

# **BGer 6B\_15/2008 vom 2. September 2008**

Bundesgericht, 2008-09-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_15\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_15_2008)

FR: TF 6B\_15/2008 du 2 septembre 2008

IT: TF 6B\_15/2008 del 2 settembre 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Beschwerdeführer rügt sowohl eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts ( Art. 97 Abs. 1 BGG ) als auch die Verletzung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a BGG ).

#### **E. 1.1**

Die erste Instanz erachtete folgenden Sachverhalt als erwiesen:

Der Beschwerdeführer traf sich am Nachmittag / frühen Abend des 10. Dezember 2004 mit O.D.\_\_\_\_\_ im Migros 3 M in Thun. O.D.\_\_\_\_\_ erzählte ihm von seinen Problemen im Zusammenhang mit einem laufenden Strafverfahren und bot ihm zwei Revolver, welche er unter der Jacke trug, zum Verkauf an. Der Beschwerdeführer lehnte das Angebot ab. Anschliessend begab er sich in den Club Bashkim in Uetendorf, wo er mit ca. drei weiteren Personen Karten spielte. Einer der Mitspieler schmiss die Karten hin und verlangte vom Beschwerdeführer vergeblich den Spieleinsatz von Fr. 10.00 zurück. Zusammen mit zwei Kollegen forderte er den Beschwerdeführer auf, nach draussen zu kommen. Dort mischte sich O.D.\_\_\_\_\_ ein und versuchte zu schlichten, woraufhin der Beschwerdeführer die Fr. 10.00 herausgab. Als er an den Tisch zurückkehren wollte, griffen ihn ca. fünf bis sechs Personen - darunter O.D.\_\_\_\_\_ - mit Billardqueues und Stühlen an und verletzten ihn mit einem heftigen Schlag auf den Hinterkopf. Der Beschwerdeführer begab sich nach Hause und verarztete notdürftig seine Wunden. Er wechselte den blutigen Mantel gegen eine Jacke und behändigte eine Pistole. Bevor er in den Club zurückkehrte, telefonierte er mit F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_. Gemeinsam mit letzterem betrat er den Club und setzte sich an den gleichen Tisch wie zuvor. Wenig später trafen F.\_\_\_\_\_, D.H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ im Club ein und setzten sich zu ihnen. Zu diesem Zeitpunkt sass O.D.\_\_\_\_\_ mit anderen Personen zusammen an der Bar. Er trat an den Tisch des Beschwerdeführers und fragte ihn, was er hier mache. Anschliessend forderte er ihn auf, nach draussen zu kommen und drohte ihm mit dem Tod. Der Beschwerdeführer sagte ihm, er solle ihn in Ruhe lassen. Daraufhin begab sich O.D.\_\_\_\_\_ an die Bar und kehrte zum Tisch zurück, wobei er die rechte Hand unter der linken Mantelhälfte hielt. Erneut drohte er dem Beschwerdeführer und forderte ihn auf, nach draussen zu kommen. Plötzlich zog er einen Revolver hervor, lehnte sich über den Tisch und schlug dem Beschwerdeführer so heftig auf die bereits lädierte Stirn, dass diese sofort zu bluten begann. Dem Beschwerdeführer war vor lauter Schmerzen schwarz vor den Augen und er bangte um sein Leben. Er nahm die eigene Pistole hervor, zielte ungefähr in Richtung des Angreifers, welchen er nicht sehen konnte, und schoss zweimal. Dabei traf er O.D.\_\_\_\_\_ am Oberkörper und am rechten Unterarm. Dieser verstarb an den Folgen der Schussverletzungen (vgl. erstinstanzliches Urteil S. 34 ff.).

#### **E. 1.2**

Die Vorinstanz zeigt bei der Beweiswürdigung gegenüber der ersten Instanz in verschiedener Hinsicht Abweichungen und Ergänzungen auf. Im Gegensatz zur ersten Instanz hält sie die Aussagen des Beschwerdeführers nicht generell als in hohem Masse für glaubhaft (angefochtenes Urteil S. 57). Die Vorinstanz hat sich bei der Frage, ob sich O.D.\_\_\_\_\_ aktiv an der Schlägerei beteiligte, ausführlich mit den Aussagen der Beteiligten auseinandergesetzt. Sie geht davon aus, dass dieser sich auf Schlichtungsversuche beschränkte (angefochtenes Urteil S. 68 ff.). Die Aussage des Beschwerdeführers, in den Club zwecks Ermittlung der Namen zurückkehrt zu sein, hält sie für unglaubhaft. Diese Aussage sei sinnlos, wenn O.D.\_\_\_\_\_ derjenige gewesen wäre, der ihm in den Nacken- und Rückenbereich geschlagen hätte. Vor der Ermittlung der Namen hätte der Beschwerdeführer zudem seine Verletzung richtig verarztet oder telefonisch die Namen anfragen können. Ausserdem habe er im Club nicht als erstes den Chef aufgesucht. Aufgrund seiner Erfahrung mit Strafverfahren habe er gewusst, dass er auch zur Polizei gehen könnte, ohne die Namen der Beteiligten zu kennen. Die Vorinstanz folgert, dass der Beschwerdeführer den wahren Grund für die Rückkehr in den Club nicht offen gelegt habe. Sie geht davon aus, dass ihn die Geldrückgabe an einen jüngeren Mann und die Schlägerei kränkten und er durch die Rückkehr an den gleichen Tisch das Territorium rückerobern wollte. Hingegen räumt sie ein, es gebe keine zureichenden Anhaltspunkte zur Annahme, er habe die Waffe zur Ausübung von Rache oder zur Provokation einer Notwehrlage mitgenommen (angefochtenes Urteil S. 75 f.). Die Aussage des Beschwerdeführers, er habe "nur noch schwarz" gesehen, deutet die Vorinstanz nicht als Beeinträchtigung der optischen Wahrnehmungsfähigkeit. Diese Redewendung habe er auch in anderen Zusammenhängen gebraucht. Seine Beschreibung der Schussphase zeige, dass es keine optische Wahrnehmungslücke gegeben habe. So geht sie davon aus, dass er mit "sehenden" Augen schoss (angefochtenes Urteil S. 80). Die Aussage des Beschwerdeführers, wonach ihm O.D.\_\_\_\_\_ mit dem Tod gedroht habe, wertet die Vorinstanz als Schutzbehauptung. Auch diesbezüglich setzt sie sich eingehend mit den Aussagen der Beteiligten auseinander. Die angebliche Drohung lasse sich nicht gestützt auf die vorangegangenen Vorfälle erklären und der Beschwerdeführer habe auch keinen Erklärungsversuch unternommen. Obschon eine Todesdrohung nicht alltäglich sei, seien die betreffenden Schilderungen von F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und vom Beschwerdeführer keineswegs gleichbleibend und kongruent. D.H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ hätten keine für den Beschwerdeführer entlastende Todesdrohung geschildert. Der Beschwerdeführer habe mehrmals ausgesagt, O.D.\_\_\_\_\_ habe ihn zuerst gefragt, was passiert sei. Es sei nicht anzunehmen, dass die Antwort des Beschwerdeführers, ihn in Ruhe zu lassen, bei O.D.\_\_\_\_\_ die Tötungsabsicht ausgelöst habe. Als Beweisergebnis hält die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdeführer weder tatsächlich noch putativ Anhaltspunkte für eine Tötungsabsicht O.D.\_\_\_\_\_s hatte (angefochtenes Urteil S. 81 ff.).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo". Die Vorinstanz habe auf die Durchführung eines Beweisverfahrens vollständig verzichtet, weshalb auf die Erwägungen der ersten Instanz und die Akten zurückzugreifen sei. Die erste Instanz habe seine Aussagen als sehr glaubwürdig erachtet. Seine Aussagen betreffend die Todesdrohungen würden sich sinngemäss mit den Zeugenaussagen der anderen am Tisch anwesenden Männer decken. Demgemäss habe die erste Instanz die impliziten und expliziten Todesdrohungen von O.D.\_\_\_\_\_ festgestellt. Die Vorinstanz übergehe die Zeugenaussagen der anderen Männer und stelle nicht auf seine glaubwürdigen Aussagen

ab. Indem sie die Todesdrohungen verneine, verletzte sie den Grundsatz "in dubio pro reo" (Beschwerde Art. 4 S. 11 ff.). Weiter rügt der Beschwerdeführer eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass er weder tatsächlich noch putativ Anhaltspunkte für Tötungsabsichten D. \_\_\_\_\_s gehabt habe. Dabei habe sie wesentliche Elemente nicht in ihre Beweiswürdigung einbezogen. Die Vorinstanz anerkenne selber, dass O.D. \_\_\_\_\_ eine verdeckt zu seinem Tisch geführte Waffe zückte und ihm auf den bereits lädierten Kopf schlug. Im Beweisergebnis habe sie vernachlässigt, dass er O.D. \_\_\_\_\_ mehrfach gebeten habe, ihn in Ruhe zu lassen. Weiter habe sie nicht festgestellt, wie O.D. \_\_\_\_\_ die Waffe beim Schlag in der Hand gehalten habe und wie schnell die geladene Waffe schussbereit gewesen sei. Die Aufforderung des unvermittelt und ohne Vorankündigung mit einer geladenen Waffe zuschlagenden D. \_\_\_\_\_s, nach draussen zu kommen, könne angesichts der gesamten Umstände willkürfrei nicht anders als eine implizite Todesdrohung gewertet werden. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, er habe keine Anhaltspunkte für Tötungsabsichten D. \_\_\_\_\_s gehabt, sei willkürlich und für den Ausgang des Verfahrens entscheidend (Beschwerde Art. 5 S. 15 ff.).

#### **E. 1.4**

Aus der in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Unschuldsvermutung wird die Rechtsregel "in dubio pro reo" abgeleitet. Als Beweiswürdigungsregel besagt sie, dass sich der Strafrichter nicht von einem für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Bei der Frage, ob angesichts des willkürfreien Beweisergebnisses erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel hätten bejaht werden müssen und sich der Sachrichter von dem für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalt nicht hätte überzeugt erklären dürfen, greift das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung ein, da der Sachrichter diese Frage in Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips zuverlässiger beantworten kann (vgl. BGE 127 I 38 E. 2a S. 40 f., mit Hinweisen). Das Bundesgericht prüft Fragen der Beweiswürdigung nur auf Willkür hin. Willkürlich ist eine Tatsachenfeststellung, wenn der Richter den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn er ein solches ohne ernsthafte Gründe ausser Acht lässt, obwohl es erheblich ist, und schliesslich, wenn er aus getroffenen Beweiserhebungen unhaltbare Schlüsse zieht ( BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9, mit Hinweisen).

#### **E. 1.5**

Die Vorinstanz hat die einzelnen Abweichungen zur Beweiswürdigung der ersten Instanz eingehend begründet und sich ausführlich mit den Aussagen der Beteiligten auseinandergesetzt. Entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers hat sie aufgezeigt, dass die Aussagen betreffend die Todesdrohungen nicht kongruent sind. Dazu hat sie auch die Aussage des Beschwerdeführers, er habe O.D. \_\_\_\_\_ gebeten, ihn in Ruhe zu lassen, berücksichtigt. Es bestehen keine offensichtlich erheblichen bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückenden Zweifel am Beweisschluss der Vorinstanz. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern die Annahme, er habe nicht um sein Leben gefürchtet, offensichtlich unhaltbar ist. Seine Vorbringen erschöpfen sich weitgehend in einer unzulässigen appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil und genügen folglich den Begründungsanforderungen gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nicht (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f., mit Hinweis). Die Vorinstanz konnte, ohne in Willkür zu verfallen, den Sachverhalt als erstellt ansehen. Die Rüge des Beschwerdeführers ist demnach unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Bei der rechtlichen Würdigung ist somit der von

der Vorinstanz ermittelte Sachverhalt massgebend ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Bundesrecht, weil die Vorinstanz das Vorliegen einer Notwehrhandlung bzw. eines entschuldbaren Notwehrexzesses verneint habe. Zur Angemessenheit seiner Abwehr bringt er vor, ein Schlag mit einem geladenen Revolver auf den bereits verletzten Kopf rechtfertige eine unmittelbare Schussabgabe auf den gewalttätigen und bewaffneten Angreifer. Es habe sich um das einzige ihm zur Verfügung stehende Verteidigungsmittel gehandelt, welches den Angriff mit Sicherheit beenden konnte. O.D. \_\_\_\_\_ sei an der Schlägerei während der ersten Phase im Club Bashkim nicht aktiv beteiligt gewesen. Dessen Schlag mit dem Revolver sei deshalb umso überraschender erfolgt und die unbegründete Aggression habe zur verteidigenden Schussabgabe geführt. Auch ein rechtlich gesinnter Mensch wäre durch einen plötzlichen und grundlosen Schlag mit einem geladenen Revolver auf den verletzten Kopf in Aufregung und Bestürzung geraten. Er sei deshalb wegen Notwehr resp. entschuldbarem Notwehrexzess freizusprechen (Beschwerde Art. 8 f. S. 21 ff.).

### **E. 2.2**

Am 1. Januar 2007 ist der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Dieses neue Recht gelangt jedoch auf Taten, welche noch unter Geltung des alten Rechts begangen wurden, nur zur Anwendung, wenn es für den Täter das mildere ist ( Art. 2 Abs. 2 StGB ). Die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ist für die Notwehrregelung unbedeutend (vgl. unveröffentlichter Entscheid 6B\_521/2007 vom 1. Februar 2008 E. 2.1). Deshalb hat die Vorinstanz korrekterweise das alte Recht angewandt.

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 33 aStGB ist derjenige, der ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht wird, oder jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren (Abs. 1). Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen gemäss Art. 66 aStGB. Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so bleibt er straflos (Abs. 2). 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. Die Angemessenheit der Abwehr ist auf Grund jener Situation zu beurteilen, in der sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand. Besondere Zurückhaltung ist bei der Verwendung von gefährlichen Werkzeugen zur Abwehr (Messer, Schusswaffen etc.) geboten, da deren Verwendung stets die Gefahr schwerer oder gar tödlicher Verletzungen mit sich bringt. Angemessen ist die Abwehr, wenn der Angriff nicht mit weniger gefährlichen und zumutbaren Mitteln hätte abgewendet werden können, der Täter womöglich gewarnt worden ist und der Abwehrende vor Einsatz des gefährlichen Werkzeugs das Nötige zur Vermeidung einer übermässigen Schädigung vorgekehrt hat. Auch ist eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter unerlässlich. Doch muss deren Ergebnis für den Angegriffenen, der erfahrungsgemäss rasch handeln muss, mühelos erkennbar sein ( BGE 107 IV 12 E. 3 S. 15, mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Die vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen zur Notwehrsituation fallen sehr knapp aus. Die Vorinstanz bejaht das Vorliegen einer Notwehrlage. Zur Notwehrhandlung führt sie aus, beweismässig habe sich gezeigt, dass sich der Beschwerdeführer nie in Todesgefahr wähnte bzw. nicht glaubte, dass die Waffe von O.D. \_\_\_\_\_ als Schusswaffe eingesetzt werden könnte. Es liege deshalb evidentermassen ein massiver Notwehrexzess vor, indem der Beschwerdeführer seine Pistole mit sofortigem Erschiessen des Angreifers einsetzte. Ein Anwendungsfall von Art. 33 Abs. 2 Satz 2 aStGB - entschuldbare Aufregung oder Bestürzung über den Angriff - liege klarerweise nicht vor. Offensichtlich hätten ihn nicht diese Affekte zum Schiessen bewogen, sondern die Kränkung und der Zorn über den Angriff. Abgesehen davon fehle es auch an der Entschuldbarkeit, bei welcher ein strenger Massstab gelte (angefochtenes Urteil S. 107).

### **E. 2.5**

In rechtlicher Hinsicht ist die Tat unbestrittenermassen als vorsätzliche Tötung zu würdigen. Hingegen sind zur Beurteilung der Notwehrhandlung die genauen Umstände, welche zur Tat geführt haben, aus dem angefochtenen Urteil zu wenig ersichtlich. Insbesondere erwähnt die Vorinstanz bei der Würdigung der Angemessenheit nicht, dass der Beschwerdeführer nach dem Treffen mit O.D. \_\_\_\_\_ im Migros 3 M in Thun wusste, dass dieser einen Revolver auf sich trug und in ein laufendes Strafverfahren verwickelt war. Weiter wird nicht ausgeführt, dass der Beschwerdeführer von den Verbündeten D. \_\_\_\_\_s geschlagen und gedemütigt worden ist. Schliesslich bleibt unerwähnt, dass sich O.D. \_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer genähert, einen Revolver hervorgezogen und ihm auf den bereits verletzten Kopf geschlagen hat. Stehen die genauen Tatumstände - insbesondere der Gemütszustand des Beschwerdeführers und seine subjektive Bedrohungssituation - nicht genügend fest, so ist die Beurteilung der Angemessenheit der Notwehrhandlung bzw. die korrekte Anwendung dieser Gesetzesbestimmung nicht überprüfbar. Der Sachverhalt ist insoweit lückenhaft, weshalb das angefochtene Urteil an einem Mangel leidet und materielles Bundesrecht verletzt. Es ist deshalb aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Tatsachenfeststellung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ; vgl. auch BGE 133 IV 293 E. 3.4.2 S. 295 f., mit Hinweisen).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer wendet sich weiter gegen die Strafzumessung. Diese hat die Vorinstanz bei der nochmaligen Beurteilung - unabhängig von der Bejahung einer Notwehrhandlung resp. eines entschuldbaren Notwehrexzesses - neu vorzunehmen. Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, wertet die Vorinstanz bei der Tatkomponente die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolges zu negativ und lässt entlastende Momente unberücksichtigt. Die Vorinstanz legt lediglich dar, was gegen den Beschwerdeführer spricht (vgl. angefochtenes Urteil S. 128). Zudem ist ihr Hinweis, dem Beschwerdeführer wäre es "ein Leichtes gewesen, auf D. \_\_\_\_\_s Angriff anders zu reagieren", nicht ausreichend zur Begründung des massiven Notwehrexzesses. Selbst bei Bejahung eines solchen erweiterte sich der Strafrahmen nach unten (Art. 33 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 66 aStGB). Wie die Vorinstanz ausführt, handelte der Beschwerdeführer ausserdem in Eventualvorsatz und sein Beweggrund war die Abwehr eines tätlichen Angriffs. Zusammenfassend erscheint unter den gegebenen Umständen eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren als zu hoch. Die Vorinstanz hat zwar die entlastenden Umstände aufgeführt, diese aber zu wenig gewichtet, so dass das angefochtene Urteil überdies an einem inneren

Widerspruch zwischen der Begründung und der ausgefallten Strafe leidet (vgl. BGE 109 Ia 19 E. 5f S. 29, mit Hinweis).

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer beantragt schliesslich die Neubeurteilung der Zivilklage sowie die Aufhebung der Passsperre und die Freigabe der Kautions (Beschwerde Art. 12 f. S. 27). Mangels ausreichender Begründung ist auf die Begehren nicht einzutreten (vgl. Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ).

#### **E. 5**

Demgemäss ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Im Übrigen ist sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird im Umfang seines Unterliegens kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der andere Teil der Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens wäre den mitunterliegenden Beschwerdegegnern 1 - 3 je anteilmässig aufzuerlegen, während dem Kanton Bern gemäss Art. 66 Abs. 4 BGG keine Kosten zu überbinden sind. Indessen kann das von den Beschwerdegegnern 1 - 3 gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand gestützt auf Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG bewilligt werden, da es nicht aussichtslos war und die betreffenden Beschwerdegegner offensichtlich nicht über die erforderlichen Mittel verfügen. Der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegner werden im Umfang ihres Unterliegens gegenseitig entschädigungspflichtig ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). Bei den vorliegenden Verhältnissen rechtfertigt es sich, keine Entschädigungen zuzusprechen. Hingegen ist der Rechtsvertreter der Beschwerdegegner 1 - 3 aufgrund der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege entsprechend dem Antrag aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

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