er in Kauf, den Beschuldigten zu töten. Der Privatkläger hatte dem seine körperliche Überlegenheit entgegenzusetzen. Wenn der Privatkläger im Rahmen dieser Auseinandersetzung lediglich eine kleine Verletzung am Hals erlitt, erscheint dies als glücklicher Zufall und ist der Angetrunkenheit des Beschuldigten mit einem Wert von 2.37 Gewichtspromillen und der Gegenwehr des nüchternen Privatklägers zuzuschreiben. Wie erwähnt liegt es auf der Hand, dass der Beschuldigte durch die Zuhilfenahme des Messers und die Stichbewegungen im Rahmen der von ihm gesuchten

Auseinandersetzungen eine Tötung des Privatklägers in Kauf nahm. Die letztlich erlittene Verletzung des Privatklägers erfüllt den objektiven Tatbestand der einfachen Körperverletzung i.S.v. Art. 123 StGB.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass es nicht das Handlungsziel des Beschuldigten war, den Privatkläger zu töten. Gleichwohl nahm er dies durch seinen Gewaltexzess und die dadurch verursachte Verletzung in Kauf. Er handelte mithin bloss eventualvorsätzlich, was verschuldensmindernd zu berücksichtigen ist. Bei der Zufügung der Verletzung handelte er dagegen direktvorsätzlich.

Seine Beweggründe bleiben letztlich unverstänglich, hielt er doch stets und auch im Berufungsverfahren (Prot. II S. 21) daran fest, sich an die Tat nicht erinnern zu können. Letztlich bleibt es dabei, dass er aus Ärger über eine Niederlage bei einer vorausgehenden tätlichen Auseinandersetzung und damit aus Rache handelte.

Bei der subjektiven Tatschwere stellt sich die Frage, wie weit dem Täter die objektive Tatschwere persönlich zugerechnet werden darf. Dabei spielen je nach Tatbestand etwa die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, seine Beweggründe und Motive eine Rolle (BGE 129 IV 6 E. 6.1). Da die einschlägigen Gesichtspunkte bereits in die Beurteilung der objektiven Tatschwere eingeflossen sind, ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen. Erneut ist festzuhalten, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte, was sich zu seinen Gunsten auswirkt.

Somit ist das Verschulden in Bezug auf die versuchte Tötung insgesamt als eher schwer einzustufen, was bei einer vollendeten Tötung eine hypothetische Einsatzstrafe von 14 Jahren Freiheitsstrafe rechtfertigen würde.

Der Beschuldigte stand im Tatzeitpunkt unter starkem Alkoholeinfluss. Das psychiatrische Gutachten attestiert ihm eine dissoziale Persönlichkeitsstörung. Die schwere Alkoholintoxikation habe vor dem Hintergrund der dissozialen Persönlichkeitsstörung durch die potenzierte Impulsivität und Neigung zu aggressivem Verhalten die Fähigkeit des Beschuldigten reduziert, regelwidrige und aggressive Impulse zu kontrollieren. Aus forensisch-psychiatrischer Sicht

liege zum Tatzeitpunkt vom 3. Dezember 2017 eine schwere Verminderung der Schuldfähigkeit vor (vgl. Urk. 26/11 S. 71). Diese Ausführungen im Gutachten scheinen nachvollziehbar. Jedoch ist zu beachten, dass sich der Beschuldigte an die Umstände des besagten Abends - ausser an die Tat selbst - immerhin grundsätzlich zu erinnern vermochte (vgl. Prot. II S. 18 ff.). Es ist daher eine Reduktion um 66% der Einsatzstrafe angezeigt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz, welche von einer leicht geringeren Reduktion ausging, kann dem Beschuldigten die Trunkenheit nicht vorgeworfen werden.

Da der tatbestandsmässige Erfolg nicht eintrat und der Privatkläger den vollendeten Tötungsversuch des Beschuldigten überlebte, ist die verschuldensunabhängige Tatkomponente der versuchten Tatbegehung zu gewichten. Das Mass der zulässigen Strafreduktion beim vollendeten Versuch hängt u.a. von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und den tatsächlichen Folgen der Tat ab. Mit den Stichbewegungen, von denen eine traf, hat der Beschuldigte alles getan, was er nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolges, den Tod eines Menschen, für notwendig hielt. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Verletzung nicht tief war, lag dies doch wie erwähnt an der Gegenwehr des kräftigen Privatklägers und der Alkoholisierung des Beschuldigten. Es lag somit nicht am Beschuldigten, dass der Erfolg nicht eingetreten ist. Eine weitere Reduktion der Einsatzstrafe auf knappe 4 Jahre Freiheitsstrafe trägt diesem Strafmilderungsgrund ausreichend Rechnung.

Eine Unterschreitung des unteren Strafrahmens der vorsätzlichen Tötung ist vorliegend gerechtfertigt angesichts des Umstands, dass gleich zwei gewichtige Strafmilderungsgründe vorliegen, wobei alleine schon die attestierte schwere Verminderung der Schuldfähigkeit eine erhebliche Strafreduktion bedingt.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses erscheint eine Einsatzstrafe von knapp 4 Jahren Freiheitsstrafe als angemessen.

4. Einzelstrafen

4.1. Anklageziffer 2.1: Entwendung zum Gebrauch

Der Beschuldigte war als Lagerist bei der Firma G._____ AG angestellt und arbeitete in der Nacht vom 1. auf den 2. Dezember 2017 im Nachtverlad. Er behändigte unberechtigterweise den auf dem Firmengelände in H._____ abgestellten Lastwagen und lenkte diesen auf dem Firmengelände. Die gefahrene Distanz war relativ gering und das Fahrzeug verblieb auf dem Firmengelände und damit im Einflussbereich der Eigentümerin. Die üblicherweise für den Fahrzeugbesitzer aufwändige Suche nach dem Fahrzeug entfiel vorliegend. Demgegenüber wirkt erschwerend, dass es sich beim entwendeten Fahrzeug um ein überdurchschnittlich schweres und auch schwer zu beherrschendes Fahrzeug handelte. Dies führte auch zu dem mit dem Fahrzeug verursachten Schaden am Fenster sowie den am Fahrzeug selbst verursachten Schäden. Die Schäden sind indessen vorliegend nicht weiter beachtlich, wäre die Beschädigung doch im Rahmen der vorliegend nicht angeklagten Sachbeschädigung zu beurteilen. Mit anderen Worten sind die Schäden vorliegend nicht weiter zu beachten, sind sie doch nicht das geschützte Rechtsgut bei der Entwendung zum Gebrauch.

Unter diesen Umständen ist das objektive Tatverschulden als sehr leicht zu bezeichnen.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Ein vernünftiges Motiv ist nicht erkennbar, weshalb er wohl leichtfertig handelte. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere weder zu erhöhen noch zu vermindern.

Mithin erscheint eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 3 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

4.2. Anklageziffer 2.1: Fahren ohne Berechtigung

Dem Beschuldigten war der Führerausweis vor seiner Fahrt entzogen worden. Innerhalb des bis drei Jahre reichenden Strafrahmens ist das Tatverschulden als sehr leicht zu bezeichnen.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere auch hier weder zu erhöhen noch zu vermindern.

Gesamthaft erscheint eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 2 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

4.3. Anklageziffer 2.2: Fahren in fahruntfähigem Zustand

Der Beschuldigte führte den Lastwagen eingeständenermassen mit einer Blutalkoholkonzentration von über 0.8 Gewichtspromillen. Der genaue Wert lässt sich den Akten nicht entnehmen (vgl. D2). Gleichwohl schuf der Beschuldigte durch die Trunkenheit bei der Fahrt ein erhebliches Risiko für sich und andere Personen, die sich auf dem Gelände hätten befinden können. Insofern manifestierte sich das mit der Angetrunkenheit im Strassenverkehr einhergehende Risiko nur teilweise, wenn der Beschuldigte einen Sachschaden verursachte. Zudem war die Fahrt auf dem Gelände relativ kurz. Das Tatverschulden ist unter Berücksichtigung der massgebenden Umstände als leicht zu bezeichnen.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Ein vernünftiges Motiv ist nicht erkennbar, weshalb er wohl leichtfertig handelte. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere auch hier weder zu erhöhen noch zu vermindern.

Gesamthaft erscheint eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 3 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

4.4. Anklageziffer 2.3: Pflichtwidriges Verhalten bei Unfall

Dem Beschuldigten musste bewusst gewesen sein, dass er beim Lenken des Lastwagens einen Sachschaden verursacht hatte, wechselte er doch in der Folge das Fahrzeug. Entsprechend verhielt er sich pflichtwidrig, indem er den Geschädigten nicht sofort benachrichtigte. Hierfür ist gemäss Art. 92 SVG eine

Busse auszufällen, wobei eine solche in Höhe von Fr. 1'000.– dem Verschulden und den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen erscheint.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte. Er wollte wohl für den Unfall zivil- und strafrechtlich nicht gerade stehen, was jedoch dem Tatbestand immanent ist. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere auch hier weder zu erhöhen noch zu vermindern.

Gesamthaft erscheint eine Busse von Fr. 1'000.– angemessen.

4.5. Anklageziffer 2.4: Vereitelung einer Blutprobe

Die Vereitelung einer Blutprobe ist im vorliegenden Fall mit einer Verurteilung wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand gleichzustellen (bzw. wird konsumiert) (vgl. BGE 117 IV 297). Entsprechend ist keine weitere Strafe hierfür auszufällen.

4.6. Anklageziffer 2.5: Entwendung zum Gebrauch

Nach der Verursachung des Schadens liess der Beschuldigte den Lastwagen stehen und behändigte einen weiteren Lastwagen der Firma G._____ AG, welchen er von H._____ an seinen Wohnort in I._____ lenkte. Mit dieser ungefähr 10 km weiten Fahrt vereitelte er den Zugriff der Berechtigten deutlich stärker als mit der ersten Fahrt. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte am nächsten Tag beim Geschäftsführer der Firma meldete und keinen Schaden verursachte, was zu seinen Gunsten zu berücksichtigen ist. Gesamthaft ist das Verschulden als leicht einzustufen, was zu einer Einzelstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 3 Monaten Freiheitsstrafe führt.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Er wollte offenkundig nach Hause kommen, was jedoch seine Tat keineswegs zu entschuldigen vermag. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere auch hier weder zu erhöhen noch zu vermindern.

4.7. Anklageziffer 2.5: Fahren ohne Berechtigung

Dem Beschuldigten war der Führerausweis auch bei dieser Fahrt immer noch entzogen. Innerhalb des bis drei Jahre reichenden Strafrahmens ist das Tatverschulden als sehr leicht zu bezeichnen.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere auch hier weder zu erhöhen noch zu vermindern.

Gesamthaft erscheint eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 2 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

4.8. Anklageziffer 2.6: Fahren in fahrunfähigem Zustand

Der Beschuldigte führte den Lastwagen eingeständenermassen mit einer Blutalkoholkonzentration von über 0.8 Gewichtspromillen über 10 km um 06.30 Uhr morgens. Der genaue Wert lässt sich den Akten abermals nicht entnehmen (vgl. D2). Auch wenn er sich nicht auf einer Hauptverkehrsachse befand, sondern auf einer Landstrasse fuhr, schuf er durch die Trunkenheit bei der Fahrt ein erhebliches Risiko für sich und andere Personen, die sich auf der Strasse hätten befinden können, namentlich morgendliche Pendler. Das Tatverschulden ist unter Berücksichtigung der massgebenden Umstände als leicht zu bezeichnen.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere auch hier weder zu erhöhen noch zu vermindern.

Gesamthaft erscheint eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 3 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

4.9. Zwischenwürdigung

Das rechnerische Total der Einzelstrafen beträgt 480 Tagessätze Geldstrafe und Fr. 1'000.– Busse.

Gemäss Gutachten lag zum Tatzeitpunkt vom 2. Dezember 2017 eine mittlere Verminderung der Schuldfähigkeit vor (Urk. 26/11 S. 71), was zu einer Reduktion um 50% auf 240 Tagessätze bzw. 8 Monate Freiheitsstrafe sowie Busse von Fr. 500.– führt.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Taten am gleichen Abend und im gleichen Zug verübt wurden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände und in Anwendung des Asperationsprinzips ist die Gesamtstrafe aller Einzelstrafen auf 180 Tagessätze Geldstrafe / 6 Monate Freiheitsstrafe und Fr. 500.– Busse festzulegen.

5. Täterkomponente

5.1. Persönliche Verhältnisse

In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Akten und insbesondere das Gutachten verwiesen werden (Urk. 77 S. 32, Urk. 27/5, Urk. 26/11 S. 24 ff. und S. 29 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte er, er habe nach seiner Entlassung aus dem Gefängnis Pfäffikon wieder bei seiner früheren Arbeitgeberin, der G._____ AG, einsteigen können. Die Firma sei im letzten Jahr an die J._____ AG verkauft worden, bei welcher er nach wie vor festangestellt und mittlerweile als stellvertretender Lagerchef im Nachverlad tätig sei. Pro Monat verdiene er brutto ca. Fr. 5'500.– und netto ca. Fr. 4'900.–. Vermögen habe er keines. Seine Schulden von vormals Fr. 30'000.– bis Fr. 40'000.– seien etwas weniger geworden und er sei diese weiter am Abzahlen. Zudem gab er an, teils bei seinen Eltern und teils bei seiner Freundin zu wohnen, mit welcher er ein Kind erwarte, das im Oktober zur Welt komme. Bezüglich seiner Zukunft befinde er sich auf gutem Weg ins Familienleben, er wolle seine Freundin heiraten und mit seiner Arbeit sei er zufrieden (Prot. II S. 13 ff.).

Mit der Vorinstanz sind die persönlichen Verhältnisse strafzumessungsneutral zu werten. Sein Alkoholkonsum bzw. seine psychische Verfassung wurde bereits im Rahmen der verminderten Schuldfähigkeit berücksichtigt.

5.2. Vorstrafen

Der Beschuldigte verfügt über folgende Vorstrafen (Urk. 111):

Mit Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. April 2011 wurde der Beschuldigte wegen Raubes, Vergehens gegen das Waffengesetz und mehrfacher Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren, jedoch wurde der bedingte Vollzug der Geldstrafe gemäss Strafbefehl der Jugendanwaltschaft Winterthur vom 17. Dezember 2009 widerrufen.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen vom 16. Dezember 2013 wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz, Entwendung zum Gebrauch und Fahrens ohne Führerausweis zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft. Ferner wurde die Probezeit des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe des Urteils der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. April 2011 um ein Jahr verlängert.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 8. April 2014 wurde der Beschuldigte wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie Sachbeschädigung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren. Ferner wurde er in Bezug auf den bedingt gewährten Vollzug der Freiheitsstrafe gemäss Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. April 2011 verwarnt.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 31. März 2016 wurde der Beschuldigte wegen mehrfachen Diebstahls sowie geringfügigen Diebstahls mit einer Geldstrafe von 55 Tagessätzen zu Fr. 110.– bestraft. Abermals wurde er in Bezug auf den bedingt gewährten Vollzug der

Freiheitsstrafe gemäss Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. April 2011 verwarnt.

Die Vorstrafen sind in Bezug auf die versuchte Tötung nicht einschlägig und daher diesbezüglich lediglich marginal zu berücksichtigen. In Bezug auf die Strassenverkehrsdelikte fallen sie jedoch merklich strafe erhöhend ins Gewicht. Zu berücksichtigen ist, dass der Beschuldigte mehrfach in der Vergangenheit straffällig wurde und ihn auch die bedingt ausgefallte Freiheitsstrafe von 14 Monaten, die Verlängerung der Probezeit und die Verwarnungen nicht davon abhielten, erneut zu delinquieren. Die vermutlich damit in Zusammenhang stehende Persönlichkeitsstörung relativiert diese manifestierte Unbelehrbarkeit etwas, vermag sie jedoch nicht aufzuheben. So weist auch der Gutachter darauf hin, dass beim Beschuldigten die Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit grundsätzlich gegeben sei (Urk. 26/11 S. 71).

6. Nachtatverhalten

Zu den Täterkomponenten gehört auch das Nachtatverhalten eines Täters. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit; vgl. BSK StGB I, 3. A., Basel 2013, N 174 zu Art. 47 StGB). Ein Geständnis, das kooperatives Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafreduktion führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach dem Vorhalt entsprechender Beweise. Die Berücksichtigung von Geständnissen im Rahmen der Strafzumessung beruht hauptsächlich auf zwei Gründen. Zum einen kann das Geständnis (vorbehältlich seiner kritischen Prüfung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung) zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen. Zum andern kann das Opfer bzw. die geschädigte Partei durch die Schuldanerkenntnis des Täters bereits eine gewisse immaterielle Genugtuung erfahren. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich allenfalls aufdrängen, wenn das Geständnis die

Strafverfolgung nicht erleichtert hat, weil die Täterschaft ohnehin bereits überführt gewesen wäre. Bei umfangreichen und prozessentscheidenden Geständnissen kann die Strafreduktion nach der bundesgerichtlichen Praxis hingegen bis zu einem Drittel betragen (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Schliesslich stellen auch Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue Strafminderungsgründe dar. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine massgebliche Strafreduktion erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu reduzieren (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010, E. 5.4.).

Soweit die Vorinstanz dem Beschuldigten beim Vorwurf der versuchten Tötung ein Teilgeständnis zugutehielt, ist dies unzutreffend. Es ist daran zu erinnern, dass der Beschuldigte jegliche Verantwortung abstritt und im Kerngeschehen ein Blackout geltend macht. Ein Geständnis, welches die Strafuntersuchung in nennenswerter Weise vereinfacht hätte, kann ihm daher nicht zugutegehalten werden. Im Gegenteil war der gesamte Sachverhalt zu erstellen. Weiter ist entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht von einer Einsicht beim Beschuldigten oder gar Reue auszugehen. Einsicht bedeutet, dass eigenes Fehlverhalten erkannt und bereut wird. Wird wie vorliegend das erstellte Fehlverhalten bestritten bzw. eine Erinnerungslücke geltend gemacht, besteht kein Raum für Einsicht.

Mithin liegt beim Vorwurf der versuchten Tötung kein Geständnis vor, welches zu einer Strafreduktion führt.

Demgegenüber war der Beschuldigte in Bezug auf die übrigen Delikte zunächst ungeständig bzw. verweigerte die Aussage. Erst im Laufe des Verfahrens rang er sich zu einem vollumfänglichen Geständnis durch. Gleichwohl erleichterte dies die Untersuchung erheblich und zeugt hier auch von Einsicht und Reue, weshalb eine Strafreduktion in mittlerem Umfang erfolgen kann.

Weitere Straferhöhungs- oder -minderungsgründe sind nicht ersichtlich.

7. Strafart

Während die versuchte vorsätzliche Tötung zwingend mit einer Freiheitsstrafe zu ahnden ist, stellt sich bezüglich der Strassenverkehrsdelikte die Frage nach der geeigneten Strafart.

Das Gericht kann statt auf eine Geldstrafe auf eine Freiheitsstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB). Es hat die Wahl der Freiheitsstrafe näher zu begründen (Art. 41 Abs. 2 StGB).

Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen. Die Freiheitsstrafe als eingriffsintensivste Sanktion ist nach der gesetzlichen Konzeption ultima ratio und kann nur verhängt werden, wenn keine andere, mildere Strafe in Betracht kommt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_436/2018 vom 24. September 2018 E. 1.2. m.w.H.)

Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift. Hält das Gericht im Rahmen der Gesamtstrafenbildung für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldadäquat und zweckmässig, hindert Art. 41 Abs. 1 StGB es nicht daran, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt. Das Gericht hat im Urteil die Wahl der Sanktionsart zu begründen (Urteil des Bundesgerichtes 6B_436/2018 vom 24. September 2018 E. 1.2. m.w.H.).

Der Beschuldigte wurde bereits mehrfach mit bedingten und unbedingten Geldstrafen sanktioniert. Gleichwohl wurde er immer wieder erneut straffällig, sodass sich die Frage stellt, ob eine nochmalige Geldstrafe zweckmässig ist. Es ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass bis anhin die beim Beschuldigten

festgestellten psychischen Störungen und die Suchtproblematik nicht behandelt worden waren. Die im Oktober 2019 im Rahmen des vorzeitigen ambulanten Massnahmeantritts begonnene Therapie dürfte sich positiv auf die Deliktprognose des Beschuldigten auswirken, wofür auch der Therapiebericht des PPD vom 13. April 2021 spricht (vgl. Urk. 109 S. 8 ff.). Überdies ist zu beachten, dass der Beschuldigte im vorliegenden Verfahren bereits über 16 Monate in Haft verbracht hat. Unter diesen Umständen erscheint die Ausfällung einer Geldstrafe in Bezug auf die Strassenverkehrsdelikte angemessen. Neben der Freiheitsstrafe und der Busse ist somit eine Geldstrafe auszufällen.

Unter Berücksichtigung der zuvor unter Ziff. IV./5.+6. erwähnten strafzumessungsrelevanten Faktoren in den Täterkomponenten erweist sich eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren, eine Geldstrafe von 200 Tagessätzen und eine Busse in der Höhe von Fr. 500.– angemessen. Die aktuellen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten lassen eine Tagessatzhöhe von Fr. 40.– als angemessen erscheinen.

Der Anrechnung von insgesamt 502 Tagen in Untersuchungs- und Sicherheitshaft an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen.

8. Vollzug

Ansichts der Höhe der Freiheitsstrafe fällt die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Vollzugs zum Vornherein ausser Betracht.

In Bezug auf die Geldstrafe ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten im Gutachten vom 26. September 2018 keine positive Prognose gestellt wurde (Urk. 26/11 S. 72). Zwar hat sich der Beschuldigte inzwischen in Behandlung begeben, welche gemäss dem genannten, aktuellen Therapiebericht des PPD gut angelaufen ist (Urk. 109 S. 8 ff.). Wie aufgezeigt, liess sich der Beschuldigte jedoch von den in der Vergangenheit zu oft bedingt ausgesprochenen Geldstrafen nicht beeindruckt und delinquierte erneut, sodass eine nochmalige Gewährung des bedingten Strafvollzugs schlichtweg nicht mehr in Frage kommt.

9. Massnahme

Der Beschuldigte ist gemäss Gutachten massnahmebedürftig, massnahmefähig und auch massnahmewillig. Aufgrund des hohen Risikos ist entsprechend der gutachterlichen Empfehlung eine ambulante Massnahme i.S.v. Art. 63 StGB auszusprechen.

Die Verteidigung beantragt für den Fall einer unbedingten Strafe den Aufschub zu Gunsten einer ambulanten Massnahme.

Das Gericht kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe, einer durch Widerruf vollziehbar erklärten Freiheitsstrafe sowie einer durch Rückversetzung vollziehbar gewordenen Reststrafe zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Es kann für die Dauer der Behandlung Bewährungshilfe anordnen und Weisungen erteilen (Art. 63 Abs. 2 StGB).

Das Bundesgericht befasste sich schon wiederholt mit der Auslegung der Kann-Vorschrift. Es kam dabei vor allem gestützt auf die Entstehungsgeschichte und den französischen Gesetzestext zum Schluss, dass der sofortige Strafvollzug in Verbindung mit der ambulanten Behandlung die Regel bilden müsse und dass der Strafvollzug nur aufgeschoben werden soll, wenn der sofortige Vollzug den Erfolg der ambulanten Behandlung in Frage stellen würde (BGE 100 IV 13 E. 1 und 202 E. 2). Diese Rechtsprechung wurde in BGE 101 IV 271 E. 1 bestätigt unter Hinweis darauf, dass die ambulante Behandlung nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dazu missbraucht werden dürfe, den Vollzug der Strafe zu umgehen oder ihn auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben; der Aufschub müsse aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend gerechtfertigt sein, was dann zutreffe, wenn sie vordringlich und mit dem Strafvollzug unvereinbar sei (ebenso BGE 101 IV 358).

Gemäss Gutachten kann der Art der Behandlung auch bei gleichzeitigem oder vorherigem Strafvollzug Rechnung getragen werden (Urk. 26/11 S. 74). Inzwischen ist hinsichtlich der Situation des Beschuldigten jedoch zu berücksichtigen, dass er einer geregelten Arbeit nachgeht, nachweislich seine

Schulden abzahlt und in einer festen Beziehung lebt. Er nimmt seine Therapiestunden gemäss Bericht des PPD regelmässig wahr, wobei Fortschritte in der Legalprognose festgestellt wurden (Urk. 109 S. 8 ff. und S. 15). Wenn im besagten Bericht darauf hingewiesen wird, dass der Beschuldigte bei einem Strafvollzug aus dem dargelegten stabilisierenden Kontext herausgerissen und sich wieder in einem tendenziell dissozialen Umfeld bewegen würde, kann diesen Bedenken gefolgt werden. Zudem werden gemäss besagtem Bericht laufend Alltagssituationen besprochen und analysiert, was einer Resozialisierung dienlich sein dürfte.

Mit einem Strafaufschub kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich der Beschuldigte (soweit bekannt) nunmehr seit seiner Haftentlassung vor zwei Jahren, in Freiheit befindlich, wohlverhält. Vor allem aber bleibt mit dem Strafaufschub der Bewährungsdruck aufrecht; bei einem Misserfolg könnte die aufgeschobene Freiheitsstrafe (bzw. eine Reststrafe) noch vollzogen werden (vgl. Art. 63b Abs. 4 und 5 StGB). Dies dürfte den Beschuldigten durchaus beeindrucken und von der präventiven Wirkung her am Effektivsten sein.

In der vorliegenden Konstellation erscheint es insgesamt betrachtet nicht zielführend, die ambulante Therapie während des Strafvollzugs durchzuführen. Dem Beschuldigten muss es indes bewusst sein, dass es ganz entscheidend von ihm abhängt, ob er dank Kooperation und Absehen von neuerlichen Straftaten um einen Vollzug herumkommt oder nicht.

Unter diesen Umständen ist die Freiheitsstrafe zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.

10. Weisung, Bewährungshilfe

Gemäss Art. 63 Abs. 2 Satz 2 StGB kann das Gericht für die Dauer der Behandlung Bewährungshilfe anordnen und Weisungen erteilen. Den überzeugenden Empfehlungen des Therapieberichts des PPD (Urk. 109 S. 16) folgend ist daher dem Beschuldigten für die Dauer der Massnahme die Weisung zu erteilen, sich des Konsums von Alkohol und Betäubungsmitteln zu enthalten

und sich einer regelmässigen Kontrolle der Abstinenz im Rahmen der ambulanten Massnahme zu unterziehen. Für ebendiese Dauer ist eine Bewährungshilfe anzuordnen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die amtliche Verteidigung macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von insgesamt Fr. 8'177.95 (inkl. Mehrwertsteuer) geltend (Urk. 110/1), welcher ausgewiesen ist und angemessen erscheint. Die amtliche Verteidigung ist deshalb mit Fr. 8'200.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung dieser Kosten beim Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 und Art. 426 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Strafgericht, vom 18. April 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 al. 2-6 (SVG-Delikte), 6-9 (Entscheidungen über beschlagnahmte Gegenstände), 10 (Verweisung des Privatklägers auf den Zivilweg), 11-13 (Kostendispositiv), und 14 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte B._____ ist ferner schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 4 Jahren Freiheitsstrafe, wovon 502 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind, mit einer Geldstrafe von 200 Tagessätzen zu Fr. 40.– und mit Fr. 500.– Busse.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen und Suchtbehandlung) angeordnet.
6. Dem Beschuldigten wird für die Dauer der Massnahme die Weisung erteilt, sich des Konsums von Alkohol und Betäubungsmitteln zu enthalten und sich einer regelmässigen Kontrolle der Abstinenz im Rahmen der ambulanten Massnahme zu unterziehen.
7. Für die Dauer der Massnahme wird eine Bewährungshilfe angeordnet.
8. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zugunsten der Massnahme aufgeschoben.
9. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 8'200.– amtliche Verteidigung
10. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)

- die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich (übergeben)
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- den Privatkläger A. _____

(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 I des Kantons Zürich

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

12. 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, 7. Mai 2021

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Kümin Grell