

**Bearbeiter:** Rocco Beck

**Zitiervorschlag:** BGH 5 StR 137/96, Urteil v. 17.12.1996, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 5 StR 137/96 - Urteil vom 17. Dezember 1996 (LG Berlin)**

**BGHSt 42, 356; Rechtswidrigkeit und Schuld bei bedingt vorsätzlichen Todesschüssen auf einen fliehenden bewaffneten NVA-Soldaten an der innerdeutschen Grenze.**

**§ 212 StGB; § 5 Abs. 1 WStG**

**Leitsatz**

**Rechtswidrigkeit und Schuld bei bedingt vorsätzlichen Todesschüssen an der innerdeutschen Grenze, mit denen die Flucht eines bewaffneten Fahnenflüchtigen aus der DDR verhindert werden sollte. (BGHSt)**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten S. wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 12. September 1995 aufgehoben, soweit der Angeklagte S. verurteilt worden ist.

Der Angeklagte S. wird freigesprochen. Seine notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

2. Die Revision der Staatsanwaltschaft, den Freispruch des Angeklagten R. betreffend, wird verworfen.

Die dem Angeklagten R. im Revisionsverfahren erwachsenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

**Gründe**

Das Revisionsverfahren betrifft ein Urteil des Landgerichts Berlin wegen tödlicher Schüsse an der innerdeutschen Grenze auf einen fluchtwilligen bewaffneten Soldaten der DDR. 1

I.

Am 25. April 1966 gegen 3.45 Uhr wurde der damals einundzwanzigjährige Soldat M. K. bei dem Versuch, von Ost - Berlin aus über die Grenze in den Westteil Berlins zu flüchten, von Grenzsoldaten erschossen. 2

1. Der Fluchtversuch erfolgte vom Ost-Berliner Ortsteil Johannisthal aus westlich der Wredebrücke. An der nordöstlichen Uferböschung des an dieser Stelle gänzlich auf West - Berliner Gebiet fließenden Teltowkanals verlief die Grenze zum West - Berliner Ortsteil Rudow. Sie wurde hier durch dreifache Stacheldrahtzäune gesichert, die an zwei Meter hohen Betonpfeilern befestigt waren. Davor war als "Vorsperre" ein zwei Meter hoher Zaun gezogen, vor diesem jenseits eines Feldstreifens noch ein 1,50 Meter hoher Signalzaun. Hiervor lag ein "Annäherungsfeld", gesichert durch Alarmgeräte und "Stolperdrähte". Zwischen der Vorsperre und der eigentlichen Grenze befanden sich ein Kolonnenweg, ein Sperrgraben und unmittelbar vor den Stacheldrahtzäunen ein Kontrollstreifen, der von im Abstand von zehn Metern stehenden Peitschenmasten ausgeleuchtet wurde. 3

Am Tatort war damals der Angeklagte R., ein fünfundzwanzigjähriger Lehrer aus Thüringen, der bei den Grenztruppen seinen Wehrdienst - dessen Ablauf vier Tage bevorstand - leistete, im Rang eines Gefreiten als Gruppenführer eingesetzt. Sein Krafftfahrer war der Angeklagte S., ein ebenfalls wehrdienstleistender zweiundzwanzigjähriger Schweißer aus Magdeburg. Jeder der beiden Angeklagten war mit einer automatischen Maschinenpistole vom Typ "Kalaschnikow" nebst zwei Magazinen mit je 30 Patronen bewaffnet. Sie waren, wie üblich, "vergattert", Grenzdurchbrüche auf keinen Fall zuzulassen sowie "Grenzverletzer" zu stellen oder zu vernichten. 4

Der Flüchtling K. war seit November 1965 Angehöriger der Nationalen Volksarmee. In der Tatnacht war er als Wachtposten an grenznahen Hallen, in denen kampftechnisches Gerät eines Flak - Raketen - Regiments abgestellt war, eingesetzt. Er begab sich in Uniform auf die Flucht und führte seinerseits eine mit vierzehn Schuß Munition 5

geladene, entscherte und auf Dauerfeuer gestellte Maschinenpistole Kalaschnikow bei sich.

Der Angeklagte R. hatte nach Dienstbeginn am Vorabend des Tattages um 21.00 Uhr als Gruppenführer zunächst die Grenzposten seines am Tatort stationierten Gruppenabschnitts eingewiesen. Anschließend nahm er Kontakt zu den einzelnen Grenzposten auf. So stand er seit etwa 3.30 Uhr zusammen mit seinem Fahrer S. sowie den beiden - vom Landgericht rechtskräftig freigesprochenen - Mitangeklagten L. und H., die ein Postenpaar bildeten, zusammen, als von einem Postenturm an der Wrede - Brücke durch ein Leuchtsignal auf Reaktionen des Signalzaunes hingewiesen wurde, die der Flüchtling bei dessen Überwindung ausgelöst hatte. Unmittelbar anschließend nahm R. den uniformierten und bewaffneten Flüchtling K. wahr, wie er in einer Entfernung von 100 bis 200 Metern über den Kolonnenweg auf den Sperrgraben zulief. R. rief aufgeregt: "Da läuft einer!", lud die Maschinenpistole durch, stellte sie auf Dauerfeuer und gab zunächst einen langen Feuerstoß in die Luft als Warnschuß ab. K. lief weiter, übersprang den Sperrgraben und geriet immer mehr ins Licht der Peitschenmasten. Auch die übrigen drei Soldaten entscherten ihre Maschinenpistolen und stellten sie auf Dauerfeuer ein. Sie hatten im Gegensatz zu R. Waffe und Uniform des K. nicht wahrgenommen, sondern hielten ihn für einen "normalen Flüchtling". Alle vier rannten auf dem Kolonnenweg hinter dem Graben in Richtung des Flüchtlings. R. gab kurze gezielte Feuerstöße mit Dauerfeuer auf die Beine des Flüchtlings ab. Nach einem weiteren, versehentlich langen Feuerstoß hatte er das erste Magazin leergeschossen und wechselte nun im Weiterrennen die Magazine aus. Währenddessen gab S. kurze Feuerstöße mit Dauerfeuer ab, den ersten in die Luft, mit einem zweiten zielte er zwischen Flüchtling und Grenze. K. robbte inzwischen auf dem Kontrollstreifen schnell in Richtung Grenzzaun. Als die Angeklagten, die weiter auf dem Kolonnenweg hinter dem Graben rannten, noch etwa sieben Meter von dem - inzwischen nur noch fünf bis sechs Meter vor dem Grenzzaun befindlichen - Flüchtling entfernt waren, gab S. einen dritten kurzen Feuerstoß als "Sperrfeuer" ab und rief dem Flüchtling anschließend zu: "Mensch, bleib doch liegen!" K. robbte gleichwohl weiter vorwärts. Da einer der Grenzposten den Angeklagten S. inzwischen überholt hatte, stellte dieser - nachdem er insgesamt zehn (bis zwölf) Schüsse abgegeben hatte - das Feuer ein. Das hatten zuvor schon die beiden Mitangeklagten getan, - die jeder etwa zehn Schüsse abgegeben hatten, bei denen sie möglicherweise absichtlich nicht in Richtung des Flüchtlings gezielt hatten. Lediglich der Angeklagte R., der an der Spitze der vier Grenzsoldaten rannte, schoß weiter. Er schoß mit langen Feuerstößen auch das zweite Magazin leer und traf dabei den Flüchtling am Kopf, der daraufhin zwei bis drei Meter vor dem Grenzzaun liegenblieb. Abgesehen von dem unbedingt tödlichen, den sofortigen Bewegungsverlust bewirkenden Kopfdurchschuß war er zweimal am rechten Bein getroffen worden. R. entwaffnete den bewußtlosen Flüchtling, zog ihn zum Graben, legte ihn mit Hilfe eines der anderen Soldaten hinein und versuchte, Erste Hilfe zu leisten. Etwa eine halbe Stunde später traf ein Sanitätswagen ein. Das - möglicherweise jetzt schon tote - Opfer wurde in eine Plane gewickelt und unter dem Sanitätswagen durchgezogen, damit er auf der grenzabgewandten Seite eingeladen werden konnte und so nähere Einsichtsmöglichkeiten auf das Geschehen durch aufmerksam gewordene westliche Beobachter verhindert werden konnten. Sein alsbald eingetretener Tod hätte auch durch sofortige ärztliche Hilfe nicht verhindert werden können.

Die vier Soldaten wurden belobigt. R. erhielt eine Medaille für vorbildlichen Grenzdienst und wurde zum Unteroffizier der Reserve befördert, die übrigen drei erhielten jeder eine goldene Uhr.

2. Während das Landgericht bei den Mitangeklagten L. und H. die Abgabe von Schüssen mit bedingtem Tötungsvorsatz als nicht nachweisbar erachtet hat, ist es bei den Angeklagten R. und S. zur Annahme bedingten Tötungsvorsatzes gelangt. R. hat das Landgericht gleichwohl aus Rechtsgründen freigesprochen, da auch die bedingt vorsätzliche Abgabe tödlicher Schüsse zur Verhinderung der Flucht eines bewaffneten Fahnenflüchtigen nach - insoweit nicht wegen eklatanter Menschenrechtswidrigkeit nichtigem - DDR - Recht gerechtfertigt gewesen sei. Diesbezüglich liege beim Angeklagten S. der sich die tödlichen Schüsse des Angeklagten R. als Mittäter zurechnen lassen müsse, ein "umgekehrter Tatbestandsirrtum" vor, da er den für die Rechtfertigung ausschlaggebenden Umstand, daß der Flüchtling ein bewaffneter Soldat gewesen sei, nicht wahrgenommen habe. Soweit er mit bedingtem Tötungsvorsatz auf einen unbewaffneten Flüchtling habe schießen wollen, sei die Rechtfertigung nach DDR - Recht wegen groben Menschenrechtsverstoßes nichtig und das Verhalten wegen offensichtlicher Rechtswidrigkeit des so weit gehenden Schießbefehls auch nicht als Handeln auf Befehl entschuldigt gewesen. Das Landgericht hat S. wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt.

## II.

Mit ihrer vom Generalbundesanwalt vertretenen, auf die Sachrüge gestützten Revision erstrebt die Staatsanwaltschaft die Aufhebung des Freispruchs des Angeklagten R., den sie als weder gerechtfertigt noch entschuldigt ansieht, da sie eine Rechtfertigung bedingt vorsätzlicher Tötung auch eines Flüchtlings, der sich mit seiner Flucht als bewaffneter Soldat zugleich nach DDR - Recht wegen besonders schwerer Fahnenflucht strafbar gemacht hat, als offensichtlich menschenrechtswidrig und nichtig erachtet. Ferner erstrebt die Staatsanwaltschaft mit der vom Generalbundesanwalt ebenfalls vertretenen, auf die Sachrüge gestützten Revision zum Nachteil des Angeklagten S. dessen Verurteilung wegen vollendeten Totschlags. Dieser Angeklagte erstrebt seinerseits mit der Revision, die er auf die Sachrüge stützt,

die Aufhebung seiner Verurteilung.

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist unbegründet, soweit sie der Freisprechung des Angeklagten R. gilt. Es kann dahinstehen, ob das Verhalten dieses Angeklagten aufgrund gültigen DDR - Rechts gerechtfertigt war. Er war jedenfalls entschuldigt. Dabei nimmt der Senat ungeachtet der Begleitumstände des Falles die Beweiswürdigung des Tatrichters, der Angeklagte R. habe nur "Sperrfeuer" mit bedingtem Tötungsvorsatz schießen wollen, hin. Nach den Feststellungen ist letztlich nicht auszuschließen, daß der Angeklagte R. - unter Berücksichtigung der Kürze der ihm verbliebenen Überlegungszeit - geglaubt hat, der Fluchtversuch sei in der konkreten Situation ohne Gefährdung seiner selbst und der anderen Grenzsoldaten nicht anders als durch den konkreten Schußwaffeneinsatz sicher zu verhindern. 10

Das Landgericht verweist auf die Rechtfertigung von Schußwaffengebrauch mit bedingtem Tötungsvorsatz durch die "Vorschrift über die Organisation und Führung der Grenzsicherung in der Grenzkompanie" vom 8. Februar 1964 (DV - 30/10; vgl. BGHSt 39, 353, 366 f., 40, 241, 242 f.) - Nr. 114d, 115 -. Es meint, der Rechtfertigungsgrund sei in Fällen von Flüchtlingen, die zugleich bewaffnete Fahnenflüchtige waren und mit ihrem Verhalten den Verbrechenstatbestand des § 4 Abs. 2 lit. a des Militärstrafgesetzes der DDR vom 24. Januar 1962 (GBI DDR S. 25; später § 254 Abs. 2 StGB - DDR) erfüllten, hinzunehmen. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage noch nicht entschieden (vgl. dazu BGHSt 40, 48, 51). Nach seiner bisherigen Rechtsprechung ist allerdings ein Rechtfertigungsgrund für die vorsätzliche Tötung von Personen, die nichts weiter wollten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung allgemein anerkannter Rechtsgüter die innerdeutsche Grenze zu überschreiten, wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte als unwirksam anzusehen (BGHSt 41, 101 m.w.N.; entsprechend BVerfG, Beschluß vom 24. Oktober 1996 - 2 BvR 1851/94 u. a.). 11

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der den Bürgern der DDR insbesondere auch für Ausreisen in den anderen Teil Deutschlands weitgehend verwehrten Ausreisefreiheit wäre eine im Ergebnis gleiche Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Schußwaffeneinsatzes mit Tötungsvorsatz auch gegen fahnenflüchtige Soldaten der DDR an der innerdeutschen Grenze nicht ganz fernliegend. Gleiches gilt - namentlich im Blick auf das Ausmaß des Grenzsoldaten befohlenen Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze (vgl. dazu nur BGHSt 39, 1, 20 und BVerfG aaO unter Hinweis auf BVerfGE 36, 1, 35) - für entsprechende Fälle, in denen der Flüchtling seinerseits bewaffnet war, jedenfalls bevor er von sich aus konkrete Anstalten zum Einsatz der mitgeführten Waffe gemacht hatte. Angesichts der vom Landgericht zutreffend angestellten Erwägung, daß die Annahme unwirksamer Rechtfertigung nach Tatortrecht auf Fälle extremen, offensichtlichen Unrechts beschränkt bleiben muß, ist die Beurteilung der Rechtswidrigkeit in Fällen wie dem hier vorliegenden dennoch problematisch: Hier sind einerseits das Recht auf Leben und die Ausreisefreiheit des Flüchtlings zu bedenken. Andererseits konnte das Ausmaß des von diesem aus Sicht der Grenzsoldaten ausgehenden Rechtsbruchs als deutlich gewichtiger angesehen werden. Eine bestehende Gefährdung der Grenzsoldaten, schon bevor der Flüchtling konkret zum Einsatz seiner Waffe ansetzte, ist mitzubedenken. Der Senat braucht die Frage hier nicht zu entscheiden. Ihre Beantwortung folgt nicht zwanglos aus der bisherigen Rechtsprechung. 12

Das Verhalten des Angeklagten, der als Grenzsoldat mit bedingtem Tötungsvorsatz auf einen bewaffneten Fahnenflüchtigen geschossen hat, um dessen Flucht zu verhindern, ist jedenfalls entschuldigt, weil eine Rechtswidrigkeit des hierauf gerichteten Schießbefehls - entsprechend § 5 Abs. 1 WStG - für den Angeklagten nach den ihm bekannten Umständen nicht offensichtlich war (vgl. BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 3). Schon beim Schußwaffeneinsatz mit bedingtem Tötungsvorsatz gegen unbewaffnete zivile Flüchtlinge hat der Senat deutlich gemacht, daß die Annahme der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit des so weit gehenden Schießbefehls für den indoktrinierten einfachen DDR - Grenzsoldaten problematisch ist (vgl. BGHSt, 39, 1, 32 ff.; 39, 168, 185 ff.; BGH NSTZ 1993, 488; siehe insbesondere BVerfG, Beschluß vom 24. Oktober 1996 - 2 BvR 1852/94 - zu BGHSt 40, 241, 250 f; vgl. auch Horstkotte in: Ebke/Vagts - Hrsg. -, Demokratie, Marktwirtschaft und Recht, 1995, S. 213, 228 f.). Richtet sich der Schießbefehl auf Schußwaffeneinsatz mit bedingtem Tötungsvorsatz gegen einen flüchtenden bewaffneten Deserteur, kommen gewichtige für die Möglichkeit einer Rechtmäßigkeit des Befehls in diesem Spezialfall sprechende Besonderheiten dazu, welche unter tatsächlichen Begleitumständen, wie sie hier festgestellt sind, die Annahme, die Rechtswidrigkeit sei offensichtlich, nicht mehr zulassen. 13

Der Freispruch des Angeklagten R. aus Rechtsgründen ist mithin jedenfalls deshalb nicht zu beanstanden, weil sein Verhalten mindestens entschuldigt war. 14

2. Die Annahme, der Angeklagte S. habe mit bedingtem Tötungsvorsatz auf den Flüchtling geschossen, beruht auf einer Beweiswürdigung, die sachlichrechtlicher Prüfung nicht standhält. Da auszuschließen ist, daß ein neuer Tatrichter tragfähige Feststellungen für einen bedingten Tötungsvorsatz dieses Angeklagten treffen könnte, und eine Strafbarkeit des Angeklagten S. aus sonstigen Gründen nicht gegeben ist, muß dieser - entsprechend der Beurteilung des Landgerichts zur mangelnden Strafbarkeit der beiden rechtskräftig freigesprochenen Mitangeklagten - 15

freigesprochen werden. Zugleich bleibt die Revision der Staatsanwaltschaft mit ihrer - nachrangigen - Zielrichtung zum Nachteil des Angeklagten erfolglos.

Der Flüchtling ist von einem Schuß des Angeklagten R. getötet worden, von dem allein sechzig der insgesamt 16 abgegebenen neunzig Schüsse stammten. In der Phase des Geschehens, als R. das zweite Magazin mit dreißig Schuß verfeuerte, hatten die übrigen Angeklagten bereits zu schießen aufgehört. Bei der Beweismwürdigung zum Vorsatz muß zu Gunsten des Angeklagten S. - nicht anders als bei den beiden rechtskräftig freigesprochenen Mitangeklagten (UA S. 27) - ins Gewicht fallen, daß er im Verhältnis zur Gesamtzahl der Schüsse nur wenig selbst geschossen hat. Ohne daß der Senat die Schnelligkeit des gesamten Geschehensablaufs verkennt, ist zu beachten, daß der Flüchtling in der Phase, als S. noch (mit)geschossen hatte, weder tödlich getroffen noch nachweislich schwer verletzt wurde. Der hierin liegende Erfolgsmangel ist nach der Rechtsprechung des Senats in Fällen der vorliegenden Art stets ein gewichtiges Indiz gegen die Annahme eines Tötungsvorsatzes (vgl. BGHSt 41, 149; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 44; vgl. auch BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 45). Zwar steht die Gefährlichkeit des abgegebenen Dauerfeuers außer Frage, weil hierbei die Zielgenauigkeit wegen der Neigung der Waffe zum "Auswandern" gering war. Gleichwohl ist nicht ausreichend belegt, daß der Abstand zwischen Flüchtling und Grenze in der Phase, in welcher der Angeklagte S. geschossen hat, so kurz gewesen wäre, daß als Dauerfeuer abgeschossenes "Sperrfeuer" objektiv notwendig mit hoher Lebensgefahr für den Flüchtling verbunden gewesen wäre, mithin schon hieraus auf die Voraussetzungen des bedingten Tötungsvorsatzes zu schließen war. War die Lebensgefahr - wie der mangelnde Taterfolg in dieser Phase letztlich erweist - nicht so hoch, reicht das vom Tatrichter neben der Gefährlichkeit des Dauerfeuers maßgeblich herangezogene Aussageverhalten des Angeklagten S. zu seinen subjektiven Vorstellungen beim Schießen (UA S. 24/25) zum Beleg bedingten Tötungsvorsatzes nicht aus. Dies gilt umso mehr, als eine eher zurückhaltende Bewertung von Aussagedetails in Fällen dieser Art angezeigt erscheint (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 44 sowie 46 - insoweit nicht in BGHSt 41, 149 abgedruckt -), zumal da sie durch besonders langen zeitlichen Abstand zwischen Tat und verantwortlicher Vernehmung gekennzeichnet sind. Der Senat sieht nach alledem auch im vorliegenden Fall Anlaß zu besonders intensiver und kritischer Prüfung der tatrichterlichen Beweismwürdigung zum bedingten Tötungsvorsatz. Er vermag sie auch hier nicht als hinreichend tragfähig anzuerkennen. Hier liegt auf der Hand, daß auch ein neuer Tatrichter keine tragfähigen Feststellungen zum Vorliegen eines bedingten Tötungsvorsatzes zum Nachteil des Angeklagten S. wird treffen können.

Fehlt es am Tötungsvorsatz des Angeklagten S. bei Abgabe seiner Schüsse, sind ihm - nicht anders als den 17 rechtskräftig freigesprochenen Mitangeklagten, die ebenfalls ohne Tötungsvorsatz ungefähr gleich oft wie S., nämlich viel seltener als R., geschossen haben - die tödlichen Schüsse R. nicht im Sinne der Mittäterschaft (bei deren Vorliegen naheliegend übrigens nicht versuchter, sondern vollendeter Totschlag anzunehmen gewesen wäre; vgl. nur Dreher/Tröndle, StGB 47. Aufl. § 16 Rdn. 28) zuzurechnen (vgl. BGHSt 39, 1, 30 f.; BGH NJW 1994, 2708, insoweit in BGHSt 40, 241 nicht abgedruckt; BGH NJW 1995, 2728, 2829, insoweit in BGHSt 41, 101 nicht abgedruckt; BGH NJW 1996, 2042, 2043, zum Abdruck in BGHSt 42, 65 vorgesehen); er ist auch nicht wegen Teilnahme an mit bedingtem Tötungsvorsatz erfolgtem Schießen R.'s strafbar (vgl. auch BGHSt 39, 168, 194; 41, 149). Schießen mit bloßem Verletzungsvorsatz begründet in Fällen der vorliegenden Art, auch wenn es unbewaffneten Flüchtlingen galt, keinen strafrechtlichen Schuldvorwurf (BGHSt 39, 168, 194 f.; 41, 10, 15; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 44, 45; BGH WStG § 5 Abs. 1 Schuld 1; BGH NStZ 1993, 488).