

MKGE 14 Nr. 34

Mkg, 2021-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_14_Nr_34

FR: ATMC 14 n° 34

IT: STMC 14 n. 34

Erwägungen

E. 1

(...) b) Von der oben erwähnten Frage zu unterscheiden ist, ob der Angeklagte überhaupt dem Militärstrafrecht und damit der Militärgerichtsbarkeit untersteht, was als gleichsam erste Prozessvoraussetzung ebenfalls von Amtes wegen zu prüfen ist. Das Militärgericht

E. 2

(Mil Ger 2) hat in seinem Urteil vom 16. April 2019 zu dieser Frage festgehalten, der Angeklagte unterstehe als Angehöriger des Grenzwachtkorps (GWK) gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) dem Militärstrafrecht und gemäss Art. 218 Abs. 1 MStG der Militärgerichtsbarkeit. Es hat seine Zuständigkeit entsprechend bejaht (Art. 26 Abs. 1 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]) i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 22. November 2017 über die Militärjustiz [MJV; SR 516.41]) und darauf hingewiesen, dass die Zuständigkeit

Nr. 34 209 auch von keiner der Parteien bestritten sei (Urteil Mil Ger 2 I/2). Das Militärappellationsgericht 2 (MAG 2) hat die Zuständigkeit der Militärjustiz in seinem Urteil vom 23. November 2020 ebenfalls bejaht (Urteil MAG 2 Rz. 5).

Das GWK ist gemäss gesetzlicher Definition ein bewaffneter und uniformierter Verband (Art. 91 Abs. 2 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 [ZG; SR 631.0]). Dieser Verband existiert aufgrund einer internen Reorganisation der Zollverwaltung seit dem 1. Januar 2021 nicht mehr als selbständiger, unmittelbar dem Amtsdirektor unterstellter Bereich; aufgelöst wurden auch die in Art. 221e der Zollverordnung vom 1. November 2006 (ZV; SR 631.01) vorgesehenen und in Art. 29 der Zollverordnung EFD vom 4. April 2007 (ZV-EFD; SR 631.011) definierten Grenzwachtregionen (<https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/die-ezv/organisation/operationen.html>); die bis dahin bestehenden Einheiten Zoll und Grenzwachtkorps wurden in den «Direktionsbereich Operationen» zusammengeführt (<https://www.ezv.admin.ch/dam/ezv/de/dokumente/stab/Geschaeftsleitung/Organigramm%20Internet%20v1.3-DE.pdf.download.pdf/Organigramm%20EZV.pdf>).

An die Zugehörigkeit zum GWK knüpfen zahlreiche Bestimmungen des geltenden Rechts an, unter anderem die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6 MStG über die Zuständigkeit sowie die Bestimmung von Art. 232 ZV über die Zulässigkeit des Einsatzes der Schusswaffe. Wohl lässt sich dem öffentlich zugänglichen Organigramm entnehmen, dass sich der erwähnte Direktionsbereich seinerseits aus Zoll und GWK zusammensetzt; zudem ergibt sich aus der Webseite der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV), dass die neu geschaffenen Regionen auch die Grenzwachtregionen umfassen. Es versteht sich allerdings von selbst, dass amtsinterne Reorganisationen und Umbenennungen die von Gesetz- und Verordnungsgeber geschaffenen Strukturen und Zuständigkeiten so lange nicht zu

ändern vermögen, als nicht ein modifiziertes Gesetz in Kraft getreten ist. Wie sicherzustellen ist, dass ab dem 1. Januar 2021 die weiterhin der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Angehörigen des GWK von zivilen, wenngleich gegebenenfalls ebenfalls bewaffneten Angehörigen der Zollverwaltung (Art. 228 ZV) unterschieden werden können, ist nicht vom Militärkassationsgericht abstrakt zu diskutieren; dasselbe gilt für die Frage, wie Anstände über die Zuständigkeit zu entscheiden sind (Art. 223 Abs. 1 MStG). Für die Zuständigkeit der Militärjustiz ist bei der gegenwärtigen Gesetzeslage an jene Funktionen anzuknüpfen, die unter den gesetzlichen Begriff des «Grenzwachtkorps» fallen. Festzuhalten bleibt daher einzig, dass die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit für den vorliegenden Fall weiterhin gegeben ist.

E. 4

(...) b) Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 13 Abs. 2 MStG; Eventualvorsatz). Nach ständiger Rechtsprechung darf das Gericht vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängt, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3).

Vor diesem Hintergrund – und mit Blick auf die mitunter schwierige Abgrenzung der einzelnen Kassationsgründe (E. 2f) – ist zu prüfen, ob das MAG 2 den Sachverhalt willkürfrei Nr. 34

210 erstellt und basierend darauf das Vorliegen eines auf Tötung gerichteten Eventualvorsatzes zutreffend verneint hat. (...)

e) bb) Was den äusseren Sachverhalt anbelangt, ist aufgrund des Gutachtens des Forensischen Instituts Zürich (FOR) erstellt, wo die vom Angeklagten abgegebenen Schüsse in das Fahrzeug eingedrungen sind: Der erste Schuss durchschlug aus einer Distanz von ca. 40 cm die C-Säule, d.h. die Verbindung zwischen Fahrzeugdach und Kotflügeln am Fahrzeugheck, auf der rechten Seite des Fahrzeugs. Das Projektil befand sich am Ende in der hinteren Seitentüre links (Nr. 1). Die zweite Schussabgabe erfolgte als Durchschuss aus einer Distanz von ca. 70 cm durch das Seitenfenster rechts vorne und mutmasslich auch durch den Oberarm des Privatklägers, wobei das Projektil auf dem hinteren linken Sitz zu liegen kam (Nr. 2). Beim dritten Schuss handelt es sich um einen Durchschuss aus einer Distanz von ca. 90 cm durch den rechten Seitenspiegel und durch Reste des Seitenfensters. Das Projektil blieb in der Verkleidung beim Radkasten bzw. der Seitentüre links stecken (Nr. 3). Der vierte Schuss durchschlug aus einer Distanz von ca. 2.6 m die Kühlerhaube. Das Projektil wurde im Batteriekasten aufgefunden (Nr. 4). Die letzte Schussabgabe erfolgte aus einer Distanz von ca. 6.5 m. Das Projektil durchschlug die Windschutzscheibe sowie die Sonnenblende des Beifahrers und steckte in der Kopfstütze des Beifahrersitzes (Nr. 5; Urteil Mil Ger 2 II/7; das MAG 2 nimmt diese Erkenntnisse nur rudimentär in Rz. 30 seiner Urteilsbegründung auf).

cc) Das MAG 2 stellt diese gutachterliche Feststellung zu Recht nicht in Frage. Es beanstandet aber insbesondere, dass das Gutachten «Vorgeschichte, Dynamik und Bedrohungslage» unberücksichtigt lasse (Urteil MAG 2 Rz. 34). Dies trifft zwar zu, der dem FOR erteilte Gutachtensauftrag vom 20. Juni 2017 thematisiert diese Fragen für den abzuklärenden Sachverhalt aber zu Recht nicht (Akten Mil Ger 2 pag. 825). Aufgabe des

technischen Gutachtens ist es, einen Beitrag zur Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts und damit zur Aufklärung des Geschehenen zu leisten und nicht, zu ergründen, was der Angeklagte gewusst und gewollt hat.

Mit Blick auf die für die Beantwortung der Rechtsfrage nach Vorliegen eines Eventualvorsatzes notwendige Sachverhaltsabklärung betreffend Wissen und Willen (E. 2f) kommt das MAG 2 aufgrund der von ihm als glaubhaft erachteten Aussagen des Angeklagten zum Schluss, dieser habe tatsächlich auf den rechten Hinterreifen zielen wollen. Gestützt auf die Unschuldsvermutung (in dubio pro reo) könne nicht angenommen werden, der Angeklagte habe auf das Fahrzeuginnere zielen wollen. Daran ändere auch das Gutachten des FOR nichts.

dd) Auch wenn es dem MAG 2 als zweite Vollinstanz ohne weiteres zusteht, zu anderen Schlüssen als das Mil Ger 2 zu kommen (E. 2a), müssen diese der – beim Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung nach Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP beschränkten – Überprüfung durch das Militärkassationsgericht standhalten (E. 2e).

Mit dem Mil Ger 2 hält auch das Militärkassationsgericht das Gutachten des FOR für schlüssig und widerspruchsfrei begründet. Erstellt ist, dass der Angeklagte aus nächster Nähe fünf Schüsse auf ein schnell rückwärtsfahrendes Fahrzeug abgegeben hat. Aus dem Schussbild ergibt sich, dass der Angeklagte zumindest bei den Schüssen Nr. 2, 3

Nr. 34 211 und 5 und – im Lichte des sich entfernenden Ziels – wohl auch bei Schuss Nr. 4 die Waffe auf das Fahrzeuginnere gerichtet hat. Angesichts dessen stehen die Schlussfolgerungen des MAG 2, der Angeklagte habe ausschliesslich auf den rechten Hinterreifen zielen wollen, im Widerspruch zu den gutachterlichen Sachverhaltsfeststellungen. Zwar hat sich der Angeklagte zweifellos in einer Stresssituation befunden. Er ist aber ein ausgebildeter Schütze im Rang eines Unteroffiziers, so dass nicht ernsthaft davon ausgegangen werden kann, er sei aus nächster Nähe nicht in der Lage, ein gewolltes Ziel zu avisieren.

Aufgrund der Akten kann vielmehr als erstellt gelten, dass der Angeklagte seine Waffe – zumindest bei den Schüssen Nr. 2, 3 und 5 – auf das Fahrzeuginnere richtete. Die Abgabe von Schüssen aus nächster Nähe auf das sich rasch entfernende Fahrzeug war bei dieser Ausgangslage mit der hohen Wahrscheinlichkeit verbunden, den Fahrzeuglenker lebensgefährlich zu treffen. Dies musste dem Angeklagten bewusst gewesen sein. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz ist demzufolge sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis unhaltbar. Es ist folglich das Vorliegen des Kassationsgrundes nach Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP zu bejahen.

ee) Dies hat wiederum Auswirkungen auf die rechtliche Würdigung: Mit dem Mil Ger 2 ist davon auszugehen, dass eine Person, die aus einer kurzen Distanz fünf Mal auf ein sich entfernendes Fahrzeug schießt mit der Absicht, dieses um jeden Preis zu stoppen, und dabei die Waffe auf das Fahrzeuginnere richtet, der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges – der Tötung des Fahrzeuglenkers – sich als so wahrscheinlich aufdrängen muss, dass ihr Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann (E. 4b). Indem der Angeklagte unter den gegebenen Umständen trotz der hohen Wahrscheinlichkeit, den Fahrzeuglenker lebensgefährlich zu treffen, fünf Schüsse auf das Fahrzeug abgab, musste er eine allfällige Todesfolge in Kauf nehmen. Die Eventualvorsatz verneinende gegenteilige Auffassung des MAG 2 hält nicht stand. Es liegt somit auch der Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes nach Art. 185 Abs. 1 Bst.

d MStP vor.

E. 5

a) Angesichts der in E. 4 gezogenen Schlussfolgerungen braucht auf die Frage, ob in der Anklage auf versuchte (eventualvorsätzliche) Tötung auch die vollendete (eventualvorsätzliche) Körperverletzung als mitenthalten gelten kann, an sich nicht eingegangen zu werden. Angemerkt sei aber immerhin Folgendes: Nach dem Wortlaut von Art. 115 Bst. b MStP hat die Anklageschrift dem Angeklagten die gesetzlichen Merkmale der ihm zur Last gelegten Tat, also die Elemente des historischen Vorgangs, vorzuhalten (Anklagegrundsatz). Dabei müssen die dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte sachverhältnissmäßig so präzise umschrieben sein, dass die Vorwürfe objektiv wie subjektiv genügend konkretisiert sind (MKGE 13 Nr. 40 E. 4b). Der Vorwurf der vollendeten (eventualvorsätzlichen) Körperverletzung kann als von der Anklage (und dem Antrag des Auditors an Schranken des Mil Ger 2) ohne weiteres mit erfasst gelten. Das MAG 2 hat sodann anlässlich der von ihm am 23. November 2020 durchgeführten Hauptverhandlung den Parteien mitgeteilt, dass Gericht behalte sich vor, den Sachverhalt unter dem Titel der Körperverletzung zu würdigen (vgl. für das zivile Strafverfahren Art. 344 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312.0]) und dem Angeklagten so das rechtliche Gehör gewährt (act. MAG 2 pag. 106).

Nr. 34

212 b) Nicht weiter einzugehen wäre damit auch auf die unter Anrufung des Kassationsgrundes von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP (wesentlicher Verfahrensfehler) erhobene Rüge des Auditors, das MAG 2 habe in Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift den von ihm anlässlich der Hauptverhandlung vor dem MAG 2 gestellten Antrag abgelehnt, eine auf fahrlässige Körperverletzung im Sinne von Art. 124 MStG lautende Eventualanklage einzureichen (Kassationsbeschwerde Auditor Rz. 31 ff.). Der Auditor übersieht, dass sich das Militärkassationsgericht zu dieser Thematik unter anderem in MKGE 13 Nr. 40 ge- äussert hat. Es hält darin in Zusammenhang mit Mängeln in der Anklageschrift fest, dass im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Militärgericht die Hauptverhandlung unterbrochen oder verschoben werden kann, um die Anklageschrift neu zu erstellen oder zu ergänzen (MKGE 13 Nr. 40 E. 4b in fine, mit Hinweis auf MKGE 9 Nr. 43 E. 3; Art. 143 Abs. 1 MStP). Diese Möglichkeit besteht, wie das Militärkassationsgericht im erwähnten Urteil unter Hinweis auf Art. 181 Abs. 3 MStP weiter festhält, im Verfahren vor dem Militärappellationsgericht nicht mehr. Der blosser Hinweis des Auditors, weil die Regelung von Art. 143 Abs. 1 MStP bereits in Art. 181 Abs. 1 MStP, wonach das Gericht die Hauptverhandlung von sich aus oder auf Antrag nötigenfalls unterbrechen oder verschieben kann, enthalten sei, sei ein weiterer, expliziter Verweis in Art. 181 Abs. 3 MStP nicht nötig gewesen (Kassationsbeschwerde Auditor Rz. 33), ist nicht geeignet, die erwähnte Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts in Frage zu stellen. Die Rüge, es liege ein Kassationsgrund nach Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP vor, erweist sich als unbegründet.

c) Einzugehen ist allerdings auf die Frage, ob das als tatbestandsmässig erkannte Verhalten des Angeklagten durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt war. Das MAG 2 hat eine entsprechende Prüfung vorgenommen, obwohl es bereits ein tatbestandsmässiges Verhalten des Angeklagten verneint hat.

E. 6

(...) c) Bevor auf die Ausführungen des MAG 2 und der Beteiligten einzugehen ist, ist vorab Funktion und Aufgabe des GWK zum Zeitpunkt der Tatbegehung am 19. November 2012 in Erinnerung zu rufen. Auszugehen ist dabei von dem zu diesem Zeitpunkt in Kraft stehenden Recht.

aa) Das GWK ist – wie erwähnt (E. 1b) – ein bewaffneter und uniformierter Verband, der Teil der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) (Art. 91 Abs. 2 ZG). Gemäss Art. 96 Abs. 1 ZG erfüllt die Zollverwaltung im Grenzraum «auch Sicherheitsaufgaben» in Koordination mit der Polizei des Bundes und der Kantone, um zur inneren Sicherheit des Landes und zum Schutz der Bevölkerung beizutragen. Nach Art. 96 Abs. 2 ZG bleiben die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden und der Polizei von Bund und Kantonen gewahrt. Nach Art. 97 ZG kann das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) auf Begehren eines Grenzkantons die Erfüllung polizeilicher Aufgaben im Grenzraum der Zollverwaltung übertragen. Es schliesst mit der kantonalen Behörde eine Vereinbarung über die Aufgaben- und Kostenübernahme ab. Es kann dabei den Abschluss von Vereinbarungen der Zollverwaltung übertragen. Diese Bestimmungen stellen eine Durchbrechung der aufgrund der Bundesverfassung den Kantonen zustehenden Polizeihochheit dar (zur Thematik vgl. die Botschaft vom 6. März 2015 zur Änderung des Zollgesetzes [BBl 2015 2883 ff.], mit welcher per 1. August 2016 auch Art. 96 und 97 ZG geändert worden sind [BBl 2015 2906 ff.]; die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Vereinbarungen ist zweifelhaft

Nr. 34 213 [vgl. etwa Jürg Marcel Tiefenthal, Kantonale Polizeihochheit, 2016, Einführung in die Grundlagen N 15, 35; Art. 12 N 20, mit Hinweisen; Ders., Kantonales Polizeirecht der Schweiz, 2018, § 2 N 21, 40, § 7 N 17, § 35 N 3], aufgrund des Anwendungsgebotes von Art. 190 BV aber hier nicht weiter von Bedeutung). Derartige Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen bestehen sowohl für den Kanton Aargau (vom 18. Oktober / 9. November 2006, Anhänge angepasst per 9. September 2014) wie auch für den Kanton Zürich (vom 10. Oktober 2010 / 31. März 2011; nachfolgend: Vereinbarung ZH). Ihr Inhalt folgt einer Multivereinbarung (vgl. Rudolf Dietrich, in: Kocher/Clavadetscher [Hrsg.], Handkommentar Zollgesetz [ZG], Bern 2009, Art. 97 N 6), ist aber nicht überall identisch. Die Vereinbarung mit dem Kanton Zürich sieht vor, dass das GWK im Grenzraum gewisse Überwachungs- und Fahndungsaufgaben vollziehen kann. Zwingende Voraussetzung dafür ist ein konkreter Zusammenhang solcher Massnahmen mit dem Grenzverkehr und dem Ziel einer Abwehr der daraus erwachsenden Gefahren für die innere Sicherheit (Ziff. 2.4 Vereinbarung ZH). Basis der sicherheitspolizeilichen Befugnisse des GWK im Grenzraum bildet gemäss Ziff. 4.2 der Vereinbarung ZH ein Zusammenhang der Kontrolle mit dem Grenzverkehr resp. mit der Feststellung und Abklärung von Identität, Aufenthaltsrecht und Fahndungsmassnahmen bezüglich der zu kontrollierenden Person und somit letztlich der Minderung der daraus erwachsenden Gefahren für die innere Sicherheit des Landes.

bb) Zwar hat sich der Lebensvorgang, der zu dem zu beurteilenden Sachverhalt führte, als solcher insgesamt in dem von den Kantonen definierten Grenzraum (Kanton Zürich) bzw. Einsatzraum («Polizeitaktischer Einsatzraum» Kanton Aargau) abgespielt. Ob dabei – insbesondere im Lichte der vorstehend für den Kanton Zürich wiedergegebenen Normen – von für das GWK zulässigen Tätigkeiten gesprochen werden kann, scheint jedoch fraglich. Das MAG 2 hat dies ebenso wenig thematisiert wie Fragen im Zusammenhang mit dem in der Anklageschrift des Auditors verwendeten Begriff der Nacheile (Art. 216 StPO). Es ist an sich nicht am Militärkassationsgericht, sich als erste Instanz zu diesen Fragen zu äussern.

d) Nach Art. 15 MStG verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach diesem oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist.

aa) Die vom MAG 2 in seinem Urteil in Rz. 38 wiedergegebenen Rechtsnormen kommen vorliegend als mögliche Grundlage für einen Rechtfertigungsgrund in Frage. Ihnen gemein ist, dass Schusswaffen nur gegenüber Personen eingesetzt werden dürfen, welche eine «schwere Widerhandlung» (Art. 232 Abs. 1 Bst. a ZV) bzw. eine «schwere Straftat» (Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes [Zwangsangwendungsgesetz, ZAG; SR 364]; Art. 11 Abs. 1 und 3 der Verordnung vom 12. November 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes [Zwangsangwendungsverordnung, ZAV; SR 364.3]) begangen haben oder einer solchen verdächtigt werden. Alternativ darf das Personal der Grenzwaache die Schusswaffe auch einsetzen, wenn es aufgrund von Informationen oder persönlichen Feststellungen annehmen darf oder muss, dass Personen eine unmittelbar drohende Gefahr für Leib und Leben anderer darstellen und sich der Festnahme durch Flucht zu entziehen versuchen (Art. 232 Abs. 1 Bst. b ZV). Als schwere Straftat gilt nach Art. 11 Abs. 3 ZAV die ernsthafte Beeinträchtigung von Leib und Leben,

Nr. 34

214 der sexuellen Integrität, der Freiheit oder der öffentlichen Sicherheit. Nach Ziff. 3.1 des Dienstbefehls FGG 6 gelten als qualifizierte Formen einer schweren Widerhandlung namentlich Straftaten, die gegen das Leben und/oder die körperliche oder sexuelle Integrität gerichtet sind.

bb) Selbst wenn eine schwere Straftat im eben beschriebenen Sinn im Raum steht, darf von der Schusswaffe nur Gebrauch gemacht werden, wenn dies als letztes Mittel des Auftrags gelten kann und es die zu schützenden Rechtsgüter rechtfertigen (Art. 11 Abs. 1 ZAG; Art. 106 Abs. 1 Bst. c ZG; Art. 229 Abs. 1 Bst. b ZV; Ziff. 3.3 des Dienstbefehls FGG 6; vgl. auch BGE 136 I 87 E. 4.1). Diese Normen konkretisieren den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. In diesem Sinne hält auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Bezug auf das Recht auf Leben nach Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) fest, dass die Gefährlichkeit des Schusswaffeneinsatzes durch die Polizei in einem angemessenen Verhältnis zur Gefährlichkeit des Flüchtenden stehen müsse (EGMR, Toubache/Frankreich, Urteil vom 7. Juni 2018, Nr. 19510/15, Rz. 41, 45).

cc) Sowohl bei der Frage, ob eine «schwere Straftat» im Sinne der vorstehenden Ausführungen vorliegt, wie auch bei der Frage, ob der Schusswaffeneinsatz verhältnismässig war, handelt es sich um Rechtsfragen; beide beschlagen den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP (Verletzung des Strafgesetzes), dessen Vorliegen das Militärkassationsgericht frei, d.h. ohne Bindung an die Begründung in den Kassationsbeschwerden prüft (E. 2f).

e) aa) Sowohl das MAG 2 als auch die Erstinstanz haben – aufgrund der festgestellten mehrfachen groben Verkehrsregelverletzung des Privatklägers, der zwei Situationen mit konkreter Gefahr für die Sicherheit Dritter bewirkt hat – die Voraussetzungen für die Annahme einer schweren Straftat und für den repressiven Schusswaffeneinsatz als gegeben erachtet. Das MAG 2 hat zudem auch eine unmittelbar drohende Gefahr für Leib und Leben

anderer (präventiver Schusswaffeneinsatz) bejaht. Die Beschwerdeführer stellen nicht in Frage, dass eine schwere Straftat vorliegt.

bb) Die Fluchtfahrt des Privatklägers, der jedenfalls in einem ersten Teil von Bad Zurzach nach und durch Rekingen in Richtung Kaiserstuhl die Höchstgeschwindigkeit von maximal 80 km/h mit einer Geschwindigkeit von bis zu 160 km/h teilweise massiv überschritt (Urteil MAG 2 Rz. 8), wäre nach heutiger Gesetzeslage fraglos ein sog. Raserdelikt im Sinne von Art. 90 Abs. 3 und 4 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01). Sie stellte damit per definitionem ein das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingehendes Verhalten und allenfalls eine Gefährdung des Lebens nach Art. 129 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) dar (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_931/2019 vom 17. Januar 2020 E. 1.3.1). Ein solches Verhalten fällt aufgrund der damit verbundenen Strafandrohung von Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren in die Kategorie des Verbrechens (Art. 12 Abs. 2 MStG). An dieser Wertungsaussage über die Schwere des Delikts ändert dabei nichts, dass die erwähnten SVG-Bestimmungen erst auf den 1. Januar 2013 und damit etwas mehr als einen Monat nach dem Tatzeitpunkt in Kraft getreten sind. Auch im Lichte der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann damit aufgrund des Verhaltens des Privatklägers auf der Fluchtfahrt zu Gunsten des Angeklagten

Nr. 34 215 die Schwere der Straftat bejaht werden (BGE 136 I 87 E. 4.4 mit Hinweisen). Das Militärkassationsgericht ist sich dabei durchaus bewusst, dass die bürgerliche Strafjustiz das Verhalten des Privatklägers «nur» als mehrfache grobe Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von aArt. 90 Ziff. 2 SVG (in Verbindung mit anderen Normen des SVG) gewürdigt hat und sich die von ihr erkannte Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StGB erst nach den Schussabgaben auf der weiteren Flucht ereignet hatte (Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 26. Mai 2015 betreffend Privatkläger [DG140067]). Bereits hier ist freilich darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht schon vor über 35 Jahren klargestellt hat, dass der Umstand allein, dass sich ein zu Kontrollierender der Kontrolle durch Flucht zu entziehen versucht und an der Flucht hartnäckig festhält, noch keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein Vorliegen einer «schweren Straftat» begründet, das gegebenenfalls den Einsatz der Schusswaffe rechtfertigt (BGE 111 IV 113 E. 5; vgl. auch Markus Mohler, Polizeiberuf und Polizeirecht im Rechtsstaat, 2020, 90 f.). Die Ursache der vom Privatkläger auf der Flucht begangenen «Raserfahrt», der Versuch, sich der Kontrolle des GWK zu entziehen, ist denn auch im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu betrachten.

f) aa) Das Mil Ger 2 hat im Rahmen seiner Verhältnismässigkeitsprüfung bereits die Eignung des Schusswaffengebrauchs in Frage gestellt. Dabei hat es unter Verweis auf einschlägige Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass der Schusswaffeneinsatz gegen wegführende Personenwagen in der Regel ein untaugliches Mittel darstellt (Urteil Mil Ger 2 III/3 b/bb unter Verweis auf Gianfranco Albertini/Thomas Armbruster/Beat Spörri, Militärisches Einsatzrecht, 2016, S. 299; sofern aus älteren Bundesgerichtsentscheiden Gegenteiliges abgeleitet werden kann, so erweisen sich diese Ausführungen als überholt). Der Dienstbefehl der Kantonspolizei Zürich vom 9. März 2009, auf dessen Hoheitsgebiet die Schussabgaben stattfanden, hält in diesem Sinne betreffend Verfolgungsfahrten unter I 3.1.1 in Ziffer 4.3. fest, die Schussabgabe auf Karosserie und/oder Pneu sei erfahrungsgemäss ein untaugliches Mittel und daher zu unterlassen (vgl. Kassationsbeschwerde Privatkläger Rz. 48). Auch wenn angesichts des Umstands, dass der Angeklagte innerhalb

des vom Kanton Zürich dem GWK zugestandenem Einsatzraums tätig geworden ist und damit technisch kaum von einer Nacheile im Sinne von Art. 216 StPO gesprochen werden kann und der Schusswaffengebrauch – anders als bei einer «ech-ten» interkantonalen Nacheile – nicht nach dem Polizeirecht des Handlungskantons zu beurteilen ist (Gianfranco Albertini/Thomas Armbruster, in: BSK-StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 216 N 9; darauf basierend François Chaix, in: BSK-CPC, 2. Aufl. 2019, Art. 216 N 6), so ergeben sich auch daraus gleichwohl starke Hinweise auf die generelle Ungeeignetheit. (...)

g) aa) Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit ist zwar grundsätzlich der Moment der Schussabgabe massgebend (E. 6h/bb). Die dieser Situation vorausgehenden Umstände sind dabei aber keinesfalls gänzlich auszublenden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_569/2012 vom 2. Mai 2013 E. 3; EGMR, Makaratzis/Griechenland, Urteil vom 20. Dezember 2004, Nr. 50385/99, Rz. 64 f.). Vorliegend ist entgegen der Auffassung des MAG 2 durchaus von Interesse, dass der Entschluss des Angeklagten, den Privatkläger zu kontrollieren, ohne äusseren Grund erfolgt war und die sich für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes vorausgesetzte «schwere Straftat» erst auf der Flucht ereignet hat. Auch gliederte sich der Privatkläger wieder normal in den Verkehr ein, nachdem ihn der Angeklagte und sein Beifahrer kurzzeitig aus den Augen verloren hatten (vgl. auch BGE 115 IV 162 E. 2, wo der Schusswaffengebrauch ebenfalls erst in der «zweiten Phase» erfolgt ist).

Nr. 34

216

bb) Vorab ist dabei generell die Frage zu stellen, weshalb der Angeklagte überhaupt die erste Verfolgungsfahrt von Bad Zurzach bis Kaiserstuhl gestartet hat. Der Privatkläger hätte einer Routinekontrolle unterzogen werden sollen; konkrete Verdachtsmomente gab es keine. Die Frage akzentuiert sich für die zweite Verfolgungsfahrt von Weiach bis zum Halt bei Kilometer 6.1 auf der A 50, nachdem sich der Privatkläger wieder normal in den Verkehr eingereiht hatte und der Angeklagte als Angehöriger des GWK sich nunmehr auf dem Hoheitsgebiet des Kantons Zürich befand. Dieser stellt für den Einsatz des GWK höhere Anforderungen als der Kanton Aargau, indem er zwingend einen konkreten Zusammenhang der ergriffenen Massnahmen mit dem Grenzverkehr verlangt (E. 6c/aa). Vor diesem Hintergrund erweisen sich die vom Privatkläger aufgeworfenen Fragen, ob mit einem Zugriff nicht hätte zugewartet werden sollen, indem das Anhalten des Privatklägers an geeigneter Stelle organisiert worden wäre, und ob nicht die «unkontrollierbare Situation» bei der Schussabgabe erst durch das «Vorpreschen» des Angeklagten erfolgt sei und damit vermeidbar gewesen wäre (Kassationsbeschwerde Privatkläger Rz. 45.4), als durchaus berechtigt.

cc) Das Urteil des MAG 2 setzt sich weder mit diesen Aspekten noch mit den diesbezüglichen Ausführungen des Mil Ger 2 auseinander. Wohl ist das MAG 2 die zweite Tatsacheninstanz, die zu einer anderen rechtlichen Qualifikation des Sachverhalts gelangen kann als seine Vorinstanz (E. 2a). Auch muss sich sein Urteil nicht ausdrücklich mit jeder Sachbehauptung und jedem rechtlichen Einwand befassen (E. 2d). Es darf jedoch die Frage gestellt werden, ob das Urteil des MAG 2 die Anforderungen an eine hinreichende Begründung wahrt. Dies betrifft vorab die Eignung des Schusswaffeneinsatzes. Zudem berücksichtigt das Urteil bei der Beurteilung der Erforderlichkeit die Vorgeschichte sowie Funktion und Aufgaben des GWK in der Polizeiarbeit (E. 6c) nicht. Schliesslich erweist

sich auch die Güterabwägung bei der sog. Zweck-Mittel-Relation als rudimentär.

h) aa) Weitere Erwägungen hierzu erübrigen sich, weil sich die Auffassung des Mil Ger 2 als zutreffend erweist. Es ist zwar anzumerken, dass sich dessen auf die öffentliche Sicherheit beziehenden Ausführungen bei der Zweck-Mittel-Relation insoweit teilweise widersprüchlich anmuten, als das Mil Ger 2 ebenfalls von einer auf der Fluchtfahrt begangenen schweren Straftat ausgegangen ist. Die übrigen Erwägungen des Mil Ger 2 erweisen sich dagegen als überzeugend. Schussabgaben auffahrende Fahrzeuge sind grundsätzlich ungeeignet, so auch in der vorliegenden Situation, welche das Resultat einer vorangehenden Verfolgungsfahrt darstellt, die zwischendurch unterbrochen worden war. Zu solchen Verfolgungsfahrten hat das Bundesgericht im Übrigen festgehalten, es entwickle sich in entsprechenden Fällen eine Art Zweikampf zwischen Verfolger und Verfolgtem, wobei weniger vernunftmässige Überlegungen als instinktive, durch «sportlichen» Ehrgeiz und Krimi-Szenen geprägte Reaktionen das Verhalten bestimmten (BGE 111 IV 113 E. 5).

bb) Das Militärkassationsgericht verkennt nicht, dass die Aufgaben der Polizei und des GWK in der heutigen Gesellschaft nicht einfach sind (vgl. EGMR, Makaratzis/Griechenland, Urteil vom 20. Dezember 2004, Nr. 50385/99, Rz. 69). Ebenso ist zutreffend, dass darauf abzustellen ist, was der Beamte im Zeitpunkt, in dem er sich zum Gebrauch der Waffe entschliesst, von der Sachlage halten muss (Betrachtung «ex ante»; Urteil des Bundesgerichts 6B_569/2012 vom 2. Mai 2013 E. 2.3.3; Donatsch/Keller, in: Donatsch et Nr. 34 217 al. [Hrsg.], PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, 2018, Vorbem. zu §§ 13-17 N 24). Es ist auch einzuräumen, dass nachträgliche «allzu subtile Überlegungen» darüber, ob der Beamte nicht auf weniger einschneidende Massnahmen hätte zurückgreifen können, keinen Platz haben (Urteil des Bundesgerichts 6B_1211/2015 vom

E. 10

November 2016 E. 1.3.1, allerdings betreffend eine hier nicht vorliegende Notwehrsituation). Gleichwohl ist darauf zu beharren, dass Angehörige von Polizei und GWK, für welche eine vertiefte Aus- und Weiterbildung im polizeitaktischen Vorgehen für die Bewältigung kritischer Situationen unverzichtbar ist (Mohler, a.a.O., 90), auch in Situationen wie der sich dem Angeklagten präsentierenden Überlegungen zur Verhältnismässigkeit machen. Derlei ist mit der Tätigkeit als Polizeibeamter und Angehöriger des GWK untrennbar verbunden (BGE 146 I 97 E. 2.9).

In diesem Kontext ist insbesondere zu ergänzen, dass eine Schussabgabe oft auch ein Risiko mit sich bringt, dass andere Personen getroffen werden könnten als die avisierte Person oder das avisierte Objekt, sei es durch einen «glatten Fehlschuss», sei es durch Abpraller. Dies trifft in der vorliegend zu beurteilenden Situation voll und ganz zu, waren doch – so die Feststellungen des MAG 2 (Urteil MAG 2 Rz. 43) – Bauarbeiter anwesend und fuhren oder standen auf der Normalspur wie üblich Fahrzeuge – dieser Aspekt ist zwingend in die Abwägung einzubeziehen (vgl. BGE 124 I 40 E. 3e; Donatsch/Keller, a.a.O., § 17 N 20). An dieser Stelle ist auf Art. 17 Abs. 4 der Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Polizeibefugnisse der Armee (VPA; SR 510.32) hinzuweisen, wonach bei unverhältnismässiger Gefährdung unbeteiligter Dritter auf den Schusswaffengebrauch zu verzichten ist. Auch wenn – wie erwähnt – in Rechnung gestellt wird, dass Situationen, in denen Schusswaffeneinsätze erforderlich sind, grundsätzlich schnelles Handeln erfordern: Bei einer Sachlage wie der vorliegenden hätte ein umsichtig handelnder Angehöriger des

GWK erkennen können und müssen, dass der Schusswaffengebrauch unverhältnismässig war.

cc) Die Schussabgaben des Angeklagten erweisen sich mithin als nicht verhältnismässig. Der Rechtfertigungsgrund von Art. 15 MStG ist deshalb nicht gegeben.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Angeklagten ein Eventualvorsatz hinsichtlich der Tötung des Privatklägers rechtsgenüchlich nachgewiesen werden kann. Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2, das den Angeklagten von der Anklage der versuchten Tötung freispricht, beruht insoweit auf einer aktenwidrigen Sachverhaltsfeststellung (Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP) und verletzt das Militärstrafgesetz (Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP). Eine Rechtfertigung im Sinne von Art. 15 MStG ist nicht gegeben, weil der Schusswaffengebrauch nicht verhältnismässig war. (...)

Reglement 67.016 dfi MKGE / ATMC / STMC 14 218

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