Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.138/2003 /kra

Urteil vom 26. September 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger,
Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiberin Giovannone.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Rudolf Streuli, Mühlebachstrasse 5, 8810 Horgen,

gegen

A._____,
Beschwerdegegner,
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Einfache Körperverletzung etc. (Notwehr),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer,
vom 14. Februar 2003.

Sachverhalt:
A.
Am 30. Mai 2002 erkannte das Bezirksgericht Zürich, X._____ habe mehrfach ohne Berechtigung eine Waffe getragen und A._____ vorsätzlich an Körper und Gesundheit geschädigt, wobei er von einer Waffe Gebrauch gemacht habe. Es bestrafte ihn dafür mit drei Monaten Gefängnis, bedingt, und setzte ihm eine Probezeit von zwei Jahren an. Ferner stellte das Bezirksgericht fest, dass er dem Geschädigten grundsätzlich zu Schadenersatz verpflichtet sei, und verwies dessen Begehren im Quantitativ auf den Zivilweg. Das Begehren des Geschädigten um Genugtuung wies es ab. Ausserdem zog das Bezirksgericht die beschlagnahmten Waffen ein.
B.
Sowohl X._____ als auch die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und der Geschädigte fochten dieses Urteil an. X._____ verlangte, er sei vom Vorwurf der vorsätzlichen einfachen Körperverletzung freizusprechen. Die Staatsanwaltschaft beantragte, der Schuldspruch sei zu bestätigen und X._____ sei mit zwölf Monaten Gefängnis zu bestrafen. Der Geschädigte beantragte, es sei festzustellen, dass X._____ im Grundsatz zur Zahlung nicht nur von Schadenersatz, sondern auch einer Genugtuung verpflichtet sei. Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, bestätigte darauf den Schuldspruch, verurteilte X._____ zu einer Gefängnisstrafe von sechs Monaten, bedingt, und stellte fest, dass er im Grundsatz zur Zahlung sowohl von Schadenersatz als auch einer Genugtuung verpflichtet sei.
C.
Gegen dieses Urteil erhebt X._____ die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt, die Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung aufzuheben und ihn von diesem Vorwurf freizusprechen. Mit Eingabe vom 9. Mai 2003 ersucht er überdies um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt ist kassatorischer Natur (Art. 277ter Abs. 1 BStP). Auf die Rechtsbegehren kann deshalb eingetreten werden, soweit der Beschwerdeführer beantragt, die Verurteilung wegen einfacher vorsätzlicher Körperverletzung aufzuheben, nicht aber insoweit, als er einen Freispruch verlangt (BGE 118 IV 277 E. 1).
2.
2.1 Die obergerichtliche Verurteilung des Beschwerdeführers ist aufgrund der folgenden Sachverhaltsfeststellungen ergangen:

Der Beschwerdeführer war zur Zeit der Straftat als Hauswart für die Turnhalle des Schulhauses M._____ in Zürich zuständig, in deren Umgebung es damals einen regen Drogenhandel gab. Die Abwarte mussten ihr Augenmerk darauf richten, dass keine Auswüchse auf das Schulareal stattfanden. Sie hatten die Weisung, nicht Zutrittsberechtigte nett, aber bestimmt wegzuweisen und bei Auswüchsen nicht selber tätig zu werden, sondern mittels der ihnen zur Verfügung stehenden Direktwahl die Stadtpolizei anzurufen (Urteil S. 18).

Am 1. Oktober 2000 wollte sich der nachmalige Geschädigte gegen den Willen des Beschwerdeführers Zutritt zur Turnhalle verschaffen, um die Toilette aufzusuchen. Es kam im Eingangsbereich der Turnhalle zu einer verbalen Auseinandersetzung, aus der sich zwischen den beiden Männern eine Schlägerei entwickelte. Dabei ging der Geschädigte, der vorgängig Alkohol konsumiert hatte und den Drang zu urinieren verspürte, ziemlich aggressiv vor und griff den Beschwerdeführer recht massiv tätlich an. Durch Schläge in die Augen, einen Schlag auf den Solarplexus und Stösse in die Hodengegend wurde der Beschwerdeführer in seinen Reaktionsmöglichkeiten eingeschränkt, und es wurden ihm massive Schmerzen zugefügt (Urteil S. 18 f.). Der Beschwerdeführer war dem - zwar etwas kleineren, aber erheblich jüngeren - Geschädigten unterlegen, zumal er im Laufe der Auseinandersetzung in die Knie geknickt war.

In dieser Situation zog der Beschwerdeführer, der im Übrigen vorher ebenfalls Alkohol konsumiert hatte (Blutalkoholgehalt von mindestens 1,41 Gewichtspromille, Urteil S. 13), einen seiner beiden Revolver aus dem Gürtelholster und gab als geübter Schütze aus einer Distanz von ungefähr 1.5 Meter zwei Schüsse auf das Bein des Geschädigten ab. Dabei nahm er in Kauf, dem Geschädigten gewisse Verletzungen zuzufügen (Urteil S. 8).

Das Verhalten des Geschädigten lag nicht ausserhalb der schwierigen Verhältnisse, auf welche sich der Beschwerdeführer bei seiner Tätigkeit als Hilfsabwart im betreffenden Schulhaus eingestellt hatte (Urteil S. 20). Dennoch hat er unmittelbar hintereinander zwei Schüsse abgefeuert, ohne seinen Widersacher durch einen Zuruf oder einen Schuss in die Luft zu warnen, wie dies nach den Ausführungen des Obergerichts ohne weiteres möglich und auch geboten gewesen wäre. Anhaltspunkte, dass eine solche Warnung nicht wirksam gewesen wäre, gibt es nicht (Urteil S. 19).

Durch die Schrotpatronen, mit welchen der Revolver geladen war, erlitt der Geschädigte eine Verletzung, die einen operativen Eingriff und eine langandauernde Einschränkung seiner Arbeitsfähigkeit nach sich zog. Als Dauerschaden verbleiben ihm Belastungsschmerzen im linken Vorderfuss. Die Frage einer allfälligen Teilinvalidität ist noch nicht abschliessend geklärt (Urteil S. 25 f.).
2.2 An diesen vom Obergericht festgestellten Sachverhalt ist das Bundesgericht im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde gebunden (Art. 273 Abs. 1 lit. b, Art. 277bis Abs. 1 BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz richten, oder das Vorbringen neuer Tatsachen sind unzulässig; darauf kann nicht eingetreten werden.
2.3 In rechtlicher Hinsicht geht das Obergericht davon aus, dass der Tatbestand der vorsätzlichen einfachen Körperverletzung erfüllt ist. Des weiteren billigt es dem Beschwerdeführer zu, dass er sich in einer Notwehrsituation befunden habe (Urteil S. 18). Indem er die Waffe aus dem Gürtelholster genommen und sofort ohne Warnruf und ohne Warnschuss zwei Patronen unmittelbar nacheinander auf das Bein des Geschädigten abgefeuert habe, habe er jedoch die Grenzen der erlaubten Notwehr überschritten (Urteil S. 19 f.). Da die Verhaltensweise des Geschädigten im Rahmen der schwierigen Verhältnisse im betreffenden Stadtkreis zu erwarten

gewesen seien, könne ihm nicht zugebilligt werden, dass er die Tat in entschuldbarer Aufregung über den Angriff begangen habe, weshalb auch nicht von einer Bestrafung abgesehen werden könne (Urteil S. 20 f.).
3.
Der Beschwerdeführer macht geltend, das Obergericht habe Art. 33 Abs. 1 StGB nicht richtig angewendet. Ein Notwehrexzess liege nicht vor. Seine Abwehr habe in angemessenem Verhältnis zum Angriff des Geschädigten auf seine körperliche Unversehrtheit gestanden. Angesichts seiner besonderen Fähigkeit, die Waffe verhältnismässig einzusetzen, habe er sich dieses Werkzeugs bedienen dürfen. Zu berücksichtigen sei auch, dass er nur mit Schrot und nicht mit schärferer Munition geschossen habe. Der Angriff sei keine Bagatelle, sondern angesichts seiner Brutalität ernst zu nehmen gewesen. Andere Mittel zur Abwehr hätten ihm nicht zur Verfügung gestanden. Der Angriff auf ihn sei derart heftig und ohne Unterbruch erfolgt, dass er nicht noch habe überlegen können, ob ein Warnruf oder ein Warnschuss angebracht gewesen wäre (Beschwerde S. 3 f.).
3.1 Art. 33 Abs. 1 StGB gibt dem Angegriffenen das Recht, den widerrechtlichen Angriff abzuwehren, soweit die Abwehr verhältnismässig ist. Die gezwungenermassen ungewöhnlichen und oft extremen Sachlagen der Notwehr verbieten ein schematisches Vorgehen. Jede Situation muss für sich selber und in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden. Ob die Reaktion des Angegriffenen als verhältnismässig erscheint, ist vorwiegend eine Frage des Ermessens. Zu ihrer Beantwortung hat der Richter insbesondere der Schwere des tatsächlichen oder drohenden Angriffs sowie der Wichtigkeit des gefährdeten Rechtsgutes einerseits und der Bedeutung des Gutes, das durch die Abwehr verletzt wurde, anderseits Rechnung zu tragen (Urteil 6P.66/2000 vom 22. November 2000 E. 2d; BGE 102 IV 65 E. 2a).

Auch die Art des Abwehrmittels und diejenige seiner tatsächlichen Verwendung sind von Belang. Beim Einsatz von Schusswaffen ist besondere Vorsicht geboten. Wer Schusswaffen mit sich führt, unterliegt einer speziellen Verantwortung; die vom Beschwerdeführer missachtete Bewilligungspflicht ist Ausdruck davon. Er muss sich im Klaren darüber sein, welche Gefahr von der Waffe ausgeht und wie diese im Ernstfall einzusetzen ist. Auch im Falle einer drohenden Körperverletzung rechtfertigt nicht jede Bagatelle den Einsatz einer Feuerwaffe, doch ist der Angegriffene nicht verpflichtet, eine ernst zu nehmende Attacke einfach zu dulden. Wesentlich ist, ob dem Angegriffenen noch andere Mittel oder ein weniger gefährlicher Einsatz der Schusswaffe möglich waren (Urteil 6S.734/1999 vom 10. April 2001 E. 4b; Urteil 6P.66/2000 vom 22. November 2000 E. 2c).
Die Angemessenheit der Abwehr ist dabei auf Grund jener Situation zu beurteilen, in welcher sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand. Es dürfen nicht nachträglich von den Behörden allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen (Urteil 6P.66/2000 vom 22. November 2000 E. 2c; BGE 107 IV 12 E. 3a; 102 IV 65 E. 2a).
3.2 Vorliegend griff der Geschädigte den Beschwerdeführer recht massiv tätlich an und fügte ihm durch Schläge in die Augen, die Brust und die Hodengegend massive Schmerzen zu. Ein solcher Angriff stellt keine Bagatelle dar. Die Abwehr durch die zwei Schrotpatronen, welche der Beschwerdeführer als geübter Schütze auf das Bein des Geschädigten abfeuerte, gefährdete weder dessen Leben noch lebenswichtige Organe. Dies wird dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz denn auch nicht vorgeworfen. Die Abwehr führte jedoch zu einer Körperverletzung mit langwierigen Folgen. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz wäre es dem Beschwerdeführer ohne weiteres möglich gewesen, den Angreifer durch Zuruf oder einen Schuss in die Luft zu warnen. Anhaltspunkte, dass eine solche Warnung nicht wirksam gewesen wäre, gibt es nicht. Mit dem Vorbringen, der Angriff sei derart heftig und ohne Unterbruch erfolgt, dass ihm keine andere Möglichkeit mehr geblieben sei, als sofort zu schiessen, weicht der Beschwerdeführer in unzulässiger Weise vom verbindlich festgestellten Sachverhalt ab. Damit ist er nicht zu hören. Wenn der Beschwerdeführer eine Waffe bei sich trug, musste er im Übrigen wissen, dass er davon nicht unvermittelt und ohne Vorwarnung
Gebrauch machen durfte. Das Obergericht geht demnach zu Recht davon aus, dass er die Grenzen der erlaubten Notwehr überschritten hat.
4.
Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe in entschuldbarer Aufregung über den Angriff des Geschädigten gehandelt. Es habe sich alles in sehr kurzer Zeit abgespielt. Er sei durch die brutale Attacke des Geschädigten, der völlig ausgerastet sei und sich wie ein Berserker aufgeführt habe, völlig überrascht und überrumpelt gewesen und habe ernsthaft um seine körperliche Integrität fürchten müssen (Beschwerde S. 4 f.).
4.1 Nach Art. 33 Abs. 2 Satz 2 StGB bleibt der Abwehrende straflos, wenn er die Grenzen der Notwehr in

entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff überschreitet. Die Straflosigkeit setzt voraus, dass der Abwehrende in Aufregung oder Bestürzung handelt, und sein Zustand als durch die Art und Umstände des Angriffs entschuldbar erscheint. Dabei müssen Art und Ausmass der unangemessenen Abwehr sowie die gesamten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden. Wer den Angriff durch deliktisches Verhalten selber schuldhaft verursacht, kann sich für seine unangemessene Abwehr nicht auf entschuldbare Aufregung berufen (BGE 115 IV 167 E. 4c; 109 IV 5 E. 3; 102 IV 1 E. 3b).
4.2 Der Angriff des Geschädigten war nach den Feststellungen des Obergerichts recht massiv. Der Beschwerdeführer hat ihn nicht provoziert, doch war er an der tätlichen Auseinandersetzung beteiligt und hatte auch zurückgeschlagen (Urteil S. 12). Aufgrund der damaligen Zustände im betreffenden Quartier war mit Auswüchsen auch auf dem Schulareal zu rechnen. Die Abwarte hatten Weisungen, wie sie in solchen Fällen vorzugehen hatten. Weil er sich durch die allgemeine Situation verunsichert fühlte, führte der Beschwerdeführer eine Waffe mit sich. Das Obergericht schliesst daraus, dass dem Beschwerdeführer die schwierigen Rahmenbedingungen bewusst waren. Der Beschwerdeführer kann sich nicht auf eine entschuldbare Aufregung für den Fall berufen, auf den er sich vorbereitet hatte, auch wenn ihn der Angriff überrascht und erschreckt hat. Es war im Gegenteil seine Pflicht, auch in diesem Fall besonnen und verantwortlich zu handeln. Die Vorinstanz konnte somit eine entschuldbare Gemütsbewegung ohne Verletzung von Bundesrecht verneinen.
5.
Nach dem Gesagten ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP). Die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 152 OG kann bewilligt werden, da von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen ist. Überdies hat er den angefochtenen Entscheid mit vertretbaren Argumenten in Frage gestellt (vgl. BGE 124 I 304 E. 2c). Dem Beschwerdeführer werden deshalb keine Kosten auferlegt. Seinem Vertreter wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Rudolf Streuli, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. September 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: