



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 338/17

vom

15. November 2017

in der Strafsache

gegen

wegen Totschlags u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 15. November 2017, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Sander

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dölp,

Prof. Dr. König,

Dr. Berger,

Prof. Dr. Mosbacher

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt P.

als Verteidiger,

Rechtsanwältin K. ,

Rechtsanwalt V.

als Vertreter der Nebenkläger,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 28. Februar 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags in Tateinheit mit unerlaubtem Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren und drei Monaten verurteilt. Dagegen richten sich die auf die Sachrüge gestützte und vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft und die Revisionen der Nebenkläger, mit denen die Verletzung formellen und materiellen Rechts geltend gemacht wird. Die Rechtsmittel, mit denen eine Verurteilung wegen Mordes statt wegen Totschlags angestrebt wird, haben mit der Sachrüge Erfolg; auf die mit den Revisionen der Nebenkläger erhobene Verfahrensrüge kommt es daher nicht an.

I.

2 1. Das Landgericht hat festgestellt:

3 Der später getötete S. war ein ehemaliger Freund, der geschiedene Ehemann der Halbschwester und der Vater der Nichte des Ange-

klagten. Dieser wollte ihn am 5. Juni 2016 zur Rede stellen. Er hatte bei einem Besuch in seinem Elternhaus von einer Auseinandersetzung zwischen S. und seiner Halbschwester im Rahmen eines schon länger andauernden Streits über das Sorge- und Umgangsrecht für deren gemeinsame Tochter erfahren. Bei dieser Auseinandersetzung hatte S. die Halbschwester des Angeklagten in Anwesenheit des Kindes bedroht und körperlich angegriffen. Zwischen dem Angeklagten und S. war es schon in der Vergangenheit zu vielen beiderseits aggressiv und seitens des Angeklagten teilweise auch körperlich geführten Streitigkeiten über den Umgang mit dem Kind gekommen. Obwohl ihm klar war, dass ein Zusammentreffen zu einer erneuten körperlichen Auseinandersetzung führen könnte, wollte der Angeklagte S. aufsuchen und ihn auffordern, seine Nichte und seine Halbschwester künftig in Ruhe zu lassen. Diese hatte indessen ihr Missfallen über eine Einmischung des Angeklagten erklärt. Um einem Konflikt mit ihr zu vermeiden, entschied er sich, sein Vorhaben gegenüber seiner Familie zu verschweigen.

4

Vor seiner Begegnung mit S. bewaffnete er sich mit einer mit 15 Patronen geladenen halbautomatischen Pistole. Damit wollte er sich sowohl vor möglichen Überfällen Dritter als auch gegen eventuelle Übergriffe des S. schützen. Als er auf den leicht alkoholisierten S. traf und äußerte, mit ihm reden zu wollen, willigte dieser in eine Aussprache ein. Sie verabredeten sich in der Nähe seiner Wohnung, die S. zuvor noch kurz aufsuchte. Anschließend kehrte er mit einem Fahrrad zum Angeklagten zurück. Zwischen den beiden entwickelte sich ein mit Beschimpfungen geführter Streit, in dem S. nicht nachgab. Der Angeklagte drohte, ihn umzubringen, wenn er sein Verhalten gegenüber der Halbschwester und Nichte nicht ändere. Er zeigte dem neben ihm stehenden S. die im Hosenbund mitgebrachte Pistole und sagte, dass es sich um eine scharfe Waffe handele. S. erkannte, dass ihn der Angeklagte mit der Pistole angreifen und schwer verletzen könnte. Dennoch

lenkte er nicht einmal zum Schein ein, sondern tat so, als nehme er die Drohung des Angeklagten nicht ernst. Er wies das Ansinnen des von ihm als „Clown“ bezeichneten Angeklagten zurück und kündigte an, er werde mit dessen Halbschwester wieder eine Partnerschaft eingehen, was den Angeklagten weiter aufbrachte. Außerdem spielte S. die von ihm als solche erkannte Bedrohung herunter, indem er die Waffe des Angeklagten als Gaspistole bezeichnete.

5

Dann suchte er sich der bedrohlichen Situation zu entziehen. Er stieg unvermittelt auf das Fahrrad und fuhr los, wobei er herablassend lachte. Der Angeklagte entschloss sich in diesem Moment, S. zu töten. Er zog die Pistole aus dem Hosensbund, lud sie durch und gab aus etwa fünf bis sieben Metern Entfernung in Tötungsabsicht zehn gezielte Schüsse ab, von denen sechs Oberkörper und Kopf des Opfers trafen und tödliche Verletzungen herbeiführten.

6

2. Das Landgericht hat das Mordmerkmal der Heimtücke nicht als erfüllt angesehen. S. sei nicht arglos gewesen, da er spätestens mit der Todesdrohung durch den Angeklagten noch vor dessen Tatentschluss die Vorstellung verloren habe, vor einem Angriff des Angeklagten sicher zu sein. Er habe erkannt, dass der bewaffnete und aggressiv gestimmte Angeklagte ihn ernsthaft angreifen und schwer verletzen könne, womit er auch konkret gerechnet habe. Dies folge aus seinen Wahrnehmungen in der betreffenden Situation und aus seinen schon zuvor gewonnenen Kenntnissen über den Angeklagten. So habe er aus den bisherigen in vergleichbarer Weise eskalierend verlaufenen Auseinandersetzungen mit dem Angeklagten gewusst, dass dieser besonders aggressiv agiert und zu gewaltsamen Übergriffen geneigt habe, wenn es um das Wohl der Halbschwester oder Nichte gegangen sei (UA S. 18).

7 Darüber hinaus habe es an dem erforderlichen Kausalzusammenhang
gefehlt: Wehrlos sei das unbewaffnete Tatopfer nicht wegen einer etwaigen
Arglosigkeit, sondern wegen seiner unterlegenen Verteidigungsmittel gegen-
über dem bewaffneten Angeklagten gewesen. Zumindest aber habe es dem
Angeklagten an einem Ausnutzungsbewusstsein gefehlt.

II.

8 Die Revisionsführer beanstanden mit Recht, dass das Landgericht die
Voraussetzungen des Mordmerkmals der Heimtücke verneint hat und so zu
einer Verurteilung (nur) wegen Totschlags gelangt ist.

9 1. Das Landgericht ist zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend da-
von ausgegangen, dass heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung
bei Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs die Arg- und Wehrlosig-
keit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt (vgl. BGH, Urteile vom 4. Ju-
li 1984 – 3 StR 199/84, BGHSt 32, 382, 383 f.; vom 9. Januar 1991
– 3 StR 205/90, NJW 1991, 1963; vom 29. April 2009 – 2 StR 470/08,
NStZ 2009, 569). Wesentlich ist danach, dass der Mörder das sich keines er-
heblichen Angriffs versehende, mithin arglose Opfer in einer hilflosen Lage
überrascht und es dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu be-
ggnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Bei einem offen feindseligen An-
griff ist erforderlich, dass dem Opfer wegen der kurzen Zeitspanne zwischen
Erkennen der Gefahr und unmittelbarem Angriff keine Möglichkeit der Abwehr
verblieben ist (st. Rspr. BGH, Urteile vom 4. Juni 1991 – 5 StR 122/91, BGHR
StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 15; vom 15. September 2011 – 3 StR 223/11,
NStZ 2012, 35 und vom 25. November 2015 – 1 StR 349/15, NStZ-RR 2016,
43, 44 mwN).

10 2. Die Verneinung einer Arg- und Wehrlosigkeit des hinterrücks erschossenen Tatopfers lässt jedoch eine erschöpfende Beurteilung des Sachverhalts durch die Schwurgerichtskammer vermissen, die den Indizwert einer Reihe von zu Ungunsten des Angeklagten sprechenden Umstände nicht in seine Erwägungen einbezogen hat.

11 a) Die Schwurgerichtskammer hat sich insbesondere nicht näher damit auseinandergesetzt, dass das Opfer im Anschluss an die verbalen Provokationen und noch während der laufenden Auseinandersetzung sein Fahrrad bestieg und – dem Angeklagten den Rücken zuwendend – losfuhr. Die hiermit verbundene Preisgabe von Verteidigungsmöglichkeiten ist ein gewichtiges Indiz für seine erhalten gebliebene Arglosigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – 4 StR 491/04, NStZ 2005, 691, 692; MüKo-StGB/Schneider, 2. Aufl., § 211 Rn. 152). Auch der weitere äußere Geschehensablauf legt für den Zeitpunkt unmittelbar vor Abgabe der Schüsse durch den Angeklagten die Annahme nahe, dass sich das Opfer keines Angriffs mit der Waffe versah. So verwahrte der Angeklagte, als sich S. von ihm abwandte, seine Pistole noch im Hosensbund. Das Streitgespräch und die Todesdrohungen des Angeklagten hatten sich auf ein zukünftiges Verhalten des S. bezogen. Seine Einschätzung der Situation, als er aus der Schlagweite des Angeklagten herausfuhr, hatte S. auch durch sein herablassendes Lachen zu erkennen gegeben.

12 Soweit das Landgericht auf die Kenntnisse des S. von zuvor bereits eskalierend verlaufenen Auseinandersetzungen mit dem Angeklagten abgestellt hat, ist dies nach dem für die Prüfung des Mordmerkmals der Heimtücke anzulegenden rechtlichen Maßstab kein entscheidender Gesichtspunkt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht eine auf früheren Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst des Opfers der Annahme von Arglosigkeit nicht entgegen, da es darauf ankommt, ob es

gerade im Tatzeitpunkt mit Angriffen auf sein Leben gerechnet hat (BGH, Urteile vom 23. August 2000 – 3 StR 234/00, NStZ-RR 2001, 14; vom 30. August 2012 – 4 StR 84/12, NStZ 2013, 337, 338 und vom 11. November 2015 – 5 StR 259/15, NStZ-RR 2016, 72, 73 mwN; vgl. allerdings zur Bedeutung von Beziehungsverläufen bei bisheriger Gewaltlosigkeit des Täters BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – 4 StR 491/04, NStZ 2005, 691, 692, und vom 11. Dezember 2012 – 5 StR 438/12, NStZ 2013, 232, 233). Ohnehin lassen sich die früheren Begegnungen durchaus gegenteilig in Bezug auf die im Moment der Tat bestehende innere Befindlichkeit des Tatopfers ausdeuten. Denn S. hatte sich – nach den Feststellungen einvernehmlich – auf eine Aussprache mit dem Angeklagten eingelassen. Er war in der Vergangenheit lediglich mit Körpereinsatz ausgeführter Gewalttätigkeit ausgesetzt, derer es sich zuletzt 2015 durch eigene Faustschläge zu erwehren gewusst hatte. Bei der einzigen früheren Auseinandersetzung, bei der der Angeklagte dem Opfer 2012 (mit einem Messer) bewaffnet gegenübergetreten war, war es bei einer Bedrohung geblieben (UA S. 7).

13

b) Zu kurz greift auch die Erwägung zu einer fehlenden kausalen Verknüpfung von einer Arglosigkeit des Tatopfers mit dessen Wehrlosigkeit. S. hatte sich unmittelbar vor den aus kurzer Distanz abgegebenen Schüssen von dem zuvor neben ihm stehenden Angeklagten abgewandt. Es war ihm deshalb nicht mehr möglich, durch körperliche Abwehr zu versuchen, den Einsatz der kurz danach vom Angeklagten gezogenen Pistole zu verhindern. Diesen Umstand hat das Landgericht nicht erkennbar gewichtet. Zudem ist ihm bei seiner Beurteilung der Verteidigungsmöglichkeiten aus dem Blick geraten, dass der Angeklagte dem ihm den Rücken zuwendenden Opfer die Möglichkeit genommen hatte, ihn verbal etwa durch Einlenken oder Bitten von seinem Tun abzuhalten. Insofern kann für die Frage der Wehrlosigkeit von Bedeutung sein, ob der Angreifer bei Ausführung der Tat dem Opfer von Angesicht zu Angesicht

gegenübersteht oder der Tatbeginn vom Opfer nicht bemerkt wird. Dies gilt in besonderem Maße, wenn Täter und Opfer – wie hier – in einem engen persönlichen Verhältnis zueinander stehen (vgl. BGH, Urteile vom 25. Oktober 1984 – 4 StR 615/84, NStZ 1985, 216, und vom 9. September 2003 – 1 StR 153/03, NStZ-RR 2004, 79, 80; Beschlüsse vom 7. April 1989 – 3 StR 83/89, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 8, und vom 19. Juni 2008 – 1 StR 217/08, NStZ 2009, 29, 30). Dass ein Versuch verbaler Einwirkung auf den Angeklagten von vornherein sinnlos gewesen sein könnte, ist den Feststellungen nicht zu entnehmen und liegt auch nicht nahe. Denn die Tötungsabsicht des Angeklagten war überhaupt erst aufgrund der verbalen Provokationen und der herablassenden Haltung des Tatopfers entstanden.

14 c) Die vom Landgericht – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – nicht näher begründete Annahme eines fehlenden Ausnutzungsbewusstseins belegt das angefochtene Urteil auch in seinem Gesamtzusammenhang nicht. Sie drängte sich nach der hier gegebenen Sachlage auch nicht auf.

15 Für ein Ausnutzungsbewusstsein genügt es, wenn der Täter die Heimtücke begründenden Umstände nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern in dem Sinne in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst hat, dass ihm bewusst geworden ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 11. Dezember 2012 – 5 StR 438/12, NStZ 2013, 232, 233; vom 24. September 2014 – 2 StR 160/14, NStZ 2015, 214 f.). Das Ausnutzungsbewusstsein kann bereits dem objektiven Bild des Geschehens entnommen werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter – wie bei Schüssen in den Rücken des Opfers – auf der Hand liegt (BGH, Beschluss vom 30. Juli 2013 – 2 StR 5/13, NStZ 2013, 709, 710). Das gilt in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter selbst dann, wenn er die Tat einer raschen

Eingebung folgend begangen hat. Denn bei erhaltener Unrechtseinsicht ist die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt (BGH, Urteile vom 27. Februar 2008 – 2 StR 603/07, NStZ 2008, 510, 511, und vom 31. Juli 2014 – 4 StR 147/14, NStZ 2015, 30, 31 mwN). Danach hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen. Allerdings kann die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Be-weisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte.

16

Danach hätte die Schwurgerichtskammer bei dieser vom Tatgericht zu bewertenden Tatfrage (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2012 – 5 StR 438/12 aaO, und vom 20. August 2014 – 2 StR 605/13, NStZ 2014, 574, 575) beweiswürdigend die zur Frage der Schuldfähigkeit getroffenen Feststellungen aufgreifen müssen, dass „zum Tatzeitpunkt bei dem Angeklagten weder eine forensisch relevante Persönlichkeitsstörung noch eine sonstige relevante psychische Störung vorlag“, seine Einsichtsfähigkeit demgemäß vollständig vorhanden war und es bei ihm zu keinem Affekt- oder Impulsdurchbruch kam (UA S. 20 f.).

17

3. Der aufgezeigte Mangel zwingt auch zur Aufhebung der für sich genommen rechtsfehlerfreien Verurteilung wegen des tateinheitlich begangenen unerlaubten Führens einer halbautomatischen Kurzwaffe.

III.

18

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat unter Bezugnahme auf die Antragsschrift des Generalbundesanwalts darauf hin, dass es bei erneuter Feststellung einer den Feststellungen des angefochtenen Urteils entsprechen-

den Motivlage des Angeklagten geboten erscheint, die Voraussetzungen eines niedrigen Beweggrundes im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB zu prüfen.

19

Das neue Tatgericht wird sich für den Fall einer gleichbleibenden Einlassung des Angeklagten, die den aufgehobenen Feststellungen des angefochtenen Urteils im Wesentlichen zugrunde gelegen hat, eingehender mit ihrer Plausibilität zu befassen und dabei zu beachten haben, dass es weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten ist, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 23. März 1995 – 4 StR 746/94, NJW 1995, 2300; vom 12. Dezember 2001 – 3 StR 303/01, NJW 2002, 1057, 1059; vom 17. Juli 2014 – 4 StR 129/14; vom 10. August 2016 – 2 StR 579/15, und vom 25. Oktober 2016 – 5 StR 255/16, NStZ-RR 2017, 5, 6 mwN). Das Tatgericht darf daher entlastende Angaben des Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinnehmen. Er muss sich vielmehr auf der Grundlage des gesamten Beweisergebnisses entscheiden, ob diese Angaben geeignet sind, seine Überzeugungsbildung zu beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 – 5 StR 600/01, BGHSt 48, 52, 71; Beschluss vom 25. April 2007 – 1 StR 159/07, BGHSt 51, 324, 325; Urteile vom 28. Januar 2009 – 2 StR 531/08, NStZ 2009, 285; vom 17. Juli 2014 – 4 StR 129/14).

Sander

Dölp

König

Berger

Mosbacher