

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

6B\_369/2016

Urteil vom 29. Juli 2016

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,  
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte  
X.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Tomas Kempf,  
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,  
2. A.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Britta Keller,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Versuchte vorsätzliche Tötung; Willkür; Vorsatz,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 15. Januar 2016.

Sachverhalt:

A.  
X.\_\_\_\_\_ wird in der Anklageschrift vom 10. Oktober 2014 vorgeworfen, am Morgen des 7. Juli 2013 um 06.00 Uhr an der Langstrasse in Zürich im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung die Klinge (Klingenlänge ca. 15-20 cm) eines zu Boden gefallenen Messers (dessen Griff dabei zerbrochen war) aufgehoben und A.\_\_\_\_\_ willentlich zweimal in den Oberkörper gestochen zu haben, wodurch dieser lebensgefährlich verletzt wurde und nur dank einer Notoperation überlebte.

B.  
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte am 6. Mai 2015 X.\_\_\_\_\_ wegen versuchter vorsätzlicher Tötung zu 8 Jahren Freiheitsstrafe. Es merkte vor, dass sich dieser seit dem 27. November 2014 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.  
Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 25. Januar 2016 auf Berufung von X.\_\_\_\_\_ den bezirksgerichtlichen Schuldspruch im Sinne von Art. 111 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB und bestrafte ihn mit 7 1/2 Jahren Freiheitsstrafe (wovon 828 Tage erstanden sind). Es stellte dem Grundsatz nach seine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Privatkläger A.\_\_\_\_\_ fest und verwies diesen im Übrigen auf den Zivilweg. Weiter stellte es eine grundsätzliche, um 30% reduzierte, Genugtuungspflicht fest, wobei es A.\_\_\_\_\_ im Übrigen ebenfalls auf den Zivilweg verwies. Das Obergericht bestätigte die erstinstanzliche Kostenregelung, auferlegte X.\_\_\_\_\_ die Kosten des Berufungsverfahrens und nahm die Kosten der amtlichen Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse, vorbehaltlich der Rückzahlungspflicht (Art. 135 Abs. 4 StPO).

C.  
X.\_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das obergerichtliche Urteil aufzuheben, ihn von Schuld und Strafe freizusprechen, auf die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren nicht

einzutreten und den Beschwerdegegner auf den Zivilweg zu verweisen, ihm aus der Staatskasse eine Genugtuung zuzusprechen, die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen, eventualiter ihn wegen einfacher Körperverletzung (Art. 123 StGB) mit maximal 24 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen und umgehend aus dem vorzeitigen Strafvollzug zu entlassen sowie subeventualiter die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu bewilligen.

Erwägungen:

1.

1.1. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). In der Beschwerde ist auf die Motivation des angefochtenen Entscheids einzugehen und daran im Einzelnen aufzuzeigen, inwiefern die Entscheidung Bundesrecht verletzt (vgl. BGE 140 III 115 E. 2).

1.2. Für das Bundesgericht ist der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt massgebend (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dieser kann nur gerügt werden, wenn er offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht prüft nur klar anhand der angefochtenen Beweiswürdigung detailliert erhobene und aktenmässig belegte Rügen (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf appellatorische Kritik tritt es nicht ein (BGE 141 IV 349 E. 3; 140 III 264 E. 2.3; 133 IV 286 E. 1.4 und 6.2).

1.3. Dem Grundsatz in dubio pro reo als Beweiswürdigungsmaxime kommt keine über das Willkürverbot (Art. 9 BV) hinausgehende Bedeutung zu (BGE 138 V 74 E. 7; 127 I 38 E. 2a; 120 Ia 31 E. 2d S. 38). Als Beweislastmaxime bedeutet der Grundsatz, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (BGE 127 I 38 E. 2a). Ebenso verhält es sich im Ergebnis mit der in Art. 10 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK gewährleisteten Unschuldsvermutung (BGE 138 V 74 E. 7; 127 I 38 E. 2a; Urteil 6B\_730/2012 vom 24. Juni 2013 E. 1.2).

1.4. Die freie Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO) ist primäre Aufgabe des Sachgerichts (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 BGG), weshalb das Bundesgericht nur bei Willkür eingreift, wenn ein Beweismittel offensichtlich verkannt wurde (BGE 140 III 264 E. 2.3) oder das Urteil schlechterdings unhaltbar erscheint (Urteil 6B\_335/2015 vom 27. August 2015 E. 1.2.1), nicht aber bereits, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar wäre (BGE 141 I 49 E. 3.4, 70 E. 2.2).

2.

Der Beschwerdeführer übernimmt in seiner Beschwerde seine Vorbringen aus dem Plädoyer (kantonale Akten, act. 141, S. 11 und 12; Beschwerde S. 10 f.) zur behaupteten Unverwertbarkeit des rechtsmedizinischen Gutachtens (IRM). Dieses sei aufgrund der Spitalakten erstellt worden, welche nicht in den Akten lägen (diese seien vom IRM offensichtlich der Staatsanwaltschaft nicht retourniert worden). Das bedeute, dass das Gutachten nicht dahingehend überprüft werden könne, ob die darin beschriebenen inneren Verletzungen zutreffend seien. Wenn die Vorinstanz mit der Erstinstanz annehme, es sei dem Beschwerdeführer unbenommen gewesen, einen entsprechenden Beweis Antrag zu stellen, verletze sie den Grundsatz in dubio pro reo, denn er müsse nicht seine Unschuld nachweisen. Sie verletze den Grundsatz zudem, indem sie willkürlich zu seinen Lasten von der Lebensgefährlichkeit der Verletzungen ausgehe (Beschwerde S. 11).

Die Vorbringen sind appellatorisch. Eine Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo in seinem Gehalt als Beweislast- wie als Beweiswürdigungsmaxime ist nicht gegeben. Das fachärztliche Gutachten wurde von den Behörden zu Beweis Zwecken eingeholt. Die Beweislast wurde mithin nicht dem Beschwerdeführer auferlegt, auch nicht mit dem Hinweis, wie prozessualiter ein Beweismittel bestritten werden kann. Die Vorinstanz weist "nur am Rande darauf hin", dass die Verteidigung nie substantiiert den Beizug der medizinischen Akten verlangt hatte, auf welche sich das Gutachten abstützte. Mit dem Abstellen auf ein Gerichtsgutachten verfällt die Vorinstanz überdies nicht in Willkür. Sie stellt fest, das Gutachten sei lege artis erstellt worden und lasse keine Zweifel offen, dass der Beschwerdegegner als Folge von Stich- (und nicht Schnitt-) Verletzungen eine Verletzung der Leber und der Leberschlagader erlitten hatte, woraus die Lebensgefahr resultierte (Urteil S. 20). Bei diesem fachärztlichen Befund ist die Frage, "wie tief die Stiche gegangen sind" (Beschwerde S. 10), unerheblich (unten E. 4.1 und E. 4.5).

## 3.

3.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, im Lokal sei es wegen einer Whisky-Flasche zu einer Auseinandersetzung gekommen, die sich nach draussen auf die Langstrasse verlagerte (Beschwerde S. 5). Fraglich sei einzig, "wer" gestochen habe. Es sei nicht ausschlaggebend, ob seine Aussagen unglaublich seien und jenen der übrigen Personen widersprüchen. Er habe nicht seine Unschuld zu beweisen (S. 6). Er verweist auf Aktenstellen mit einem ersten Ergebnis, derjenige, welcher die Stichverletzungen zufügte, habe eine Glatze gehabt und eine Kappe sowie eine Brille getragen; er selber habe keine Glatze und weder eine Kappe noch eine Brille getragen (S. 7). Nach seinem zweiten Ergebnis, war auch ein "unbekannter Begleiter" beteiligt, welcher eine Glatze habe und zum Tatzeitpunkt Kappe und Brille getragen habe (S. 8). "Wenn eine Täterbeschreibung (Glatze, Kappe, Brille) existiert", er dieser nicht entspreche, die Beschreibung stattdessen auf den unbekanntem Begleiter zutreffe, dann sei die Feststellung, wonach er der Täter sein solle, willkürlich (S. 9).

3.2. Der Beschwerdeführer schliesst, es liege nach dem Gesagten ein Fall vor, wo nicht nur seine Schuld nicht erwiesen sei; vielmehr werde er auf Grund einer Vielzahl von aktenkundigen Fakten regelrecht entlastet und stattdessen der unbekanntem Begleiter belastet. Auf jeden Fall blieben trotz der Aussagen von B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und des Beschwerdegegners unüberwindbare Zweifel an seiner Schuld bestehen (Beschwerde S. 9).

Die Vorbringen sind appellatorisch. Beschwerdegegenstand ist der (grundsätzlich) massgebende (Art. 105 Abs. 1 BGG) vorinstanzliche Sachverhalt, anhand dessen der Beschwerdeführer eine Willkür aufzeigen müsste. Es genügt nicht darzulegen, wie die Beweise seines Erachtens nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zu würdigen gewesen wären. Das Bundesgericht prüft den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Beweiswürdigungsmaxime (oben E. 1.3) auf Willkür, d.h. es greift nur ein, wenn das Sachgericht den Angeklagten verurteilte, obgleich bei objektiver Würdigung der Beweise offensichtlich erhebliche bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel an dessen Schuld fortbestanden und der angefochtene Entscheid daher willkürlich ist (Urteil 6B\_1270/2015 vom 14. Juni 2016 E. 3.3).

3.3. Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer bestreite im Berufungsverfahren wie im gesamten bisherigen Verfahren, den Beschwerdegegner mit einer Messerklinge angegriffen und verletzt zu haben. Vielmehr sei er von diesem mit einem Messer angegriffen worden. An den genauen Hergang könne er sich nicht erinnern. An der Berufungsverhandlung habe er jegliche Aussage zur Sache verweigert (vgl. act. 140). Die Tat sei nach der Anklageschrift im Rahmen eines erst verbalen und hernach tätlichen Streits "zwischen zwei Dominikaner-Gruppierungen" erfolgt, in welchen diverse Personen entweder als Direkt-Betroffene oder als Zuschauer involviert gewesen seien. Der Anklagevorwurf stütze sich namentlich auf die belastenden Aussagen des Beschwerdegegners sowie der Augenzeugen B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (Urteil S. 7 und 8 mit Verweisung auf die im erstinstanzlichen Urteil referierten Aussagen).

Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdegegner habe den Beschwerdeführer bei der untersuchungsrichterlichen Einvernahme und bei der Fotowahlkonfrontation als Täter bezeichnet (erstinstanzliches Urteil S. 22-24). Der Augenzeuge C.\_\_\_\_\_ habe ihn bei der polizeilichen Befragung anhand der Fotowahlkonfrontation erkannt und als Zeuge gegenüber dem anwesenden Beschwerdeführer dessen Täterschaft bestätigt (erstinstanzliches Urteil S. 34-37). B.\_\_\_\_\_ habe in ihrer ersten polizeilichen Einvernahme, in ihrer Hafteinvernahme und als Zeugin in Anwesenheit des Beschwerdeführers klar ausgesagt, es sei der Beschwerdeführer gewesen, der das Messer vom Boden aufgehoben und auf den Beschwerdegegner eingestochen habe (erstinstanzliches Urteil S. 26-30). Beim Beschwerdegegner wie bei den beiden Zeugen sei kein Motiv für eine Falschbelastung ersichtlich. In keiner Weise überzeugend sei die nachgeschobene Aussage der Zeugin B.\_\_\_\_\_ an der Hauptverhandlung, dass sie nichts gesehen habe, respektive sich nicht erinnern könne. Es handle sich um eine Gefälligkeitsaussage zugunsten ihres Schwagers, weil sie unter Druck gestanden sei (Urteil S. 17 sowie S. 18). Die Vorinstanz bestätigt das erstinstanzliche Beweisresultat (Urteil S. 7-13 und S. 19).

Der Beschwerdeführer zeigt keine willkürliche Würdigung dieser Aussagen auf. Sein Bestreiten mit "Glatze, Kappe, Brille" (oben E. 3.1) - wie immer es sich mit diesen Hinweisen verhalten mag - vermögen die Beweiswürdigung, die sich (u.a.) auf die eindeutigen Aussagen des Beschwerdegegners und der beiden unmittelbaren Tatzeugen stützt, nicht in Zweifel zu ziehen. Von Willkür kann nicht die Rede sein.

## 4.

4.1. Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen, selbst wenn erwiesen wäre, dass dem Beschwerdegegner Stichverletzungen zugefügt worden wären, wäre lediglich vom objektiven Tatbestand der einfachen (Art. 123 StGB), aber in dubio pro reo nicht von einer schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) auszugehen. Da keine Angaben zu den Stichkanälen und der Intensität des Zustechens möglich sei, lasse sich folglich nicht erstellen, dass der Messerstecher den Eintritt des Todes wollte oder in Kauf genommen habe. Selbst wenn er zwei Messerstiche zugefügt hätte, würde allerhöchstens einfache Körperverletzung vorliegen (Beschwerde S. 12).

Diese Rechtsbehauptung ist abwegig. Es bestanden äusserst gravierende Verletzungen. Das Leben des Beschwerdegegners konnte nur durch sofortiges Notoperieren gerettet werden. Äusserst gravierend sind ebenfalls die Verletzungsfolgen: Der Beschwerdegegner wurde im Zürcher Universitätsspital wiederholt operiert, dann per REGA nach Rotterdam verlegt und musste dort bis zum 23. August 2013 weitere vier Mal sowie am 29. September 2014 erneut operiert werden; aufgrund der vielen Operationen war die Bauchmuskulatur nicht mehr funktionsfähig, wegen des hohen Risikos im erstinstanzlichen Urteilszeitpunkt aber noch nicht entschieden, ob sich eine diesbezügliche Operation durchführen liesse (erstinstanzliches Urteil S. 50 und 51). Schliesslich ist auf die brutale Tatbegehung hinzuweisen (vgl. die erstinstanzlich zitierten Aussagen des Beschwerdegegners und der Zeugen, Hinweise oben E. 3.3).

4.2. Wie die Vorinstanz feststellt, beruht die Argumentation (einfache Körperverletzung) auf einer beweismässig widerlegten Tatversion, weshalb sich eine weitere Erörterung erübrigt (Urteil S. 21; erstinstanzliches Urteil S. 58, E. 9.4.1). Willkürfrei kommt sie zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner mit zwei Messerstichen im Leberbereich lebensgefährlich verletzte und nur eine umgehende Notoperation und anschliessende intensive Spitalpflege den Eintritt des Todes abwendete (Urteil S. 21).

4.3. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB). Eventualvorsätzliche Begehung kann mithin anzunehmen sein, wenn der Erfolgseintritt nicht sehr wahrscheinlich, sondern bloss möglich erschien (BGE 133 IV 9 E. 4.1), selbst wenn sich diese Möglichkeit, statistisch gesehen, nur relativ selten verwirklicht (BGE 131 IV 1 E. 2.2 S. 5). Doch kann nicht schlicht vom Wissen auf die Willenskomponente des Vorsatzes geschlossen werden. Regelmässig lässt sich ein Vorsatznachweis nur auf äusserlich feststellbare Indizien stützen, die Rückschlüsse auf die innere Einstellung erlauben. Hierzu gehört die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je schwerer diese wiegt, desto eher darf auf die Inkaufnahme der Tatbestandverwirklichung geschlossen werden (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; mit weiteren Nachweisen etwa Urteile 6B\_893/2015 vom 14. Juni 2016 E. 2.3.2, 6B\_1180/2015 vom 13. Mai 2016 E. 3.2 und 6B\_148/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.3.1).

4.4. Es bedarf keiner besonderen Intelligenz, um zu erkennen, dass Messerstiche in Brust und Bauch eines Menschen den Tod zur Folge haben können (BGE 109 IV 5 E. 2). Die Voraussehbarkeit ist bei in den Bauch- und Brustbereich (Urteil 6B\_1240/2014 vom 26. Februar 2015 E. 3) und in besonderem Masse bei "wichtig und gezielt in den Bauch seines Widersachers" geführten Messerstichen gegeben (Urteil 6B\_148/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4 sowie E. 4.3.2 mit Nachweisen). Bei einem gegen die Leber geführten Messerstich wird regelmässig ein zumindest eventualvorsätzlicher Tötungsversuch zu bejahen sein (Urteil 6B\_619/2013 vom 2. September 2013 E. 1.2).

4.5. Die Argumentation (oben E. 4.1) ist ferner aus folgendem Grund unbehelflich. Ein Versuch liegt vor, wenn der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt und seine Tatentschlossenheit manifestiert hat, ohne dass alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (BGE 137 IV 113 E. 1.4.2). Ein Tötungsversuch liesse sich daher nicht schon mit dem Einwand einer lediglich leichten Verletzung bestreiten; entscheidend ist vielmehr, dass die Messerstiche das Opfer einem Todesrisiko aussetzten ("Il importe en revanche que les coups portés aient objectivement exposé la victime à un risque de mort"; Urteil 6B\_106/2015 vom 10. Juli 2015 E. 3.2). Es ist deshalb nicht entscheidend, dass Stichtiefe und Heftigkeit der Stichbewegung nicht bekannt seien, wie der Beschwerdeführer schlicht vorträgt. Der Beschwerdegegner sagte u.a.: "Als er das Messer im Körper gehabt habe, habe er nichts gespürt. Als er (der Täter) es herausgezogen habe, habe er sich an die Brust gefasst und Blut gesehen" (erstinstanzliches Urteil 23). Wer in einer dynamischen und aggressiven Auseinandersetzung mit einem Messer in den Bauch eines Menschen sticht, schafft das hohe Risiko einer tödlichen Verletzung (Urteil 6B\_991/2015 vom 24. Mai 2016 E. 3.1 und 3.4; oben E. 4.4).

4.6. Die Vorinstanz qualifiziert die Tat als vollendet versuchte eventualvorsätzliche Tötung (Urteil S.

21; erstinstanzliches Urteil S. 61 mit Hinweis auf BGE 137 IV 113 E. 1.5). Eine direktvorsätzliche Begehung ist angesichts des Verschlechterungsverbots nicht zu prüfen.

5.

Auf die übrigen für den Fall des Obsiegens gestellten und nicht weiter begründeten Rechtsbegehren ist ausgangsgemäss nicht einzutreten.

6.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 64 BGG); die Gewinnaussichten erschienen beträchtlich geringer als die Verlustgefahren (BGE 140 V 521 E. 9.1 S. 537; Urteil 6B\_820/2014 vom 27. November 2014 E. 4). Angesichts der finanziellen Lage des Beschwerdeführers sind die Kosten praxisgemäss herabzusetzen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

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

Lausanne, 29. Juli 2016

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw