



5 StR 192/07
(alt: 5 StR 21/06)

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 6. März 2008
in der Strafsache
gegen

wegen Totschlags

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. März 2008 beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 8. Dezember 2006 nach § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben. Hiervon bleiben die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen ausgenommen; diese bleiben aufrecht erhalten. Insoweit werden die Revisionen gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten zunächst am 6. September 2005 wegen Körperverletzung im Amt mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Der Senat hat durch Beschluss vom 26. April 2006 (BGHR StPO § 275 Abs. 2 Satz 2 Verhinderung 6) auf die Revision des Angeklagten dieses Urteil wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Daraufhin hat das Landgericht den Angeklagten nunmehr wegen Totschlags zur gleichen Strafe wie im ersten Rechtsgang verurteilt. Auch dieses Urteil kann keinen Bestand haben.

2 1. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 a) Der Angeklagte war zur Tatzeit als Polizeibeamter im Dienst. Am 24. Dezember 2002 gegen 18.15 Uhr betrat der offenbar aus den Niederlanden eingereiste V. mit zwei Mittätern das in einem großen Baukomplex gelegene Mehrfamilienhaus in Hamburg, um dort in der Wohnung einer abwesenden Mieterin im zweiten Obergeschoss zu stehlen. Die Täter brachen die Wohnungstür auf und suchten in mehreren Räumen gleichzeitig nach Stehlgut. Der in der Wohnung darunter wohnende Mieter alarmierte kurz nach 18.30 Uhr wegen wahrgenommener verdächtiger Geräusche telefonisch die Polizei. Aufgrund der Meldung „ , Einbrecher am Werk“ fuhren zwei Funkstreifenwagen, jeweils mit zwei Beamten besetzt, zum Tatort.

4 Der vom Angeklagten gelenkte, mit eingeschaltetem Martinshorn und Blaulicht fahrende Wagen traf um 18.37 Uhr am Tatort ein. Der Angeklagte verließ das Fahrzeug und ging allein zum Haus , während sein Beifahrer, der Zeuge H. als Dienstgruppenleitervertreter für die Einsatzleitung vor Ort zuständig, noch über Funk die Besatzung des zweiten Fahrzeugs einwies, bevor er wenig später dem Angeklagten folgte.

5 Inzwischen hatten V. und seine Mittäter, wahrscheinlich durch Martinshorn und Blaulicht alarmiert, ohne etwas entwendet zu haben, überstürzt die Wohnung verlassen; sie eilten die Treppe hinunter. Alle drei Einbrecher sprangen schließlich am Zwischenpodest zwischen Erdgeschoss und erstem Stockwerk aus einem Fenster ca. 3,40 m tief in den Hof, V. als letzter. Der Angeklagte hatte beim Betreten des Treppenhauses, das während des gesamten weiteren Vorgangs unbeleuchtet blieb, das Trampeln der die Treppe hinuntereilenden Einbrecher und deren Stimmen vernommen. Er hatte seine Dienstwaffe gezogen, eine mit acht Patronen vollständig geladene Selbstladepistole, und sich vorsichtig bis zum Ansatz der ersten Treppe zum

ersten Stockwerk bewegt. In dieser Situation hatte er plötzlich im Dunkeln am Zwischenpodest V. bemerkt – der die Treppe weiter hinunterlaufen wollte und der möglicherweise einen Schraubenzieher in der Hand hatte, den der Angeklagte für eine Schusswaffe hielt –, kurz darauf noch schemenhaft einen weiteren Mittäter, der dann vor V. aus dem Fenster sprang.

6 Unmittelbar nachdem V. sich beim Anblick des Angeklagten umgedreht hatte und als letzter aus dem Fenster gesprungen war, stieg der Angeklagte, der auf das Zwischenpodest geeilt war, in der Absicht, den Tätern zu folgen und ihre Flucht zu verhindern, auf das Fensterbrett und beugte sich mit dem Oberkörper nach außen. Seine Waffe hielt er in der rechten Hand leicht rechts vor dem Körper aus dem Fenster heraus. Er nahm – trotz der ungünstigen Sichtverhältnisse – wahr, dass V. , dem Angeklagten den Rücken zuwendend, sich gerade von seinem Sprung erhob, und stellte für sich fest, dass ihm die Höhe zum Hinterherspringen zu groß war. Um die Flucht V. s dennoch zu verhindern, zielte er auf V. und schoss – gegen 18.39 Uhr – aus einer Entfernung von 3 bis 3,20 m ohne vorherigen Warnruf auf ihn. Dabei nahm er die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs billigend in Kauf. V. wurde im Rücken in einer Höhe von 1,33 m getroffen, lief noch etwa 20 m weit, brach dann zusammen und verstarb wenig später an den Folgen des Lungendurchschusses. Der Angeklagte, der aufgrund des Davonlaufens V. s davon ausging, diesen nicht getroffen zu haben, lief aus dem Haus und versuchte, die weitere Verfolgung der Täter aufzunehmen. Die beiden Mittäter V. s entkamen unerkant.

7 b) Der Angeklagte hat sich – wie bereits im ersten Rechtsgang – unter Berufung auf eine Notwehrlage verteidigt; von den zwei von ihm vom Fenster aus im Hof wahrgenommenen Personen habe eine dunkel gekleidete Person rechts seitwärts zu ihm gestanden, habe den Oberkörper in seine Richtung gedreht, den rechten Arm von unten nach oben hochgezogen und diesen in seine Richtung ausgestreckt. Er habe wegen des gegen ihn erhobenen Armes abgedrückt, zur Verhinderung der Flucht und wegen der Bedrohung

durch die aus seiner Sicht bewaffnete Person. Er habe bei Schussabgabe die Waffe nicht direkt vor sich gehalten, sondern seitlich nach rechts. Er habe bewusst versucht, auf den Körper der dunkel gekleideten Person zu zielen – nicht über Kimme und Korn –, und habe in deren Richtung auch abgedrückt. Auf die links davon befindliche, etwas heller gekleidete Person habe er nicht gezielt.

8 c) Das Landgericht hat die vom Angeklagten geltend gemachte Bedrohungssituation im Wesentlichen durch sich ergänzende Gutachten von zwei Kriminaltechnikern und des Obduzenten widerlegt. Danach hatte das Opfer dem Angeklagten bei Schussabgabe in gebeugter Haltung den Rücken zugewandt.

9 Das Landgericht hat es in seiner Beweiswürdigung ausgeschlossen, dass der Angeklagte versehentlich und damit unwissentlich die von ihm beschriebene zweite links an der Hauswand befindliche Person getroffen hat. Dies hat die Schwurgerichtskammer wegen der vom kriminaltechnischen Sachverständigen bekundeten erheblichen Abweichung der Schusshand in einem solchen Fall um mindestens 35 Grad nach links von der vom Angeklagten nach seinen Angaben gewünschten Zielrichtung ausgeschlossen. Auch der Geschosfundort spreche nicht für die Annahme eines versehentlichen Treffers im Bereich des Aufenthaltsorts des zweiten Einbrechers im Hof.

10 2. Gegen dieses Urteil führen zum einen die Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten, auf die Sachrüge gestützt, zum anderen der Angeklagte, auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützt, die Revision. Beide Rechtsmittel erzielen – in Übereinstimmung mit dem Antrag des Generalbundesanwalts – mit der Sachrüge hinsichtlich der Annahme des Tötungsvorsatzes einen Teilerfolg. Die weitergehenden Revisionen sind unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

- 11 a) Die Verfahrensrügen des Angeklagten, mit denen er geltend macht, das Landgericht habe die richterlichen Vernehmungen der in die USA verzo- genen Zeugen S. , mit deren Verlesung die Verteidigung sich einver- standen erklärt hatte, ohne Rechtsgrundlage verwertet, versagen. Beide die Verlesungen anordnenden Beschlüsse stützen sich inhaltlich eindeutig auf die hier vorliegenden Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 StPO. Das jeweilige Zitat des § 251 Abs. 3 StPO ist ein offen- kundiges Versehen.
- 12 b) Soweit die Revisionen die Beweiswürdigung angreifen, als ungenü- gend erörtert worden sei, ob V. nicht der zweite, links an der Hauswand befindliche Einbrecher gewesen sei, den daher kein zielgerichteter Schuss habe treffen können, bleibt dies ohne Erfolg.
- 13 Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht prüft dessen Überzeugungsbildung nur darauf, ob sie auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Würdigung des Tatrichters mit gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen oder unbe- zweifelbarem Erfahrungswissen unvereinbar ist, Widersprüche oder sonstige Verstöße gegen die Gesetze der Logik enthält oder Lücken aufweist, sich insbesondere nicht mit naheliegenden alternativen Geschehensabläufen be- fasst, obwohl sich dies nach dem Beweisergebnis aufdrängt. Dafür ist es für die revisionsrechtliche Prüfung ohne Belang, ob die vom Tatrichter gezoge- nen Schlüsse zwingend sind und eine abweichende Würdigung der Beweise aus Sicht des Revisionsgerichts ebenso gut möglich oder überzeugender gewesen wäre (BGH NJW 2007, 384, 387, insoweit in BGHSt 51, 144 nicht abgedruckt). Nach diesen Maßstäben ist die Beweiswürdigung des Landge- richts nicht zu beanstanden.
- 14 aa) Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe den rechts vor ihm im Hof in gebeugter Haltung befindlichen Einbrecher V. in den Rücken geschossen, ist das Ergebnis einer vollständigen, nachvollziehbaren

Auswertung der wesentlichen Tatumstände und offenbart deshalb keinen Rechtsfehler (vgl. BGH wistra 2005, 226).

15 Das Landgericht durfte die Einlassung des Angeklagten ohne Verken-
nung von deren Sinn dahingehend verstehen, dass der Angeklagte auf die
Person – wenigstens untechnisch – gezielt hat, die er treffen wollte und dann
auch getroffen hat. Zwar hat er dies – eher verklausuliert – so formuliert,
dass er bewusst versucht habe, auf den Körper der auf dem Hof rechts be-
findlichen Person zu zielen – nicht über Kimme und Korn –, und in deren
Richtung auch abgedrückt habe. Das – unter den obwaltenden Umständen
freilich nur eingeschränkte – Zielen auf eine bestimmte Person folgt aber
zwanglos aus der weiteren Angabe des Angeklagten, auf die zweite Person
„habe er auch nicht gezielt“ (UA S. 24). Dass es sich bei der hiernach auch
getroffenen Person um den zu Tode gekommenen Einbrecher V. gehan-
delt hat, der als letzter aus dem Fenster gesprungen war und vom Angeklag-
ten vom Fenster aus auf der rechten Seite des Hofes wahrgenommen wurde,
basiert auf einer von Sachverständigen plausibel dargelegten Bewertung der
Umstände der Schussabgabe, der Auffindeorte des Geschosses und der
Geschosshülse, der Schussentfernung von höchstens lediglich etwas über
drei Metern und der sich aus den Durchschüssen des Körpers des Opfers
und dessen Jacke ergebenden Umstände vor dem Hintergrund der festge-
stellten räumlichen und zeitlichen Gegebenheiten des Geschehensablaufs.

16 Angesichts dieses, sich aus einer komplexen Beweisaufnahme erge-
benden Beweisergebnisses erweist sich die von den Revisionen vorgetrage-
ne Kritik an einer in einem Obersatz des Landgerichts enthaltenen Wertung
(UA S. 25), der Angeklagte habe sich dahingehend eingelassen, dass sich
„das spätere Opfer“ (mit ausgestrecktem Arm und einer Waffe in der Hand)
zu ihm umgedreht habe, als bloße überschießende zusammenfassende
Würdigung und nicht als eine fehlerhafte Verkennung der Einlassung des
Angeklagten.

- 17 bb) Das Landgericht war auch nicht genötigt, sich vertiefend mit der Möglichkeit eines versehentlichen Fehlgehens des Schusses unter dem Aspekt einer Opferverwechslung im Blick auf unterschiedliche Angaben zum Grad der Dunkelheit der Kleidung der drei Einbrecher auseinanderzusetzen. Der Angeklagte hat – wie dargelegt – nach seiner Einlassung auf einen dunkel gekleideten Einbrecher geschossen. Die Jacke des Opfers war anthrazitfarben, mithin dunkel (UA S. 29). Drei Zeugen haben zwei dunkel gekleidete, offensichtlich flüchtende Männer in größerer Entfernung vom Tatort gesehen (UA S. 19). Bei dieser Beweislage bedurfte die Einlassung des Angeklagten, der andere im Hof weiter links befindliche Einbrecher sei – im Spektrum dunkler Kleidung – heller bekleidet gewesen, keiner näheren Betrachtung.
- 18 c) Indes halten die Erwägungen, auf die das Landgericht das Willens-
element des bedingten Tötungsvorsatzes stützt, der sachlichrechtlichen Prüfung nicht stand (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 38 und 39). Die Schwurgerichtskammer hat hierfür den Angeklagten belastende Umstände herangezogen, die durch die Feststellungen nicht belegt sind. Ferner hat sie festgestellte, für den Angeklagten günstige Umstände nicht erwogen (vgl. BGHSt 14, 162, 164 f.; 29, 18, 20).
- 19 aa) Das Landgericht hat dem Angeklagten ein „übermotiviertes Handeln im Alleingang“ (UA S. 42) angelastet, das zudem bestimmt war „von dem Ziel, die Flucht des Einbrechers zu verhindern“, und „seiner Einstellung, als Polizist keinen Einbrecher laufen zu lassen“, entsprach (UA S. 42). Es war indes die dienstliche Pflicht des Angeklagten, den Täter eines qualifizierten Einbruchdiebstahlsversuchs auf frischer Tat – soweit nach den tatsächlichen Gegebenheiten möglich und rechtlich erlaubt – festzunehmen. Ein „übermotiviertes Handeln“ des Angeklagten ist damit gerade nicht festgestellt.
- 20 Soweit das Landgericht im „Alleingang“ des Angeklagten ein Indiz für dessen bedingten Tötungsvorsatz findet, nimmt es offenbar Bezug auf die

Situation, als der Angeklagte zusammen mit seinem Vorgesetzten H. am Ort des Geschehens eintraf. Dabei stellt das Landgericht nicht in Rechnung, dass der Grund des anfänglichen „Alleingangs“ des Angeklagten im Verhalten des Vorgesetzten H. lag, welches an anderer Stelle des Urteils (UA S. 22) als „dienstpflichtwidrig“ bezeichnet wird. Soweit der Angeklagte in einer Vernehmung auf die Frage, warum er geschossen habe, erklärt hat, er lasse keinen Einbrecher laufen, dafür sei er ausgebildet und das sei seine Pflicht als Polizeibeamter (UA S. 25), gibt dies nur das Motiv des Angeklagten für den Gebrauch der Schusswaffe als letztes Mittel zur Festnahme überhaupt wieder, bietet aber noch keinen tragfähigen Schluss auf die Billigung einer Todesfolge.

21 bb) Zudem lässt das Landgericht Gesichtspunkte außer Betracht, die jeweils ein Indiz gegen das Vorliegen bedingten Tötungsvorsatzes ergeben können.

22 Nach Kenntnisnahme vom Tod des Einbrechers äußerte der Angeklagte „Ach du Scheiße“ und setzte sich benommen wirkend, so als könne er nicht glauben, was passiert sei. Später weinte er und äußerte fassungslos, fast wie im Selbstgespräch: „Auf dem Schießstand trainiert man so etwas ständig und trifft so gut wie nie, und nun reicht ein Schuss“ (UA S. 15; vgl. hierzu LG Hamburg, Urteil vom 6. September 2005, S. 18 f. in der vorliegenden Sache; vgl. ferner BGH NStZ 2002, 143).

23 Des Weiteren durfte das Landgericht den Umstand nicht unerörtert lassen, dass der Angeklagte keinen weiteren Schuss abgab, nachdem er aufgrund des Davonlaufens des V. davon ausging, diesen nicht getroffen zu haben.

24 d) Die Sache bedarf demnach neuer Aufklärung und Bewertung hinsichtlich des gesamten subjektiven Tatbestandes. Entgegen der Auffassung der Revision des Angeklagten durfte der Senat die rechtsfehlerfrei getroffene

nen objektiven Feststellungen hinsichtlich des Schusses des Angeklagten auf das Opfer – auch unter Verneinung der objektiven Voraussetzungen einer Notwehrlage – aufrechterhalten. Diese fehlerfrei getroffenen Feststellungen können von der Willensentschließung und dem Beweggrund des Angeklagten für die Schussabgabe getrennt werden (vgl. BGH StV 1983, 360; Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 353 Rdn 15). Zu den objektiven Tatumständen einer Todesverursachung mittels einer Schusswaffe gehört auch die Schussauslösung – hier ein vom Willen des Angeklagten gesteuertes Betätigen des Abzugs seiner Dienstpistole.

25 Soweit die Revision des Angeklagten darauf verweist, dass der Rechtsfehler bei der Bewertung des voluntativen Vorsatzelements eine fehlerhafte Bewertung der Einlassung des Angeklagten umfasse, weshalb Feststellungen nicht aufrechterhalten bleiben könnten, in die Elemente der Einlassung eingeflossen seien, trifft dies nicht zu. Bei den vom Landgericht verwerteten und in die Beweisführung eingestellten Angaben des Angeklagten zu Schussposition und Schussrichtung ist ein Wertungsfehler ausgeschlossen.

26 Hingegen unterliegen sämtliche motivbegründenden Umstände für die Schussabgabe des Angeklagten neuer tatrichterlicher Kognition. Der Senat kann deshalb nicht auch den einzelnen, für ein Motiv des Angeklagten möglicherweise mit heranzuziehenden Umstand aufrechterhalten, er habe den bei V. aufgefundenen Schraubendreher – indes im Hausflur und zeitlich vor der Schussabgabe – als dessen Waffe wahrgenommen (UA S. 12, 25).

27 3. Der Senat weist für die neue Hauptverhandlung auf Folgendes hin:

28 a) Nach den aufrechterhaltenen Feststellungen ist eine Rechtfertigung der Tat gemäß § 25 Abs. 3 HambSOG, § 32 StGB ausgeschlossen. Eine – weiter mögliche – Verteidigung des Angeklagten mit der Darlegung von Umständen, die Voraussetzungen einer Notwehrlage als Motiv des Ange-

klagen für die Schussabgabe begründen könnten, stünde im Widerspruch zu den objektiven Feststellungen (vgl. BGHSt 35, 379, 381, 388). Sie wäre allenfalls daraufhin zu prüfen, ob sie – nach tatrichterlicher Beweiswürdigung – einen glaubhaften Irrtum des Angeklagten über einen rechtfertigenden Sachverhalt begründen könnte, mit der Konsequenz eines Vorsatzausschlusses und der Würdigung der Tat unter dem Gesichtspunkt fahrlässiger Tötung (vgl. BGHSt 45, 378, 384).

29 Bei der Prüfung einer Rechtfertigung gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HambSOG („Schusswaffen dürfen gegen einzelne Personen nur gebraucht werden, um eine Person, die sich der Festnahme oder der Feststellung ihrer Person durch die Flucht zu entziehen versucht, anzuhalten, wenn sie bei einer rechtswidrigen Tat auf frischer Tat betroffen wird, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt“) wird zu erwägen sein, dass der Angeklagte von einem Verbrechen des versuchten bandenmäßigen Wohnungseinbruchdiebstahls gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, § 244a StGB ausgehen durfte. Es liegt nahe, dass der aus den Niederlanden angereiste V. und seine beiden Mittäter als Mitglieder einer Diebesbande (vgl. BGHSt 46, 321) handelten.

30 Indes wird für die Annahme eines rechtfertigenden Schusswaffengebrauchs wegen der hier fehlenden Androhung – etwa auch durch einen Warnschuss (§ 22 Abs. 1 Satz 3 HambSOG; vgl. Merten in Alberts/Merten/Rogosch, Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [SOG] Hamburg § 22 Rdn. 4 und 10) – die weitere Voraussetzung nach § 22 Abs. 2 HambSOG, die Erforderlichkeit des Schusswaffengebrauchs zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib oder Leben, erfüllt sein müssen. Gegen deren Vorliegen sprechen die aufrechterhaltenen Feststellungen. Aus gebückter, dem Angeklagten abgewandter Haltung konnte V. dem Leben des Angeklagten nicht gefährlich werden. Soweit der Angeklagte – nach der bisherigen Annahme des Landgerichts – den sich aus der nach dem Sprung eingenommenen gebückten Haltung gerade erhebenden Ein-

brecher bewaffnet wähnte, stünde der Annahme einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für das Leben des Angeklagten der Umstand entgegen, dass sich V. – wie auch seine Tatgenossen – auf der Flucht befand. Für fliehende Rechtsbrecher bedeutete ein Angriff auf einen zurückbleibenden Verfolger aber eine unsinnige und deshalb eher unwahrscheinliche Aktion.

31 Im Fall der Flucht hat der Schussabgabe zudem eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne voranzugehen (vgl. BGHSt 26, 99, 102; Merten aaO § 25 Rdn.8), innerhalb derer die auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter der öffentlichen Sicherheit und der körperlichen Unversehrtheit des Fliehenden gegeneinander abzuwägen gewesen wären (vgl. BGHSt 35, 379, 387).

32 b) Für die Strafzumessung wird darauf hingewiesen, dass von dem Angeklagten nicht verlangt werden kann, dass er sich von seiner Tat distanzieren (UA S. 44). Solches würde hier nachteilige Folgen an ein bestimmtes Verteidigungsverhalten knüpfen und die Freiheit der Verteidigung unzulässig einschränken (vgl. Schäfer, Praxis der Strafzumessung 3. Aufl. Rdn. 379 m.w.N.). Das bisher strafscharfend herangezogene erhebliche Maß der Pflichtwidrigkeit des Handelns des Angeklagten (UA S. 45) erscheint – namentlich bezogen auch auf das Vortatgeschehen – übersetzt; es ist lediglich mit abstrakten Erwägungen belegt.

Basdorf Gerhardt Raum
Brause Schaal