

Bearbeiter: Rocco Beck

Zitiervorschlag: BGH 5 StR 418/92, Urteil v. 25.03.1993, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 5 StR 418/92 - Urteil vom 25. März 1993 (LG Berlin)

BGHSt 39, 168; Strafbarkeit des Schusswaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenze durch Grenzsoldaten der DDR.

§ 2 StGB; § 17 S. 2 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB; Art. 315 Abs. 1 EGStGB; § 5 WStG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 213 StGB-DDR; § 258 Abs. 1 StGB-DDR; § 27 GrenzG-DDR

Leitsatz

Zur Beurteilung vorsätzlicher Tötungshandlungen von Grenzsoldaten der DDR an der Berliner Mauer (im Anschluss an BGH, 3. November 1992, 5 StR 370/92, NJW 1993, 141). (BGHSt)

Entscheidungstenor

1. Das Urteil des Landgerichts Berlin vom 20. Januar 1992 wird
 - a) auf die Revision des Angeklagten K aufgehoben, soweit es diesen Angeklagten betrifft; der Angeklagte K wird freigesprochen;
 - b) auf die Revision des Angeklagten H. im Strafausspruch gegen diesen Angeklagten mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben;
 - c) auf die Revision der Staatsanwaltschaft, soweit der Angeklagte Schmi freigesprochen worden ist, mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten H. und die gegen den Freispruch des Angeklagten Schme gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft werden verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision des Angeklagten H und der den Angeklagten Schmi betreffenden Revision der Staatsanwaltschaft, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
4. Die Staatskasse trägt
 - a) Die Kosten des Verfahrens gegen den Angeklagten K. und die ihm entstandenen notwendigen Auslagen;
 - b) Die Kosten der Revision der Staatsanwaltschaft, soweit sie den Angeklagten Schme betrifft, und die notwendigen Auslagen, die diesem Angeklagten durch die Revision der Staatsanwaltschaft entstanden sind.
5. Der Angeklagte K. ist wegen der in dieser Sache erlittenen Untersuchungshaft zu entschädigen.

Gründe

A

Den Angeklagten wurde vorgeworfen, als Grenzposten an der Berliner Mauer in der Nacht vom 5. zum 6. Februar 1989 ¹ einen Flüchtling vorsätzlich erschossen zu haben und versucht zu haben, einen weiteren Flüchtling zu erschießen.

I. Das Schwurgericht hat den Angeklagten H. wegen Totschlages zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt; vom Vorwurf des versuchten Totschlages ist dieser Angeklagte freigesprochen worden. ² Gegen den Angeklagten K. hat das Schwurgericht wegen zweier in Tateinheit begangener Verbrechen des versuchten Totschlages eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt. Die Angeklagten Sch. und S. hat es vom Vorwurf des Totschlages und des versuchten Totschlages freigesprochen. Mit der Revision wenden sich die Angeklagten

H. und K. gegen ihre Verurteilung; die Revision der Staatsanwaltschaft betrifft nur noch den Freispruch der Angeklagten Sch. und S..

II. Die Angeklagten kamen zur Tatzeit - Februar 1989 ihrer Wehrpflicht bei den Grenztruppen der DDR nach. Sie waren in Berlin an der Grenze der Bezirke Treptow und Neukölln eingesetzt. In der Tatnacht waren innerhalb der jeweils aus zwei Soldaten bestehenden Grenzposten der Angeklagte K. dem Postenführer S. und der Angeklagte H. dem Postenführer Sch. zugeordnet. Die Zusammensetzung des Postenpaares der Doppelstreife wurde erst kurz vor Dienstbeginn bekanntgegeben. Die Postenführer waren befehlsberechtigt. Die Angeklagten waren von ihren Vorgesetzten gefragt worden, ob sie an der Grenze bei Grenzdurchbrüchen notfalls auf Menschen schießen würden. Sie hatten die Frage bejaht, K. allerdings erst, nachdem er nach anfänglicher Weigerung im Küchendienst eingesetzt und deswegen von den Kameraden als "Küchenschabe" gehänselt worden war. Im Rahmen des Politunterrichts wurden die Grenzsoldaten indoktriniert, u.a. in dem Sinne, daß Personen, die die DDR ohne Genehmigung verlassen wollten, Verbrecher, Kriminelle und Verräter seien, deren Grenzüberschreitung verhindert werden müsse; "normale" DDR-Bürger hätten ja die Möglichkeit, einen Ausreiseantrag zu stellen. Es wurde auch davon gesprochen, daß westliche "Provokateure", zum Teil im Zusammenwirken mit aus der DDR stammenden "Grenzverletzern", bewaffnete Angriffe auf Grenzposten und Grenzanlagen unternähmen. Die Soldaten wurden, ihrem Fahneid gemäß (UA S. 16), zu unbedingtem Gehorsam gegenüber Anordnungen und Befehlen angehalten. Ihnen wurde erklärt, daß eine Ausnahme lediglich für Befehle gelte, die offensichtlich gegen Strafgesetze oder anerkannte Völkerrechtsnormen verstießen (vgl. § 258 StGB-DDR). Für den Fall der Befehlsverweigerung oder der mangelhaften Ausführung eines Befehles wurden disziplinarische oder strafrechtliche Folgen angedroht; die Militärstrafanstalt in Schw. war bei den Soldaten gefürchtet.

Mit der "Vergatterung", die täglich vor dem Einsatz erfolgte, wurde den Soldaten befohlen, "die Unverletzlichkeit der Staatsgrenze ... zu gewährleisten und den Grenzdienst auf der Grundlage der Rechtsvorschriften und militärischen Bestimmungen politisch verantwortungsbewußt, initiativreich, wachsam und entschlossen, getreu dem Fahneid durchzuführen" (UA S. 24). Es "wurde - wie auch bei anderer Gelegenheit - immer wieder betont, daß kein Flüchtling durchkommen dürfe, ein Grenzdurchbruch auf jeden Fall zu verhindern sei. Wie diesem Gebot Rechnung getragen werden sollte, wurde den Grenzsoldaten nicht gesagt" (UA S. 25). Bei der Ausbildung sind die §§ 26, 27 des Grenzgesetzes vom 25. März 1982 (GBl. DDR I S. 197) sowie § 213 StGB-DDR erwähnt worden (UA S. 28), doch fand keine Schulung hinsichtlich dieser Bestimmungen statt (UA S. 31). Der Schußwaffengebrauch wurde als "letztes Mittel" bezeichnet. "Bevor scharf geschossen wurde, sollten zuvor ein Warnruf und ein Warnschuß abgegeben werden. Auf einzelne Flüchtlinge sollte nicht geschossen werden und nicht, wenn Flüchtende ihr Vorhaben aufgaben. Allerdings wurde den Angeklagten zu verstehen gegeben, daß ihnen nichts passieren würde und sie belobigt würden, wenn sie auch Einzelflüchtlinge mittels Schußwaffeneinsatzes an der Flucht hinderten, da man später immer sagen könne, man habe noch einen Schatten gesehen oder gemeint, der Einzelflüchtling greife in seine Tasche, um eine Waffe zu ziehen" (UA S. 31 f). "Wie geschossen werden sollte, ob mit Einzel- oder Dauerfeuer und auf welche Körperpartien, wurde den Angeklagten konkret nicht gesagt. Es hieß allgemein nur, daß fluchtunfähig zu schießen sei, was unter den Soldaten bei Diskussionen über den Schußwaffeneinsatz dahin interpretiert wurde, daß man auf die Füße oder auf den unteren Bereich der Beine zielen sollte. Dies war jedoch praxisfern, weil in der Regel davon auszugehen war, daß mit der Maschinenpistole Kalaschnikow mit Dauerfeuer geschossen wurde, wobei - wie die Angeklagten von ihrer Schießausbildung her wußten - eine sehr große Streuung auftrat. Im Vordergrund stand die Anweisung, sogenannte Grenzdurchbrüche nicht zuzulassen" (UA S. 32, 33). Den Soldaten wurde "unterschwellig die Auffassung der Vorgesetzten klargemacht, daß auch die Tötung eines Flüchtlings hingenommen werden würde". Andererseits war "seitens der Vorgesetzten von 'Vernichten' von Flüchtlingen nicht die Rede" (UA S. 33). "Zum einen wurde den Soldaten ... gesagt, daß nur fluchtunfähig und auf die Füße geschossen werden sollte ... Daneben wurde den Soldaten jedoch wiederholt bei der Vergatterung ... generell suggeriert, daß kein Flüchtling durchkommen dürfe und ein Grenzdurchbruch 'auf jeden Fall verhindert werden müsse'. So mußte und konnte bei vielen Soldaten der Eindruck entstehen, daß ein toter Flüchtling allemal besser sei als ein entkommener Flüchtling mit der Folge, daß ihre Hemmschwelle, mit der Maschinenpistole auf unbewaffnete Menschen zu schießen, herabgesetzt war" (UA S. 133).

Der Tatrichter wertet diesen Sachverhalt als "eine Art perfider Doppelstrategie" (UA S. 132). Er spricht auch von einer "unterschweligen Anweisung, Flüchtlinge eher zu erschießen, als sie durchzulassen" (UA S. 165). Den Soldaten wurde "suggeriert, daß kein Flüchtling durchkommen dürfe" (UA S. 154).

III. In der Nacht vom 5. zum 6. Februar 1989 wollten zwei 20 Jahre alte Ostberliner, der durch Schußwaffeneinwirkung getötete Chris G. und der Zeuge Ga., aus persönlichen Gründen gemeinsam die DDR über die Bezirksgrenze zwischen Treptow und Neukölln verlassen. Einen Ausreiseantrag hatten sie nicht gestellt, weil sie davon Unannehmlichkeiten im Beruf und im Privatleben erwarteten. Sie verließen sich darauf, daß bei ausländischen Staatsbesuchen - ein solcher hatte am 5. Februar 1989 stattgefunden - an der Grenze nicht tödlich geschossen würde, und rechneten für den Fall ihrer Festnahme mit einer baldigen Abschiebung in den Westen (UA S. 42). Sie führten zwei

selbstgefertigte Wurfanker zum Überschreiten von Mauer und Zaun bei sich; eine Gefahr für die Grenzsoldaten ging von ihnen nicht aus (UA S. 50). Gegen 23.30 Uhr begann der Versuch, die Grenze zu überqueren. G. und Ga. überwandern die Hinterlandmauer, kletterten sodann durch den Signalzaun, womit sie Alarm auslösten, und liefen auf den letzten Grenzzaun (Metallgitterzaun) zu. Die Angeklagten hatten für einen solchen Fall die Anweisung, im rechten Winkel auf den Metallgitterzaun zuzulaufen, um den Fluchtweg durch Sperrfeuer, das parallel zum Zaun geschossen wurde, abzuschneiden (UA S. 50). Von der Hinterlandmauer aus gesehen befanden sich die Angeklagten S. und K. links, die Angeklagten Sch. und H. rechts von den Flüchtlingen. S. und K. riefen ihnen zweimal zu: "Halt! Stehen bleiben!"; möglicherweise warnten sie sie auch davor, daß geschossen würde. G. und Ga. liefen weiter auf den Grenzzaun zu.

Nunmehr schoß S. aus einer Entfernung von mehr als 100 m sechsmal mit Einzelfeuer, wobei er auf die Füße der Flüchtenden zielte, jedoch möglicherweise nicht traf; ein Tötungsvorsatz dieses Angeklagten ist nicht festgestellt worden. Die Flüchtlinge liefen jetzt, von der Hinterlandmauer aus gesehen, nach rechts vor dem Metallgitterzaun entlang. K., der auf diesen Zaun zueilte, hielt im Laufen an und schoß. Als sein Postenführer S. zu schießen begann, hatte K. dies als Befehl aufgefaßt, auch seinerseits zu schießen. Auch K. wollte ursprünglich Einzelfeuer schießen. Er hatte aber den Hebel seiner Maschinenpistole vom Typ Kalaschnikow versehentlich auf Dauerfeuer gestellt. Der Angeklagte K. gab, jeweils im Laufen innehaltend und im Schulteranschlag schießend, mit Dauerfeuer drei oder vier Feuerstöße ab, wobei er insgesamt zwölf Patronen verschoß. Dabei zielte er jeweils nach unten und nicht ausschließbar drei bis vier Meter links an den Flüchtenden vorbei (UA S. 52). Die Entfernung zu den weglaufernden Flüchtlingen wuchs zwischen den Feuerstößen. Sie betrug nach dem zweiten Feuerstoß mindestens 125 m. Die Maschinenpistole streute, wie der Angeklagte wußte, bei Dauerfeuer in starkem Maße, weil sie dann nach rechts oben hochzog. Möglicherweise hat keiner der von dem Angeklagten K. abgegebenen Schüsse die Flüchtlinge getroffen. Während der Tatrichter bezüglich des ersten Feuerstoßes keinen Tötungsvorsatz festgestellt hat (UA S. 167), hat er unter Hinweis auf die Streuwirkung der Waffe bei Dauerfeuer angenommen, der Angeklagte K. habe vom zweiten Feuerstoß an mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt (UA S. 52). 7

Die Flüchtlinge blieben stehen, setzten vergeblich zum Überklettern des Metallgitterzaunes an, liefen weiter und versuchten sodann, an dem Zaun eine "Räuberleiter" zu bilden, wobei G., mit dem Rücken zum Zaun stehend, der Untermann war. Ga. ergriff die Oberkante des Zaunes und wollte sich hochziehen. In diesem Zeitpunkt waren die Angeklagten Sch. und H., die herbeigelaufen waren, etwa 39 m von den Flüchtlingen entfernt. Der Postenführer Sch., der keine Maschinenpistole hatte, rief dem Angeklagten H. zu: "Schieß doch!". Der Angeklagte H. schoß angelehnt im knien, den linken Arm auf das linke Knie stützend, aus seiner Maschinenpistole vom Typ Kalaschnikow mit Einzelfeuer insgesamt dreimal. Die Lichtverhältnisse waren gut. Bei den ersten beiden Schüssen zielte H. auf die Füße von G., er traf mit einem der Schüsse dessen rechten Fuß. Da G. stehen blieb, gab H. nach kurzem zeitlichen Abstand einen dritten Schuß auf G. ab, "wobei er über Kimme und Korn auf dessen Oberkörper zielte und hierbei zumindest damit rechnete, daß dieser Schuß tödlich sein könnte, und diese Möglichkeit billigend in Kauf nahm" (UA S. 57). Der Schuß traf ins Herz; G. starb nach wenigen Minuten. Ga. hat einen Fußdurchschuß ohne Knochenverletzung erlitten; wer diesen Schuß abgegeben hat, ist unklar. 8

Um 0.15 Uhr erschien ein Arzt, der G. in einem Krankenwagen untersuchte und den Tod feststellte; Wiederbelebensmaßnahmen blieben erfolglos. Auf Anweisung des MfS mußte in dem Totenschein für G. die Todesursache "Herzdurchschuß" durch die Angabe "Herzmuskelzerreißen" ersetzt werden; die Aufzeichnungen des Krankenhauses über die Wundversorgung bei Ga. wurden von Beauftragten des MfS unkenntlich gemacht. 9

Der Kompaniechef belobigte die Angeklagten für ihre "gute Leistung"; die Angeklagten erfuhren erst nach einigen Tagen, daß G. getötet worden war. Die Angeklagten empfingen später Orden, die sie jedoch nicht trugen, und eine Geldprämie. Sie wurden zum Schweigen verpflichtet. Eine disziplinar- oder strafrechtliche Untersuchung, ob der Schußwaffengebrauch rechtmäßig gewesen war, fand nicht statt. Auf Veranlassung des MfS wurden alle schriftlichen Unterlagen des Grenzregimentes, die Rückschlüsse auf den Vorgang zuließen, vernichtet. 10

Ga. wurde im Mai 1989 wegen versuchten ungesetzlichen Grenzübertritts im schweren Fall (§ 213 Abs. 3 Nrn. 2 und 5 StGB-DDR) zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und nach Teilverbüßung am 17. Oktober 1989 in den Westen entlassen. 11

IV. Die Frage, welches Recht auf den festgestellten Sachverhalt anzuwenden sei, hat der Tatrichter aufgrund des Artikels 315 Abs. 1 Satz 1 EGStGB idF des Einigungsvertrages (Anl. I Kap. III Sachgebiet C Abschn. II Nr. 1) nach § 2 Abs. 1 und 3 StGB entschieden. Er hat mit Rücksicht auf den gegenüber dem Strafrecht der DDR (§§ 112, 113 StGB-DDR) milderen Strafrahmen des § 213 StGB das Recht der Bundesrepublik Deutschland angewandt. 12

Einen Rechtfertigungsgrund nach § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes der DDR, der das Recht der DDR wiederum als milder erscheinen lassen würde, hat der Tatrichter nicht angenommen; er hält vielmehr diese Vorschrift des Grenzgesetzes und die auf ihr beruhenden Weisungen für nichtig. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit war nach Ansicht des Tatrichters auch nicht durch § 258 StGB-DDR (Handeln auf Befehl) ausgeschlossen. Hierzu führt das Urteil aus: Ein "konkreter Tötungsbefehl" habe nicht vorgelegen; er wäre auch wegen Verstoßes gegen das strafrechtliche Tötungsverbot unwirksam gewesen. Daß den Angeklagten das Bewußtsein, Unrecht zu tun, gefehlt hat (§ 17 StGB), schließt das Landgericht nicht aus; es ist aber der Ansicht, daß die Angeklagten diesen Verbotsirrtum vermeiden konnten (§ 17 Satz 2 StGB). 13

Das Handeln der Angeklagten S. und Sch., deren Vorsatz sich möglicherweise nur auf Verletzungen an Füßen oder Beinen richtete, war nach Auffassung des Tatrichters durch den insoweit im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmenden Rechtfertigungsgrund des Grenzgesetzes der DDR gerechtfertigt (UA S. 179 f, 183). Der Tatrichter fügt hinzu: Falls der Rechtfertigungsgrund nach dem Grenzgesetz der DDR auch in diesem Falle unwirksam sein sollte, hätte bei den Angeklagten S. und Sch. ein unvermeidbarer Verbotsirrtum nach § 17 StGB angenommen werden müssen. 14

B.

Die Revision des Angeklagten K. führt zum Freispruch dieses Angeklagten. Die Revision des Angeklagten H. hat Erfolg, soweit sie sich gegen die verhängte Strafe richtet. Soweit sie den Schuldspruch betrifft, ist sie unbegründet. 15

I. Die Revision des Angeklagten H. macht geltend, die Grenzsoldaten der ehemaligen DDR dürften nach der "act of state doctrine" nicht zur Rechenschaft gezogen werden, weil sie bei den ihnen zur Last gelegten Handlungen staatliche Tätigkeit der DDR ausgeübt hätten (Revisionsbegründung vom 17. Juli 1992). In die gleiche Richtung geht das weitere Revisionsvorbringen dieses Angeklagten (Revisionsbegründung vom 16. Juli 1992), der Einigungsvertrag verbiete nach den Grundsätzen der Staatennachfolge den Gerichten der Bundesrepublik Deutschland, Rechtsvorschriften der DDR als unwirksam zu betrachten, und, abgesehen von den im Einigungsvertrag besonders geregelten Fällen (Art. 17, 18 Abs. 2), Handlungen, die während des Bestehens der DDR dort vorgenommen worden sind, anders zu beurteilen als nach dem Recht der DDR; in diesem Zusammenhang weist die Revision darauf hin, daß die frei gewählte Volkskammer der DDR zwar mit dem 6. Strafrechtsänderungsgesetz vom 29. Juni 1990 (GBl. DDR I S. 526; vgl. dort Anl. 1 Nr. 48) die Vorschrift des § 213 StGB-DDR aufgehoben, das Grenzgesetz jedoch in Geltung gelassen habe. Schließlich macht die Revision des Angeklagten K. geltend, das Landgericht sei nach Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet gewesen, die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, damit dieses über die Frage einer Unbeachtlichkeit des Rechtfertigungsgrundes nach § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes der DDR entscheide. 16

Diese Einwände greifen nicht durch. 17

1. Der Senat hat in seinem Urteil vom 3. November 1992 - 5 StR 370/92 - (zum Abdruck in BGHSt vorgesehen; vollständig abgedruckt in EuGRZ 1993, 37; weiterer Abdruck in NJW 1993, 141) in Abschn. B I ausgeführt, daß die "act of state doctrine" keine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG sei und nicht die Auslegung des innerstaatlichen deutschen Rechtes bestimme. Daran hält der Senat fest. 18

2. Der Senat hat in dem genannten Urteil ferner ausgeführt, daß der Einigungsvertrag Akte, die der Staatstätigkeit der DDR zuzuordnen sind, nicht der Nachprüfung durch Strafgerichte der Bundesrepublik Deutschland entzogen hat. Die im Einigungsvertrag enthaltenen Regeln über eine Beseitigung rechtsstaatswidriger Gerichtsentscheidungen (Art. 18 Abs. 2; Anl. I Kap. III Sachgebiet A Abschn. III Nr. 14 d; vgl. auch Art. 4 Nr. 2 der Vereinbarung vom 18. September 1990 zur Durchführung des Einigungsvertrages - BGBl. II S. 1239 -), Verwaltungsakte (Art. 19 Satz 2) und Benachteiligungen (Art. 17) sind nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die Strafgerichte der Bundesrepublik Deutschland in allen anderen Fällen verpflichtet wären, Regelungen der DDR und Handlungen, die bei der Ausübung von Staatstätigkeit der DDR vorgenommen worden sind, allein deswegen als rechtmäßig anzuerkennen, weil sie Ausfluß staatlichen Handelns waren. Die Zielsetzung des Einigungsvertrages, wie sie in der Präambel mit dem Hinweis auf die Achtung der Menschenrechte zum Ausdruck gekommen ist, gibt keinen Anlaß anzunehmen, daß die Gerichte außerhalb der genannten besonderen Verfahren gehindert wären, in der Vergangenheit begangene Straftaten zu verfolgen. Daß dabei Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten ist, hat der Senat in seinem Urteil vom 3. November 1992 dargelegt (Abschn. C II 4). 19

Sollte die Revisionsbegründung vom 16. Juli 1992 so zu verstehen sein, daß der Einigungsvertrag eine Art Anwendungsgarantie für DDR-Recht begründe, das zum Inkrafttreten des Einigungsvertrages gegolten hat und von diesem nicht ausdrücklich aufgehoben worden ist, so käme es hier aus dem folgenden, von der Revision genannten Grund auf eine solche Konstruktion nicht einmal an: Das Regelungsgefüge des DDR-Rechts, aus dem die Revision einen Rechtfertigungsgrund herleiten will (§ 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes i.V. mit dem Verbrechenstatbestand des 20

ungesetzlichen Grenzübertritts nach § 213 Abs. 3 StGB-DDR), wurde vor dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages dadurch gegenstandslos, daß § 213 StGB DDR mit Wirkung vom 1. Juli 1990 außer Kraft getreten war.

3. Der Umstand, daß der Tatrichter nicht nach Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren ausgesetzt und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingeholt hat, begründet keinen Rechtsverstoß, der mit der Revision gerügt werden könnte. In der Revisionsinstanz kann in solchen Fällen nur die sachlichrechtliche Frage geprüft werden, ob das vom Tatrichter angewandte Recht wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz unwirksam ist. Kommt das Revisionsgericht zu einem solchen Ergebnis, so hat es, sofern nachkonstitutionelles Recht betroffen ist, seinerseits nach Art. 100 Abs. 1 GG zu verfahren. Hierzu sieht der Senat aber keinen Anlaß. Da nur Bundes- oder Landesgesetze die Pflicht zur Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG begründen (vgl. BVerfGE 12, 281, 288; 29, 348, 358; vgl. auch BVerfGE 11, 150, 160, 163), käme eine Vorlage nur in Betracht, wenn der Senat annehmen müßte, die Vorschriften des Einigungsvertrages, die die Anwendung von DDR- Recht vorsehen, seien ihrerseits verfassungswidrig (vgl. Klein in Umbach/Clemens, BVerfGG (1992) § 80 Rdn. 17, 28 f). Dabei würde hier nur Art. 315 Abs. 1 Satz 1 EGStGB idF des Einigungsvertrages (Anl. I Kap. III Sachgebiet C Abschn. II Nr. 1) in Betracht kommen. Der Senat legt diese Regelung des Einigungsvertrages jedoch verfassungskonform dahin aus, daß sie nur in dem Umfang auf das Recht der DDR verweist, in dem dessen Inhalt mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Über diese Grenzen hinaus wollte der Gesetzgeber des Einigungsvertrages nicht die materielle Geltung des Rechts der DDR bestätigen (vgl. auch Art. 143 GG idF des Einigungsvertrages sowie BVerfGE 16, 343, 346). Eine andere Frage ist es, ob wegen Art. 103 Abs. 2 GG Rechtfertigungsgründe aus dem Recht der DDR, die nicht am Grundgesetz zu messen sind, in den Grenzen einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung anerkannt werden müssen (vgl. Abschn. C II 3 b des Senatsurteils vom 3. November 1992).

II. Auf die Verfahrensrüge des Angeklagten K. kommt es nicht an, weil dieser Angeklagte aus sachlichrechtlichen Gründen freizusprechen ist. Die Verfahrensrügen des Angeklagten H. sind aus den Gründen, die der Generalbundesanwalt in seiner nach § 349 Abs. 2 StPO eingereichten Antragschrift vom 6. Januar 1993 genannt hat, unbegründet. Das gilt insbesondere auch für die Rüge, ein gegen den Vorsitzenden Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch sei vom Landgericht zu Unrecht verworfen worden.

Das Gesuch berief sich darauf, daß der Richter im Anschluß an den Bau der Berliner Mauer (1961) die Tätigkeit von Fluchthelfern unterstützt habe.

Dieser Sachverhalt kann auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Angeklagte in der DDR aufgewachsen ist und bei den Grenztruppen gedient hat, kein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters (§ 24 Abs. 2 StPO) rechtfertigen. Der Bau der Berliner Mauer im Jahre 1961 begründete für zahlreiche Bewohner des östlichen und westlichen Teils der Stadt Berlin und der übrigen Gebiete Deutschlands eine schwerwiegende Notlage, indem er persönliche, zumal familiäre Beziehungen zerriß und Lebenspläne zunichte machte. Unentgeltliche Fluchthilfe ist in der damaligen Zeit von vielen Menschen auf beiden Seiten der Mauer mit guten Gründen als humanitäre Pflicht verstanden worden.

III. Die Verurteilung des Angeklagten K. wegen versuchten Totschlages in zwei tateinheitlich zusammentreffenden Fällen hat keinen Bestand. Die Feststellungen tragen nicht die Annahme, der Angeklagte K. habe bei seinen Schüssen, die nicht getroffen haben, mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt.

Der Angeklagte hat "nach unten und nicht ausschließlich drei bis vier Meter links neben die Flüchtenden" gezielt (UA S. 52). Diese wurden von ihm auch nicht getroffen. Ihre Tötung wäre ihm "nicht recht" gewesen (UA S. 53). Daß der Angeklagte gleichwohl nach Abgabe des ersten Feuerstoßes die Möglichkeit erkannt hat, sein jeweils aus wenigen Schüssen bestehendes, neben die Flüchtenden gezieltes Dauerfeuer könnte sie töten, und daß er sich mit diesem Erfolg abgefunden hat, belegt der Tatrichter ausschließlich mit Erwägungen, die sich aus dem Maß der Lebensgefahr ergeben, die durch die dem Angeklagten bekannte Streuwirkung des Dauerfeuers begründet wurde. Erwägungen dieser Art können regelmäßig nur das Wissenselement des bedingten Vorsatzes belegen; sie können aber ein Hinweis auf das Vorliegen des Willensmomentes sein, wenn die außerordentliche Größe der bewußt herbeigeführten Gefahr den Erfolg besonders naheliegend erscheinen läßt und der Täter trotzdem weiterhandelt. Diese Erwägung ist hier nicht tragfähig.

Nach den Feststellungen ist zugunsten des Angeklagten, der "ein sehr guter Schütze" war (UA S. 27), davon auszugehen, daß er gerade zu dem Zweck "nach unten" und "drei bis vier Meter links neben die Flüchtenden" gezielt hat, um ihre Tötung zu vermeiden. Einer Annahme, er habe mit dieser Art des Zielens das "Hochziehen" der Waffe nach rechts oben ausgleichen, mithin die Flüchtenden treffen wollen, widersprechen die sonstigen Feststellungen, zumal da dem Angeklagten der Tod der Flüchtlinge "nicht recht" war. Die Befürchtung des Angeklagten, die Geschosse

könnten über den Metallgitterzaun hinwegfliegen, besagt nicht notwendig, daß er sich der besonderen Gefährdung der Flüchtlinge bewußt war; denn er konnte der Auffassung gewesen sein, daß die Geschosßbahn einen genügenden seitlichen Abstand zu den Flüchtenden einhalten würde. Daß die Geschosse den Metallgitterzaun getroffen haben, konnte gerade die Einlassung des Angeklagten belegen, er habe bewußt links neben die Flüchtlinge geschossen; diese liefen, aus der Sicht des Angeklagten, rechts vom Zaun. Eine besondere Gefährlichkeit des abgegebenen Dauerfeuers hätte allerdings darin gesehen werden können, daß die Geschosse einen bis drei Meter vor den Flüchtlingen, also auf der dem Angeklagten abgewandten Seite der Fliehenden, in das Metallgitter eingeschlagen sind, und zwar in Kopf- und Oberkörperhöhe. Indessen ergeben die Feststellungen nicht eindeutig, daß die Schüsse des Angeklagten eine solche Wirkung hervorgerufen haben und daß er das wahrgenommen hat. Er hat gesagt, er habe es in der Nähe der Flüchtlinge am Metallgitterzaun aufblitzen gesehen (UA S. 75), im übrigen aber eine "Wirkung seiner Schüsse" nicht feststellen können (UA S. 74 f). Die Angaben über den Ort der Einschläge stammten nicht von dem Angeklagten K. selbst, sondern von dem Zeugen Ga. (UA S. 168). Der Angeklagte H., der sich ersichtlich näher am Einschlagort befand als der Angeklagte K., konnte nicht angeben, wie weit die Einschläge in den Metallgitterzaun von den Flüchtlingen entfernt waren (UA S. 168). Da die Feststellungen keine Angaben über das zeitliche Verhältnis der von den Angeklagten S. und K. abgegebenen Schüsse machen, ist es nicht einmal ausgeschlossen, daß die von Ga. wahrgenommenen, in den Zaun eingeschlagenen Geschosse nicht von dem Angeklagten K., sondern aus der Waffe seines Postenführers stammten.

Mit diesen Erwägungen, die dem Schluß von der Gefährlichkeit des Dauerfeuers auf den bedingten Vorsatz des Angeklagten K. entgegenstehen können, hat sich der Tatrichter nicht auseinandergesetzt. Er hat im übrigen zu Unrecht als Beleg des Tötungsvorsatzes eine Äußerung des Angeklagten K. herangezogen, die dieser später getan hat: Der Angeklagte K. hat gegenüber dem Angeklagten H. die Befürchtung geäußert, der tödliche Schuß sei möglicherweise von ihm gekommen (UA S. 169). Diese Äußerung kann in gleichem, wenn nicht in höherem Maße dafür sprechen, daß der Angeklagte K. absichtlich daneben schießen wollte und sich nunmehr ein fahrlässiges Verhalten vorwirft; daß dieser Angeklagte für den Anruf seines Gewissens empfänglich ist, hatte er bereits dadurch gezeigt, daß er sich zunächst gewiegert hatte, seine Bereitschaft zum Schießen auf Menschen zu erklären.

Der Senat schließt aus, daß eine erneute Beweisaufnahme ausreichende Feststellungen erbringen wird, die den bedingten Tötungsvorsatz des Angeklagten K. belegen könnten. Hierbei ist der inzwischen eingetretene Zeitablauf ebenso von Bedeutung wie der Umstand, daß im vorliegenden Fall Rückschlüsse aus einem eingetretenen Erfolg auf den Vorsatzinhalt nicht möglich sind. Unter diesen Umständen spricht der Senat den Angeklagten K. vom Vorwurf des versuchten Totschlages in zwei tateinheitlich zusammentreffenden Fällen frei.

IV. Die sachlichrechtliche Nachprüfung aufgrund der Revision des Angeklagten H. hat keinen Rechtsfehler aufgedeckt, soweit der Schuldspruch betroffen ist.

1. Bei der Beurteilung der Frage, welches Recht für die im Februar 1989 innerhalb des östlichen Teils von Berlin begangene Tat anzuwenden ist, hat der Tatrichter § 2 Abs. 1, 3 StGB iV mit Art. 315 Abs. 1 EGStGB idF des Einigungsvertrages zugrunde gelegt. Das entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 3. November 1992 zu C I).

2. Der Tatrichter hat sich ohne Rechtsverstoß davon überzeugt, daß Chris G. durch einen Schuß aus der Waffe des Angeklagten H. getötet worden ist.

3. Auch der bedingte Tötungsvorsatz des Angeklagten H. ist ohne Rechtsverstoß festgestellt. Der Einlassung dieses Angeklagten, er habe auch beim dritten Schuß auf die Füße gezielt, begegnet der Tatrichter mit Erwägungen, die aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden können. Der Tatrichter hat ausgeführt, daß der Angeklagte H., ein sehr guter Schütze, aus einer Entfernung von nur 39 m Einzelfeuer geschossen hat und daß die Tatwaffe bei Einzelfeuer eine sehr hohe Treffsicherheit aufweist (UA S. 27). Besonderes Gewicht legt er darauf, daß die Sichtverhältnisse trotz der Nachtzeit ein sicheres Zielen ermöglichten. Der Angeklagte H. hat selbst angegeben, die Beleuchtung seines Standortes und des Zieles habe ausgereicht; er hat insbesondere entgegen dem Revisionsvorbringen gesagt, Kimme und Korn seien sehr gut zu erkennen gewesen (UA S. 150). Nach den Feststellungen befand sich der Angeklagte beim Schießen "auf der Linie der Lichtmaste" (UA S. 56). Die von der Revision in diesem Zusammenhang behaupteten Widersprüche bestehen nicht. Es gibt keinen Erfahrungssatz, daß bei Lampen, die in Abständen von 25 m aufgestellt und an Lichtmasten angebracht sind (UA S. 45), der Lichtkegel einen weniger als 36 m entfernten (UA S. 46) Zaun nicht erreichen kann (vgl. UA S. 150, 190, 202). Mit dem letzten Lichtkegel, der nach den Feststellungen auf den Grenzsignalzaun fiel (UA S. 46), war ersichtlich die Begrenzung des Lichtkegels auf der Hinterlandseite gemeint; daß der Kegel in dieser Richtung weniger weit reichte als in Richtung auf die Bezirksgrenze, liegt nahe. Schließlich durfte der Tatrichter auch daraus, daß der Angeklagte H. mit einem der beiden ersten Schüsse, seinem Vorsatz entsprechend, einen Fuß getroffen hat, den Schluß ziehen, daß auch der Brustschuß seinem Vorsatz entsprach. Der

zumindest bedingte Tötungsvorsatz versteht sich bei der hohen Gefährlichkeit eines bewußt auf den Oberkörper eines Menschen abgegebenen Schusses von selbst.

4. Der Angeklagte H. hat rechtswidrig gehandelt.

34

a) Der Tatrichter, der mit Rücksicht auf die Strafdrohung des § 213 StGB das Recht der Bundesrepublik Deutschland als milderes Recht (§ 2 Abs. 3 StGB) anwendet, hat die Frage geprüft, ob die Anwendung dieses Rechtes etwa deswegen zugunsten des Tatortrechtes entfällt, weil dem Angeklagten, wenn DDR-Recht angewandt würde, der Rechtfertigungsgrund nach § 27 Abs. 2 Satz 1 des Grenzgesetzes der DDR vom 25. März 1982 (GBI DDR I S. 197) in Verbindung mit dem Verbrechenstatbestand nach § 213 Abs. 3 Nr. 5 StGB-DDR zur Seite stehen würde. Er hat die Frage verneint. Das steht im Einklang mit den Grundsätzen, die der Senat in seinem Urteil vom 3. November 1992 dargelegt hat und auch nach Prüfung der darauf bezogenen Äußerungen im Schrifttum (Herrmann NSTZ 1993, 118; K. Günther StV 1993, 18; Schroeder JR 1993, 45; Fiedler JZ 1993, 206; Roggemann DtZ 1993, 10; vgl. auch Dreher/Tröndle, StGB, 46. Aufl., vor § 3 Rdn. 52) weiterhin für richtig hält.

35

b) Die vorliegende Sache betrifft einen Vorgang, der sich vier Jahre später ereignet hat als die tödlichen Schüsse vom 1. Dezember 1984, die Gegenstand des Senatsurteils vom 3. November 1992 gewesen sind. Der Senat übersieht nicht, daß die Feststellungen des Tatrichters Unterschiede zwischen beiden Fällen erkennen lassen: Nach dem der Senatsentscheidung vom 3. November 1992 zugrunde liegenden tatrichterlichen Urteil hatte die Vergatterung im Jahre 1984 den Satz enthalten: "Grenzverletzer sind zu stellen oder zu vernichten" (vgl. Abschn. C II 2 a, aa des Urteils vom 3. November 1992). Für den Fall, daß Warnschüsse und gezieltes Einzelfeuer auf die Beine nicht ausreichten, galt damals das Handlungsschema: "Weiterschießen, egal wie, notfalls auch erschießen" (aaO Abschn. A). Demgegenüber ist weder bei der Unterrichtung noch bei der Vergatterung der jetzt abgeurteilten Angeklagten ausdrücklich von einer Vernichtung der Flüchtlinge die Rede gewesen (UA S. 24, 33). Nach der "offiziellen Anweisung" sollte nur auf die Füße bzw. fluchtunfähig geschossen werden (UA S. 154). Indessen wurde stets betont, daß kein Flüchtling durchkommen dürfe. Allerdings wurde den Soldaten nicht erklärt, "wie diesem Gebot Rechnung getragen werden sollte" (UA S. 25). Ob mit Einzel- oder Dauerfeuer und auf welche Körperpartien geschossen werden sollte, wurde nicht gesagt; "es hieß allgemein nur, daß fluchtunfähig zu schießen sei, was unter den Soldaten bei Diskussionen ... dahin interpretiert wurde, daß man auf die Füße oder auf den unteren Bereich der Beine zielen sollte" (UA S. 32). Unterschiedlich sind des weiteren die Feststellungen über die Bergung der verletzten Personen: Während das Tatopfer im Jahre 1984 erst mehr als zwei Stunden nach den Schüssen ärztlich behandelt werden konnte und bei rechtzeitiger ärztlicher Hilfe hätte gerettet werden können, ist im vorliegenden Fall um 0.15 Uhr ein Arzt eingetroffen, der in einem Krankenwagen den Tod von Chris G. feststellte und erfolglos Wiederbelebungsmaßnahmen durchführte; das gescheiterte Fluchtvorhaben hatte 45 Minuten vorher begonnen (UA S. 45, 59).

36

Diese Unterschiede ändern aber nichts an der Anwendbarkeit der im Senatsurteil vom 3. November 1992 entwickelten Grundsätze. Die Feststellungen des angefochtenen Urteils ergeben in ihrer Gesamtheit, daß auch Anfang 1989 von denjenigen, die für das Grenzregime an der Berliner Mauer Verantwortung trugen, der Verhinderung des ungesetzlichen Grenzübertrittes Vorrang vor dem Schutz des Lebens gegeben und daß nach der von diesem Ziel bestimmten Staatspraxis die vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen für rechtmäßig gehalten wurde, wenn sie das "letzte Mittel" (UA S. 31) war, um Personen am unerlaubten Überschreiten der Grenze zu hindern. Nach § 213 Abs. 3 Nr. 5 StGB-DDR war es unverändert ein Verbrechen, die Grenze "zusammen mit anderen" - wozu die Beteiligung einer anderen Person ausreichte - ohne Erlaubnis zu überschreiten; die zusätzliche Voraussetzung, daß eine solche Tat im Einzelfall mit einer Freiheitsstrafe von über zwei Jahren bestraft wurde (§ 1 Abs. 3 Satz 2 StGB-DDR), war, wie auch die Verurteilung des Zeugen Ga. zeigt, regelmäßig gegeben. Unverändert bestimmte weiterhin § 27 Abs. 2 Satz 1 des Grenzgesetzes, daß die Anwendung der Schußwaffe gerechtfertigt war, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellte; bei der Anwendung der Schußwaffe sollte nach § 27 Abs. 5 Satz 1 des Grenzgesetzes das Leben von Personen "nach Möglichkeit", also nicht unbedingt, geschont werden.

37

Einem solchen Verständnis des Grenzgesetzes sowie des § 213 StGB-DDR entsprach es, daß die Angeklagten nach dem tödlichen Schuß belohbt, ausgezeichnet und geringfügig belohnt und disziplinar- oder strafrechtliche Ermittlungen wegen der Schüsse nicht geführt worden sind. Die Beteiligten sind ersichtlich davon ausgegangen, daß der von dem Angeklagten H. abgegebene dritte Schuß das "letzte Mittel" war, um jedenfalls den Zeugen Ga., der schon die Oberkante des letzten Grenzzauns ergriffen hatte, an der Überquerung der Grenze zu hindern. Dem entspricht es, daß nach den Feststellungen der Schußwaffeneinsatz "letztlich" immer als gerechtfertigt angesehen wurde (UA S. 134). Daß Tötungen in diesem Sinne hingenommen werden würden, wurde den Soldaten "unterschwellig" klargemacht (UA S. 33). Ihnen wurde "suggeriert", der Tod eines Flüchtlings sei besser als eine gelungene Flucht (UA S. 152); kein Flüchtling dürfe durchkommen (UA S. 132). Was das Schwurgericht nicht sehr klar als "unterschwellige Anweisung" (UA S. 164) und als "Suggerieren" bezeichnet, war also auch Anfang 1989 die faktische Handhabung des

38

Grenzregimes durch die dafür Verantwortlichen. Wenn es in dem angefochtenen Urteil heißt, das Akzeptieren tödlicher Schüsse ohne Überprüfung habe der "damaligen Gesetzeslage und Rechtswirklichkeit" entsprochen (UA S. 134), dann ist dies, was die Gesetze angeht, ersichtlich so gemeint, daß die Gesetze in dem genannten Sinne tatsächlich angewandt wurden.

Für die geschilderte Staatspraxis, die die vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen durch Schußwaffen einschloß, gilt dasselbe wie für die Verhältnisse, die Gegenstand des Senatsurteils vom 3. November 1992 waren: Wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen die Menschenrechte, die zu schützen sich die DDR als Vertragsstaat des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (GBI DDR 1974 II S. 57; BGBl. II 1973 S. 1533) verpflichtet hatte, konnte § 27 des Grenzgesetzes der DDR in der Auslegung, die durch eine solche Staatspraxis gekennzeichnet war, keine rechtfertigende Wirkung entfalten. Der Senat verweist im übrigen auf seine Ausführungen im Abschn. C II 2 b seines Urteils vom 3. November 1992. 39

c) Andererseits gilt hier wie in dem früher entschiedenen Fall, daß § 27 des Grenzgesetzes der DDR mit Auslegungsmethoden, die dem Recht der DDR eigentümlich waren, so hätte ausgelegt werden können, daß schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen vermieden wurden; insoweit verweist der Senat auf den Abschn. C II 3 seines Urteils vom 3. November 1992. Dort hat der Senat näher dargelegt, daß die Verfassung der DDR in Art. 30 Abs. 2 Satz 2 eine Art Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorsah, der auch in § 26 Abs. 2 Satz 2, 3 und in § 27 Abs. 1 Satz 1 des Grenzgesetzes Ausdruck gefunden hat. Im Lichte dieses Prinzips und der Artikel 6 und 12 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte konnten und mußten das Grenzgesetz und die damit zusammenhängende Strafbestimmung (§ 213 Abs. 3 StGB DDR) menschenrechtsfreundlich ausgelegt werden. Es ist dann schon zweifelhaft, ob eine Auslegung des § 213 Abs. 3 Nr. 5 StGB-DDR (schwerer, ein Verbrechen begründender Fall des ungesetzlichen Grenzübertrittes, wenn "die Tat zusammen mit anderen begangen wird") zulässig war, die den Verbrechenscharakter - und damit die Anwendbarkeit des § 27 Abs. 2 Satz 2 des Grenzgesetzes begründete, wenn nur zwei Personen die Grenze überqueren wollten (vgl. zu dieser Auslegung den vom Ministerium der Justiz der DDR herausgegebenen Kommentar zum StGB-DDR "Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik" - fortan: "DDR-Kommentar" genannt -, 5. Aufl. 1987 § 213 Anm. 12), und deswegen die Rechtfertigung des Schußwaffengebrauchs nach § 27 Abs. 2 Satz 1 des Grenzgesetzes auslöste. Jedenfalls war es aber möglich, die genannte Vorschrift des Grenzgesetzes mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. auch § 27 Abs. 5 Satz 1 des Grenzgesetzes) und den Vorrang des Lebensschutzes dahin auszulegen, daß das Schießen auf "Grenzverletzer" mit unbedingtem oder bedingtem Tötungsvorsatz unverhältnismäßig und deshalb unzulässig war, wenn es sich um allenfalls zwei nach den Umständen unbewaffnete und auch sonst nicht für Leib oder Leben anderer gefährliche Flüchtlinge handelte (vgl. Senatsurteil vom 3. November 1992 zu C II 3 d). Nach dieser Auslegung des DDR-Rechts hat der Angeklagte H., indem er mit bedingtem Tötungsvorsatz auf die beiden Flüchtlinge schoß, rechtswidrig gehandelt. 40

Der Senat hat in seinem Urteil vom 3. November 1992 ausgeführt, daß das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG nicht verbietet, bei der Aburteilung des Angeklagten von einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung des DDR-Rechts auszugehen, auch wenn diese von der damaligen Rechtspraxis abweicht (Abschn. C II 4); darauf wird verwiesen. 41

Der Senat hat sich in seinem Urteil vom 3. November 1992 auch mit den von der Revision des Angeklagten H. hervorgehobenen Einwänden auseinandergesetzt, die die Anwendung des § 11 UZwG sowie der §§ 15, 16 UZwGBw in der Bundesrepublik Deutschland betreffen (C II 2 b cc); die im Schrifttum geäußerte Auffassung, nach § 16 UZwGBw sei unter Umständen auch das Schießen mit bedingtem Tötungsvorsatz gerechtfertigt (Jess/Mann UZwGBw, 2. Aufl. 1981 § 16 Rdn. 4; ähnlich Stauf in: Das deutsche Bundesrecht, I P 39 S. 7), teilt der Senat, wie im Urteil vom 3. November 1992 dargelegt, nicht. Aus der Entscheidung BGHSt 35, 379 ergibt sich nichts Gegenteiliges, weil der BGH dort einen Fall zu beurteilen hatte, in dem die hingenommenen trichterlichen Feststellungen keinen bedingten Tötungsvorsatz ergaben (vgl. Abschn. C III 1 des Urteils vom 3. November 1992). 42

5. Der Angeklagte H. hat auch schuldhaft gehandelt. 43

a) Der Trichter hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob das Handeln des Angeklagten nach § 258 StGB DDR entschuldigt gewesen ist. Er ist der Ansicht, daß kein Befehl im Sinne dieser Vorschrift erteilt worden sei. 44

Die Revision des Angeklagten bemängelt zutreffend, daß der Trichter, der sonst Recht der Bundesrepublik Deutschland angewandt hat, hier auf § 258 StGB-DDR zurückgreift. Dieser Mangel würde für sich allein nicht entscheidend ins Gewicht fallen, weil der Regelungsinhalt des § 5 Abs. 1 WStG mit § 258 Abs. 1 StGB-DDR übereinstimmt. Den auf Befehl Handelnden trifft nach beiden Gesetzen eine Schuld nur, wenn er erkennt, daß die 45

befohlene Tat gegen das Strafrecht verstößt, oder wenn dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. Der Senat hat in seinem Urteil vom 3. November 1992 (C III 2 a) dargelegt, daß der Wortlaut des § 258 Abs. 1 StGB-DDR eine - vom DDR-Kommentar (§ 258 StGB Anm. 2, 3 d) vorgeschlagene - Auslegung ausschließt, nach der die Entschuldigung nur entfällt, wenn der Soldat den Verstoß gegen das Strafrecht positiv erkannt hat. Ferner hat der Senat in seinem Urteil vom 3. November 1992 (C III 2 a) darauf hingewiesen, daß § 5 WStG zwar unmittelbar nur für Soldaten der Bundeswehr gilt (§ 1 Abs. 1 WStG), hier jedoch zugunsten eines ehemaligen Angehörigen der Grenztruppen der DDR entsprechend anzuwenden ist.

Der Senat teilt nicht die Auffassung des Tatrichters, daß der Angeklagte H. nicht auf Befehl gehandelt habe.

46

aa) Es kann dahinstehen, ob die Auffassung des Tatrichters zutrifft, daß die zur Tatzeit erlassenen "offiziellen Anweisungen" (oben B IV 4 b) den dritten Schuß des Angeklagten H. nicht gedeckt haben. Jedenfalls hat der Angeklagte H. mit diesem Schuß den vom Tatrichter so bezeichneten "unterschwellig", "suggerierenden" Erwartungen und Äußerungen seiner Vorgesetzten entsprochen, indem er einen mit bedingtem Tötungsvorsatz abgegebenen Schuß als "letztes Mittel" einsetzte, um eine nicht genehmigte Grenzüberschreitung zu verhindern. Es wird den Verhältnissen, die zur Tatzeit in der DDR bestanden haben, nicht gerecht, wenn im Hinblick auf die Befehlsvorschriften (hier: § 5 Abs. 1 WStG; ebenso § 258 Abs. 1 StGB-DDR) zwischen "offiziellen Anweisungen" und jenen anderen handlungsleitenden Äußerungen unterschieden wird, die die Verantwortlichen damals in "unterschwelliger" oder "suggerierender" Weise gegeben haben.

47

Tatsächlich ergänzten diese informellen Einflußnahmen die offiziellen Anweisungen in einer Weise, daß die Soldaten, wie es von den Verantwortlichen auch gewollt war, die Gesamtheit der Äußerungen als verpflichtend und damit als Befehle aufgefaßt haben. Befehle sind Anweisungen zu einem bestimmten Verhalten, die ein militärischer Vorgesetzter einem Untergebenen mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt (§ 2 Nr. 2 WStG). Voraussetzung eines Befehls ist, daß der Vorgesetzte die spezifische militärische Reaktion des Gehorsams für sich in Anspruch nimmt (Schölz/Lingens WStG 3. Aufl. 1988 § 5 Rdn. 9). In diesem Sinne wurde den Soldaten der Grenztruppen deutlich gemacht, daß sie Flüchtlinge unter allen Umständen am unerlaubten Überschreiten der Grenze zu hindern hätten. Ihnen wurde zwar, anders als einige Jahre vorher, nicht im einzelnen gesagt, welche Mittel sie zur Erreichung dieses Zweckes einzusetzen hätten; insbesondere wurde ihnen nicht ausdrücklich befohlen, Flüchtlinge zu "vernichten", wenn sich die Grenzüberschreitung anders nicht vermeiden ließ. Trotzdem war die Verhinderung des "Grenzdurchbruchs" in den Augen der Vorgesetzten "oberster Grundsatz" (UA S. 101); jedenfalls die "Gruppenflucht", die schon bei einem Zusammenwirken von zwei Flüchtlingen vorlag, sollte unbedingt unterbunden werden (vgl. UA S. 101, 102). So haben die Angeklagten in ihrer im Urteil wiedergegebenen Einlassung (UA S. 72, 77, 78, 80) die Erwartung ihrer Vorgesetzten, daß insbesondere die Gruppenflucht unter allen Umständen zu verhindern sei, ohne weiteres als "Befehl" (UA S. 72, 77) aufgefaßt.

48

Was der Tatrichter als "Doppelstrategie" der Verantwortlichen bezeichnet (UA S. 132), war nicht ein Nebeneinander von Befehlen und unverbindlichen Einflußnahmen. Vielmehr wurden, wie der Tatrichter mitteilt (UA S. 133), die bewußt ungenau und unvollständig abgefaßten offiziellen Anweisungen durch die in anderer Weise ausgeübte Einflußnahme ergänzt; der Befehl bekam hierdurch einen für den Soldaten greifbaren Inhalt. Diese Wirkung wurde dadurch verstärkt, daß nach tödlichen Schüssen disziplinar- und strafrechtliche Untersuchungen gegen den Schützen unterblieben und stattdessen die beteiligten Soldaten belobigt, belohnt und zum Teil befördert wurden. Zu den Mitteln einer insgesamt auf Gehorsam zielenden Einflußnahme gehörten auch bestimmte verallgemeinernde Tatsachenbehauptungen wie die Angabe, in Fällen der "Gruppenflucht" sei mit Gefahren für Leib und Leben der Grenzsoldaten zu rechnen (UA S. 72); ebenso verhält es sich mit der ausgestreuten und möglicherweise auch von den Soldaten geglaubten Information, Flüchtlinge seien regelmäßig Kriminelle oder Verräter, weil ehrliche Bürger einen Ausreiseantrag stellen könnten. Daß die Soldaten die Einflußnahme der Verantwortlichen in ihrer Gesamtheit als verbindliche Weisungen verstanden, mit denen der Anspruch auf Gehorsam erhoben wurde, ergibt sich aus den Feststellungen, nach denen die Grenzsoldaten befürchteten, bei Gehorsamsverweigerung, wozu sie auch das auffällige Danebenschießen zählten, disziplinarisch oder militärstrafrechtlich verfolgt, insbesondere in die gefürchtete Militärstrafanstalt in Schw. gebracht zu werden (UA S. 41, vgl. auch die Angaben der Angeklagten UA S. 38, 76, 77). Unter diesen Umständen kann die Verständigung von Grenzsoldaten, man solle auf die Füße oder Beine zielen (UA S. 32), nicht als eine Interpretation der Befehlslage verstanden werden. Vielmehr drückt sich in dieser Verständigung ersichtlich ein gewisses Abrücken dieser Soldaten von der verbindlichen Erwartung ihrer Vorgesetzten aus; das mag Beobachtungen über eine zunehmend kritische Haltung der Soldaten (UA S. 40, 90) entsprochen haben.

49

Nach allem bewertet der Senat die Gesamtheit der tatrichterlichen Feststellungen in rechtlicher Hinsicht anders als das Schwurgericht: Die bedingt vorsätzliche Tötung von Chris G. durch den dritten Schuß des Angeklagten H. entsprach der allgemeinen Befehlslage.

50

bb) Zugunsten des Angeklagten H. ist unter diesen Umständen davon auszugehen, daß der Befehl seines Postenführers "Schieß doch!" so zu verstehen war und von H. so verstanden worden ist, daß er im Einklang mit der allgemeinen Befehlslage handeln, also zunächst in schonender Weise (§ 27 Abs. 5 des GrenzG) auf die Füße und, wenn hierdurch der Grenzübertritt nicht mehr verhindert werden konnte, mit zumindest bedingtem Tötungsvorsatz weiterschließen sollte. 51

cc) Soweit er sich auf eine vorsätzliche Tötung richtete, verstieß der Befehl, wie dargelegt, gegen die Strafgesetze. Daß der Angeklagte H. dies positiv gewußt hat, kann nicht angenommen werden, weil die für den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen ergeben, daß sich der Angeklagte H. im Verbotsirrtum befunden hat. Eine Entschuldigung nach § 5 Abs. 1 WStG findet gleichwohl nicht statt, weil es nach den dem Angeklagten H. bekannten Umständen offensichtlich war, daß die befohlene Tat gegen die Strafgesetze verstieß. 52

Die Revision beanstandet zwar zu Recht, daß der Tatrichter zu dieser Frage keine Ausführungen gemacht, sondern lediglich die Frage erörtert hat, ob der Verbotsirrtum des Angeklagten H. vermeidbar (§ 17 Satz 2 StGB) gewesen ist. Die Kriterien, nach denen sich diese Frage entscheidet, stimmen nicht vollständig mit den Umständen überein, aus denen sich die Annahme herleitet, der Verstoß einer befohlenen Handlung gegen das Strafrecht sei offensichtlich gewesen. Im Interesse der militärischen Disziplin und wegen des Drucks, den ein militärischer Befehl auf den Untergebenen ausübt, sind an die Annahme der Offensichtlichkeit (§ 5 Abs. 1 WStG) hohe Anforderungen zu stellen. Der Soldat hat keine Prüfungspflicht. Hegt er Zweifel, die er nicht beheben kann, so darf er dem Befehl folgen. Offensichtlich ist der Strafrechtsverstoß nur, wenn er jenseits aller Zweifel liegt (Senatsurteil vom 3. November 1992 - C III 2 b - m.w.N.). Auf den vom Tatrichter genannten Gesichtspunkt, daß der Angeklagte Anlaß zum Nachdenken und zur Erkundigung über die Zulässigkeit tödlicher Schüsse gehabt habe (UA S. 157, 161 f), kann hier nicht abgestellt werden. Entscheidend ist, ob der Verstoß gegen das Strafrecht derart auf der Hand lag, daß er für einen durchschnittlichen Soldaten mit dem Informationsstand des Angeklagten ohne weiteres Nachdenken und ohne weitere Erkundigungen einsichtig war. 53

Auch wenn die Ausführungen des Tatrichters, die sich an § 17 StGB orientieren, hiernach rechtlichen Einwänden ausgesetzt sind, so schließen doch die ausführlichen Erörterungen im angefochtenen Urteil (UA S. 155 - 162) tatsächliche Feststellungen ein, die dem Senat die Bewertung erlauben, daß der Strafrechtsverstoß des von dem Angeklagten H. befolgten Befehls im Tatzeitpunkt offensichtlich im Sinne des § 5 Abs. 1 WStG gewesen ist: 54

Der Tatrichter hat festgestellt, daß Herkunft und Erziehung des Angeklagten ihm trotz politischer Indoktrination ausreichende Vorstellungen von Gerechtigkeit und Menschlichkeit sowie davon vermittelt haben, daß das Tötungsverbot zum Kernbereich der Ethik gehört (UA S. 156 f). Der Angeklagte H. hat vor seiner Einberufung das Erschießen von Menschen an der Grenze als rechtswidrig, ja als Verbrechen gegen die Menschlichkeit betrachtet, mag er auch im Laufe seiner militärischen Ausbildung anderen Sinnes geworden sein (UA S. 162). Die Feststellungen ergeben, daß im Kreise der Grenzsoldaten "allgemein" die Auffassung vertreten wurde, man solle Flüchtlinge durch Schießen auf die Beine fluchtunfähig machen und danach streben, den Wehrdienst mit "weißen Handschuhen", also ohne auf Menschen geschossen zu haben, zu absolvieren (UA S. 158, 160). Schließlich weist der Tatrichter auf die dem Angeklagten bekannten Besonderheiten der Staatspraxis hin: An bestimmten Feiertagen und bei Staatsbesuchen durfte in Fällen der hier einschlägigen Art nicht geschossen werden (UA S. 158); auf einen Schußwaffengebrauch an der Grenze folgten Nachrichtensperre und Schweigegebot (UA S. 159). Daraus und aus den sonstigen Umständen ergab sich für den Grenzsoldaten, daß dem befohlenen Schußwaffengebrauch keine Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, etwa mit Rücksicht auf eine Gefährdung der Grenzsoldaten durch Grenzbrecher, sondern die Durchsetzung des Prinzips zugrunde lag, die "Republikflucht" müsse, auch um den Preis des Lebens von Flüchtlingen, unbedingt verhindert werden (UA S. 161). Hier haben die Flüchtlinge keinerlei Anstalten gemacht, die Grenzsoldaten anzugreifen oder zu bedrohen; ihr gesamtes Tun war nur darauf gerichtet, die Grenze in Richtung auf den Bezirk Neukölln zu überqueren. 55

Bei diesen Voraussetzungen war es - nicht anders als in dem Fall, der der Senatsentscheidung vom 3. November 1992 zugrunde lag - für jeden Soldaten ohne weiteres einsichtig, daß es ein jeder vernünftigen Rechtfertigung entzogener Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot war, wenn ein Grenzsoldat mit bedingtem Tötungsvorsatz einen sicher gezielten Schuß auf den Oberkörper eines Flüchtlings abgab. 56

b) Der Angeklagte H. ist auch nicht wegen Verbotsirrtums entschuldigt. Daß eine Entschuldigung nach § 5 Abs. 1 WStG nicht stattfindet, macht die Erörterung von Fragen des Verbotsirrtums hier nicht überflüssig: Der Angeklagte kann sein Handeln trotz Offensichtlichkeit des Strafrechtsverstoßes für nicht rechtswidrig gehalten haben. Nach den Urteilsgründen (UA S. 155) kann dem Angeklagten H. eine solche Annahme nicht widerlegt werden. Der Tatrichter hat aber angenommen, daß der Angeklagte diesen Irrtum vermeiden konnte (§ 17 Satz 2 StGB). Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand. 57

aa) Die Anwendung des DDR-Rechts hätte insoweit zu keiner milderen Beurteilung (§ 2 Abs. 3 StGB) geführt. Bei Zugrundelegung des DDR-Rechts wäre nicht anzunehmen, daß der Verbotsirrtum unabhängig von seiner Vermeidbarkeit eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung ausschließt. Mit dieser von der Revision des Angeklagten H. aufgeworfenen Frage hat sich der Senat schon in seinem Urteil vom 3. November 1992 (C III 3) auseinandergesetzt; er hält an seinem damals vertretenen Standpunkt fest. Die Revisionsbegründungen geben Anlaß zu folgenden Bemerkungen: Zwar ist in dem Lehrbuch "Strafrecht der DDR" (1988, S. 237) die Auffassung vertreten worden, daß der Vorsatz die "Selbsterkenntnis" voraussetze, "sich entgegen den Grundregeln menschlichen Zusammenlebens zu einem sozial negativen Verhalten entschieden zu haben" (ebenso, jedoch mit der Beschränkung auf "Ausnahmefälle", in denen der Handelnde sein Verhalten als "durchaus gesellschaftsgemäß" ansieht, das 1976 erschienene Lehrbuch "Strafrecht, Allgemeiner Teil", S. 297, 301 f.). Doch wurde dabei - was für die DDR ungewöhnlich war - darauf hingewiesen, daß es hierzu keine einheitliche Auffassung gebe (Lehrbuch 1988 S. 237; vgl. Lehrbuch 1976 S. 300 Fn. 117). In einer älteren Ausgabe des Lehrbuchs (Lehrbuch des Strafrechts der DDR, Allg. Teil, 1957, S. 377 f) hatte es noch geheißen, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehöre nicht zum Vorsatz. Daß die Gerichte der DDR angenommen haben, irrige Vorstellungen über die Rechtswidrigkeit einer Tötungshandlung ständen der Annahme einer vorsätzlichen Tötung entgegen, ist nicht ersichtlich; auch die Revision hat keine Belege in dieser Richtung vorgetragen. Der vom Ministerium der Justiz der DDR herausgegebene Kommentar "Strafrecht der DDR" (1987) führt zwar aus, zum Vorsatz gehöre das Bewußtsein, gegen die sozialen Grundnormen zu verstoßen; andererseits heißt es dort aber, die Verteidigung des Angeklagten, er habe mit einer ungesetzlichen Handlung "recht getan", hebe nicht die Bewußtheit auf, sich zu einem sozial-negativen Verhalten entschieden zu haben (§ 6 Anm. 1). Bei diesem offenbar nicht abgeklärten Meinungsstand hat der Senat keinen Anlaß, das DDR-StGB dahin auszulegen, daß die irrige Annahme, entsprechend den Befehlen der Vorgesetzten sei eine Tötung von "Grenzverletzern" zulässig, den Vorsatz ausgeschlossen hat.

bb) Die Gründe, mit denen der Tatrichter die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums bejaht hat (UA S. 155 162), halten unter dem Gesichtspunkt des § 17 Satz 2 StGB der rechtlichen Nachprüfung stand. Ist der Strafrechtsverstoß offensichtlich, so ist regelmäßig auch der Verbotsirrtum i.S. des § 17 Satz 2 StGB vermeidbar. So verhält es sich hier. Auf die vorstehenden Ausführungen zu B IV 5 a, cc) wird verwiesen.

V. Die gegen den Angeklagten H. verhängte Strafe kann aus sachlichrechtlichen Gründen nicht bestehenbleiben. Der Tatrichter hat zwar einen minder schweren Fall des Totschlags (§ 213 StGB) angenommen. Der Senat kann aber nicht ausschließen, daß die innerhalb dieses Strafrahmens gefundene Strafe auf fehlerhaften rechtlichen Erwägungen beruht.

1. Der Angeklagte H. hat, wie dargelegt, auf Befehl gehandelt: Sein Handeln entsprach der Befehlslage, nach der ungesetzliche Grenzübertritte mit allen Mitteln, auch unter Inkaufnahme der Tötung von Flüchtlingen, zu verhindern waren; zugunsten dieses Angeklagten ist überdies anzunehmen, er habe angenommen, der ihm von seinem Postenfürher erteilte Befehl füge sich in die allgemeine Befehlslage ein. Der Senat kann nicht ausschließen, daß der Tatrichter - wobei auch § 5 Abs. 2 WStG zu bedenken ist - die Strafe milder bemessen hätte, wenn er von einem zutreffenden rechtlichen Verständnis der Befehlslage ausgegangen wäre. Für die Beurteilung des Tatmotives und des Tatentschlusses macht es einen Unterschied, ob der Angeklagte H. nur "unterschwellig" zum Ausdruck gebrachte Wünsche und Erwartungen seiner Vorgesetzten erfüllen oder aber einem Befehl gehorchen wollte.

2. Der Tatrichter hat zugunsten des Angeklagten H. eine größere Zahl von Strafmilderungsgründen (UA S. 184 f) angeführt und nur einen einzigen strafscharfenden Gesichtspunkt genannt: Der tödliche Schuß lasse "ein besonderes Maß an Gefühlskälte und Verwerflichkeit erkennen" (UA S. 185 f). Das wird den besonderen Voraussetzungen des Falles nicht gerecht: Der Angeklagte H. hatte sich bei den ersten beiden Schüssen bemüht, der unmittelbar vorher ergangenen Aufforderung seines Postenfürherers "Schieß doch" in möglichst schonender Weise (§ 27 Abs. 5 Satz 1 des Grenzgesetzes) nachzukommen. Welche Motive ihn bestimmt haben, den dritten Schuß mit bedingtem Tötungsvorsatz auf die Brust des Opfers zu richten, hat der Tatrichter nicht dargelegt. Die Annahme von "Gefühlskälte" hat jedenfalls dann keine tragfähige Grundlage, wenn der Angeklagte H., was naheliegt, einem Befehl gehorchen wollte. Daß der Tatrichter keinen direkten Tötungsvorsatz angenommen hat, muß das Revisionsgericht bei den festgestellten Begleitumständen hinnehmen.

3. Hinzu kommt folgendes: Der Tatrichter hat zwar strafmildernd berücksichtigt, daß diejenigen, die in Schule, Massenorganisation und Politunterricht das Rechtsbewußtsein der Grenzsoldaten deformiert haben, mangels Straftatbestandes nicht zur Verantwortung gezogen werden können (UA S. 184). Die Urteilsgründe lassen aber nicht erkennen, daß er auch folgenden Gesichtspunkt strafmildernd berücksichtigt hat: Der Angeklagte stand in der militärischen Hierarchie ganz unten. Er ist in gewisser Weise auch Opfer des Grenzregimes gewesen. Aus Gründen,

die er nicht zu vertreten hat, sind Funktionsträger, die über einen größeren Überblick und über eine differenziertere Ausbildung verfügten, bisher nicht zur Verantwortung gezogen worden (vgl. das Senatsurteil vom 3. November 1992, Abschn. C III 4 sowie das Senatsurteil vom 3. März 1992 - 5 StR 546/92, zum Abdruck in BGHSt vorgesehen -). Das legt hier die Verhängung einer Strafe nahe, die noch zur Bewährung ausgesetzt werden kann.

Die Revision der Staatsanwaltschaft, die der Generalbundesanwalt nicht vertritt, hat aus sachlichrechtlichen Gründen Erfolg, soweit sie den Freispruch des Angeklagten Sch. betrifft. Soweit sie sich gegen den Freispruch des Angeklagten S. richtet, ist sie unbegründet. 64

I. Der Tatrichter hat sich nicht davon überzeugt, daß der Angeklagte Sch., der als Postenführer dem Angeklagten H. vor den Schüssen "Schieß doch" zugerufen hat, angenommen und - im Sinne des bedingten Vorsatzes - gewollt hat, H. werde auf den Oberkörper eines der Flüchtlinge schießen (UA S. 181 f). Der Angeklagte Sch. hat sich dahin eingelassen, daß er davon ausgegangen sei, H. werde auf die Füße oder Beine des Flüchtlings schießen, wie dies unter den Grenzsoldaten verabredet gewesen sei (UA S. 81). 65

Nach den Feststellungen waren neben den für den Angeklagten sprechenden Umständen auch Gesichtspunkte vorhanden, die gegen die Einlassung des Angeklagten Sch. sprachen. Die Urteilsgründe ergeben, daß der Tatrichter solche Gesichtspunkte nicht geprüft hat, obwohl dies nahelag. Das Landgericht beruft sich bei der Beweiswürdigung auf eine "offizielle Anweisung", nur fluchtunfähig zu schießen (UA S. 182). Wie der Senat ausgeführt hat, kennzeichnete die vom Tatrichter genannte "offizielle Anweisung" nicht die wirkliche Befehlslage. Diese war vielmehr dadurch gekennzeichnet, daß die Verantwortlichen in vielfältiger Weise den Soldaten die Vorstellung vermittelten, ein ungesetzlicher Grenzübertritt, wie er hier stattfand, müsse mit allen Mitteln, äußerstenfalls auch mit tödlichen Schüssen verhindert werden. Hätte der Tatrichter die Befehlslage so verstanden, so hätte er Anlaß gehabt zu prüfen, ob sich der Angeklagte Sch. mit seinem Zuruf "Schieß doch" in diese ihm bekannte Befehlslage einfügen, also H. veranlassen wollte, zwar zunächst auf die Beine, im Falle einer Fortsetzung des Fluchtversuches aber auch auf den Oberkörper eines der Flüchtlinge zu schießen. 66

Sollte der neue Tatrichter zu einem Schuldspruch kommen, so wird er unter Berücksichtigung wehrstrafrechtlicher Normen die Teilnahmeform zu erwägen haben. 67

II. Im übrigen deckt die sachlichrechtliche Nachprüfung auf die Revision der Staatsanwaltschaft keine Rechtsfehler auf. 68

1. Es stellt keinen Rechtsverstoß dar, daß die von anderen Angeklagten abgegebenen Schüsse nicht dem Angeklagten S. im Sinne arbeitsteiliger Mittäterschaft als versuchter bzw. vollendeter Totschlag zugerechnet worden sind (vgl. dazu das Senatsurteil vom 3. November 1992, Abschn. C III 1 b). Der Angeklagte S. wollte nach den Feststellungen die Flüchtlinge nicht tödlich treffen; der Tatrichter mußte deshalb auch nicht annehmen, S. habe damit gerechnet, daß sein auf die Füße der Flüchtenden abgegebenes Einzelfeuer andere Grenzsoldaten zu tödlichen Schüssen veranlassen würde. 69

2. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat auch insoweit keinen Erfolg, als sie hilfsweise geltend macht, die Angeklagten S. und Sch. hätten, sofern sie keinen Tötungsvorsatz hatten, wenigstens wegen vollendeter und versuchter gefährlicher Körperverletzung verurteilt werden müssen. Der Senat braucht hier nicht zu erörtern, ob die gebotene menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grenzgesetzes es gestattete, Schüsse für gerechtfertigt zu halten, die auf Füße oder Beine gerichtet waren und dazu dienten, eine Überschreitung der innerdeutschen Grenze zu verhindern (vgl. dazu das Senatsurteil vom 3. November 1992 zu C II 3 b). Der Tatrichter hat ohne Rechtsverstoß angenommen, die Annahme der Angeklagten, solche Schüsse seien gerechtfertigt, begründe jedenfalls einen unvermeidbaren Verbotsirrtum. 70