

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 935/2017

Urteil vom 9. Februar 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiberin Andres.

Verfahrensbeteiligte  
X.\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Anja Müller-Gerteis,  
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,  
2. A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Versuchte vorsätzliche Tötung; Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 11. Mai 2017 (SB160443-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.  
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte X.\_\_\_\_\_ am 31. August 2016 wegen versuchter schwerer Körperverletzung, Drohung und Hinderung einer Amtshandlung zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten und einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.--. Es ordnete eine ambulante Behandlung an, widerrief den bedingten Vollzug einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 30.-- und verpflichtete X.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ eine zu verzinsende Genugtuung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen. Von den übrigen Anklagevorwürfen (mehrfach versuchte schwere Körperverletzung) sprach es ihn frei.

B.  
Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte X.\_\_\_\_\_ am 11. Mai 2017 der versuchten vorsätzlichen Tötung, der Drohung sowie der Hinderung einer Amtshandlung schuldig und sprach ihn von den übrigen Anklagevorwürfen frei. Es verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.--, ordnete eine ambulante Behandlung an und widerrief den bedingten Strafvollzug der Geldstrafe. Ferner erhöhte es die an A.\_\_\_\_\_ zu bezahlende Genugtuung auf Fr. 3'000.--.

Dem Schuldspruch wegen versuchter vorsätzlicher Tötung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:  
X.\_\_\_\_\_ stach mit einem Messer mit einer Klingenlänge von ca. 19 cm von links gegen die rechte Halsseite von A.\_\_\_\_\_ ein. Die Messerklinge verfehlte dessen Hals nur, weil A.\_\_\_\_\_ auswich und X.\_\_\_\_\_ einen Ellenbogenschlag versetzte. X.\_\_\_\_\_ traf A.\_\_\_\_\_ mit der Hand, in welcher er das Messer hielt, am Hals, wo eine Hautrötung zurückblieb.

C.  
X.\_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, die Dispositivziffern 1 (Schuld), 3 (Strafe) und 7 (Genugtuung) seien aufzuheben. Er sei wegen versuchter schwerer Körperverletzung, Drohung sowie Hinderung einer Amtshandlung zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten und einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.-- zu verurteilen. Er sei umgehend aus dem Strafvollzug zu entlassen

und für die zu Unrecht erstandene Haft zu entschädigen. Schliesslich sei er zu verpflichten, A. \_\_\_\_\_ eine zu verzinsende Genugtuung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen. Eventualiter sei das obergerichtliche Urteil zwecks Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Vorinstanz sein Verhalten als versuchte eventualvorsätzliche Tötung qualifiziert. Die Gesamtschau der Tatumstände lasse nur den Schluss zu, dass er allenfalls eine gravierende Verletzung des Beschwerdegegners, nicht aber dessen Tod in Kauf genommen habe.

1.2. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ohne dass eine der besonderen Voraussetzungen der Art. 112 ff. StGB zutrifft, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft (Art. 111 StGB). Ein Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert hat, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (BGE 140 IV 150 E. 3.4 S. 152; 137 IV 113 E. 1.4.2 S. 115; je mit Hinweisen).

Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt oder wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4 mit Hinweis).

Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, muss das Gericht bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2 S. 17; 134 IV 26 E. 3.2.2 S. 28 f.; 133 IV 9 E. 4.1 S. 16; je mit Hinweisen). Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4; 134 IV 26 E. 3.2.2 S. 28 f.; je mit Hinweisen). Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Rechtsgutsverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen

(BGE 135 IV 12 E. 2.3.2 S. 17; 133 IV 222 E. 5.3 S. 226). Eventualvorsatz kann indessen auch vorliegen, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs nicht in diesem Sinne sehr wahrscheinlich, sondern bloss möglich war. Doch darf nicht allein aus dem Wissen des Täters um die Möglichkeit des Erfolgsintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen (BGE 133 IV 9 E. 4.1 S. 17, 1 E. 4.5 S. 6 f.; je mit Hinweisen). Solche Umstände liegen namentlich vor, wenn der Täter das ihm bekannte Risiko nicht kalkulieren und dosieren kann und das Opfer keine Abwehrchancen hat (BGE 133 IV 1 E. 4.5 S. 7; 131 IV 1 E. 2.2 S. 5).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen und ist Tatfrage, welche im Verfahren vor Bundesgericht nur im Rahmen von Art. 97 Abs. 1 BGG gerügt werden können (BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 106 Abs. 2 BGG; zum Begriff der Willkür: BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244 mit Hinweisen). Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4; 135 IV 152 E. 2.3.2 S. 156; je mit Hinweisen). Das Sachgericht hat die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen es auf Eventualvorsatz geschlossen hat. Das Bundesgericht kann in einem gewissen Ausmass die richtige Bewertung dieser Umstände im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes überprüfen (BGE 133 IV 9 E. 4.1 S. 17, 1 E. 4.1 S. 4; je mit Hinweisen). Es tut dies jedoch mit einer gewissen Zurückhaltung (vgl. BGE 134 IV 189 E. 1.3 S. 192 mit Hinweisen).

1.3. Die Vorinstanz erachtet in tatsächlicher Hinsicht als erstellt, dass der Beschwerdeführer mit erhobenem Messer auf eine Drittperson zürante, worauf der Beschwerdegegner dazwischen ging und die Drittperson flüchten konnte. Nach der Intervention des Beschwerdegegners führte der Beschwerdeführer einen Messerstich von links nach rechts gegen dessen rechte Halsseite, wobei der

Beschwerdegegner auswich und dem Beschwerdeführer einen Ellenbogenschlag versetzte, so dass er lediglich vom Messergriff beziehungsweise der Hand des Beschwerdeführers mit dem Messer am Hals getroffen wurde und dort eine Hautrötung erlitt. Der Beschwerdeführer liess daraufhin vom Beschwerdegegner ab und rannte der Drittperson nach. Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer verfolgten Absichten entstehe gemäss der Vorinstanz der Eindruck, dieser habe mit seinem Messer in erster Linie Angst sowie Schrecken verbreiten und mit so machtvoller Gehabe Wut sowie Frust über sein Dasein abbauen wollen (Urteil S. 18 f. mit Hinweis auf das erstinstanzliche Urteil S. 42 ff.). Indem sie dieses Verhalten des Beschwerdeführers als versuchte eventualvorsätzliche Tötung qualifiziert, verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht. Was der Beschwerdeführer gegen die Erwägungen der Vorinstanz vorbringt, überzeugt nicht. Indem er geltend macht, es sei die Aussage des Beschwerdegegners zu berücksichtigen, wonach er denke, der Beschwerdeführer habe alles nicht "absichtlich" gemacht, weicht er in unzulässiger Weise vom verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) ab. Eine willkürliche Beweiswürdigung macht er nicht geltend. Im Übrigen wird ihm kein direkter Tötungsvorsatz angelastet, womit er auch aus dem Umstand, dass er nicht nachsetzte, nichts für sich ableiten kann. Soweit er geltend macht, aus den von der Vorinstanz genannten Bundesgerichtsentscheiden lasse sich im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres ein Tötungsvorsatz ableiten, sondern es sei auf die konkrete Tatausführung und die weiteren Tatumstände abzustellen, verkennt er, dass die Vorinstanz genau dies tut (Urteil S. 23 f.).

Im Lichte der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung wiegt die Sorgfaltspflichtverletzung des Beschwerdeführers schwer. Bei Messerstichen in den Hals und Schnittverletzungen am Hals ist das Risiko der Tatbestandsverwirklichung, das heisst, des Todes des Opfers, insbesondere bei einer langen Messerklinge als hoch einzustufen (vgl. Urteile 6B 234/2016 vom 5. August 2016 E. 3.3; 6B 480/2011 vom 17. August 2011 E. 1.4; 6B 635/2009 vom 19. November 2009 E. 3.3). Daran ändert nichts, dass die Messerklinge vorliegend den Hals des Beschwerdegegners dank dessen Reaktion letztlich gar nicht berührte. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner mit seinem Handeln einem Todesrisiko aussetzte (vgl. Urteile 6B 369/2016 vom 29. Juli 2016 E. 4.5; 6B 106/2015 vom 10. Juli 2015 E. 3.2). Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwägt, es gehöre zum Allgemeinwissen und bedürfe keiner besonderen Intelligenz, dass Stichverletzungen am Hals tödlich enden können (vgl. zu Messerstichen in Brust und Bauch: BGE 109 IV 5 E. 2 S. 6; Urteile 6B 991/2015 vom 24. Mai 2016 E. 3.4; 6B 829/2010 vom 28. Februar 2011 E. 3.2). So macht denn auch der Beschwerdeführer nicht geltend, dies sei ihm nicht bewusst gewesen (vgl. Urteil S. 24).

Er stach in einer dynamischen und chaotischen Auseinandersetzung aggressiv sowie alkoholisiert bei schlechten Lichtverhältnissen unkontrolliert mit einem Messer mit einer Klingenlänge von 19 cm gegen den Halsbereich des Beschwerdegegners. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass er diesen damit einem hohen und ihm bekannten Risiko des Eintritts des Todes aussetzte, wobei er das Risiko nicht kalkulieren konnte (Urteil S. 24). Insgesamt ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung, wonach sich dem Beschwerdeführer bei seinem Messereinsatz die Möglichkeit einer tödlichen Verletzung des Beschwerdegegners als so wahrscheinlich aufdrängen musste, dass sein Handeln als Inkaufnahme dieses Erfolgs ausgelegt werden muss (vgl. Urteil S. 24), nicht zu beanstanden. Dass die Polizei auf versuchte Körperverletzung rapportierte und die erste Instanz lediglich einen Verletzungsvorsatz als erstellt erachtete, ändert daran nichts.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung. Einerseits müsse die Vorinstanz selbst prüfen, ob der ordentliche Strafrahmen aufgrund der Strafmilderungsgründe (verminderte Schuldfähigkeit, Versuch) nach unten zu erweitern sei, und dürfe nicht auf die Einschätzung der ersten Instanz verweisen. Andererseits verstosse die Vorinstanz gegen das Doppelverwertungsverbot, indem sie beim objektiven Verschulden erwäge, dass ein Treffer mit dem Messer im Bereich des Halses schlimme Folgen gehabt hätte.

2.2. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 141 IV 61 E. 6.1.1 S. 66 f.; 136 IV 55 E. 5.4 ff. S. 59 ff. mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Bundesgericht greift in die Strafzumessung nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61 mit Hinweisen).

2.3. Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens

der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Das Gericht ist bei Vorliegen eines Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgrundes lediglich dann nicht mehr an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart oder zu milde erscheint. Das Unterschreiten des ordentlichen Strafrahmens kann namentlich dann angezeigt sein, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine innerhalb des ordentlichen Rahmens liegende Strafe dem Rechtsempfinden widerspräche. Dabei hat das Gericht zu entscheiden, in welchem Umfang es den unteren Rahmen wegen der besonderen Umstände erweitern will (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 mit Hinweisen; Urteile 6B 794/2016 vom 6. Januar 2017 E. 4.3.2; 6B 857/2015 vom 21. März 2016 E. 2.3.3).

Bei seiner Rüge, die Vorinstanz müsse selbst prüfen, ob es sich rechtfertige, den ordentlichen Strafrahmen zu verlassen, geht der Beschwerdeführer fälschlicherweise davon aus, diese habe eine solche Prüfung unterlassen. Jedoch erwägt die Vorinstanz, ausgehend von der versuchten vorsätzlichen Tötung als schwerstes Delikt betrage der Strafrahmen Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren. Dieser sei mit der ersten Instanz nicht zu verlassen. Die Strafmilderungsgründe der verminderten Schuldfähigkeit und des Versuchs seien innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafmildernd zu berücksichtigen (Urteil S. 26). Die erste Instanz, welche die Tat zum Nachteil des Beschwerdegegners anders als die Vorinstanz als versuchte schwere Körperverletzung qualifizierte, ging von einem Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen aus. Auch sie sah keinen Anlass, den ordentlichen Strafrahmen angesichts der Strafmilderungsgründe zu erweitern (erstinstanzliches Urteil S. 55). Die Wendung "mit der ersten Instanz" impliziert vorliegend nicht, dass die Vorinstanz die Voraussetzung für eine Erweiterung des Strafrahmens nicht selbst prüft. Sie besagt lediglich, dass ihre Einschätzung mit jener

der ersten Instanz im Ergebnis übereinstimmt. Auch ist nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz mit ihrem Hinweis auf die erste Instanz deren Begründung übernehmen wollte, da diese ebenfalls sehr kurz ausfiel.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind keine aussergewöhnlichen Umstände ersichtlich, die eine Erweiterung des ordentlichen Strafrahmens rechtfertigen würden. Auch legt er keine Begebenheiten dar, die sein Verschulden als besonders leicht erscheinen liessen. Unter Berücksichtigung der von der Vorinstanz aufgezeigten objektiven und subjektiven Verschuldenskomponenten sowie der persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers besteht keine Veranlassung, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten (vgl. Urteil 6B 611/2010 vom 26. April 2011 E. 4).

2.4. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots. Dieses besagt, dass Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens (z.B. eines qualifizierten oder privilegierten Tatbestandes) führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafmilderungsgrund berücksichtigt werden dürfen, weil dem Täter sonst der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugute gehalten würde (BGE 142 IV 14 E. 5.4 S. 17; 118 IV 342 E. 2b S. 347; siehe auch BGE 141 IV 61 E. 6.1.3 S. 68).

Die Vorinstanz hält hinsichtlich der objektiven Tatschwere der versuchten eventualvorsätzlichen Tötung fest, der Beschwerdeführer sei in einer wirren Auseinandersetzung mit einem Messer mit beträchtlicher Klingenlänge auf den Beschwerdegegner losgegangen, ohne dass dieser den geringsten Anlass für einen Angriff geboten hätte. Der Beschwerdegegner sei ein völlig ahnungsloses Opfer gewesen, das sich nicht auf eine Verteidigung habe vorbereiten können. Ein Treffer mit dem Messer im Bereich des Halses hätte schlimme Folgen gehabt. Damit habe sich der Beschwerdeführer gewaltbereit und rücksichtslos gezeigt. Er habe sich nicht im geringsten um die körperliche Unversehrtheit des Beschwerdegegners gekümmert. Jedoch habe er nach dem singulären Angriff ohne weiteres wieder von ihm abgelassen und sich entfernt. Insgesamt bewertet die Vorinstanz das objektive Verschulden für das hypothetisch vollendete Delikt als nicht mehr leicht (Urteil S. 27 f.).

Diese Einschätzung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Zwar wendet der Beschwerdeführer zutreffend ein, der Umstand, dass ein Treffer mit dem Messer im Bereich des Halses des Beschwerdegegners schlimme Folgen gehabt hätte, sei bereits ausschlaggebend für die Qualifikation seines Handelns als versuchte eventualvorsätzliche Tötung gewesen. Die Vorinstanz darf dies folglich bei der Strafzumessung nicht mehr strafferhöhend berücksichtigen. Kommt hinzu, dass sie das objektive Verschulden für das hypothetisch vollendete Delikt bewerten muss. Jedoch ergibt sich aus ihren Erwägungen, dass sie nicht allein aus den Folgen eines Treffers auf die Gewaltbereitschaft und Rücksichtslosigkeit des Beschwerdeführers schliesst. Vielmehr gelangt sie in Würdigung der gesamten Umstände zu dieser Wertung, was nicht zu beanstanden ist, da die Tatmodalitäten zu berücksichtigen sind (vgl. Urteil 6B 635/2009 vom 19. November 2009 E. 4.3.2 mit Hinweis). Der

Beschwerdeführer hat für den Beschwerdegegner unvorhersehbar und ohne ersichtlichen Grund mit einem Messer mit einer langen Klinge auf diesen eingestochen, ohne sich danach um ihn zu kümmern. Obwohl die Vorinstanz die Folgen eines Treffers aufgrund des Doppelverwertungsverbots nicht hätte miteinbeziehen dürfen, liegt ihre Bewertung des objektiven Verschuldens des Beschwerdeführers noch innerhalb ihres Ermessens. Die Rüge ist daher unbegründet.

3.

Seine Anträge, er sei aus dem Strafvollzug zu entlassen und ihm sei eine angemessene Genugtuung für die zu Unrecht erstandene Haft zuzusprechen sowie die Genugtuung zugunsten des Beschwerdegegners sei zu reduzieren, begründet der Beschwerdeführer nicht beziehungsweise mit seinen Anträgen im Schuld- und Strafpunkt. Darauf ist nicht einzutreten.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird ausgangsgemäss kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihm im bundesgerichtlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. Februar 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Andres