

# **BGer 6B 1211/2015 vom 10. November 2016**

Bundesgericht, 2016-11-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1211\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1211_2015)

FR: TF 6B 1211/2015 du 10 novembre 2016

IT: TF 6B 1211/2015 del 10 novembre 2016

## **Regeste**

Vorsätzliche Tötung, begangen im Notwehrexzess; Willkür, Grundsatz in dubio pro reo | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz setze sich bei der Strafzumessung in Widerspruch zu ihren tatsächlichen Feststellungen und lasse verschiedene, verschuldensmindernde Punkte ausser Acht. Die Abwehr sei angemessen, ein allfälliger Exzess entschuldbar.

### **E. 1.2.1**

Die Vorinstanz stellt hinsichtlich des wesentlichen Tatablaufs auf die als glaubhaft beurteilten Aussagen des Beschwerdeführers ab. Sie erachtet es unter Verweis auf die erstinstanzlichen Ausführungen als erwiesen, dass er vor dem Hinterausgang der örtlichen Asylunterkunft gestanden und seine Freundin getröstet habe, als B.\_\_\_\_\_ mit einem Begleiter hinter einem Zaun aufgetaucht sei, ihn laut beschimpft und demonstrativ angestarrt habe. B.\_\_\_\_\_ habe in die eigene Jackentasche und diejenige seines Begleiters gegriffen, die Jacke ausgezogen, mehrmals in seine Hände sowie auf den Zaun geschlagen und eine "Halsabschneide-Geste" gemacht. Alsdann habe er den Zaun übersprungen und sei auf den Beschwerdeführer zugegangen. Dieser habe seine Pistole gezogen, für den anderen sichtbar eine Ladebewegung gemacht und aus einer Entfernung von zwei bis drei Metern drei Schüsse in Richtung des unbewaffneten B.\_\_\_\_\_ abgegeben, welcher, von zwei Schüssen tödlich getroffen, zu Boden gegangen sei. Die Vorinstanz erachtet es als glaubhaft, dass der Beschwerdeführer nicht gezielt habe und dass er sich nur an einen Schuss erinnern könne. Gemäss ihren tatsächlichen Feststellungen hat die gesamte verbale Auseinandersetzung bis zur Schussabgabe weniger als eine Minute gedauert.

### **E. 1.2.2**

In rechtlicher Hinsicht würdigt die Vorinstanz das Vorgehen des Beschwerdeführers als eventualvorsätzliche Tötung. Sie geht von einer Notwehrsituation aus, erachtet aber die Abwehr des Beschwerdeführers als unverhältnismässig. Sie erwägt, er habe angesichts des Verhaltens des Opfers von einer unmittelbar bevorstehenden tätlichen Attacke ausgehen dürfen, noch bevor dieses den Zaun übersprungen habe. Allerdings habe er mangels einer Waffe des ihm körperlich massiv unterlegenen, 25 Kilogramm leichteren und schwächling gebauten, alkoholisierten Angreifers höchstens mit Schlägen rechnen müssen. Massive Verletzungen hätten ihm nicht gedroht. Eine Abwehr des Angriffs mit blosser Körperkraft hätte wohl zur erfolgreichen Verteidigung ausgereicht, zumal er erst bevor gestanden habe.

Dies müsse für den Beschwerdeführer erkennbar gewesen sein. Bei dieser Sachlage erscheine schon der Einsatz einer Schusswaffe weder als erforderlich noch als verhältnismässig. Zudem wäre es dem Beschwerdeführer zumutbar gewesen, einen Warnschuss oder einen Schuss Richtung Beine, anstatt mindestens zweier für sich genommen tödlicher Schüsse auf den Oberkörper des Opfers abzugeben. Sein Vorgehen sei völlig unverständlich, unangemessen und überschreite die Grenzen der zulässigen Notwehr erheblich. Der Notwehrexzess sei bei objektiver Bewertung auch nicht entschuldbar. Da der Getötete lediglich mit blossen Händen auf den Beschwerdeführer zugegangen sei, sei dessen übertriebene Angst angesichts seiner körperlichen Überlegenheit nicht gerechtfertigt gewesen.

### **E. 1.2.3**

Im Rahmen der Strafzumessung erwägt die Vorinstanz, die objektive Tatschwere werde zwar dadurch etwas gemildert, dass die Tat nicht geplant gewesen sei, und sich das Opfer durch die zur Abschreckung gezogene Waffe nicht beeindruckt gezeigt habe. Gleichwohl wiege das objektive Tatverschulden schwer und rechtfertige eine hypothetische Einsatzstrafe von 16 Jahren. Subjektiv liege das Handeln des Beschwerdeführers nahe an der Grenze zum direkten Vorsatz. Er habe die zulässige Notwehr erheblich überschritten, indem er zweimal so auf den Oberkörper des Getöteten gezielt habe, dass jeder einzelne Schuss tödlich gewesen sei. Unter Notwehrgesichtspunkten rechtfertige sich nur eine ganz marginale Strafminderung. Demgegenüber mindere die gutachterlich attestierte, mittelgradig verminderte Schuldfähigkeit das objektive Tatverschulden erheblich. Dies führe, bei einem keineswegs mehr leichten Verschulden, zu einer Reduktion der Einsatzstrafe auf 10 Jahre. Das Nachtatverhalten sei ebenfalls erheblich strafmindernd zu berücksichtigen. Die hypothetische Einsatzstrafe für das Tötungsdelikt sei auf 8 ½ Jahre zu reduzieren und die Gesamtstrafe unter Berücksichtigung des Verstosses gegen das Waffengesetz auf 9 Jahre festzusetzen.

### **E. 1.3.1**

Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren ( Art. 15 StGB ). Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert das Gericht die Strafe ( Art. 16 Abs. 1 StGB ). Überschreitet er die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so handelt er nicht schuldhaft ( Art. 16 Abs. 2 StGB ). Nach der Rechtsprechung muss die Abwehr in einer Notwehrsituation nach der Gesamtheit der Umstände als verhältnismässig erscheinen. Eine Rolle spielen vor allem die Schwere des Angriffs, die durch den Angriff und die Abwehr bedrohten Rechtsgüter, die Art des Abwehrmittels und dessen tatsächliche Verwendung ( BGE 102 IV 65 E. 2a S. 68 mit Hinweisen, insb. BGE 79 IV 148 E. 1). Die Angemessenheit der Abwehr ist aufgrund jener Situation zu beurteilen, in der sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand. Es dürfen nicht nachträglich allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen ( BGE 107 IV 12 E. 3a S. 15 mit Hinweis). Dieser Rechtsprechung folgt die Lehre (vgl. KURT SEELMANN, Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 15 Rz. 12; siehe auch JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, Partie générale, Genève 2008, S. 239 Rz. 718; vgl. zum Ganzen: BGE 136 IV 49 E. 3.1 f. S. 51 f.).

### **E. 1.3.2**

Ein Notwehrexzess ist gemäss Art. 16 Abs. 2 StGB entschuldbar, wenn die Aufregung oder die Bestürzung des Täters allein oder zumindest vorwiegend auf den rechtswidrigen Angriff zurückzuführen ist. Überdies müssen Art und Umstände des Angriffs derart sein, dass sie die Aufregung oder die Bestürzung entschuldbar erscheinen lassen. Nicht jede geringfügige Erregung oder Bestürzung führt zu Strafflosigkeit. Das Gericht hat einen umso strengeren Massstab anzulegen, je mehr die Reaktion des Täters den Angreifer verletzt oder gefährdet. Erforderlich ist, dass es dem Täter aufgrund der Aufregung oder Bestürzung über den Angriff nicht möglich war, besonnen und verantwortlich zu reagieren (vgl. zum Einsatz von Schusswaffen Urteil 6S.734/1999 vom 10. April 2001 E. 4b mit Hinweisen). Insoweit besteht trotz der absoluten Formulierung ein gewisses Ermessen ( BGE 102 IV 1 E. 3b S. 7; zum Ganzen: Urteil 6B\_810/2011 vom 30. August 2012 E. 5.3.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.3.3**

Verschulden im Sinne von Art. 47 StGB ist das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs und bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat ( BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 20). Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt ( BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19). Bei der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungskomponenten steht ihm innerhalb des jeweiligen Strafrahmens ein erheblicher Ermessensspielraum zu ( BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 21). Neben den objektiven und subjektiven Tatumständen (Tatkomponente), wobei dem subjektiven Tatverschulden eine entscheidende Rolle zukommt ( BGE 136 IV 55 E. 5.4 S. 59), sind auch täterbezogene Umstände (Täterkomponente) zu berücksichtigen, die mit der konkreten Straftat nicht im unmittelbaren Tatzusammenhang stehen ( Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB ; vgl. zum Ganzen: Urteil 6B\_510/2015 vom 25. August 2015 E. 1.5 mit Hinweisen).

### **E. 1.4.1**

Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz sah sich der Beschwerdeführer unvermittelt einem einzelnen verbal aggressiven, aber körperlich massiv unterlegenen und unbewaffneten Angreifer gegenüber. Der eigentliche Angriff stand erst bevor, der Angreifer war zum Zeitpunkt der Schussabgabe noch mindestens zwei Meter vom Beschwerdeführer entfernt. Zwar dürfen wie dargelegt (vorne E. 1.3.1) nicht nachträglich allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen. Der Einsatz einer Schusswaffe erscheint aber zu diesem Zeitpunkt objektiv betrachtet nicht als nachvollziehbar. Daran vermag auch der Umstand, dass sich die ganze Auseinandersetzung innert weniger als einer Minute abspielte, nichts zu ändern. Die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, dass bei der Verwendung gefährlicher Werkzeuge praxisgemäss besondere Zurückhaltung geboten ist, da deren Einsatz stets die Gefahr schwererer oder gar tödlicher Verletzungen mit sich bringt ( BGE 136 IV 49 E. 3.3 S. 52 mit Hinweisen). Ihr ist zuzustimmen, wenn sie sinngemäss erwägt, dass es dem körperlich überlegenen, als Fitnessinstructor tätigen Beschwerdeführer zumutbar gewesen wäre, den Angriff - jedenfalls vorerst - mit gleichen Mitteln, also mit blosser Körperkraft abzuwehren und dass dies für ihn erkennbar gewesen sein müsse. Ob er zusätzlich feststellen konnte, ob der Angreifer alkoholisiert war, spielt insofern keine Rolle. An der Unangemessenheit des Schusswaffeneinsatzes ändert nichts, dass der Angreifer von einer weiteren Person begleitet wurde. Es ist unbestritten, dass der Begleiter keine Anstalten machte, sich an der bevorstehenden Auseinandersetzung zu beteiligen und dass er sich nicht aggressiv verhielt.

Der Beschwerdeführer musste daher nicht mit einem Angriff mehrerer Personen rechnen. Nicht gefolgt werden kann ihm, wenn er geltend macht, es hätten deutlich schwerere Verletzungen gedroht, als von der Vorinstanz angenommen. Der Angreifer war unbewaffnet und dem Beschwerdeführer körperlich unterlegen. Schwerste oder gar tödliche Verletzungen, welche den Einsatz der Waffe als gerechtfertigt erscheinen liessen, waren nicht zu befürchten. Erst durch das Ziehen einer Schusswaffe und damit durch sein eigenes Verhalten hat sich der Beschwerdeführer dieser Gefahr ausgesetzt. Der Einsatz der Schusswaffe kann indes nicht mit der Gefahr gerechtfertigt werden, die erst durch deren Verwendung geschaffen wurde. Insofern trifft den Beschwerdeführer ein nicht unerhebliches Mitverschulden an der Verschlimmerung seiner Notwehrlage, was bei der Angemessenheit der Abwehr zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil 6B\_251/2013 vom 24. Oktober 2013 E. 1.2 mit Hinweis). Es entlastet ihn daher nicht, dass der Angreifer allenfalls nach seiner Waffe zu greifen versuchte. Auch, dass der Begleiter des Angreifers ein Messer bei sich getragen hat, rechtfertigt den unmittelbaren Einsatz der Schusswaffe nicht. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass der Beschwerdeführer um die Existenz dieses Messers nicht wusste. Es kann für die Entscheidung zum Schusswaffeneinsatz somit nicht relevant gewesen sein. Der Beschwerdeführer scheint ein milderer Abwehrmittel nie in Erwägung gezogen zu haben, zumal er gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz seine Hand bereits am Griff der Waffe platziert hatte, als der Angreifer noch fluchend auf der anderen Seite des Zauns stand. Gemäss den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen hat er auch nicht auf die Beine des Angreifers gezielt. Hierzu wäre er aber verpflichtet gewesen (vgl. dazu BGE 136 IV 49 E. 3.3 und 4.2 S. 52 f.; Urteil 6B\_1039/2010 vom 16. Mai 2011 E. 2.1.3). Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie erwägt, der Beschwerdeführer habe das zulässige Notwehrrecht gemäss Art. 15 StGB durch den Einsatz der Schusswaffe überschritten und es liege ein Notwehrexzess vor.

#### **E. 1.4.2**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Vorliegen eines entschuldbaren Notwehrexzesses nach Art. 16 Abs. 2 StGB verneint hat. Sie erwägt zu Recht, dass der Angriff nicht besonders schwerwiegend war, sondern von einem einzelnen, unbewaffneten und körperlich unterlegenen Gegner ausging. Die Umstände des Angriffs waren nicht derart, dass sie die Aufregung oder Bestürzung des Beschwerdeführers bei objektiver Betrachtung als entschuldigbar erscheinen liessen. Hierfür ist praxisgemäss ein umso strengerer Massstab anzulegen, je mehr die Reaktion des Täters den Angreifer verletzt oder gefährdet. In casu hat der Beschwerdeführer sein Notwehrrecht erheblich überschritten. Entsprechend schwerwiegend müsste seine Aufregung oder Bestürzung über den Angriff gewesen sein, um anzunehmen, es wäre ihm nicht möglich gewesen, besonnen und verantwortlich, namentlich mit einem milderem Mittel zu reagieren (Urteile 6B\_632/2012 vom 30. Mai 2013 E. 3.7; 6B\_810/2011 vom 30. August 2012 E. 5.3.2; zur Entschuldbarkeit des Affekts beim Totschlag: BGE 108 IV 99 E. 3b S. 102; je mit Hinweisen). Eine solch schwere Aufregung über den Angriff ist nicht ersichtlich. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz ist es bereits im Vorfeld der Tat bei der örtlichen Asylunterkunft zu Vorfällen mit Messerattacken gekommen, und der Beschwerdeführer hat sich gemäss eigenen Angaben just zum Abschrecken möglicher Angreifer bewaffnet. Er kann sich nicht auf eine entschuldbare Aufregung für den Fall berufen, auf den er sich vorbereitet hat, auch wenn ihn der Angriff überrascht und erschreckt hat. Es war im Gegenteil seine Pflicht, auch in diesem Fall besonnen und verantwortlich zu handeln (vgl. Urteile 6B\_632/2012 vom 30. Mai 2013 E. 3.8; 6S.734/1999 vom 10. April 2001 E. 4b).

Die Vorinstanz überschreitet das ihr zustehende Ermessen nicht (vgl. E. 1.3.2). Hingegen ist auch eine übertriebene, allenfalls auf abnorme Elemente in der Persönlichkeit des Täters zurückzuführende Angst, wenngleich nicht schuldausschliessend, bei der Bemessung der konkreten Tatschuld zu berücksichtigen, soweit sie erwiesen ist ( BGE 108 IV 99 E. 3b S. 102; Urteil 6S.180/2004 vom 24. September 2004 E. 1.1).

### **E. 1.4.3**

Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz, wenn sie erwägt, der Beschwerdeführer habe die Grenzen der zulässigen Notwehr deshalb "in völlig unangemessener Weise überschritten", weil er, anstatt einen Warnschuss oder einen Schuss in Richtung Beine des Angreifers abzugeben, mindestens zweimal in Richtung von dessen Oberkörper geschossen habe (Urteil, S. 29). Dabei habe er zweimal so auf den Oberkörper des Angreifers gezielt, dass jeder einzelne dieser Schüsse tödlich gewesen sei (Urteil, S. 32). Der Beschwerdeführer rügt zu Recht, dass sich die Vorinstanz damit in einen unlösbaren Widerspruch zu ihren eigenen Sachverhaltsfeststellungen begibt. Sie erwägt in tatsächlicher Hinsicht, es sei dem Beschwerdeführer zu glauben, dass er überhaupt nicht gezielt, sondern einfach nur geschossen habe. Darüber hinaus hält sie es für nicht widerlegbar, dass er sich nur an eine einzelne Schussabgabe erinnern kann (Urteil, S. 19). Mit diesen tatsächlichen Feststellungen ist die Annahme zweier bewusster und gezielter Schüsse auf den Oberkörper des Angreifers unvereinbar. Dies wird im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sein, da es für die Schwere des Verschuldens eine nicht unerhebliche Rolle spielt, ob der Beschwerdeführer gezielt auf den Oberkörper des Angreifers geschossen hat oder ob dies, wie die Vorinstanz festgestellt hat, nicht der Fall ist. Unter diesen Umständen ist auch die vorinstanzliche Feststellung im Rahmen der Strafzumessung, wonach das Handeln des Beschwerdeführers nahe an der Grenze zum direkten Vorsatz gelegen habe, so nicht haltbar. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen. Die Vorinstanz wird unter Berücksichtigung ihrer tatsächlichen Feststellungen eine neue Strafzumessung vorzunehmen haben. Es erübrigt sich grundsätzlich, auf die weiteren diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers einzugehen. Ihm ist indessen zuzustimmen, dass die von der Vorinstanz festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe von 16 Jahren angesichts der Umstände, namentlich des Vorliegens einer Notwehrsituation, als zu hoch erscheint. Der Beschwerdeführer rügt zu Recht, dass die am obersten Rand des möglichen Strafrahmens angesetzte Einsatzstrafe den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht wird. Sie ist daher nicht mehr vom sachrichterlichen Ermessen gedeckt ( BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61; 135 IV 130 E. 5.3.1 S. 134; 134 IV 17 E. 2.1 S. 19; je mit Hinweisen).

### **E. 2**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden sowohl der Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegner 2 im Umfang ihres Unterliegens grundsätzlich kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung sind gutzuheissen, da von Bedürftigkeit auszugehen ist und die Rechtsbegehren nicht von vornherein aussichtslos waren. Es sind keine Kosten zu erheben (Art. 64 Abs. 1 und 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren im Umfang seines Obsiegens eine angemessene Entschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Diese ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Insoweit wird das Gesuch um

unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Im Umfang des Unterliegens ist der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen ( Art. 64 Abs. 2 BGG ). Dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners 2 ist aus der Bundesgerichtskasse eine reduzierte Entschädigung auszurichten ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.