

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB240010-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller, Präsidentin, Oberrichter lic. iur. Amsler und Ersatzoberrichterin lic. iur. Tschudi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 21. August 2024

in Sachen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,
Anklägerin und Berufungsklägerin

sowie

A._____,
Privatkläger

gegen

B._____,
Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
25. Oktober 2023 (DG230104)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 19. Juni 2023 (Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 49 S.71 f.)

1. Der Beschuldigte B._____ ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 16 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 39 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Der Privatkläger (A._____) wird mit seiner Zivilklage auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 30. Mai 2023 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Polis Geschäfts-Nr. 84467505 lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben und andernfalls nach unbenutztem Ablauf einer Frist von 30 Tagen der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung bzw. zur Vernichtung überlassen:
 - 1 Kapuzenjacke, Marke Jack & Jones (Asservat-Nr. A016'966'179),
 - 1 Sack mit diversen Kleidern (Asservat-Nr. A016'968'824).
6. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 30. Mai 2023 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Polis Geschäfts-Nr. 84467505 lagernden Gegenstände werden dem Privatkläger nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen

herausgegeben und andernfalls nach unbenutztem Ablauf einer Frist von 30 Tagen der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung bzw. zur Vernichtung überlassen:

- 1 Paar Schuhe, Marke Nike (Asservat-Nr. A016'967'150),
 - 1 Sportjacke, Marke Nike, mit Stich- oder Schnittdefekt (Asservat-Nr. A016'967'161),
 - 1 Jeanshose, Marke C&A (Asservat-Nr. A016'967'172).
7. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 30. Mai 2023 beschlagnahmte Messer (Asservat-Nr. A016'966'168) wird eingezogen und dem Forensischen Institut Zürich (FOR) zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
8. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
- | | | |
|-----|----------|--|
| CHF | 4'200.00 | ; die weiteren Kosten betragen: |
| CHF | 3'000.00 | Gebühr für das Vorverfahren |
| CHF | 3'843.10 | Auslagen (Gutachten) |
| CHF | 8'907.70 | amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und Mwst) |
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO und Art. 426 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

- a) Der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich:
(Urk. 58 S. 1)
1. Der Beschuldigte sei der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

2. Der Beschuldigte sei mit 36 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen.
 3. Die Freiheitsstrafe sei im Umfang von 18 Monaten als vollziehbar zu erklären und im Umfang von 18 Monaten aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
 4. Im Übrigen sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Oktober 2023 bezüglich der Nebenfolgen des Urteils und den Kostenfolgen zu bestätigen.
- b) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 59 S. 1)
- Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils vom 25. Oktober 2023.
- c) Der Privatklägerschaft:
- Kein Antrag.

I. Verfahrensverlauf/Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 25. Oktober 2023 liess die Staatsanwaltschaft am 31. Oktober 2023 Berufung anmelden (Urk. 43). Das begründete Urteil (Urk. 45 bzw. Urk. 49) wurde den Parteien am 28. Dezember 2023 bzw. am 3. Januar 2024 zugestellt (Urk. 47/1-2; Urk. 48), worauf die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 16. Januar 2024 fristgerecht die Berufungserklärung einreichen liess (Urk. 50).

1.2. Mit Präsidialverfügung vom 25. Januar 2024 wurde den Parteien Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 52). Die Parteien liessen sich nicht vernehmen.

1.3. Am 12. März 2024 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 21. August 2024 vorgeladen (Urk. 55). Zur Berufungsverhandlung erschienen die Staatsanwältin lic. iur. C. _____ sowie der Beschuldigte und dessen amtliche Verteidigerin, Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ (Prot. II S. 3). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung.

2. Umfang der Berufung

2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf-schiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

2.2. In ihrer Berufungserklärung vom 16. Januar 2024 (Urk. 50) ficht die Staatsanwaltschaft sinngemäss die Dispositivziffer 1 mit Bezug auf die Annahme eines Notwehrexzesses im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB und die Dispositivziffern 2 (Strafe) sowie 3 (Vollzug) des vorinstanzlichen Urteils an. Nicht angefochten sind somit die Dispositivziffern 4 (Zivilklage), 5 und 6 (Herausgabe von Gegenständen), 7 (Einziehung Messer) sowie 8 und 9 (Kostenfolgen). Es ist somit festzustel-

len, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 25. Oktober 2023 diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Schuldpunkt

1. Ausgangslage

1.1. Die Staatsanwaltschaft macht im Wesentlichen und zusammengefasst geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht von einem Notwehrexzess im Sinne von Art. 16 Abs. 1 StGB ausgegangen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz zum Schluss gekommen sei, dass die Aussagen des Privatklägers weniger zuverlässig seien als die des Beschuldigten und sie daher nicht ausreichen würden, die Sachverhaltsdarstellung des Beschuldigten über ein erneutes Packen am Hals in erhebliche Zweifel zu ziehen und damit eine Abwehrhandlung des Beschuldigten anzunehmen. Der Beschuldigte habe im gesamten Verfahren widersprüchliche Aussagen deponiert und habe insbesondere das Verhalten des Privatklägers massiv aggraviert und sein eigenes Verhalten bagatellisiert. Der Darstellung des Beschuldigten, dass er auch vor dem Gebäude am Hals gepackt worden sei, sei angesichts des gesamten Aussageverhaltens unglaubhaft. Dem stünden die glaubhaften Aussagen des Privatklägers gegenüber, welcher sich mit diesen auch selber belastet habe, indem er unter anderem eingeräumt habe, dass er gegen den Beschuldigten tätlich geworden sei und diesen provoziert habe. Seiner Darstellung, dass er den Beschuldigten nicht gewürgt, sondern nur geohrfeigt haben will, sei daher mehr Glauben zu schenken. Damit sei eine Angriffshandlung des Privatklägers nicht erstellt, womit die Tat des Beschuldigten keine Notwehr, sondern vielmehr eine Angriffshandlung gewesen sei (Urk. 50 S. 2 ff.; Urk. 58 S. 2 ff. und Prot. II S. 19 f.).

1.2. Die Verteidigung argumentierte anlässlich der Berufungsverhandlung, dass die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangt sei, dass die weniger zuverlässigen Aussagen des Privatklägers nicht ausreichen würden, um die Sachverhaltsdarstellung des Beschuldigten in Zweifel ziehen, wonach der Privatkläger den Beschuldigten erneut am Hals gepackt habe, bevor er sich zu verteidigen ver-

sucht habe. So habe der Privatkläger denn auch gar nie bestritten, den Beschuldigten draussen, vor dem Hauseingang, erneut am Hals gepackt zu haben, sei er doch von der Staatsanwaltschaft gar nie danach gefragt worden. Dahingegen habe der Privatkläger - nachdem er zum ersten Packen am Hals drinnen, in der Wohnung, zunächst angegeben habe, dass niemand tätlich geworden sei - auf konkrete Frage der Staatsanwaltschaft zugegeben, es stimme, dass er den Beschuldigten am Hals gepackt habe (Urk. 59 S. 2 f.).

1.3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass im Zeitpunkt des Messereinsatzes eine Abwehrhandlung vorgelegen habe. Zusammengefasst erwägt sie, dass sowohl der Privatkläger als auch der Beschuldigte ausgesagt hätten, dass dem Messereinsatz ein tätlicher Angriff des Privatklägers vorausgegangen sei. Der Privatkläger habe auch eingeräumt, trotz des vorgehaltenen Messers den Beschuldigten weiter provoziert zu haben. Dieser habe von einer Ohrfeige gesprochen, während der Beschuldigte während des gesamten Verfahrens, nämlich anlässlich der polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen sowie anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz ein Packen bzw. Würgen am Hals geschildert habe. Zwar könne nicht vollumfänglich auf die Darstellung des Beschuldigten abgestellt werden, dies insbesondere in Bezug auf seine vor Vorinstanz neu vorgebrachten Schilderungen zu den Schlägen auf den Hinterkopf und dem Schwarzwerden. Ungeachtet dessen würden indes die Aussagen des Privatklägers nicht ausreichen, um die Sachdarstellung des Beschuldigten über ein erneutes Packen am Hals in erhebliche Zweifel zu ziehen, weshalb vor dem Hintergrund des Grundsatzes "in dubio pro reo" auf die Darstellung des Beschuldigten abzustellen sei. Dass es zum Packen am Hals gekommen sei, erscheine vor dem Hintergrund der vorangehenden Auseinandersetzung in der Wohnung von D. _____ als nicht unwahrscheinlich, zumal der Privatkläger übereinstimmend mit den Aussagen des Beschuldigten selber eingeräumt habe, dass er den Beschuldigten in der Wohnung am Hals gepackt habe. Somit sei davon auszugehen, dass der Privatkläger den Beschuldigten während der Rauferei vor der Liegenschaft nochmals am Hals gepackt und ihm eine Ohrfeige versetzt gehabt habe, bevor es zum Messereinsatz gekommen sei (Urk. 49 S. 32 f.).

Eine rechtfertigende Notwehr liege nicht vor. Zwar handle es sich bei einer Ohr-

feige und dem Packen am Hals um einen tätlichen und damit rechtswidrigen Angriff und auch der Privatkläger selbst habe angegeben, dass er dem Beschuldigten Schläge sowie physische Gewalt angedroht habe und ihn richtig schlagen bzw. ihm eine Ohrfeige habe geben wollen. Weiter habe der Privatkläger den Beschuldigten herausgefordert, das Messer auch tatsächlich zu gebrauchen und sei den Warnungen des Beschuldigten, nicht näherzukommen und wegzugehen, nicht nachgekommen. Es hätten mithin weitere unmittelbare Aggressionen sowie Angriffe des Privatklägers für den Beschuldigten nahegelegen, womit der Angriff des Privatklägers nicht als abgeschlossen zu bezeichnen sei. Indes hätte der Beschuldigte eine schonendere oder mildere Abwehr wählen können und das Messer nicht direkt gegen den Halsbereich des Privatklägers einsetzen müssen. Der Beschuldigte habe mit seinem Verhalten somit die Grenzen der Notwehr überschritten (Urk. 49 S. 47 ff.). Insgesamt erscheine die Hervornahmebewegung des Beschuldigten und das anschliessende Hinhalten des Messers an den Oberkörper des Privatklägers als Reaktion auf dessen Tätlichkeiten aufgrund der gesamten Umstände nicht als entschuldbar. Es liege daher kein entschuldbarer Notwehrexzess im Sinne von Art. 16 Abs. 2 StGB vor. Da der Beschuldigte die Grenzen der Notwehr überschritten habe, sei seine Strafe gemäss Art. 16 Abs. 1 StGB zu mildern (Urk. 49 S. 49 ff.).

2. Würdigung

2.1. Massgebend für die Beurteilung, ob eine Abwehrsituation gegeben war, ist - wie dies die Vorinstanz und die Staatsanwaltschaft richtigerweise ausführen - die Würdigung der Aussagen des Beschuldigten sowie des Privatklägers. Weitere Beweismittel diesen Sachverhaltsabschnitt betreffend liegen keine vor, insbesondere hat der Zeuge D. _____ diesen Sachverhaltsabschnitt nicht beobachtet (Urk. 5/1). Die Vorinstanz hat die Aussagen der Parteien ausführlich wiedergegeben, worauf vorab - um unnötige Wiederholungen zu vermeiden - vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 49 S. 17 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Bei der Würdigung ist zu berücksichtigen, dass es gemäss den übereinstimmenden Aussagen des Beschuldigten und des Privatklägers schon im Vorfeld, nämlich noch innerhalb des Gebäudes in der Wohnung von D. _____, zu einer tätlichen Auseinander-

setzung kam, anlässlich welcher der Privatkläger den Beschuldigten am Hals gepackt und zugedrückt hatte (Urk. 4/2 F 36 ff.; Urk. 3/1 F 6 ff.; Urk. 3/4 F 24 ff.; Urk. 37 S. 14, Prot. II S. 13 f.). Dass der Privatkläger ihn draussen - vor dem Messereinsatz - noch einmal am Hals packte, gab der Beschuldigte schon bei der Polizei an (Urk. 3/1 F 6 und F 19) und schilderte diesen Umstand auch in den weiteren Einvernahmen (Urk. 3/4 F 49 ff. und F 67; Urk. 37 S. 19 f., Prot. II S. 15 und S. 17 f.). Der Privatkläger seinerseits spricht von einer Rangelei, welche sich immer weiter hochgeschaukelt habe. Sie hätten sich angeschrien und gegenseitig gedroht und er habe den Beschuldigten richtig schlagen wollen (Urk. 4/2 F 52). Er habe dem Beschuldigten mit Schlägen und physischer Gewalt gedroht, indem er ihn angeschrien habe. Anschliessend habe er ihm eine Ohrfeige gegeben (Urk. 4/2 F 61 ff.). Daraufhin habe der Beschuldigte das Messer hervorgeholt, was er, der Privatkläger, gesehen habe. Er habe dem Beschuldigten daraufhin in provokanter Art und Weise gesagt, "er solle etwas machen, was das soll". Er sei auf den Beschuldigten zugegangen und habe ihm gesagt: "mach"; er, der Privatkläger, habe es herausgefordert. Der Beschuldigte habe ihm gesagt, er solle weggehen, sonst würde er es wirklich machen, bzw. er solle nicht näher kommen, sonst würde er ihn stechen und habe mit dem Messer herumgefuchelt. Er, der Privatkläger, sei indes näher an den Beschuldigten herangegangen und habe ihm gesagt, er solle sich verpissen. Dann sei es zum Stich gekommen. Er, der Privatkläger, habe den Messereinsatz herausgefordert, aber nicht erwartet, dass der Beschuldigte es mache. Der Beschuldigte habe ihn zuerst mit dem Messer ange-tippt, er, der Privatkläger, sei dann weiter nach vorne gegangen und dann sei das Messer in seine Schulter gegangen, was er zuerst gar nicht realisiert habe. Er sei wütend geworden und habe dem Beschuldigten daraufhin - so glaube er - nochmals eine Ohrfeige gegeben (Urk. 4/2 F 53 ff., F 68 ff.).

2.2. Aus dem Gesagten geht hervor, dass der Privatkläger zugeständenermassen dem Beschuldigten nicht nur mit Schlägen und physischer Gewalt gedroht und ihn angeschrien hatte, sondern dass er ihm auch eine Ohrfeige gegeben hatte. An eine Ohrfeige konnte sich der Beschuldigte nicht erinnern (Urk. 3/4 F 69), indes schilderte er - wie erwähnt - konstant das Am-Hals-Packen vor dem Messereinsatz. Auch wenn, hier ist der Staatsanwaltschaft zu folgen, der Beschul-

digte anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz zum ersten Mal ein "Schwarzwerden" schilderte (Urk. 37 S. 19 f.), so dramatisierte er den Umstand des "Am-Hals-Packens" nicht, denn schon bei der Polizei schilderte er ein Festhalten am Hals mit einem Rütteln und Hin- und Herbewegen (Urk. 3/1 F 19), mithin eine Handlung mit einer nicht unerheblichen Gewalteinwirkung. Da auch - wie erwähnt - der Privatkläger selber ein Packen und Drücken am Hals innerhalb der Wohnung einräumte (Urk. 4/2 F 36 ff.), ist nicht auszuschliessen, dass dieser vor der Liegenschaft abermals zu diesem Aggressionsmittel griff.

In Übereinstimmung mit der Argumentation der Verteidigung (Urk. 59 S. 3) hat sodann nicht unberücksichtigt zu bleiben, dass der Privatkläger in Bezug auf die erste Auseinandersetzung in der Wohnung nicht von sich aus schilderte, den Beschuldigten tätlich angegangen zu haben, sondern erst auf entsprechende Nachfrage hin einräumte, den Beschuldigten am Hals gepackt zu haben (Urk. 4/2 F 34 ff.). Wenn sich in der freien Schilderung des Privatklägers in Bezug auf die zweite Auseinandersetzung, draussen vor dem Haus, kein Am-Hals-Packen findet, kann dies somit nicht als Bestreitung der Sachdarstellung des Beschuldigten gewertet werden, wurde der Privatkläger doch diesbezüglich nicht mit der Aussage des Beschuldigten konfrontiert (Urk. 4/2 F 48 ff.).

Zudem sind die Aussagen des Privatklägers - entgegen der Darstellung der Staatsanwaltschaft (Urk. 58 S. 3) - von der Vorinstanz nicht per se als glaubhaft gewürdigt worden. Im Gegenteil hat diese zu Recht darauf hingewiesen, dass sich der Privatkläger zunächst bei der Polizei weigerte, Angaben zum Sachverhalt zu machen und sich auch in Bezug auf die medizinischen Untersuchungen nicht bzw. nur sehr beschränkt kooperativ verhalten habe (Urk. 49 S. 30 f.) sowie dass seine Aussagen teilweise etwas weniger zuverlässig ausgefallen seien als diejenigen des Beschuldigten (Urk. 49 S. 32). Tatsächlich verhielt sich der Privatkläger gegenüber dem einvernehmenden Polizeibeamten im Spital Triemli sehr unkooperativ und aggressiv und verweigerte jegliche Mithilfe im vorliegenden Fall. Zudem war er nicht bereit, zur Einvernahme mitzukommen und Aussagen zu machen. Er habe gesagt, wenn er nicht verhaftet werde, gehe er nach Hause (Urk.

1/1 S. 5). Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 14. Januar 2023 wollte der Privatkläger grösstenteils keine Aussagen machen. Er habe das Spital verlassen, weil er keinen "Bock auf diese Heuchlerei" gehabt habe (Urk. 4/1 F 14). Solch ein Verhalten drängt den Schluss auf und kann dahingehend gewürdigt werden, dass der Privatkläger seinen eigenen allenfalls unvorteilhaften Anteil an der Auseinandersetzung nicht preisgeben wollte. Die Vorinstanz hielt zudem zutreffend fest, dass die vom Privatkläger bei der Staatsanwaltschaft gemachten Depositionen weniger detailliert ausgefallen seien als diejenigen des Beschuldigten. Insbesondere habe der Privatkläger die Umstände nicht von sich aus geschildert, sondern meist erst auf entsprechende konkrete Fragen hin (vgl. Urk. 49 S. 31). Es kann mithin nicht ausgeschlossen werden, dass der Privatkläger zwar den Ablauf teilweise nachvollziehbar schilderte, indes seine Depositionen zum Vorfall vor der Liegenschaft als weniger plausibel zu werten sind, da er - was durchaus nachvollziehbar ist - versucht sein könnte, seine eigenen Handlungen diesbezüglich in einem günstigeren Licht erscheinen zu lassen. Die Vorinstanz erwog hierzu richtigerweise, dass es dem Privatkläger nicht gelungen sei, den Ablauf vor dem Mehrfamilienhaus konstant und im Detail wiederzugeben. So habe er an einer Stelle von einem Herumfuchteln des Beschuldigten mit dem Messer gesprochen, während er dies andernorts bei der Schilderung, wie und wann er das Messer wahrgenommen habe und was der Beschuldigte damit gemacht habe, unerwähnt gelassen habe und er habe auch nicht einheitlich angegeben, wer auf wen zugegangen sei (Urk. 49 S. 31). Zu berücksichtigen ist bei der Würdigung weiter, dass sich der Privatkläger - gemäss eigenen Aussagen - nicht einmal vom Hervorholen des Messers beeindruckt liess, sondern sogar auf den Beschuldigten zugegangen ist und "mach" sagte bzw. als der Beschuldigte ihm gesagt habe, dass er weggehen solle da er, der Beschuldigte, es sonst wirklich machen würde, ihm gesagt habe, der Beschuldigte solle sich verpissen. Das Niveau des Aggressionslevels des Privatklägers ist somit als erheblich zu werten, er schaukelte die angespannte Stimmung weiter hoch und in Gesamtbetrachtung des ganzen Ablaufs der Konfrontationen sind auch körperliche Handlungen vor der Liegenschaft durch den Privatkläger - insbesondere ein erneutes Packen am Hals - nicht auszuschliessen. Gestützt auf die glaubhafte Darstellung des Beschuldigten, die ihm

nicht widerlegt werden kann, besteht daher - wie die Vorinstanz richtigerweise feststellte - die nicht unwahrscheinliche Möglichkeit, dass es durch den Privatkläger auch zu einem nochmaligen Packen am Hals des Beschuldigten sowie zu der eingeräumten Ohrfeige kam (Urk. 49 S. 33). Zu Recht ist daher von der Darstellung des Beschuldigten auszugehen, wonach es zu einem erneuten Packen am Hals und dem Versetzen einer Ohrfeige vor dem Messereinsatz kam, womit eine Abwehrhandlung vorgelegen hat.

2.3. Mit Bezug auf die rechtliche Würdigung, insbesondere das Vorliegen eines nicht entschuldbaren Notwehrexzesses, kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz und die neuere Rechtsprechung (BGE 142 IV 14, 136 N 49, Urteil 7B_13/2021 vom 5. Februar 2024 E.3.5.2) verwiesen werden (Urk. 49 S. 44 ff, insb. S. 49-52). Der Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB ist daher zu bestätigen. Da es sich bei Art. 16 Abs. 1 StGB um eine Bestimmung handelt, die sich auf die Strafzumessung bezieht und nicht auf den Schuldpunkt, gehört sie nicht in den Urteilsspruch (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_971/2018 vom 7. November 2019 E. 1.2). Sie wird daher nachfolgend lediglich der Klarheit halber und in Klammern im Urteilsdispositiv erwähnt.

III. Strafzumessung und Strafvollzug

1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz fällte eine bedingte Freiheitsstrafe von 18 Monaten aus, wovon 39 Tage durch Haft erstanden sind, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 49 S. 55 ff. und S. 66 ff.). Sie hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe zuzumessen ist, richtig dargestellt (Urk. 49 S. 55 ff.), worauf zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen zu verweisen ist.

Zu ergänzen ist, dass der untere Strafraum der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB mit Bundesgesetz vom 17. Dezember 2021 über die Harmonisierung der Strafraum geändert wurde, wobei die Änderung per 1. Juli 2023 in Kraft getreten ist. Betrug die Mindeststrafe der schweren Körper-

verletzung zuvor sechs Monate Freiheitsstrafe, ist neu eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe vorgesehen. Der Beschuldigte beging die heute zu beurteilende Tat am 13. Januar 2023 und damit vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision, während sie erst nach Inkrafttreten zu beurteilen ist. In derartigen Konstellationen bestimmt Art. 2 Abs. 2 StGB, dass das mildere Recht anzuwenden ist. Es ist daher mit der Vorinstanz das alte Recht anwendbar, so dass vom Strafrahmen nach dem altem Recht auszugehen ist (vgl. Urk. 49 S. 57).

1.2. Die Staatsanwaltschaft fordert eine Strafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 18 Monate als vollziehbar zu erklären und 18 Monate aufzuschieben seien, dies unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 50 S. 8). Die hypothetische Einsatzstrafe sei ausgehend von einem vollendeten Delikt auf 4 ½ Jahre Freiheitsstrafe anzusetzen. Es sei von einem Eventualvorsatz und einer leichten Einschränkung der Steuerungsfähigkeit auszugehen. Weiter sei die Tat vom Beschuldigten nicht geplant gewesen. Diese Umstände würden zu einer Reduktion der Strafe auf 4 Jahre Freiheitsstrafe führen, der Versuch sei mit einer weiteren Reduktion um 6 Monate zu werten. Unter zusätzlicher Berücksichtigung der Täterkomponente im Umfang einer Reduktion von 6 Monaten resultiere die beantragte Strafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe. Auf Grund der Vorstrafe des Beschuldigten rechtfertige sich ein Aufschub der Freiheitstrafe im Umfang von 18 Monaten. Da der Rest der Strafe zu verbüssen sei, sei von einem massiven Warneffekt auf den Beschuldigten auszugehen. Die Probezeit sei auf zwei Jahre festzulegen (Urk. 50 S. 7 f.).

1.3. Wie bereits erwähnt reicht der ordentliche Strafrahmen bei der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 und Abs. 4 aStGB von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Ausserordentliche Umstände, welche zu einer Erweiterung des Strafrahmens führen würden (BGE 136 IV 55 E. 5.8), liegen nicht vor.

2. Tatkomponenten

2.1. Beim objektiven Tatverschulden ist festzuhalten, dass die durch die Tat entstandene Verletzung in einer 1 cm langen Stichverletzung links oberhalb des

Schlüsselbeins in der Muskulatur des Privatklägers besteht, wobei keine Gefässverletzung erfolgte (Urk. 12/5 S. 2). Zu keinem Zeitpunkt bestand eine unmittelbare Lebensgefahr und es resultierte auch keine bleibende Schädigung (Urk. 12/4 S. 1 und Urk. 4/2 F 88 f.). Das Tatmittel war ein Jagdmesser mit einer Klinglänge von 14,5 cm, welches ein beträchtliches Verletzungspotential beinhaltet. Das Messer wurde gegen einen sehr verletzlichen Bereich des Körpers eingesetzt und angesichts des dynamischen und vom Beschuldigten nicht kontrollierbaren Ablaufs ist es lediglich glücklichen und rein zufälligen Umständen zu verdanken, dass der Privatkläger nicht schwer bzw. lebensgefährlich verletzt wurde. Der Umstand, dass es nur zu einer leichten Verletzung kam, zeigt indes auf, dass der Beschuldigte das Messer nicht mit grosser Kraft und auch nicht mit Schwung einsetzte. Er führte auch nur eine Stichbewegung aus. Bei der Art und Weise des Vorgehens des Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass dieser das Messer in der Wohnung von D. _____ behändigte, um es bei der Fortsetzung der Auseinandersetzung ausserhalb der Liegenschaft bei sich zu haben. Vor dem Einsatz des Messers forderte der Beschuldigte den Privatkläger auf, wegzugehen. Es wäre ihm ohne weiteres möglich gewesen, die Auseinandersetzung auch ohne die Mitnahme und den Einsatz des Messers zu führen bzw. diese ganz zu vermeiden, indem er - als dies der Privatkläger nicht tat - einfach selbst weggegangen wäre. Die objektive Tatschwere ist ausgehend vom vollendeten Delikt der schweren Körperverletzung als keinesfalls mehr leicht einzustufen.

2.2. Beim subjektiven Tatverschulden ist zunächst festzuhalten, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte. Er nahm mit dem Messereinsatz gegen den Halsbereich des Privatklägers in Kauf, dass es angesichts des dynamischen Geschehens zu einer schweren Verletzung des Privatklägers kommen kann. Verschuldensmindernd ist die aufgeheizte Stimmung zu berücksichtigen, kam es doch schon im Vorfeld zu einer verbalen und auch körperlichen Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und dem Privatkläger. Zudem stachelte der Privatkläger den Beschuldigten noch weiter an, indem er sich durch das Zeigen des Messers überhaupt nicht beeindrucken liess, sondern diesen sogar noch provozierte, indem er ihm sagte "mach" bzw. der Beschuldigte solle sich verpissen. Es erhellt von selbst, dass das Anstacheln einer schon aufgebrachten Person de-

ren Gemütszustand weiter aufheizt. Mit der Vorinstanz kann somit festgehalten werden, dass der Privatkläger in bedeutendem Masse zur Eskalation der Situation beitrug und sich der Beschuldigte durch den Privatkläger bedrängt fühlte (vgl. Urk. 49 S. 60). Da der Beschuldigte das Messer aus der Wohnung mitnahm, kann indes entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 49 S. 60) der Messereinsatz nicht als eine Kurzschlusshandlung anlässlich der Auseinandersetzung verstanden werden. Vielmehr muss aus dem Verhalten des Beschuldigten geschlossen werden, dass er den Messereinsatz, zumindest zur Warnung, schon vor der Tat als mögliche Option im Rahmen der Auseinandersetzung erachtete. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt unter der kombinierten Wirkung von Trinkalkohol und Kokain stand (Urk. 9/5). Sowohl die Vorinstanz als auch die Staatsanwaltschaft gehen von einer leichten Einschränkung der Steuerungsfähigkeit aus (Urk. 49 S. 61; Urk. 50 S. 7), welchen Einschätzungen gefolgt werden kann. Durch diese Wirkung war es dem Beschuldigten nicht mehr vollumfänglich möglich, adäquat auf die Provokationen des Privatklägers zu reagieren und es kam zu einer gewissen Enthemmung des Verhaltens des Beschuldigten. Das subjektive Verschulden vermag die objektive Tatschwere daher zu relativieren, so dass nach Würdigung der subjektiven Zumessungsgründe von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen ist. Dies führt ausgehend vom vollendeten Delikt der schweren Körperverletzung - nach wie vor unter Annahme der vollendeten Tatbegehung - zu einer (hypothetischen) Einsatzstrafe von 42 Monaten Freiheitsstrafe.

2.3. Das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs ist beim vollendeten Versuch als verschuldensunabhängige Tatkomponente obligatorisch strafmindernd zu berücksichtigen (Art. 22 in Verbindung mit Art. 48a StGB). Das Ausmass der Minderung hängt unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und den tatsächlichen Folgen der Tat ab; die Reduktion der Strafe ist folglich umso geringer, je näher der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerer die tatsächliche Folge der Tat waren (BGE 121 IV 54). Zwar lag im vorliegenden Fall der Versuch nahe am tatbestandsmässigen Erfolg einer schwerwiegenden Verletzung, indes führte der Beschuldigte das Messer weder mit grosser Kraft noch mit Schwung und dies nur einmal. Angesichts dessen, dass der Beschuldigte nicht

davon ausgehen konnte, dass sich der Privatkläger nicht weiter bewegen würde und es nicht zu dynamischen und daher unkontrollierten Bewegungen seinerseits kommen würde, konnte er den Effekt des von ihm ausgeführten Messereinsatzes nicht eindeutig abschätzen. Mit der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft (Urk. 49 S. 61 und Urk. 50 S. 7) ist von einer mässigen Strafminderung auszugehen, welche zu einer Reduktion der Strafe um 6 Monate Freiheitsstrafe führt.

2.4. Der Notwehrexzess führt zu einer Milderung der Strafe (Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 48a StGB) und ist innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafmindernd zu berücksichtigen. Vorliegend handelte es sich um eine länger dauernde Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und dem Privatkläger. Dabei hat der Privatkläger einen wesentlichen Teil zu dieser Streitigkeit beigetragen und schon in der Wohnung den Beschuldigten am Hals gepackt. Anlässlich der weiteren Auseinandersetzung vor dem Gebäude kam es erstelltermassen zu einer Provokation durch den Privatkläger mit einem weiteren Packen am Hals sowie einer Ohrfeige. Zwar ist das Hervorholen des Messers und dessen Verwendung angesichts des Verhaltens des Privatklägers grundsätzlich als Abwehrhandlung zu werten, indes handelt es sich dabei um einen völlig unverhältnismässigen Einsatz eines sehr gefährlichen Gegenstandes in einer Situation, in welcher Leib und Leben des Beschuldigten nicht in Gefahr waren. Vielmehr gingen die beiden Kontrahenten nach draussen, um die Angelegenheit weiter zu klären, mithin kam es zu einer Pause in der Streitigkeit. Der Beschuldigte hatte in dieser Situation die Möglichkeit, das Messer zu behändigen und nach draussen mitzunehmen. Angesichts dieses Unterbruchs ist die Situation zwar als angespannt, indes das Verhalten des Privatklägers auch mit dessen Provokation und dem Packen am Hals sowie der Ohrfeige nicht als so schwer einzustufen, als dass der Beschuldigte mit mehr als einer handfesten Prügelei hätte rechnen müssen. Gegen eine solche hätte er sich auch mittels der eigenen Körperkraft wehren oder allenfalls auch fliehen können. Die Verwendung eines gefährlichen Messers mit einer Klingenlänge von 14.5 cm gegen den Halsbereich war in dieser Situation offensichtlich übertrieben und verletzt das Prinzip der Proportionalität. Der Abwehrexzess ist daher als erheblich zu bezeichnen und daher nur leicht verschuldensmindernd im Umfang von weiteren 6 Monaten Freiheitsstrafe zu berücksichtigen.

3. Täterkomponenten

3.1. In Bezug auf seine persönlichen Verhältnisse wiederholte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung im Wesentlichen seine bereits vor Vorinstanz deponierten Aussagen (Prot. II S. 5 ff.). Der Beschuldigte stammt aus Somalia und kam mit drei Jahren mit seiner Familie in die Schweiz. Er hat vier Geschwister, nämlich eine ältere und jüngere Schwester sowie zwei jüngere Brüder. Seine jüngere Schwester sowie auch sein Vater verstarben. Nachdem zunächst das Asylgesuch bewilligt wurde, wurde der Beschuldigte in der Folge eingebürgert. Er absolvierte die obligatorische Schule bis zur Sekundarschule B und brach danach das 10. Schuljahr ab, weil es ihm "gestunken" habe. Zwar hatte der Beschuldigte nach einem Praktikum die Möglichkeit für eine Lehrstelle als Koch, trat diese indes nicht an, weil er als Moslem kein Schweinefleisch abschmecken dürfe. Eine Tätigkeit in E._____ sei gemäss Aussagen des Beschuldigten "einfach aufgelöst worden", da Vorkochen für Kinder, nämlich für Kitas in der Stadt Zürich nicht so sein Ding sei. Zwar sei es kein Problem, eine Stelle als Koch zu finden; aber er, der Beschuldigte, habe bisher keine Begleitperson gehabt, welche fürs Bewerben richtig Druck mache. Mit der Unterstützung seiner Sozialarbeiterin wollte der Beschuldigte eine Stelle in einem Restaurantbetrieb suchen. Aufgrund von Knieproblemen habe er aber nicht lange stehen können, weshalb man ihm gesagt habe, er solle eine "Pause" machen. Seit dem 1. Juli 2024 arbeitet der Beschuldigte wieder in der Produktionsküche E._____, einem Betrieb zur Arbeitsintegration. Aufgrund seiner Knieprobleme beträgt sein Pensum 80%. Er verdient dort CHF 1'280.– im Monat und wird darüber hinaus vom Sozialamt unterstützt, welches für die Mietkosten im Betrag von CHF 1'200.– und für die Krankenkassenprämien aufkommt. Der Beschuldigte hat den Zukunftswunsch, einmal ein kleines Restaurant zu führen (Urk. 3/6 F 14; Urk. 30/5-6; Urk. 37 S. 1 ff., Prot. II S. 5 ff. und Urk. 57). Er wohnt alleine und lebt nicht in einer Partnerschaft. Der Beschuldigte verfügt über kein Vermögen, hingegen über Schulden und Beteiligungen in der Höhe von ungefähr CHF 6'000.– bis CHF 7'000.– (Urk. 37 S. 10 f., Prot. II S. 7 f.).

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnisse ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

3.2. Der Beschuldigte hat eine Vorstrafe. Er wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 3. September 2020 wegen Beschimpfung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 30.– unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren sowie zu einer Busse von CHF 300.– verurteilt (Urk. 51). Diese Strafe ist nicht einschlägig und wirkt sich zufolge ihrer Geringfügigkeit nicht straf erhöhend aus.

3.3. Zum Nachtatverhalten ist auszuführen, dass der Beschuldigte mit Bezug auf den Sachverhalt von Beginn an im Grundsatz geständig war und sich auf Notwehr bzw. durch seine Verteidigung auf einen Notwehrexzess berief. Der Beschuldigte floh auch nicht direkt nach der Tatbegehung, sondern brachte den Privatkläger zurück in die Wohnung von D._____ (Urk. 3/1 F 6; Urk. 3/4 F 72; Urk. 3/5 F 3; Urk. 5/1 F 11; Urk. 5/2 F 34 ff.) Vorliegend erscheint - zusammen mit den Ausführungen der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft (Urk. 49 S. 65; Urk. 50 S. 7) - eine Reduktion der Strafe um 6 Monate Freiheitsstrafe angemessen.

3.4. Zusammenfassend resultiert in Würdigung aller Umstände eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten. Das Gericht rechnet die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens erstanden hat, auf die Strafe an (Art. 51 StGB). Vorliegend befand sich der Beschuldigte vom 14. Januar 2023, 00:30 Uhr, bis am 21. Februar 2023, 13:30 Uhr, in Untersuchungshaft (Urk. 15/1 und Urk. 15/9). Damit hat er 39 Tage Haft erstanden, wovon Vormerk zu nehmen ist. Diese 39 Tage sind ihm an die auszusprechende Freiheitsstrafe anzurechnen.

4. Vollzug

Betreffend den Vollzug kommt vorliegend in objektiver Hinsicht sowohl der vollständig bedingte als auch der teilbedingte Vollzug der Freiheitsstrafe in Frage (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 StGB sowie Art. 43 Abs. 1 StGB). Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB wird in subjektiver Hinsicht die günstige Prognose für den Beschul-

digten grundsätzlich vermutet; es genügt das Fehlen der Befürchtung, dass er erneut straffällig werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf (BGE 134 IV 5, E. 4.2.2). Die Vorstrafe vom 3. September 2020 wegen Beschimpfung nach Art. 177 Abs. 1 StGB ist nicht einschlägig und vermag die Vermutung der günstigen Prognose nicht umzustossen. Bei einer Beschimpfung handelt es sich um ein geringfügiges Delikt, welches als Entgleisung zu werten ist. Angesichts der 39 Tage erstandenen Haft sowie der Aussicht auf die Verbüsung einer massgebenden längeren Freiheitsstrafe kann angesichts aller Umstände davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte künftig wohl verhalten wird. Dem Beschuldigten ist daher der bedingte Strafvollzug im gesamten Umfang der ausgefallten Strafe zu gewähren.

Die Probezeit ist mit der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft (Urk. 49 S. 66 f. und Urk. 50 S. 8) auf zwei Jahre festzulegen. Es bestehen keine Gründe für die Festsetzung einer längeren Probezeit.

IV. Kostenfolgen

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf CHF 3'000.– zu veranschlagen. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft unterliegt im Hauptpunkt mit ihrer Berufung. Dementsprechend rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung im Betrag von CHF 3'410.50 inklusive 7,7 % bzw. 8,1 % Mehrwertsteuer und Barauslagen (Urk. 56 und Urk. 60), definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 25. Oktober 2023 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Zivilklage), 5 und 6

(Herausgabe von Gegenständen), 7 (Einziehung Messer) sowie 8 und 9 (Kostenfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte B. _____ ist schuldig der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB (und Art. 16 Abs. 1 StGB).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 39 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'410.50 amtliche Verteidigung (inkl. 7,7 % resp. 8,1 % MWST)
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden definitiv auf die Staatskasse genommen.
6. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
 - den Privatkläger A. _____sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
 - den Privatkläger A. _____

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

- die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Mitteilungen gemäss Dispositivziffern 5 bis 7 des angefochtenen Urteils)
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.
7. 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 I. strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 21. August 2024

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller

lic. iur. Leuthard