

## 1. Kernstrafrecht Droit pénal primaire

### 1.1 Schwerpunkt Allgemeiner Teil Accent sur la partie générale

**Nr. 1** Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 10. November 2016 i. S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B\_1211/2015

#### Art. 15 und 16 StGB: Notwehr; Notwehrexzess.

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.

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. Erforderlich ist, dass es dem Täter aufgrund der Aufregung oder Bestürzung über den Angriff nicht möglich war, besonnen und verantwortlich zu reagieren. (Regeste der Anmerkungsverfasserin)

#### Art. 15 et 16 CP: légitime défense; excès de légitime défense.

La proportionnalité de l'acte de défense doit être examinée sur la base de la situation dans laquelle la personne agressée illicitement se trouvait au moment où elle a agi. Il ne faut pas se livrer à de trop subtils raisonnements juridiques a posteriori, portant sur la question de savoir si la personne agressée n'aurait pas pu et dû se limiter à d'autres mesures, moins incisives.

Un excès de légitime défense est excusable au sens de l'art. 16 al. 2 CP lorsque l'état d'excitation ou de saisissement de l'auteur trouve son origine exclusive ou du moins prépondérante dans l'attaque illicite. Il est nécessaire que l'auteur, en raison de son état d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque, fût dans l'incapacité de réagir de manière réfléchie et responsable. (Résumé de l'auteur du commentaire)

#### Art. 15 e 16 CP: legittima difesa; eccesso di legittima difesa.

L'adeguatezza dell'atto di difesa va valutata sulla scorta della situazione in cui la persona aggredita illegalmente si trovava al momento del proprio atto. Non devono es-

sere fatte delle riflessioni ex post di natura troppo sottile, tese a determinare se la persona aggredita, a titolo eventuale, non avrebbe potuto e dovuto limitarsi a ricorrere a misure meno incisive.

Sussiste una legittima difesa discolpante ai sensi dell'art. 16 cpv. 2 CP, quando l'eccitazione o lo sbigottimento dell'autore sono da ricondurre esclusivamente o perlomeno in prevalenza all'aggressione ingiusta. È necessario che, a causa dell'eccitazione e dello sbigottimento per l'aggressione, l'autore non fosse in grado di reagire in modo ragionevole e responsabile. (Regesto dell'autore dell'annotazione)

#### Sachverhalt:

Das BezGer Bülach sprach X. der vorsätzlichen Tötung, begangen im Notwehrexzess, sowie des mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz vom 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, WG; SR 514.54) schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 6½ Jahren. Vom Vorwurf einer weiteren, versuchten vorsätzlichen Tötung sprach es ihn frei.

Auf Berufung des Beschuldigten, der StA und A. hin stellte das OGer ZH den Eintritt der Rechtskraft des bezirksgerichtlichen Urteils insbesondere im Schuldpunkt betreffend Widerhandlung gegen das WG fest. Es bestätigte die weiteren Schuld- und Freisprüche und verurteilte X. unter Anrechnung der erstandenen Haft und des vorzeitigen Strafvollzugs zu einer Freiheitsstrafe von 9 Jahren.

X. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das obergerichtliche Urteil sei hinsichtlich des Schuldspruchs wegen vorsätzlicher Tötung, der Sanktion und der Genugtuung aufzuheben. Er sei in Anwendung von Art. 16 Abs. 2 StGB vom Vorwurf der vorsätzlichen Tötung freizusprechen.

Das BGer heisst die Beschwerde teilweise gut. Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### Aus den Erwägungen:

[...]

1.2.

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.

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 schwächert 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.

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 Einsatz-

strafe für das Tötungsdelikt sei auf 8 ½ Jahre zu reduzieren und die Gesamtstrafe unter Berücksichtigung des Verstosses gegen das Waffengesetz auf 9 Jahre festzusetzen.

### 1.3.

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. SEELMANN, Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 15 Rz. 12; siehe auch 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.).

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 Straflosigkeit. 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).

### 1.4.

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 schwerer 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 milderes 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.

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 entschuldbar 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 milderen 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).

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 [...]. Dabei habe er zweimal so auf den Oberkörper des Angreifers gezielt, dass jeder einzelne dieser Schüsse tödlich gewesen sei [...]. Der Beschwerdeführer rügt zu Recht, dass sich die Vorinstanz damit in einen unlöslichen 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 [...]. 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).

[...]

### Bemerkungen:

I. Das Bundesgericht hält zutreffend fest, dass im vorliegenden Fall eine Notwehrsituation gegeben ist, da ein rechtswidriger Angriff durch B. gegen X. unmittelbar bevorstand (vgl. E. 1.4.1 i. V. m. E. 1.2.2). Es geht dann aber davon aus, dass die Abwehr des X. (drei Schüsse in Richtung des Angreifers B., wovon zwei Schüsse B. tödlich trafen) unverhältnismässig war. Hierbei bestätigt das Bundesgericht weitgehend die Ausführungen der Vorinstanz: Die übertriebene Angst des X. sei nicht gerechtfertigt gewesen. X. hätte den Angriff des nicht bewaffneten B. nicht mit einem Schutzwafeneinsatz abwehren sollen, sondern mit blosser Körpergewalt. Zudem wäre es X. zumutbar gewesen, einen Warn-

schuss oder einen Schuss in Richtung Beine des B. abzugeben. Das Vorgehen von X. überschreite die Grenzen der zulässigen Notwehr erheblich. Deshalb liege keine rechtfertigende Notwehr nach Art. 15 StGB vor (E. 1.2.2 i. V. m. E. 1.4.1).

II. Entgegen seiner eigenen Beteuerung, es seien nicht nachträglich allzu subtile Überlegungen darüber anzustellen, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen (E. 1.4.1), stellt das Bundesgericht im vorliegenden Fall schlussendlich doch sehr hohe Anforderungen an die Besonnenheit und Abgeklärtheit des X. Immerhin liess sich der Angreifer weder durch die gezogene Waffe (E. 1.2.3) noch durch die sichtbare Ladebewegung (E. 1.2.1) beeindrucken. Unklar ist zudem, woher X. mit Sicherheit hätte wissen können, dass der Angreifer unbewaffnet war, ist doch selbst den Erwägungen des Bundesgerichts zu entnehmen, dass der Angreifer allenfalls nach seiner Waffe zu greifen versuchte (E. 1.4.1). Nicht mit Sicherheit ausschliessen konnte X. zudem, dass sich letztendlich nicht auch der Begleiter des Angreifers dem Angriff auf X. (und womöglich zudem auf seine Freundin) anschliessen würde. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb das Bundesgericht die Angst des X. als übertrieben qualifiziert.

Zu Recht weist DUBS darauf hin, dass mit einer allzu subtilen Praxis zur Frage der Angemessenheit von Abwehrreaktionen die Möglichkeit strafloser Notwehr bis zur Bedeutungslosigkeit eingeschränkt werden kann (DUBS, Notwehr, ZStrR 1973, 347). Die vom Bundesgericht aufgestellten Anforderungen an das Verhalten des angegriffenen X. lassen sich wohl nur damit erklären, dass in casu ein typischer Rückschaufehler («Hindsight Bias») vorliegt. Rückblickend und vom sicheren Richtertisch aus lässt sich eine für den Angegriffenen bedrohliche Situation nicht nur sehr viel abgeklärter beurteilen, sondern der Richter verfügt auch über das Wissen, wie sich die Abwehr schlussendlich ausgewirkt hat (vgl. hierzu WOHLERS/PFLAUM, Todesgefährliche Notwehr, in: JOSITSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS [Hrsg.], Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 309 f.).

III.1. Dem Notwehrrübenden verbleibt in seiner bedrängten Lage in der Regel aber nur wenig Zeit zum Nachdenken – so auch im vorliegenden Fall, spielte sich die ganze Auseinandersetzung doch in weniger als 60 Sekunden ab. Nicht zu bestreiten ist zudem, dass ein Angegriffener zum Zeitpunkt des Angriffs das reale Ausmass der Gefahr regelmässig nur schlecht oder schlicht überhaupt nicht einschätzen kann. Dennoch muss er innert Sekundenbruchteilen darüber entscheiden, auf welche Weise und in welchem Ausmass er sich verteidigen will und muss (vgl. WOHLERS/PFLAUM, 306; vgl. zudem MONA/LEU, Tücken der Notwehr, Abirrungen, Irrtümer und allerlei Gefahren für unbeteiligte Dritte bei Notwehrhandlungen, recht 2011, 175), weshalb die Regelungen des Sachverhaltsirrtums (Art. 13 StGB) und des Rechtsirrtums (Art. 21 StGB) nicht ausser Acht gelassen werden können (vgl. hierzu nur WOHLERS/PFLAUM, 300



m. w. N.). Bemerkenswert ist deshalb, dass das Bundesgericht diese Normen in casu mit keinem Wort erwähnt.

Art. 13 StGB (Sachverhaltsirrtum) kommt zur Anwendung, wenn der Notwehrübende irrig davon ausgeht, dass er bereits oder immer noch angegriffen wird (sog. Putativnotwehr, vgl. nur STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 N 112; NIGGLI/MAEDER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 13 N 12 f.), aber auch dann, wenn sich der Notwehrübende tatsächlich in einer Notwehrlage befindet und den Angriff irrigerweise als so gefährlich einschätzt, dass die geübte Abwehr unter den vorgestellten Umständen durchaus zulässig gewesen wäre (STRATENWERTH, § 10 N 114). In diesen Fällen ist nach Art. 13 StGB zugunsten des Notwehrübenden vom Sachverhalt auszugehen, den er sich vorgestellt hat. Eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Deliktsbegehung ist diesfalls ausgeschlossen (vgl. STRATENWERTH, § 10 N 113). Allenfalls haftet der Abwehrende gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB wegen fahrlässiger Herbeiführung des Taterfolgs, wenn sein Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte, d. h., wenn er hätte erkennen können, dass ihm gar kein Angriff drohte (STRATENWERTH, § 10 N 113; vgl. zudem TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: TRECHSEL/PIETH [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 13 N 10 i. V. m. N 6), oder aber er hätte erkennen können, dass der Angriff nicht so gefährlich war, wie er ihn eingeschätzt hatte.

Art. 21 StGB (Rechtsirrtum) greift hingegen dann, wenn der Täter erkannt hat, dass er noch nicht oder nicht mehr angegriffen wird, aber meint, dass er dennoch zu einem Präventivschlag berechtigt ist respektive meint, sich auch dann noch wehren zu dürfen, wenn der Angriff bereits beendet ist (WOHLERS/PFLAUM, 300; NIGGLI/MAEDER, BSK StGB I, Art. 13 N 14 und Art. 21 N 10). Art. 21 StGB findet zudem Anwendung, wenn sich der Täter effektiv in einer Notwehrlage befindet, die Abwehr aber in stärkerem Masse für zulässig erachtet, als dies rechtlich erlaubt ist (STRATENWERTH, § 10 N 114). Gemäss Art. 21 StGB handelt der Täter diesfalls nicht schuldhaft. War der Irrtum jedoch vermeidbar, so führt der Irrtum über die Rechtswidrigkeit lediglich zu einer Strafmilderung.

2. Art. 21 StGB (Rechtsirrtum) ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Zumindest ergibt sich weder aus dem Sachverhalt noch aus den Erwägungen des Bundesgerichts, dass X. der Ansicht war, dass er sich in stärkerem Masse hätte wehren dürfen, als dies rechtlich effektiv erlaubt ist.

Den Erwägungen des Bundesgerichts ist jedoch zu entnehmen, dass X. meinte, dass die ihm drohenden Verletzungen von viel schwerwiegender Natur seien, als von der Vorinstanz und vom Bundesgericht angenommen (E. 1.4.1). Demnach hat X., dem eine mittelgradig verminderte Schuldfähigkeit gutachterlich attestiert ist (E. 1.2.3), den Angriff innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden Zeit von weniger als 60 Sekunden irrigerweise als gefährlicher eingestuft,

als er gemäss Bundesgericht in Wirklichkeit war und sich entsprechend dieser irrigen Vorstellung zu heftig zur Wehr gesetzt. X. befand sich also in einem Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB). Deshalb ist zugunsten von X. vom Sachverhalt auszugehen, den er sich vorgestellt hat.

Sofern X. (irrigerweise) der Ansicht war, dass er sich aufgrund des Angriffs in Lebensgefahr befand, so wäre unter diesem Gesichtspunkt seine geleistete Abwehr nicht (zwingend) als unverhältnismässig einzustufen. Wenn das Bundesgericht in diesem Zusammenhang festhält, dass X. in Bezug auf die Geltendmachung deutlich schwererer drohender Verletzungen nicht gefolgt werden kann und er hätte erkennen müssen, dass er den bevorstehenden Angriff mit blosser Körperkraft hätte abwehren können (E. 1.4.1), so geht es implizit davon aus, dass X. bei pflichtgemässer Sorgfalt seinen Irrtum hätte vermeiden können. In Anwendung von Art. 13 Abs. 2 StGB wäre X. dann aber lediglich wegen fahrlässiger Tötung (Art. 117 StGB) zu bestrafen.

Nur wenn dennoch eine unverhältnismässige Notwehrhandlung vorliegen würde, d. h., selbst unter der Annahme des von X. vorgestellten Sachverhalts, erscheint seine Abwehrhandlung als unverhältnismässig, käme Art. 16 StGB (Notwehrexzess) zum Tragen. Und es wäre erst diesfalls zu diskutieren, ob X. die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff überschritten hat oder nicht (Art. 16 Abs. 2 StGB).

3. Dass das bundesgerichtliche Urteil keine expliziten Ausführungen zum bestehenden Sachverhaltsirrtum und den daraus resultierenden Konsequenzen enthält, mutet seltsam an, vor allem deshalb, weil die mögliche Qualifizierung der Abwehr – bei gleichzeitiger Berücksichtigung des vorliegenden Sachverhaltsirrtums – als verhältnismässig im Hinblick auf die konkrete Sanktion von erheblicher Relevanz für den Täter wäre, beträgt die Maximalstrafe von Art. 117 StGB doch lediglich drei Jahre Freiheitsstrafe.

IV. In Bezug auf Art. 16 Abs. 2 StGB ist einzig darauf hinzuweisen, dass es hierbei nicht um die Entschuldbarkeit der Abwehrhandlung geht, sondern um die Entschuldbarkeit der emotionalen Reaktion (BGE 102 IV 1, 7). Das Bundesgericht stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die Umstände des Angriffs nicht derart waren, dass sie die Aufregung oder Bestürzung von X. bei objektiver Betrachtung als entschuldbar erscheinen liessen (E. 1.4.2). Da es bei Art. 16 Abs. 2 StGB aber darum geht, ob ein Schuldvorwurf erhoben werden kann oder nicht, muss es auf die Person des Beschuldigten ankommen, d. h., ob man ihm persönlich seine Aufregung oder Bestürzung als selbstverschuldet vorwerfen kann oder nicht (vgl. nur DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl. Zürich 2013, 237), und gerade nicht, ob bei objektiver Betrachtung die emotionale Reaktion als entschuldbar gelten kann oder nicht (vgl. WOHLERS/PFLAUM, 306 f. m. w. N.).

Dr. iur. Sonja Pflaum