

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180076-O/U/ad

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Linder

Urteil vom 11. Dezember 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **versuchte vorsätzliche Tötung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom
13. November 2017 (DG170118)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 25. April 2017 (Urk. 18/9) nebst Ergänzung vom 19. Oktober 2017 (Urk. 29) sind diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist 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 7 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 367 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt seit dem 6. Februar 2017 erstanden sind.
3. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
4. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
5. Die beim Forensischen Institut Zürich unter der Referenz-Nr. K161112-052/68134236 lagernden Spuren, Spurenräger und Asservate werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'000.–; die übrigen Kosten betragen:
- Fr. 3'600.– Gebühr Strafuntersuchung
- Fr. 4'484.10 Auslagen Untersuchung (Gutachten)
- Fr. 2'328.– Auslagen Polizei
- Fr. 800.– Gebühr Beschwerdeverfahren (UB170040)
- Fr. 23'213.70 amtliche Verteidigung
- Fr. 5'211.50 unentgeltliche Rechtsverteistandung Geschädigte

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Rechtsverteistandung der Geschädigten, werden dem Beschuldigten auferlegt.

8. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Rechtsverteistandung der Geschädigten werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Rechtsverteistandung der Geschädigten wird mit separatem Beschluss entschieden.

Berufungsanträge:

a) der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 71)

1. Es sei Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 13. November 2017 aufzuheben und der Beschuldigte stattdessen mit einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren zu bestrafen.
2. Es sei die Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 13. November 2017 ersatzlos aufzuheben.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten des Kantons Zürich.

b) der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(Urk. 72)

1. Die Berufung des Beschuldigten sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteil der Vorinstanz vom 13. November 2017 sei zu bestätigen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.

Erwägungen:

I.

1. Das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, verurteilte den Beschuldigten A._____ am 13. November 2017 wegen versuchter vorsätzlicher Tötung und bestrafte ihn mit 7 Jahren Freiheitsstrafe. Des Weiteren verwies es ihn für 10 Jahre des Landes und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem SIS an (Urk. 57).

2. Dagegen meldete der Beschuldigte innert Frist Berufung an (Urk. 42). Mit Eingabe vom 26. Februar 2018 reichte er rechtzeitig die Berufungserklärung ein (Urk. 59). Dabei beschränkte er seine Anfechtung auf die Dispositivziffern 2 und 4 des vorinstanzlichen Urteils: Ziffer 2 sei aufzuheben und der Beschuldigte stattdessen mit einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren zu bestrafen, Ziffer 4 (Ausschreibung der Landesverweisung im SIS) sei ersatzlos aufzuheben.

3. Die Staatsanwaltschaft erklärte innert Frist keine Anschlussberufung resp. liess sich nicht vernehmen. Die Geschädigte (B._____) liess bereits in Hinblick

auf das erstinstanzliche Verfahren ausdrücklich mitteilen, ihre Straf- und Zivilklage zurückzuziehen und keine Bestrafung des Beschuldigten, ihres Ehemannes, zu wünschen (Urk. 60/1-2).

4. Es sind damit folgende Dispositivziffern des vorinstanzlichen Urteils unangefochten geblieben: 1 (Schuldspruch), 3 (Landesverweisung), 5 (Vernichtung Materialien) sowie 6-8 (Kosten). Diese Ziffern sind in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

5. Im Rahmen der Berufungserklärung liess der Beschuldigte zwei Beweisanträge stellen: an der Berufungsverhandlung sei die Ehefrau (Geschädigte) persönlich zu befragen (hinsichtlich Provokationen in der Ehe vor der Tat sowie zum Nachtatverhalten des Beschuldigten) und es sei ein aktueller Führungsbericht der Justizvollzugsanstalt Pöschwies einzuholen (Urk. 59 S. 2). Beiden Anträgen wurde stattgegeben. Der aktuelle Vollzugsbericht datiert vom 27. November 2018 (Urk. 69). Hinsichtlich Befragung der Geschädigten als Zeugin anlässlich der Berufungsverhandlung ist auf das Protokoll zu verweisen (Prot. II. S. 16 ff.).

6. Die Berufungsverhandlung fand am 11. Dezember 2018 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines amtlichen Verteidigers, des Anklagevertreters sowie (im Rahmen ihrer Befragung als Zeugin) der Geschädigten statt (Prot. II S. 3 ff.). Das Verfahren erweist sich in der Folge als spruchreif.

II.

a) *Vorsätzliche Tatbegehung*

1. Vom Beschuldigten wird im Rechtsmittelverfahren nicht mehr bestritten, sich der versuchten vorsätzlichen Tötung strafbar gemacht zu haben. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist in Rechtskraft erwachsen. Beim subjektiven Sachverhalt gilt es jedoch zu beachten, dass eine Vorsatztat auf zwei Arten begangen werden kann. Gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB begeht vorsätzlich ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (sog. direkter Vorsatz). Vorsätzlich handelt dabei bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und

in Kauf nimmt (sog. Eventualvorsatz). Der Beschuldigte liess durch seinen Verteidiger heute ausführen, dass lediglich eine Tatbegehung im Sinne der zweiten Alternative, d.h. mit Eventualvorsatz (Inkaufnahme der Tatverwirklichung) akzeptiert werde. Der direkte Vorsatz wird weiterhin bestritten (vgl. Urk. 71 S. 3, so heute auch der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung, Prot. II. S. 14). Folglich ist vom Gericht diese Frage (ob der Beschuldigte direkt- oder eventualvorsätzlich handelte) zu klären.

2. Die Vorinstanz ist richtig zum Schluss gekommen, dass bereits nach den ersten polizeilichen Ermittlungen von einem Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. b StPO auszugehen war (Vorwurf eines Tötungsdelikts von Beginn an) und dem Beschuldigten deshalb für die erste polizeiliche Einvernahme eine solche hätte bestellt werden müssen, was aber nicht geschah. Die Einvernahme vom 12. November 2016 (Urk. 5/1) ist deshalb nicht verwertbar (auch nicht im Rechtsmittelverfahren; vgl. Urk. 57 S. 13 ff.).

3. Bei der Hafteinvernahme vom 13. November 2016 – diese wurde ein Tag nach der Tat in Anwesenheit des Verteidigers sowie eines Übersetzers durchgeführt – schilderte der Beschuldigte aus seiner Sicht im Detail wie es zu der Tat gekommen war und wie sich diese abgespielt hatte (Urk. 5/2). Auf diese Aussagen ist er denn auch zu behaften.

So erklärte er, mit der Geschädigten zu Hause in der gemeinsamen Wohnung zuerst einen verbalen Streit gehabt zu haben. Der Streit sei so weit gegangen, bis er die Situation nicht mehr ausgehalten habe. Er sei wütend geworden und habe die Geschädigte gewürgt (mit der einen Hand von vorne, mit der anderen von hinten). Dabei – dies ist wesentlich – habe er Schlimmes gedacht: er habe es vorgezogen, dass beide sterben würden, statt sich zu trennen. Er habe das Baby aus dem Arm der Geschädigten genommen und beiseite gelegt, dann habe er sie (die Geschädigten) vom Sofa aus zu Boden gestossen und sie dort weiter (mit einer Hand von vorne) gewürgt, und zwar so lange, dass sein Daumen geschmerzt habe. Er habe nicht loslassen wollen. Ihre Stirn sei angeschwollen, die Augen hätten sich verdreht und Schaum sei aus ihrem Mund getreten. Er habe gedacht, sie sterbe, als er sie gewürgt habe. Als sie schwach geworden sei, habe

er sie schliesslich mit dem Fuss 2-3 Mal ins Gesicht getreten. Er habe das Blut gesehen und dann aufgehört. Danach habe er sich selbst umbringen wollen. Er habe realisiert, dass er etwas Schlimmes gemacht habe. Er habe der Geschädigten nichts Böses antun wollen, in der Situation aber die Kontrolle verloren (Urk. 5/2).

Diese wesentlichen Aussagen hat er in der Folge bei einer weiteren Einvernahme vor Zwangsmassnahmengericht bestätigt. Er sagte aus, er habe beide (d.h. die Geschädigte und anschliessend sich) umbringen wollen, da sie viele Probleme miteinander gehabt hätten. Dies sei ein dummer Gedanke gewesen (Urk. 13/9 S. 1).

Der Beschuldigte hat nicht nur den äusseren Tatablauf nachvollziehbar dargelegt, sondern gleichzeitig auch seine Gedanken und Empfindungen während des Vorgangs zum Ausdruck gebracht. Daraus ergibt sich ein realistisches und klares Bild der Tat. Es bestehen damit keine Zweifel, dass der Beschuldigte bei diesen ersten Einvernahmen die Wahrheit sagte. Deshalb kann zur Klärung, ob von einem direkt- oder eventualvorsätzlichen Handeln auszugehen ist, insbesondere auf seine Aussagen bei der Hafteinvernahme abgestellt werden.

4. Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass bei der Würdigung seiner Aussagen und Vergegenwärtigung des geschilderten Tatablaufs sich der Schluss aufdränge, der Beschuldigte habe um die Gefahren des Würgens und der Fusstritte gegen den Kopf der Geschädigten gewusst und dabei nicht nur diese Gefahr, sondern darüber hinaus den Tod der Geschädigten gewollt (vgl. Urk. 57 S. 17). Unproblematisch erweist sich dabei die Wissenskomponente; der Beschuldigte wusste allgemein und auch in der konkreten Situation, dass das lange Würgen und Tritte gegen den Kopf der Geschädigten geeignet waren, ihren Tod zu bewirken, zumal er sich gemäss eigenen Aussagen noch während der Tat gedanklich dieser Konsequenz bewusst wurde (vgl. auch Urk. 57 S. 18).

Zur Willenskomponente ist Folgendes festzuhalten: Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus, dass die wiederholte Aussage des Beschuldigten, wonach er zuerst die Geschädigte und dann sich selbst umbringen wollte, unmittelbar auf

das Vorliegen (auch) eines Tötungswillens, d.h. eines Handelns mit spezifischer Absicht, schliessen lasse (vgl. Urk. 57 S. 19). Bereits als er die Geschädigte am Boden erneut würgte und trotz deutlicher Anzeichen des Erstickens nicht von ihr abliess, muss davon ausgegangen werden, dass er nicht nur wusste, sondern mit Entschiedenheit wollte, dass ihr Tod eintrete. Die Vorinstanz hat richtig festgehalten, dass sich dieser Wille zusätzlich durch die Tritte gegen den Kopf der Geschädigten manifestiert hat. Spätestens in dieser Phase war der Beschuldigte unzweifelhaft in Begriff, die Geschädigte zu töten (vgl. Urk. 57 S. 20); so gab er selbst zu Protokoll, damit sie schnell sterbe, habe er sie getreten (Urk. 5/2 S. 8). Dass er im Nachhinein sich selbst umbringen wollte oder Gewissensbisse bekam, ändert nichts daran, dass sein Wille zuvor darauf gerichtet war, seine Frau zu töten.

Angesichts der unmissverständlichen Aussagen des Beschuldigten und den erwiesenen äusseren Umständen (Ablauf der Tat, beharrliches Vorgehen des Beschuldigten, dokumentierte Verletzungen der Geschädigten) besteht kein Raum für die Annahme eines lediglich eventualvorsätzlichen Handelns. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist somit von einem direktvorsätzlichen Handeln auszugehen (was nachfolgend bei der Strafzumessung zu beachten sein wird).

b) Bewertung des Verschuldens

1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung richtig dargelegt. Auch ist sie zutreffend von der Strafandrohung für vorsätzliche Tötung, mithin von einem Strafrahmen von 5 bis 20 Jahren Freiheitsstrafe ausgegangen. Sie hat richtig festgehalten, dass der Strafrahmen trotz versuchter Tat mangels ausserordentlicher Umstände nicht zu unterschreiten sei. Jedoch sei der Versuch obligatorisch strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 57 S. 23 f.).

Die Strafe ist somit innerhalb des genannten Rahmens nach dem Verschulden des Täters zu bemessen. Das Gericht berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Han-

delns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

2. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist hinsichtlich der objektiven Tatschwere festzuhalten, dass der Beschuldigte mit exzessiver Gewalt gegen die Geschädigte vorging (Urk. 57 S. 24). Er würgte sie wiederholt, heftig und langanhaltend. Spätestens als sie am Boden lag und zumindest kurz das Bewusstsein verlor (vgl. Urk. 5/2 S. 8), war sie völlig wehrlos dem Beschuldigten ausgeliefert. Erschwerend fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte sein Opfer in der Situation mehrmals mit dem Fuss gegen den Kopf trat. Dass es sich bei der Geschädigten um seine Ehefrau handelte und auch die zwei gemeinsamen Kleinkinder im Raum anwesend waren, hielt ihn nicht davon ab.

Neben Würgmalen am Hals, diversen Blutergüssen im Gesicht und zwei blutenden Hautdurchtrennungen am Nasenrücken erlitt die Geschädigte gemäss rechtsmedizinischer Untersuchung einen beidseitigen Nasenbeinbruch. Dabei handelt es sich zwar (noch) nicht um besonders schwere Verletzungen (die allerdings schwerer hätten ausfallen können), doch hält das Gutachten fest, dass bei der Geschädigten (im Zeitpunkt der Tat) Lebensgefahr bestanden hat. So lagen Symptome einer sauerstoffmangelbedingten Hirnfunktionsstörung vor, indem die Geschädigte zufolge des Angriffs des Beschuldigten (unbestrittenermassen) das Bewusstsein verlor und unkontrolliert Urin ablassen musste. Zudem bestand bei einer blutenden Nasenbeinfraktur mit gleichzeitiger Bewusstlosigkeit die Gefahr des Erstickens (Urk. 7/7 S. 6 f.).

Wie die Vorinstanz ist deshalb von einem *erheblichen* Verschulden bei der objektiven Tatschwere auszugehen. Die strafmindernde Wirkung des Versuchs wird nach Festlegung der hypothetischen Einsatzstrafe zu berücksichtigen sein.

3. Wie dargelegt handelte der Beschuldigte nicht eventualvorsätzlich, sondern mit direktem Vorsatz: er wollte den Tod der Geschädigten bewirken. Mit der Vorinstanz ist aber auch davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte angesichts des vorangehenden Streits spontan und aus Wut zur Tat hinreissen liess, was

verschuldensmässig nicht die Schwere einer geplanten Tat erreicht (Urk. 57 S. 25). Der Umstand, dass der Übergriff innerhalb einer konfliktbeladenen Beziehung erfolgte, bei der auch die Geschädigte zu häufigen Streitereien beigetragen hat (vgl. Urk. 4/2 S. 9, dies hat sie auch heute wiederholt eingeräumt, vgl. Prot. II S. 17 f.), kann dabei leicht zu seinen Gunsten gewertet werden. Andererseits stellt der vorangehende verbale Streit, bei dem die Geschädigte ihn offenbar (sie hat dies heute nicht mehr ausdrücklich bestätigt) mit einer allfälligen Trennung konfrontierte (damals so ausgesagt: Urk. 4/2 S. 4) und er sich von ihr provoziert oder gar gedemütigt fühlte (vgl. Prot. I S. 20), nicht ansatzweise ein begreifliches Motiv für den darauf folgenden Gewaltausbruch des Beschuldigten dar. Die Tat erscheint dadurch nicht in einem milderen Lichte.

Auch wenn der Tatverlauf von einer emotionalen Dynamik geprägt war, hätte der Beschuldigte jederzeit von der Geschädigten ablassen können. So kam es nach dem ersten Würgen auf dem Sofa zu einer Zäsur im Geschehen (u.a. Weglegen des Babys). Anstatt dabei von seinem Vorhaben, die Geschädigte zu töten, Abstand zu nehmen, entschloss er sich, sie zu Boden zu stossen, erneut zu würgen (weiteres Würgen heute zwar in Abrede gestellt, Prot. II S. 14, zuvor aber wiederholt eingeräumt) und in der Folge gar gegen den Kopf zu treten. Dass der Beschuldigte gegen die ohnehin unterlegene Geschädigte nicht anders hätte vorgehen können, war keinesfalls zwingend. Auch ist nicht von einer Affekthandlung auszugehen, sondern es zeigen sich reflektierte Momente im Tatverlauf, als der Beschuldigte etwa das Baby vorerst auf dem Sofa platzierte, als er die Geschädigte mit beiden Händen würgen wollte. Auch konnte der Beschuldigte unter anderem erkennen, wie die Stirn der Geschädigten durch das Würgen anschwell. Seine Wahrnehmung war folglich keineswegs getrübt.

Dies alles zeigt, dass der Beschuldigte bei seiner Tat schrittweise und zielgerichtet vorging. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht zum Schluss gelangt, dass das subjektive Tatverschulden auch hier mindestens als mittelschwer zu erachten ist (Urk. 57 S. 26).

4. Die Minimalstrafe bei der vorsätzlichen Tötung beträgt wie dargelegt 5 Jahre, die Maximalstrafe 20 Jahre Freiheitsstrafe. Wäre der "Erfolg" eingetreten, d.h.

ausgehend vom vollendeten Delikt, erschiene eine hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von 12 Jahren durchaus angemessen, wie es auch die Vorinstanz (richtig) festgesetzt hat. Nachfolgend ist die Strafe jedoch zu reduzieren, weil es bei einem Versuch blieb (vgl. Art. 22 Abs. 1 StGB).

5. Das Mass der zulässigen Reduktion hängt beim vollendeten Versuch unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs sowie von den tatsächlichen Folgen der Tat ab (vgl. BGE 6B_281/2014, E. 3.6). Die Vorinstanz geht zu Recht von einem vollendeten Versuch aus, denn der Beschuldigte hat alles getan, um sein Ziel zu erreichen (vgl. Urk. 57 S. 26).

Die Geschädigte hat glücklicherweise verhältnismässig leichte Verletzungen und keine bleibenden Schäden davongetragen, unter anderem auch deshalb, weil der Beschuldigte gleich nach der Tat die Sanität gerufen hat. Dies ist erheblich strafmindernd zu veranschlagen, wie es bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Urk. 57 S. 27). Eine gewisse Nähe zum tatbestandsmässigen Erfolg war dennoch gegeben; das rechtsmedizinische Gutachten hat die Lebensgefahr bei der Geschädigten für den Zeitpunkt der Tat bejaht. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass es letztlich dem Zufall zuzuschreiben ist, dass sich die Lebensgefahr für die Geschädigte nicht verwirklicht hat. Dies gilt um so mehr, weil der Beschuldigte in seinem aufgebrachten Zustand keine richtige Kontrolle mehr über sein Handeln hatte (vgl. Urk. 57 S. 27). Damit ist die strafmindernde Wirkung des Versuchs leicht zu relativieren, aber doch im erheblichen Masse zu gewähren. Die hypothetische Freiheitsstrafe ist somit auf ca. 10 Jahre zu senken.

6. Die Geschädigte hat sowohl in der Untersuchung als auch bei der Vorinstanz ausdrücklich ihr Desinteresse an einer Bestrafung des Beschuldigten erklärt. Ihre Zivil- und auch Strafklage hat sie zurückgezogen. Dies hat sie als Zeugin auch an der Berufungsverhandlung bestätigt (Prot. II S. 16 ff. und S. 21, sie wolle, dass ihr Mann wieder nach Hause kommt). Hierzu ist anzumerken, dass sich der Beschuldigte wegen versuchter vorsätzlicher Tötung zu verantworten hat, mithin wegen einer der schwersten Straftaten unserer Rechtsordnung (zutreffend die Vorinstanz an anderer Stelle, Urk. 57 S. 24). Bei Officialdelikten (wie im gegebenen Fall) steht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung im Zentrum und

nicht jenes des Opfers (vgl. BGE 6B_849/2013, E. 1.3.2). Die Desinteressenerklärung kann somit nur geringfügig zum Vorteil des Beschuldigten berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat einen Entscheid gefällt in Art. 55a StGB; dort kann im Rahmen häuslicher Gewalt, u.a. bei Tätlichkeiten und einfacher Körperverletzung, ein Desinteresse der Geschädigten dazu führen, dass das Verfahren eingestellt wird. Dies gilt aber nur in diesem Umfang und nicht bei derart schwerwiegenden Straftaten wie im heute zu beurteilenden Fall.

7. Was die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeht, so kann weitgehend auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 57 S. 27 f.). Hervorzuheben ist dabei, dass der Beschuldigte 1985 in Eritrea zur Welt kam und 2007 unter Beantragung von Asyl in die Schweiz einreiste. Seine Frau lernte er über deren Bruder (in Bern) kennen. 2012 fand die Hochzeit in Äthiopien statt, die Geschädigte konnte jedoch erst 2014 in die Schweiz einreisen. Der Beschuldigte hat verneint, dass es sich dabei um eine arrangierte Hochzeit gehandelt haben soll. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, eine Tochter und ein Sohn mit den Jahrgängen 2015/2016. Der Beschuldigte hat in der Schweiz Deutschkurse besucht und Sozialarbeiten verrichtet; zudem hat er sich als Pfarrer in der eritreisch-orthodoxen Gemeinde C._____ engagiert. Er lebt weitgehend von Sozialhilfebeiträgen (vgl. Urk. 14/15, diese Angaben zu den persönlichen Verhältnissen bestätigte der Beschuldigte im Wesentlichen auch heute, Prot. II S. 6 ff.).

Aus den persönlichen Verhältnissen und dem Vorleben (noch ohne Berücksichtigung von Vorstrafen) lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten (vgl. auch Urk. 57 S. 28).

8. Der Beschuldigte ist vorbestraft: Wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie Sachbeschädigung wurde er am 18. November 2011 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 30.– unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren bestraft (2 Tage Untersuchungshaft, Urk. 58). Der Beschuldigte wollte sich bei der Berufungsverhandlung an diese eingetragene Verurteilung nicht erinnern und stellte in Abrede, damals Gewalt ausgeübt oder jemanden bedroht zu haben (vgl. Prot. II S. 13, an den Vorfall an sich konnte er sich aber erinnern). Die Vorstrafe

liegt zeitlich relativ weit zurück und es handelt sich, wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, um eine verhältnismässig geringfügige Strafe. Hingegen ist nicht zu verkennen, dass auch diese Vorstrafe auf eine aggressive Haltung beim Beschuldigten hindeutet (dies ergibt sich auch aus den beigezogenen Akten). Des Weiteren ist zu erwähnen, dass die Polizei bei mehreren Gelegenheiten wegen häuslicher Gewalt an die Wohnadresse des Beschuldigten und der Geschädigten ausrücken musste (vgl. Prot. I S. 27 und Urk. 14/15 S. 7 f.), auch wenn die Geschädigte heute aussagte, sie sei schuld gewesen, sie habe die Polizei zu Unrecht gerufen (Prot. II S. 17 f.). Damit widerspricht sie jedoch ihren früheren Aussagen, wonach sie guten Grund hatte, die Polizei zu rufen. Es bestehen keine Zweifel, dass der Beschuldigte (allenfalls auf Provokationen der Geschädigten hin) ihr gegenüber bereits damals wiederholt gewalttätig wurde. Die strafrechtliche Vorbelastung des Beschuldigten hat damit doch einen gewissen Einfluss auf das Strafmass (dies in Abweichung zur Vorinstanz, welche der Vorstrafe praktisch keine Bedeutung zugemessen hat, vgl. Urk. 57 S. 28).

9. Die Verteidigung macht geltend, die Vorinstanz schliesse zu Unrecht familiäre Gründe für eine erhöhte Strafempfindlichkeit pauschal aus (Urk. 59 S. 4; dies hat sie auch heute geltend gemacht, Urk. 71 S. 6). Eine erhöhte Strafempfindlichkeit ist nach konstanter Rechtsprechung nur bei aussergewöhnlichen Umständen strafmindernd zu berücksichtigen. Solche sind beim Beschuldigten nicht gegeben, was die Vorinstanz richtig festgehalten hat (vgl. Urk. 57 S. 30). Die Verbüssung einer Freiheitsstrafe hat zwangsläufig die Folge, dass der Betroffene aus seiner Umgebung, d.h. aus dem familiären und beruflichen Umfeld, herausgerissen wird, was aber für jeden Verurteilten mit Härte verbunden ist (u.a. BGE 6B_607/2014, E. 1.5). Vorliegend ist es auch nicht so, dass die Kinder wegen der Inhaftierung des Beschuldigten ohne Betreuung wären oder ohne Eltern aufwachsen, sondern es wurde heute ausgeführt, dass die Mutter (d.h. die Geschädigte) für die Kinder sorgt (diese betreut) und mit diesen den Beschuldigten regelmässig im Gefängnis besucht (Prot. II S. 21). Auch in dieser Hinsicht ist eine erhöhte Strafempfindlichkeit beim Beschuldigten nicht gegeben.

10. Bei einem vollumfänglichen Geständnis hält die Gerichtspraxis eine Strafminderung von einem Fünftel bis zu einem Drittel für angemessen (so etwa BGE 6B_1366/2016, E. 4.6 mit Hinweisen). Die strafmindernde Wirkung ist vor allem dann als gross zu veranschlagen, wenn Straftaten gestanden werden, die sonst nicht hätten nachgewiesen werden können.

Zwar rief der Beschuldigte unmittelbar nach dem Vorfall von sich aus die Polizei und verblieb am Tatort, was zu seinen Gunsten zu werten ist. Doch wusste er, dass angesichts der belastenden Umstände praktisch nur er als Täter in Frage kam (Delikt in der gemeinsamen Wohnung, frühere Polizeipräsenz wegen häuslicher Gewalt, Aussagen der Geschädigten etc.). Ihm blieb deshalb kaum etwas anderes übrig, als die Tat zuzugeben. Im Laufe der Untersuchung hat der Beschuldigte sein Geständnis dahingehend relativiert, dass er die Geschädigte nicht habe töten wollen (erst im Berufungsverfahren wurde die vorsätzliche Tatbegehung nicht mehr bestritten). Insgesamt hat er das Verfahren aber erleichtert, indem er den äusseren Sachverhalt von Beginn an und von sich aus anerkannt und dargelegt hat. Die Tat wäre sonst kaum im Detail rekonstruierbar gewesen, denn Zeugen gab es nicht resp. die Geschädigte konnte sich an Einzelzeiten nicht erinnern (zumal sie während der Tat das Bewusstsein verloren hatte, Urk. 4/2 S. 5). Insofern ist das Geständnis zwar durchaus von Bedeutung, aber nicht im vollen Masse zu Gunsten des Beschuldigten zu werten.

11. Die Vorinstanz hat lediglich kurz erwähnt, dass beim Beschuldigten gewisse Einsicht und Reue gegeben sei (Urk, 57 S. 30). Die Verteidigung hat indessen darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte seit der Tat und bis heute massiv unter Schuldgefühlen und Selbstvorwürfen leidet (Urk. 59 S. 4, die Einschätzung der Vorinstanz, wonach "gewisse Einsicht und Reue" gegeben sei, werde den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht, Urk. 71 S. 6). Der Beschuldigte hat im Laufe des Verfahrens zwar wiederholt ausgesagt, einen Fehler gemacht zu haben. Zudem verständigte er gleich nach der Tat von sich aus die Polizei und Sanität. Gewisse Einsicht ist auch insofern gegeben, als er eingestanden hat, aus Wut gehandelt und dabei die Kontrolle verloren zu haben. An der heutigen Berufungsverhandlung war jedoch nicht erkennbar, dass der Beschuldigte die Tat aufrichtig

bereut (zumindest nicht gegenüber der Geschädigten). Bei seinem Schlusswort vermittelte er eher den Eindruck von Selbstmitleid und zeigte insgesamt wenig Empathie (Prot. II S. 24 ff.). Die Kriterien Reue und Einsicht sind deshalb nur beschränkt zu seinen Gunsten zu veranschlagen.

Aus dem Vollzugsbericht geht hervor, dass der Beschuldigte sich im vorzeitigen Strafvollzug grundsätzlich wohl verhalten hat, jedoch wurden fünf Disziplिनierungen vermerkt (Urk. 68). Das Vollzugsverhalten des Beschuldigten ist deshalb als neutral zu werten.

12. In diesem Sinne ergeben die dargelegten Straferhöhungs- und Strafminde-rungsgründe insgesamt eine weitere Reduktion der Strafe (ausgehend von der Einsatzstrafe von 10 Jahre nach Berücksichtigung des Versuchs). Im Ergebnis ist damit die vorinstanzlich ausgefallte Strafe von 7 Jahren Freiheitsstrafe als angemessen zu bestätigen. Vorliegend ist von einer etwas höheren Gewichtung der Vorstrafe als bei der Vorinstanz auszugehen, dahingegen wurde der Umstand, dass der Beschuldigte unmittelbar nach der Tat von sich aus die Polizei rief, höher gewertet.

Bis und mit heute sind vom Beschuldigten 759 Tage Haft erstanden, teils durch Untersuchungshaft, teils durch vorzeitigen Strafvollzug. Dies ist an die Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). Angesichts der Höhe der ausgefallten Strafe kommt der teil-/bedingte Strafvollzug nicht in Frage (vgl. Art. 42 und 43 StGB). Die Strafe ist deshalb zu vollziehen.

III. Landesverweisung

1. Die Landesverweisung an sich ist im Berufungsverfahren nicht mehr strittig, die entsprechende Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils ist in Rechtskraft erwachsen. Die Verteidigung macht in diesem Zusammenhang aber geltend, dass die Tatbegehung des Beschuldigten am 12. November 2016 erfolgte und damit vor der Anpassung von Art. 20 der N-SIS-Verordnung an die Fälle der Landesverweisung. Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS erweise sich damit wegen fehlender gesetzlicher Grundlage als unzulässig (Urk. 59 S. 5).

Die Staatsanwaltschaft hat ausgeführt, dass gemäss Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens eine Landesverweisung für sog. Drittstaatenangehörige – also Personen, die keinem Mitgliedstaat des Übereinkommens angehören – ohne Weiteres im SIS einzutragen sei, wenn diese auf einer Verurteilung wegen einer Straftat beruhe, welche mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr bedroht sei, und wenn die betroffene Person über kein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat verfüge. Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens knüpfe nicht an die Tat an, sondern an die Verurteilung. Damit liege keine Problematik eines allfälligen Rückwirkungsverbots vor. Es gehe bei der Ausschreibung im SIS auch nicht um eine strafrechtliche Sanktion, sondern nur um die zwischenstaatliche Vereinbarung betreffend Registratur der ausgesprochenen Landesverweisung bei Kapitalverbrechen (Urk. 72 S. 3).

Die Staatsanwaltschaft geht somit davon aus, dass Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens direkt, d.h. unmittelbar anwendbar ist (sog. Self-executing Charakter). Dem ist nicht zu folgen: Die Anordnung der Ausschreibung im SIS hat mehr als bloss administrativen Charakter, denn sie ist mit einem relativ schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person verbunden. Folglich musste hierzu zuerst noch eine eigene Rechtsgrundlage geschaffen werden (dies im Rahmen der sog. N-SIS-Verordnung, dazu nachfolgend), welche im Zeitpunkt der heute zu beurteilenden Tat noch nicht in Kraft war.

2. Gemäss Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-VO) können Drittstaatenangehörige zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem ausgeschrieben werden, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung wird vom urteilenden Gericht angeordnet. Nichtfreizügigkeitsberechtigte Drittstaatenangehörige sind durch die Ausschreibung nicht nur verpflichtet, die Schweiz zu verlassen, sondern werden aus dem gesamten Schengen-Raum verwiesen. Die Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung halten entsprechend fest, dass die Ausschreibung im SIS zwar einen gewissen Vollzugscharakter habe, dadurch aber auch der

ursprüngliche Inhalt der Sanktion massiv verändert werde. Deshalb wurde die Kompetenz, über die Ausschreibung einer Landesverweisung zu entscheiden, dem Strafgericht übertragen, welches auch die Landesverweisung anordnet (Erläuterungen des BJ zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung vom 20. Dezember 2016, Ziff. 1.6, S. 11). Art. 20 N-SIS-VO trat im heute geltenden Wortlaut erst am 1. März 2017 in Kraft und damit (rund ein halbes Jahr) nach der Tatbegehung des Beschuldigten im November 2016 (für diesen Zeitraum bestand damit im vorliegenden Fall eine Regelungslücke hinsichtlich Kompetenz zum Entscheid über die Ausschreibung). Die zum Begehungszeitpunkt geltende Fassung von Art. 20 aN-SIS-VO lautete: "Drittstaatenangehörige können zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn ein Einreiseverbot einer Verwaltungs- und Justizbehörde vorliegt." Eine Ausschreibung im SIS konnte zwar bereits vor dem 1. März 2017 angeordnet werden, allerdings bezog sich die gesetzliche Bestimmung lediglich auf (migrationsrechtliche) Einreiseverbote und eine Kompetenz des Strafgerichts zur Anordnung der Ausschreibung bestand nicht. Aufgrund des erwähnten materiellen Charakters der SIS-Ausschreibung kommt das Rückwirkungsverbot von Art. 2 StGB zur Anwendung.

3. Die Anordnung der Ausschreibung im SIS durch das hiesige Gericht erscheint vor diesem Hintergrund im gegebenen Fall unzulässig. Es ist folglich keine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem anzuordnen resp. davon ist abzusehen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor dem Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen werden.

2. Der Beschuldigte unterliegt in Bezug auf die Strafzumessung (somit im Hauptantrag; Bestätigung Strafe Vorinstanz). Hinsichtlich der Aufhebung der Aus-

schreibung im SIS (wobei dies eher einen Nebenpunkt betrifft) dringt er jedoch durch. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Berufungskosten dem Beschuldigten zu 3/4 aufzuerlegen und sie im Übrigen samt den Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO respektive Art. 426 Abs. 4 StPO ist dabei im Verhältnis der Kostenaufgabe (3/4) vorzubehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 13. November 2017 hinsichtlich der Dispositivziffern 1 (Schuld-spruch wegen versuchter vorsätzlicher Tötung), 3 (Landesverweisung), 5 (Vernichtung Materialien) sowie 6-8 (Kosten) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 7 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 759 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird abgesehen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 8'915.- amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu drei Vierteln auferlegt. Die übrigen Kosten, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen. Hinsichtlich der Kosten der

amtlichen Verteidigung bleibt die Rückzahlungspflicht im Verhältnis der Kostenaufgabe vorbehalten.

5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (übergeben)
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (versandt)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)

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 allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons 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.

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 11. Dezember 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Linder