

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120352-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und
Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Affolter sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. N. Burri

Urteil vom 19. November 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Scherrer,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

versuchte schwere Körperverletzung etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
12. Juli 2012 (DG110038)**

Anklage:

(Urk. 134)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 11. Juli 2007 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 154 S. 19ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB,
 - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB.
2. Vom Vorwurf des Diebstahls vom 6. Dezember 2006 wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird mit einer Freiheitsstrafe von 3 ¼ Jahren als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 1. September 2007 bestraft, unter Anrechnung der bis zum 3. April 2008 erstandenen Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 480 Tagen.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte den Strafvollzug vorzeitig angetreten hat und per 9. April 2009 aus dem vorzeitigen Strafvollzug bedingt entlassen wurde.
5. Es wird eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB während des Strafvollzuges angeordnet, wobei davon Vormerk genommen wird, dass die Massnahme bereits durchgeführt worden ist.

6. a) Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Geschädigten 1 (B._____) bezüglich des zukünftigen Schadens dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Betreffend die Geltendmachung allfälliger Ansprüche wird der Geschädigte 1 (B._____) auf den Zivilweg verwiesen.
- b) Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Zivilforderung des Geschädigten 2 (C._____) in der Höhe von Fr. 700.– vollumfänglich anerkennt.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Geschädigten 1 (B._____) eine Genugtuung von Fr. 3'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2006 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.
8. Die Gerichtsgebühr für das geschworenengerichtliche Verfahren wird festgesetzt auf:
- | | |
|---------------|-------------------------------------|
| Fr. 18'000.–; | die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. 7'623.95 | Untersuchungskosten |
| Fr. 300.– | Kanzleikosten |
| Fr. 620.00 | Zeugen |
| Fr. 2'438.00 | Gutachten |
| Fr. 1'200.00 | Kantonspolizei (Dias und Transport) |
| Fr. 44'574.85 | amtliche Verteidigung |
- Die Gerichtsgebühr für die Fortsetzung des Verfahrens am Bezirksgericht Winterthur fällt ausser Ansatz.
9. Die Kosten der Untersuchung und des geschworenengerichtlichen Verfahrens, inklusive jene der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Winterthur werden auf die Staatskasse genommen.

10. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Geschädigten 1 (B._____) eine Prozessentschädigung in der Höhe der Kosten der Geschädigtenvertretung von Fr. 3'310.40 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Eine weitergehende Umtriebsentschädigung wird nicht zugesprochen.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Prot. II S. 4)

Die Strafe sei auf 2 Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren.

- b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich, Urk. 161)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis und mit dem Verfahren vor Bezirksgericht Winterthur kann auf den vorinstanzlichen Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. Juli 2012 verwiesen werden (Urk. 154 S. 4f.). Das Bezirksgericht Winterthur erkannte den Beschuldigten mit Urteil vom 12. Juli 2012 der versuchten schweren Körperverletzung, des Diebstahls und der Sachbeschädigung schuldig. Vom Vorwurf des Diebstahls vom 6. Dezember 2006 wurde der Beschuldigte freigesprochen. Der Beschuldigte wurde mit einer Freiheitsstrafe von 3 ¼ Jahren als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 1. September 2007 bestraft. An die Freiheitsstrafe wurden 480 Tage erstandene Haft angerechnet. Weiter wurde davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte den Strafvollzug vorzeitig angetreten hat, aus

welchem er am 9. April 2009 bedingt entlassen wurde. Ebenso wurde eine ambulante Massnahme angeordnet, welche bereits durchgeführt wurde, wovon ebenfalls Vormerk genommen wurde. In Bezug auf die Zivilansprüche wurde festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Geschädigten B._____ bezüglich des zukünftigen Schadens dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Betreffend die Geltendmachung allfälliger Ansprüche wurde der Geschädigte B._____ auf den Zivilweg verwiesen. Und der Beschuldigte wurde verpflichtet, B._____ eine Genugtuung von Fr. 3'000.-- zuzüglich Zins zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde das Genugtuungsbegehren abgewiesen. Weiter wurde vorgemerkt, dass der Beschuldigte die Zivilforderung des Geschädigten C._____ in der Höhe von Fr. 700.-- vollumfänglich anerkannt hat. Die Kosten der Untersuchung und des geschworenengerichtlichen Verfahrens, inklusive jene der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt. Die Gerichtsgebühr für die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Winterthur fiel ausser Ansatz und die Kosten der amtlichen Verteidigung für diese Fortsetzung wurden auf die Staatskasse genommen (Urk. 154 S. 19f.).

1.2. Gegen den oben genannten vorinstanzlichen Entscheid erhob der Beschuldigte innert Frist Berufung und reichte am 20. August 2012 ebenfalls fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 150 und 156).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 29. August 2012 wurde den Privatklägern und der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder begründet ein Nichteintreten zu beantragen (Urk. 159). Mit Eingabe vom 3. September 2012 erklärte die Staatsanwaltschaft Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 161). Der Geschädigte B._____ liess durch seinen Rechtsvertreter am 20. September 2012 ebenfalls Verzicht auf Anschlussberufung mitteilen (Urk. 162).

1.4. Am 19. November 2012 fand die Berufungsverhandlung statt (Prot. II S. 3ff.).

2. Berufungsumfang

Die Berufung des Beschuldigten beschränkt sich ausdrücklich auf Dispositiv Ziffer 3., die Strafzumessung, des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 156 S. 2).

Alle anderen Punkte des vorinstanzlichen Entscheides (Dispositiv Ziffer 1.-2., und 4.-10.) sind somit in Rechtskraft erwachsen.

3. Strafzumessung

3.1. Der Verteidiger rügt die Strafzumessung der Vorinstanz, insbesondere die Beurteilung der Schwere des Verschuldens, die Verletzung des Beschleunigungsgebots und die nicht ausreichende Berücksichtigung von Strafmilderungsgründen (Urk. 156 S. 2).

3.2. Umfang der Überprüfung der Strafzumessung

Die Vorinstanz hielt korrekt fest, dass nach der Rückweisung des Bundesgerichts keine umfassende generelle Überprüfung der Strafzumessung des geschworenengerichtlichen Entscheids vom 3. April 2008 zu erfolgen hat (Urk. 154 S. 10), sondern die Strafzumessung ist einzig im Hinblick auf den Freispruch des Vorwurfs vom Diebstahl vom 6. Dezember 2006 neu vorzunehmen. Die vom Geschworenengericht im Urteil vom 3. April 2008 vorgenommene Gewichtung des Verschuldens in Bezug auf die versuchte schwere Körperverletzung, Diebstahl und Sachbeschädigung betreffend den Vorfall vom 4. Juli 2006 ist demgemäss - entgegen der Ansicht der Verteidigung - nicht neu zu überprüfen. Das Bundesgericht hielt im Entscheid vom 7. Juli 2011 denn auch fest, dass die Beschwerde in Bezug auf den Schuldspruch wegen Diebstahls betreffend den Vorfall vom 6. Dezember 2006 gutzuheissen sei und im Übrigen die Beschwerde abgewiesen werde, soweit darauf einzutreten sei (Urk. 132 S. 13 E.7.).

3.3. Bildung Zusatzstrafe / Ausfällung eigenständige Strafe

Die Vorinstanz sprach die von ihr ausgefällte Freiheitsstrafe von 3 ¼ Jahren als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland

vom 1. September 2007 ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.-- aus (Urk. 154 S. 17). Damit fällt die Vorinstanz als Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB eine Freiheitsstrafe zu einer Geldstrafe als Grundstrafe aus.

Wie aus BGE 137 IV 57 E. 4.3.1 hervorgeht, entspricht ein solches Vorgehen nicht den von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für die Strafzumessung bei retrospektiver Konkurrenz. Bedingung für eine Zusatzstrafe ist stets, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind (BGE 102 IV 242 E. 4b mit Hinweis). Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich (auch Urteile 6B_2/2011 vom 29. April 2011 E. 4.2.4 und 6B_785/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.5 mit Hinweisen). Die Praxis zu Art. 68 aStGB ist somit weiterhin massgebend. Gemäss dieser Rechtsprechung mussten beide Strafen verhängt und konnte keine Gesamtstrafe gebildet werden, wenn jemand einerseits mit einer Freiheitsstrafe und andererseits mit einer Busse zu bestrafen war (BGE 102 IV 242 E. 5 mit Hinweisen). Dies gilt gleichermassen nach neuem Recht, ungeachtet dessen, dass durch die am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs neue Strafarten hinzugekommen sind. Die Bildung einer Gesamtstrafe – und mithin einer Zusatzstrafe – ist also nur möglich, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit, mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Bussen ausgesprochen werden (vgl. Ackermann, BSK StGB I, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 49 N 37). Demnach ist es ausgeschlossen, eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe auszusprechen. Aus dem nach Art. 68 Ziff. 2 aStGB ergangenen BGE 132 IV 102 E. 8.2, wonach der Zweitrichter in Bezug auf die Straftat nicht an den rechtskräftigen ersten Entscheidung gebunden ist, kann für das heutige Recht nichts abgeleitet werden.

Als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 1. September 2007 käme daher nur eine Geldstrafe in Betracht. Da vorliegend jedoch eine Freiheitsstrafe von weit über einem Jahr im Raum steht (vgl.

Urteil des Geschworenengerichts, Urk. 133 S. 60ff.), kommt eine Geldstrafe für die heute zu beurteilenden Delikte von vornherein nicht in Betracht. Es ist daher für die heute zu beurteilenden Delikte eine selbständige Strafe auszufällen, ohne Rückgriff auf Art. 49 Abs. 1 StGB und damit ohne Anwendung des Asperationsprinzips.

3.4. Verschlechterungsverbot

Vorweg ist in diesem Zusammenhang der Bildung einer eigenständigen Strafe anstatt einer Zusatzstrafe auf das Verbot der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot) hinzuweisen (Art. 391 Abs. 2 StPO). Auch wenn vorliegend keine Zusatzstrafe, sondern eine eigenständige Strafe auszufällen ist, und das für den Beschuldigten günstige Asperationsprinzip daher nicht greift, darf der Beschuldigte nicht zu einer höheren Strafe als diejenige der Vorinstanz verurteilt werden (vgl. auch nachfolgend Ziff. 3.12).

3.5. Anwendbares (materielles) Recht

In Übereinstimmung mit den Erwägungen im vorinstanzlichen und im geschworenengerichtlichen Entscheid ist im konkreten Fall der seit 1. Januar 2007 in Kraft getretene allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nicht das für den Beschuldigten mildere Recht, weshalb vorliegend noch das alte Recht (aStGB) zur Anwendung gelangt (Urk. 154 S. 10f. und Urk. 133 S. 71f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.6. Strafraumen

Sowohl die Vorinstanz als auch das Geschworenengericht gingen aufgrund des Strafschärfungsgrundes der Tatmehrheit und des Strafmilderungsgrundes des Versuchs von einer automatischen Strafraumenerweiterung sowohl nach oben als auch nach unten aus und kamen so auf einen Strafraum von Fr. 1.-- Busse bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe (neue Terminologie; Urk. 154 S. 11 und Urk. 133 S. 60f.).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, BGE 136 IV 55, E. 5.8., ist die tat- und täterangemessene Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Straf-

rahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen (SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, a.a.O., S. 74). Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre (Urteil 6S.73/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.2). Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor (vgl. BGE 116 IV 300 E. 2a S. 302). Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, a.a.O.). Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende (bzw. verschuldens- bzw. straferhöhende) Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Dabei hat der Richter zu entscheiden, in welchem Umfang er den untern bzw. oberen Rahmen wegen der besonderen Umstände erweitern will. Der vom Gesetzgeber vorgegebene ordentliche Rahmen ermöglicht in aller Regel, für eine einzelne Tat die angemessene Strafe festzulegen. Er versetzt den Richter namentlich in die Lage, die denkbaren Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen.

Vorliegend nannte weder die Vorinstanz noch das Geschworenengericht in seinem Entscheid vom 3. April 2008 aussergewöhnliche Umstände, welche eine Erweiterung des ordentlichen Strafrahmens nach unten oder oben begründen würden. Solche sind vorliegend auch nicht ersichtlich, weshalb es (unter Verwendung der neuen Terminologie) beim Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren bleibt und die Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe inner-

halb des ordentlichen Strafrahmens straf erhöhend bzw. strafmindernd zu berücksichtigen sind.

3.7. Überprüfung der Strafzumessung

3.7.1. Tatkomponente schwerstes Delikt

Wie vorstehend ausgeführt, ist keine Prüfung der geschworenengerichtlichen Zumessung des Tatverschuldens vorzunehmen, sondern von der Gewichtung gemäss den Erwägungen im Entscheid des Geschworenengerichts auszugehen. Es ist daher in Bezug auf die versuchte schwere Körperverletzung - wie dies auch die Vorinstanz ausführte - von einem insgesamt erheblichen Tatverschulden auszugehen.

3.7.2. Täterkomponente

Dazu kann auf die Ausführungen im vorinstanzlichen und geschworenengerichtlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 133 S. 64-67 und Urk. 154 S. 12f.). Zu prüfen ist nun, ob sich seit dem vorinstanzlichen Entscheid irgendwelche strafzumessungsrelevanten Änderungen ergeben haben.

Anlässlich der Berufungsverhandlung haben sich folgende Änderungen in den persönlichen Verhältnissen ergeben: Der Beschuldigte führte heute aus, er sei im Februar 2011 bei seiner damaligen Ehefrau ausgezogen und seit dem 26. Oktober 2012 seien sie geschieden. Er lebe nun mit seiner Verlobten zusammen in Sie würden sich seit acht Monaten kennen und am 27. November 2012 sei die Hochzeit geplant. Seine Eltern würden nun in D. _____ [Land in Nordafrika] leben. Alle seine Geschwister, zu welchen er regelmässigen Kontakt pflege, würden in Zürich leben. Er arbeite seit beinahe vier Jahren als Storenmonteur und verdiene Fr. 5'000.-- netto monatlich. Er habe noch etwa Fr. 3'000.-- Schulden aus Betreibungen und weiter habe er noch Schulden aus ihm auferlegten Gerichtskosten. Er verfüge über die Aufenthaltsbewilligung B. Sein Rekursbegehren gegen die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sei zurzeit beim Verwaltungsgericht hängig (Urk. 170 S. 2-4).

Daraus ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

Dem aktuellen Strafregisterauszug sind seit dem vorinstanzlichen Entscheid weder neue Verurteilungen noch neue Strafuntersuchungen zu entnehmen (Urk. 158).

Der Verteidiger machte heute geltend, die gute Führung des Beschuldigten während des Strafvollzugs sei strafmindernd zu berücksichtigen. Dazu gilt es festzuhalten, dass das Wohlverhalten des Täters im Strafvollzug für die Strafzumessung unerheblich ist. Ein korrektes Verhalten im Strafvollzug kann vorausgesetzt werden. Ein Wohlverhalten im Strafvollzug ist damit in erster Linie bei der Frage nach der bedingten Entlassung zu berücksichtigen. Im Rahmen der Strafzumessung kann es hingegen nicht als besondere Reue und Einsicht interpretiert und berücksichtigt werden (Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juli 2010, 6B_426/2010, E. 1.7.). Dies hat auch bereits die Vorinstanz so festgehalten (Urk. 154 S. 13). Eine Strafminderung unter diesem Aspekt kann daher nicht erfolgen.

3.8. Einsatzstrafe schwerstes Delikt

Da sich seit dem vorinstanzlichen Entscheid keine strafzumessungsrelevanten Änderungen ergeben haben, ist zur Bemessung der Einsatzstrafe auf die Erwägungen im geschworenengerichtlichen Entscheid zu verweisen (Urk. 133 S. 67) und es ist eine Einsatzstrafe von 3 ½ Jahren festzusetzen.

3.9. Weitere Delikte Diebstahl und Sachbeschädigung (Vorfall vom 4. Juli 2006)

Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, stufte das Geschworenengericht das Tatverschulden betreffend den Vorfall vom 4. Juli 2006 zum Nachteil von C. _____ als leicht ein und hielt fest, dass die Delikte der beiden Diebstähle und der Sachbeschädigung eine Erhöhung der Einsatzstrafe um rund einen Monat rechtfertigen würden (Urk. 154 S. 14). Die Vorinstanz erachtete daher für den Diebstahl und die Sachbeschädigung vom 4. Juli 2006 - unter Berücksichtigung des Freispruchs wegen des Diebstahls vom 6. Dezember 2006 - eine Erhöhung der Ein-

satzstrafe wegen versuchter schwerer Körperverletzung um zwei Monate als angemessen (Urk. 154 S. 14). Dem ist beizupflichten.

3.10. Beschleunigungsgebot

3.10.1. Die Verteidigung macht in ihrer Berufungserklärung und auch heute geltend, die Verletzung des Beschleunigungsgebots sei bei der Strafzumessung nicht ausreichend strafmildernd berücksichtigt worden (Urk. 156 S. 2; Prot. II S. 5).

3.10.2. Wie auch die Vorinstanz bereits festhielt, erachtete das Bundesgericht im Entscheid vom 7. Juli 2011 eine Verfahrensdauer von 2 $\frac{3}{4}$ Jahren bis und mit Zustellung des begründeten geschworenengerichtlichen Entscheids als nicht zu lange und hielt fest, die Rüge der Verletzung des Beschleunigungsgebots sei unbegründet (Urk. 154 S. 14; Urk. 132 S. 5). Die Vorinstanz zeigte die verschiedenen Verfahrensschritte und -abschnitte des Verfahrens und deren Zeitdauer auf, auf welche Ausführungen zwecks Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (Urk. 154 S. 15 E.4.3.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

Das Beschleunigungsgebot verpflichtet die Behörden, das Verfahren gegen den Beschuldigten ohne Verzug zu führen. Da Verfahrensverzögerungen nicht geheilt werden können, hat das Bundesgericht aus der Verletzung des Beschleunigungsgebots in freier Rechtsfindung praeter legem Sanktionen abgeleitet, die von der Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung über das Absehen von Strafe bis hin zur Verfahrenseinstellung gehen können. Nach der Rechtsprechung gibt es keine bestimmte Zeitgrenze, deren Überschreitung ohne weiteres eine Verletzung des Beschleunigungsgebots zur Folge hat. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer ist nach den besonderen Umständen der jeweiligen Sache zu beurteilen. Zu gewichten ist dabei insbesondere die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Falles, ob die Behörden und Gerichte oder der Angeschuldigte durch ihr Verhalten zur Verfahrensverzögerung beigetragen haben, sowie die Bedeutung der Angelegenheit für den Betroffenen. Von den Behörden und Gerichten kann nicht verlangt werden, dass sie sich ständig einem einzigen Fall widmen. Deshalb und

aus anderen Gründen wie zum Beispiel faktische oder prozessuale Schwierigkeiten, einen Zeugen einzuvernehmen, sind Zeiten, in denen das Verfahren stillsteht, unumgänglich. So lange keine einzige dieser Zeitspannen stossend wirkt, greift eine Gesamtbetrachtung. Zeiten mit intensiver Tätigkeit der Behörden oder Gerichte können andere Zeitspannen kompensieren, in denen wegen der Geschäftslast keine Verfahrenshandlungen erfolgten. Dass eine einzelne Verfahrenshandlung hätte vorgezogen werden können, verletzt das Beschleunigungsgebot noch nicht (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Februar 2005, 6S.467/2004, E.2.2.2., mit verschiedenen Verweisen).

Der Beschuldigte wurde am 11. Dezember 2006 verhaftet und bis zum heutigen Urteil sind knapp 6 Jahre vergangen. Das Bundesgericht teilte seinen Entscheid vom 7. Juli 2011 dem Geschworenengericht des Kantons Zürich mit, welches mit Präsidialverfügung vom 15. August 2011 die Akten für das weitere Verfahren an das zuständige Bezirksgericht Winterthur überwies. Die Akten gingen am 1. September 2011 beim Bezirksgericht Winterthur ein (Urk. 135). Mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2011 ordnete das Bezirksgericht Winterthur das schriftliche Verfahren an (Urk. 137). Die letzte Stellungnahme der Parteien erfolgte (nach drei Fristerstreckungsgesuchen der Verteidigung) am 16. Januar 2012 (Urk. 144). Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur erging am 12. Juli 2012 (Urk. 154). Die Berufungserklärung des Beschuldigten ging am 21. August 2012 beim Obergericht ein (Urk. 156), mit Präsidialverfügung vom 29. August 2012 wurde die Berufungserklärung den weiteren Parteien zugestellt und Frist zur Erklärung der Anschlussberufung angesetzt (Urk. 159). Nach Eingang der Eingaben betreffend Verzicht auf Anschlussberufung wurde am 27. September 2012 zur Berufungsverhandlung am 19. November 2012 vorgeladen (Urk. 161, 162 und 165).

Im Verfahren seit der Rückweisung des Bundesgerichts sind keine Zeitspannen, in denen keine Verfahrenshandlungen vorgenommen wurden, als stossend zu betrachten. Die Tatsache, dass eine Verfahrenshandlung um einige Wochen hätte vorgezogen werden können, oder dass sich die Behörde mit der Sache nicht andauernd befasste, begründet in der Regel noch keine Verletzung des

Beschleunigungsgebots (Pra 1998 Nr. 117). Dass bis und mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Juli 2011 kein Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot erfolgte, hat wie erwähnt bereits das Bundesgericht in seinem Entscheid festgehalten, welche Feststellung verbindlich ist. Insgesamt liegen daher im gesamten Verfahren keine Bearbeitungslücken vor, welche einen Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot darstellen und eine Strafminderung rechtfertigen würden.

Zudem befand sich der Beschuldigte nicht während des ganzen Verfahrens in Haft, sondern seit seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug am 9. April 2009 wieder in Freiheit.

3.11. Strafmilderungsgrund gemäss Art. 48 lit. e StGB

Die Vorinstanz hielt unter diesem Titel korrekt fest, dass in Bezug auf das Delikt der Sachbeschädigung zwei Drittel der Verjährungsfrist bereits verstrichen sind. Weiter stellte sie ebenfalls zutreffend fest, dass in Bezug auf die versuchte schwere Körperverletzung und den Diebstahl zwei Drittel der 15jährigen Verjährungsfrist noch nicht verstrichen sind, sondern erst rund sechs bzw. sechseinhalb Jahre (Urk. 154 S. 16). Dieser Zeitablauf, welcher etwa der Hälfte der Verjährungsfrist entspricht, rechtfertigt noch keine Strafmilderung im Sinne von Art. 48 lit. e StGB bzw. Art. 64 aStGB.

Zu Recht hielt die Vorinstanz in Bezug auf die Sachbeschädigung fest, dass aufgrund der beinahe vollständig verstrichenen Verjährungsfrist von sieben Jahren eine leichte Strafmilderung zu erfolgen habe (Urk. 154 S. 17). Die Strafmilderung um zwei Monate erscheint durchaus wohlwollend.

3.12. Zusammenhang mit ausländerrechtlichem Verfahren des Beschuldigten

Der Verteidiger machte heute geltend, das Gericht habe die heute festzusetzende Strafe im Zusammenhang mit dem ausländerrechtlichen Verfahren des Beschuldigten, einer allfälligen Ausweisung, zu sehen. Das Gericht habe die Folgen auf den Entscheid betreffend die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung

zu berücksichtigen, wenn eine Strafe über zwei Jahre ausgefällt werde (Prot. II S. 5f.).

Dazu ist festzuhalten, dass die ausländerrechtlichen Folgen der auszusprechenden Strafe keinen Einfluss auf die Festsetzung der Strafhöhe haben können. Das Gericht hat eine tat- und täterangemessene Strafe festzusetzen. Dabei ist insbesondere das Verschulden des Beschuldigten zu bewerten. Im Übrigen würde es zu einer unzulässigen Privilegierung ausländischer Beschuldigter führen, wenn eine Strafe nur wegen eines ausländerrechtlichen Status auf maximal zwei Jahre reduziert würde. Denn schweizerische Beschuldigte würden so weniger wohlwollend behandelt.

Eine Strafminderung unter diesem Aspekt steht deshalb ausser Frage.

3.13. Fazit Strafzumessung

Zusammenfassend wäre somit die Einsatzstrafe von 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe wegen der Delikte des Diebstahls und der Sachbeschädigung um 2 Monate zu erhöhen und wegen des langen Zeitablaufs betreffend Sachbeschädigung um 2 Monate zu reduzieren, womit es im Ergebnis bei der (Einsatz-)Strafe von 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe bleibt.

Die Vorinstanz reduzierte diese Strafe von 3 ½ Jahren aufgrund der Bildung der Zusatzstrafe nach Abzug der Geldstrafe des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 1. September 2007 auf 3 ¼ Jahre Freiheitsstrafe. Da vorliegend wie erwähnt eine eigenständige Strafe auszufallen ist (vgl. Ziff. 3.3.) und das Asperationsprinzip nicht zur Anwendung gelangt, wäre für die heute zu beurteilenden Delikte eine Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren auszusprechen. Dies würde jedoch eine nicht zulässige Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides zum Nachteil des Beschuldigten, welcher als einziger Berufung erhoben hat, bedeuten (Verschlechterungsverbot Art. 391 Abs. 2 StPO).

Somit bleibt es bei der von der Vorinstanz festgelegten Strafe von 3 ¼ Jahren Freiheitsstrafe.

3.14. Anrechenbare Hafttage

Der Beschuldigte wurde am 11. Dezember 2006 verhaftet und am 9. April 2009 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen. Dem Beschuldigten sind daher 851 Tage erstandener Freiheitsentzug an die Freiheitsstrafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Hinweis auf das Nachforderungsrecht gemäss Art. 135 Abs. 3 StPO).

Der Vertreter des Privatklägers B._____, Rechtsanwalt lic. iur. Z._____, hat auf die Geltendmachung einer Entschädigung als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren mangels erheblicher Aufwendungen verzichtet (Urk. 169).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. Juli 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB,
 - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB.

2. Vom Vorwurf des Diebstahls vom 6. Dezember 2006 wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. (...).
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte den Strafvollzug vorzeitig angetreten hat und per 9. April 2009 aus dem vorzeitigen Strafvollzug bedingt entlassen wurde.
5. Es wird eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB während des Strafvollzuges angeordnet, wobei davon Vormerk genommen wird, dass die Massnahme bereits durchgeführt worden ist.
6.
 - a) Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Geschädigten 1 (B._____) bezüglich des zukünftigen Schadens dem Grundsatz nach schadenersatzpflichtig ist. Betreffend die Geltendmachung allfälliger Ansprüche wird der Geschädigte 1 (B._____) auf den Zivilweg verwiesen.
 - b) Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Zivilforderung des Geschädigten 2 (C._____) in der Höhe von Fr. 700.– vollumfänglich anerkennt.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Geschädigten 1 (B._____) eine Genugtuung von Fr. 3'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2006 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Genugtuungsbegehren abgewiesen.
8. Die Gerichtsgebühr für das geschworenengerichtliche Verfahren wird festgesetzt auf:

Fr. 18'000.–;	die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'623.95	Untersuchungskosten
Fr. 300.–	Kanzleikosten
Fr. 620.00	Zeugen
Fr. 2'438.00	Gutachten
Fr.1'200.00	Kantonspolizei (Dias und Transport)
Fr.44'574.85	amtliche Verteidigung

Die Gerichtsgebühr für die Fortsetzung des Verfahrens am Bezirksgericht Winterthur fällt ausser Ansatz.

9. Die Kosten der Untersuchung und des geschworenengerichtlichen Verfahrens, inklusive jene der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Winterthur werden auf die Staatskasse genommen.
 10. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Geschädigten 1 (B._____) eine Prozessentschädigung in der Höhe der Kosten der Geschädigtenvertretung von Fr. 3'310.40 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Eine weitergehende Umtriebsentschädigung wird nicht zugesprochen."
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 Jahren und 3 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 851 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.**

4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (versandt)
- den Vertreter des Privatklägers B._____, RA lic. iur. Z._____, im Doppel für sich und den Privatkläger (versandt)

(Eine begründete Urteilsausfertigung gemäss Art. 84 Abs. 4 StPO wird dem Privatkläger nur zugestellt, sofern er dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangt.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung all-fälliger Rechtsmittel an

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

5. 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
I. Strafkammer

Zürich, 19. November 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. N. Burri