



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

2 StR 329/00

vom

1. Dezember 2000

in der Strafsache

gegen

wegen Körperverletzung mit Todesfolge

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 29. November 2000 in der Sitzung vom 1. Dezember 2000, an denen teilgenommen haben:

Vizepräsident des Bundesgerichtshofes

Dr. Jähne

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Detter,

Dr. Bode,

Rothfuß,

Prof. Dr. Fischer

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt in der Verhandlung

als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin in der Verhandlung,

Justizangestellte bei der Verkündung

als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mühlhausen vom 26. April 2000 aufgehoben.

Der Angeklagte wird freigesprochen.

Die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen hat die Staatskasse zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu der Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung des formellen und materiellen Rechts. Die Revision hat mit der Sachrüge Erfolg und führt zum Freispruch des Angeklagten, weil die Feststellungen des Landgerichts die Verurteilung des Angeklagten nicht tragen und nicht zu erwarten ist, daß in einer neuen Hauptverhandlung weitere zum Schuldnachweis erforderliche Feststellungen getroffen werden können.

Das Landgericht hat im wesentlichen festgestellt:

1. Der 21-jährige Angeklagte war 1950 bei der Grenzpolizei der DDR im Bereich Jützenbach (Kreis Eichsfeld) an der Grenze zur Bundesrepublik Deutschland als Grenzposten tätig. Es gab dort weder Grenzzäune noch Sicherungsanlagen. Die Grenzposten hatten den Auftrag, den damals herrschenden regen Grenzverkehr zu unterbinden und Grenzverletzer festzunehmen. Als Grenzverletzer galten Personen, die die Grenze überschritten - gleich in welcher Richtung - und solche, die sich ohne Erlaubnis in der 5 km tiefen Sperrzone hinter der Grenze aufhielten.

Am 3. September 1950 hatte das spätere Tatopfer V., der in der Bundesrepublik Deutschland wohnte, ohne Erlaubnis die Grenze passiert, um mit dem Fahrrad seine Mutter in der DDR zu besuchen. Innerhalb der Sperrzone traf er auf den Angeklagten und seinen Postenführer H., die durch ihre Uniform als Grenzpolizisten erkennbar waren. H. forderte V. auf stehenzubleiben. Nach diesem Zuruf beschleunigte V. seine Fahrt mit dem Fahrrad. Der Angeklagte und H., die beide mit einem Karabiner K 98 bewaffnet waren, gaben Warnschüsse ab. Da V. seine Fahrt nochmals beschleunigte, zielte der Angeklagte auf den unteren Bereich des inzwischen ca. 150 m entfernten Fahrrads und gab einen Schuß ab. V. wurde von der Kugel in Höhe der Leber-Lungengrenze getroffen und war sofort tot. Der Angeklagte hatte bei dem Schuß die Absicht, V. anzuhalten und festzunehmen. Er nahm eine Körperverletzung des V. durch Treffen der Beine billigend in Kauf, nicht aber dessen Tod, der jedoch für ihn voraussehbar war. Der Angeklagte hielt V. für einen Grenzverletzer, der aber keine darüber hinausgehende Gefahr darstellte.

2. Der Angeklagte war unterrichtet worden, wann und wie er nach den geltenden Dienstvorschriften von der Schußwaffe Gebrauch machen durfte. Er hielt sein Vorgehen nach den damals geltenden Dienstanweisungen und In-

struktionen für rechtmäßig. Für die Grenzposten galten insoweit insbesondere folgende Bestimmungen:

a) Nach § 19 Buchst. a und b der "Dienstanweisung für die Grenzpolizei zur Bewachung der Demarkationslinie in der Sowjetokkupationszone Deutschlands vom 23. August 1947 (Anlage zum Befehl 0155)" war ein Polizist, welcher als Posten zur Überwachung der Demarkationslinie eingesetzt war, verpflichtet, das Überschreiten und Überfahren der Demarkationslinie in die Seite der Sowjetokkupationszone und zurück nicht zuzulassen und Personen, die die Demarkationslinie an beliebigen Stellen zu überschreiten oder überfahren versuchten festzunehmen und dem Polizeikommando oder der Polizeikommandatur zu übergeben.

Gemäß § 20 Buchst. b der Dienstanweisung durfte die Waffe von der Polizei u.a. angewendet werden beim Flüchten der Verletzer der Demarkationslinie, wenn es kein anderes Mittel für ihre Festnahme gab (wie Haltruf, Schuß in die Luft).

b) In der "Instruktion für die Grenzpolizeiorgane zum Schutze der Grenze und der Demarkationslinie der SBZ Deutschlands (Befehl 0116)" heißt es in § 27 Buchst. b, der Posten der Grenzpolizei könne von der Waffe Gebrauch machen bei Flucht des Grenzverletzers, wenn alle anderen Möglichkeiten der Festnahme (Haltrufe, Warnschuß) erschöpft sind.

c) Nach Nr. 221 Abs. 5 der "Instruktion der Deutschen Verwaltung des Innern" vom 20. Juli 1949 hatten die Grenzposten und Grenzstreifen beim Versuch einer Person, die Grenze ohne Berechtigung zu überschreiten, alle Maßnahmen zu ergreifen, diese ohne Waffengebrauch festzunehmen. Dies konnte durch einen Halt- und Warnruf geschehen oder, falls die Person nicht stehen-

blieb, durch einen Warnschuß in die Luft. Blieb auch dies erfolglos, so war, falls nicht noch andere Möglichkeiten der Festnahme gegeben waren, der direkte Waffengebrauch nach den Vorschriften der SMAD (Sowjetische Militäradministration in Deutschland) über den Waffengebrauch der Grenzschutzpolizei gestattet.

d) Gemäß B V. der Sonderanweisung Nr. 1 über Waffengebrauch des Thüringer Ministeriums des Innern vom 23. Februar 1948 hatte der Polizeiangestellte bei der Abgabe von Zielschüssen möglichst auf die Beine zu zielen, damit der Täter zur Aburteilung dem Richter zugeführt werden konnte. Flüchtete der Täter mit einem Fahrzeug, war die Waffenwirkung in erster Linie auf die Unbrauchbarmachung des Verkehrsmittels zu richten.

3. Der Angeklagte meldete den Vorfall bei seiner Dienststelle und holte Hilfe. Er wurde eingehend polizeilich zu den Geschehnissen vernommen. Mit der Untersuchung sollte überprüft werden, ob der Angeklagte und sein Postenführer H. die Dienstanweisungen beachtet hatten, insbesondere, ob sie V. zum Anhalten aufgefordert und sodann Warnschüsse abgegeben hatten. Dies wurde als Ergebnis der Untersuchung bejaht. Von der Einleitung/Einstellung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens konnte sich das Landgericht nicht überzeugen, obwohl ein Schreiben der Hauptverwaltung Deutsche Volkspolizei vom 9. Mai 1951 hierauf hindeutet. Der Angeklagte wurde nach dem Vorfall zu einer anderen Einheit der Grenzpolizei versetzt und schließlich am 30.11.1950 auf seinen Antrag entlassen.

4. Das Landgericht meint, der Angeklagte habe rechtswidrig und schuldhaft gehandelt. Er hätte erkennen können, daß der Schuß auf V. nicht rechtmäßig gewesen sei. Soweit ihm die Unrechtseinsicht gefehlt habe, liege ein vermeidbarer Verbotsirrtum vor. Auch nach § 5 Abs. 1 WStG, § 258 Abs. 1

StGB-DDR sei der Angeklagte nicht entschuldigt, da er habe erkennen können, daß seine Handlung rechtswidrig gewesen sei.

## II.

Die Verurteilung des Angeklagten hält der sachlich-rechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat der Angeklagte den Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge erfüllt. Einen bedingten Tötungsvorsatz hat das Landgericht im Ergebnis ohne Rechtsfehler verneint. Hierdurch ist der Angeklagte nicht beschwert. Auch in einer neuen Hauptverhandlung wären weitergehende Feststellungen zu dem vom Landgericht vermißten Willenselement eines bedingten Tötungsvorsatzes 50 Jahre nach der Tat nicht mehr zu erwarten. Unter diesen Umständen muß auch die vom Landgericht vorgenommene Abgrenzung zwischen bedingtem Tötungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit im Ergebnis nicht beanstandet werden.

2. Entgegen der Annahme des Landgerichts ist aber bereits zweifelhaft, ob die Tat des Angeklagten rechtswidrig war. Es besteht die nicht geringe Wahrscheinlichkeit, daß sie durch die damalige Befehlslage und die dem Angeklagten erteilten Dienstanweisungen gedeckt und damit gerechtfertigt war. Die rechtfertigende Wirkung der damaligen Befehlslage ist nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil erst durch das Grenzgesetz von 1982 eine gesetzliche Grundlage für den Schußwaffengebrauch an der Grenze geschaffen wurde. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß - jedenfalls zur Tatzeit und vor Inkrafttreten des Volkspolizei-Gesetzes von 1968 und des Grenzgesetzes von 1982 - die vom Tatrichter genannten noch aus der Zeit vor der Gründung der DDR stammenden, aber fortgeltenden Befehle, Dienstanweisungen und In-

struktionen als eine ausreichende formelle Rechtsgrundlage angesehen wurden (vgl. BGHSt 40, 241, 242 f.; 41, 101, 103 f.). Die Überprüfung des Verhaltens des Angeklagten hatte zum Ergebnis, daß er nicht gegen die Dienstanweisungen verstoßen hatte. Eine Bestrafung des Angeklagten ist damals nicht erfolgt. Unter diesen Umständen ist zu seinen Gunsten davon auszugehen, daß die bestehende Befehlslage des Jahres 1950 nach der damaligen Staatspraxis der DDR ausreichte, sein Verhalten und den Schußwaffengebrauch gegenüber V. zu rechtfertigen.

Von der Frage, ob das Verhalten des Angeklagten nach dem Recht der DDR, wie es in der Befehlslage und der Staatspraxis angewandt wurde, gerechtfertigt war, ist die weitere Frage zu unterscheiden, ob der so verstandene Rechtfertigungsgrund wegen Verletzung vorgeordneter, auch von der DDR zu beachtender allgemeiner Rechtsprinzipien und wegen eines extremen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip außer Betracht bleiben muß. Allerdings müssen Fälle, in denen ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund als unbeachtlich angesehen wird, auf extreme Ausnahmen beschränkt bleiben. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof die Geltung eines zur Tatzeit angenommenen Rechtfertigungsgrunds beim Schußwaffengebrauch gegenüber Grenzverletzern an der innerdeutschen Grenze dann verneint, wenn er das (bedingt oder unbedingt) vorsätzliche Töten von Personen deckte, die nichts weiter wollten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung anerkannter Rechtsgüter die Grenze zu überschreiten (BGHSt 39, 1, 14 f.; 41, 101, 103 ff.). Nur das Anlegen von Minensperren an der innerdeutschen Grenze wurde auch bei Körperverletzungsvorsatz als offensichtlich rechtswidrig erachtet (BGHSt 44, 204, 208). Ob der Schußwaffengebrauch zum Zweck der Festnahme des Grenzverletzers auf dem Gebiet der DDR auch dann als rechtswidrig anzusehen ist, wenn er nicht mit Tötungs-, sondern mit Körperverletzungsvorsatz er-



folgte, hat der Bundesgerichtshof bisher regelmäßig offengelassen, weil die Angeklagten in den zu entscheidenden Fällen entschuldigt waren und zwar wegen Handelns auf Befehl (§ 258 Abs. 1 i.V.m. § 81 Abs. 3 StGB-DDR; § 5 Abs. 1 WStG [analog] i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB, Art. 315 Abs. 1 EGStGB; BGH NStZ 1993, 488; BGHSt 41, 10, 15, vgl. auch 42, 65, 71; 42, 356, 364) oder zumindest wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (BGHSt 39, 168, 194 f.).

3. Auch im vorliegenden Fall bedarf es keiner abschließenden Erörterung und Entscheidung, ob das Verhalten des Angeklagten rechtswidrig war. Denn sein Verhalten war jedenfalls auf Grund einer entsprechenden Anwendung von § 258 Abs. 1 StGB-DDR, § 5 Abs. 1 WStG, § 7 Abs. 2 Satz 2 UZwG, § 2 Abs. 3 StGB, Art. 315 Abs. 1 EGStGB wegen Handelns auf Befehl entschuldigt.

Zur Tatzeit bestand in der DDR zwar keine gesetzliche Regelung, aus der zu folgern war, unter welchen Voraussetzungen eine auf Befehl begangene rechtswidrige Handlung entschuldigt war. § 5 Abs. 1 WStG und § 7 Abs. 2 Satz 2 UZwG haben für Grenzpolizisten der DDR nicht gegolten; zudem waren diese Vorschriften zur Tatzeit ebenso wenig erlassen wie § 258 Abs. 1 StGB-DDR. Gleichwohl sind diese Vorschriften mit ihrem Regelungsgehalt für die Beurteilung des Schußwaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenze unter dem Gesichtspunkt des mildereren Rechts (§ 2 Abs. 3 StGB, Art. 315 Abs. 1 EGStGB) entsprechend heranzuziehen. Für § 5 Abs. 1 WStG, § 258 Abs. 1 StGB-DDR hat der Bundesgerichtshof dies bereits entschieden (BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 3 = NStZ-RR 1996, 323 ff.). Für § 7 Abs. 2 Satz 2 UZwG, der für den hier betroffenen Bereich der Grenzpolizei sachnäher wäre, gilt nichts anderes. Auch nach dieser Vorschrift trifft den auf Anordnung handelnden Voll-

zugsbeamten eine Schuld nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, daß er durch das Befolgen einer dienstlichen Anordnung eine Straftat begeht. Da sich der Regelungsgehalt dieser Vorschriften inhaltlich entspricht, kann dahingestellt bleiben, welche von ihnen für den Fall des Angeklagten entsprechend anzuwenden ist. Der Schuld-  
ausschließungsgrund entfällt daher nicht - wie das Landgericht meint (UA S. 17) - bereits dann, wenn der Grenzpolizist erkennen konnte, daß sein Handeln rechtswidrig war.

Der Angeklagte handelte im Sinne dieser Vorschriften auf Befehl/Anordnung. Er hatte als Grenzposten den Auftrag, Grenzübertritte zu verhindern und Grenzverletzer festzunehmen, falls erforderlich auch unter Anwendung seiner Dienstwaffe. Teilweise waren die Dienstanweisungen für die Grenzpolizei ausdrücklich als Befehl bezeichnet. Militärische oder polizeiliche Dienstvorschriften enthalten in der Regel Dauerbefehle, die an alle Untergebenen gerichtet sind, die mit den dort bestimmten Tätigkeiten und Aufgaben befaßt sind. Der Befehl/die Anordnung muß nicht persönlich oder für einen konkreten Einzelfall erteilt sein. Auch das Einräumen eines Ermessensspielraums ändert nichts an dem Charakter eines Befehls (vgl. § 2 Nr. 2 WStG; Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz 4. Aufl. § 2 WStG Rdn. 7-11; Riegel in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze § 2 WStG Rdn. 4 jew. m.w.N.). Es ist daher unschädlich, daß der Postenführer H. dem Angeklagten den Schußwaffengebrauch gegen V. nicht befohlen hatte.

Der Angeklagte hat nach den Feststellungen des Landgerichts nicht erkannt, daß er durch den Schußwaffengebrauch gegenüber V. eine - möglicherweise - rechtswidrige Tat beging. Dies war nach den ihm bekannten Umständen auch nicht offensichtlich. Der Strafrechtsverstoß ist nur offensicht-

lich, wenn er jenseits allen Zweifels auf der Hand liegt; eine Prüfungspflicht obliegt dem Soldaten oder Vollzugsbediensteten nicht (BGHSt 39, 1, 33; 39, 168, 189; 40, 241, 250 f.; 41, 10, 15; NStZ 1993, 488; 1995, 286; NStZ-RR 1996, 323 ff.).

Die Anwendung unmittelbaren Zwangs im Grenzbereich einschließlich des Gebrauchs von Schußwaffen ist grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden, wenn dies auf der Grundlage von Regelungen, die mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar sind, erfolgt, um die Flucht möglicher Rechtsbrecher zu verhindern. Der Einsatz der Schußwaffe gegen eine Person, die unerlaubt die Grenze überschritten hat und sich - wie V. - der Festnahme durch die Flucht entziehen will, ist nicht offensichtlich rechtsstaatswidrig (vgl. BGH NStZ 1995, 286 = BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 1 m.w.N.). Die für den Angeklagten zur Tatzeit geltende Befehlslage war - für sich genommen - nicht offensichtlich rechtsstaatswidrig, da sie hinreichende Anhaltspunkte für eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Auslegung der Vorschriften für den Schußwaffengebrauch bot. Bei der Beurteilung der Frage, ob das Verhalten des Angeklagten aus seiner Sicht offensichtlich rechtswidrig war, fällt entscheidend zu seinen Gunsten ins Gewicht, daß er bei seinem Vorgehen gegen V. lediglich dessen Verletzung, nicht aber dessen Tötung billigend in Kauf nahm. Zudem hielt er sich für einen guten Schützen, und die Sichtverhältnisse waren günstig. Da es für die Beurteilung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit auf die dem Angeklagten zur Tatzeit bekannten Umstände ankommt, kann ferner nicht außer Betracht bleiben, daß die Lebenserfahrung des 1950 noch jungen Angeklagten nach Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft von den Einflüssen in der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR geprägt war. Der Sicherung der innerdeutschen Grenze wurde - auch auf Grund der noch von der SMAD bestimmten Befehlslage - von Seiten der DDR schon zu dieser Zeit große Be-

deutung beigemessen, da sie nicht nur die Staatsgrenze, sondern zugleich die Demarkationslinie für den Ostblock bildete. Dies wirkte sich auch auf die persönlichen Erfahrungen des Angeklagten aus, der kurze Zeit vor dem Zusammentreffen mit V. mit Arrest bestraft worden war, weil er aus Nachsicht einen aus der Kriegsgefangenschaft kommenden Grenzverletzer aus Mitleid wieder freigelassen hatte. Daß gerade dieser Vorgang - wie das Landgericht meint - die Erkenntnis des Angeklagten befördert haben könnte, daß der Schußwaffengebrauch auch gegenüber V. nicht rechtmäßig war, ist nicht nachvollziehbar. Die Gesamtwürdigung der Umstände des Tatgeschehens belegt, daß der Schußwaffengebrauch des Angeklagten gegenüber V. jedenfalls nicht **o f f e n s i c h t l i c h** eine rechtswidrige Tat war. Im Ergebnis entspricht diese Wertung der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: Auf Schußwaffengebrauch, auch gegenüber unbewaffneten Grenzverletzern, der nicht mit Tötungsvorsatz einherging, wurde bisher noch in keinem Fall die Verurteilung eines Grenzsoldaten gestützt (vgl. u.a. BGHSt 42, 65, 71; 42, 356, 364). Das Verhalten des Angeklagten bietet keine Besonderheiten, die eine hiervon abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten.

Der Senat hat den Angeklagten entsprechend § 354 Abs. 1 StPO freigesprochen, weil es im Hinblick auf die seit der Tat im Jahre 1950 verstrichene Zeit ausgeschlossen erscheint, daß in einer neuen Hauptverhandlung weitere für einen Schuldspruch erforderliche Feststellungen getroffen werden können.

Jähnke

Detter

Bode

Rothfuß

Fischer