

## FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Mai 2003

### Raubkopien-Fall

*Tötung des Erpressers durch den Erpressten / Mord / Heimtücke / einschränkende Auslegung des Merkmals der Arglosigkeit / Notwehr des Erpressten*

§§ 211 Abs. 2, 32 StGB

#### Leitsatz des Gerichts:

**Der Erpresser ist in einer von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpressten gegenüber einem wehrenden Gegenangriff des Erpressten auf sein Leben regelmäßig nicht arglos im Sinne des Mordmerkmals der Heimtücke, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden und zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken.**

BGH, Urteil vom 12. Februar 2003 – 1 StR 403/02; abgedruckt in NJW 2003, 1955.

#### 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A erpresst B mit der Drohung, dessen Handel mit Raubkopien von CDs bei Polizei und Finanzamt anzuzeigen. Er sucht B in dessen Wohnung auf, um Geld einzutreiben, und droht zusätzlich damit, B zusammenzuschlagen und seine CD-Sammlung zu zerstören. B übergibt A daraufhin eine Plastiktüte mit etwa 3.000 €. Dabei wird ihm klar, dass er sein gesamtes gespartes Geld verliert. Ärger und Wut steigen in ihm auf. Er tritt hinter A, der überhaupt nicht mit einem Angriff rechnet, und tötet ihn, indem er ihm mehrfach mit einem Messer in den Hals schneidet, das er in der Hosentasche bei sich trug.

#### 2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Mord oder Nicht-Mord? Das ist hier die Frage.

Genauer gesagt: die erste Frage. Eine zweite, die in der Entscheidung breiten Raum einnimmt, betrifft eine etwaige Rechtfertigung des B durch Notwehr gem. § 32 StGB. Da A die Erpressungsbeute noch nicht endgültig gesichert hatte, war sein rechtswidriger Angriff auf das Vermögen des B nicht beendet und somit gegenwärtig.<sup>2</sup> Der BGH sah sich jedoch nicht in der Lage, abschließend zu beurteilen, ob B die rechtlichen Grenzen des Verteidigungshandelns eingehalten hat. Dafür fehlte es ihm an entsprechenden tatrichterlichen Feststellungen. Immerhin werden in der Entscheidung geradezu schulmäßig alle Eventualitäten durchgegangen, um das Tatgericht für die neuerliche Hauptverhandlung anzuleiten. Rechtliche Neuigkeiten sind nicht zu vermelden. Wir verzichten daher auf eine Erörterung dieses Teils der Entscheidung. Er sei aber für eine Repetition des Rechts der Notwehr zur Lektüre empfohlen.

<sup>1</sup> Die folgende Wiedergabe beschränkt sich auf die Angaben, die für die Darstellung und Kommentierung der Rechtsprobleme wesentlich sind.

<sup>2</sup> Vgl. zum Fortbestehen der Notwehrlage bis zur Beendigung des Angriffs *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, Rn. 4.

Was den Tatbestand des Mordes angeht, so kommt allein das **Merkmal der Heimtücke** in Betracht. Eine Anwendung erscheint problemlos möglich angesichts der eindeutigen tatrichterlichen Feststellungen, dass der Täter von hinten an das Opfer herantrat und das überraschte Opfer den Angriff nicht erwartete. Es passen glatt die gängigen Definitionen, ohne dass hier noch subsumiert werden müsste. Heimtückisch handelt derjenige, der die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt.<sup>3</sup> Arglos ist das Opfer dann, wenn es zum Zeitpunkt der Tat mit keinem tätlich-körperlichen Angriff des Täters rechnet, und wehrlos, wenn es auf Grund seiner Arglosigkeit keine Möglichkeit hat, sich zu verteidigen.<sup>4</sup>

Damit stünde natürlich noch nicht fest, dass B wegen Mordes zu bestrafen ist. Bekanntlich gibt es eine **Vielzahl von Ansätzen, die darauf zielen, eine Mordbestrafung zu vermeiden**, auch wenn die Voraussetzungen der Heimtücke erfüllt sind. Sie beruhen auf der Anforderung des Bundesverfassungsgerichts an die Strafgerichte, für eine Eingrenzung des Mordtatbestandes gerade in Fällen der Heimtücke zu sorgen, weil die Verhängung der zwingend angeordneten lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig sein könne.<sup>5</sup> Wir werden gleich diese Ansätze kurz<sup>6</sup> darstellen.

Zuvor sei noch darauf hingewiesen, dass es Schwierigkeiten bereitet, die Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe noch abzuwenden, wenn erst einmal das Merkmal der Heimtücke bejaht ist. Das dürfte der Grund dafür gewesen sein, dass der BGH sich in dieser Entscheidung nicht mit den gängigen Definitionen begnügt, sondern um eine Eingrenzung – insbesondere des Elementes der Arglosigkeit – bemüht ist. Das geschieht nicht zum ersten Mal. Schon in früheren Entscheidungen hatte er einen Versuch unternommen, Arglosigkeit restriktiv zu interpretieren. Davon hat er freilich wieder Abstand genommen. Zum Verständnis der vorliegenden Entscheidung ist es jedoch wichtig, daran zu erinnern, weil der Eindruck entsteht, dass der Faden wieder aufgenommen wird. Auch diese frühere Rechtsprechung wird daher im Folgenden wiedergegeben.

Befassen wir uns aber zunächst mit den sonstigen Ansätzen zur Vermeidung einer Überdehnung des Mordtatbestandes.<sup>7</sup> Einen ganz allgemeinen Ansatz bietet die **Lehre von der negativen Typenkorrektur**, die eine zweistufige Prüfung aller Mordmerkmale fordert. Nach der Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen sei noch eine Gesamtwürdigung der Tat und der Täterpersönlichkeit vorzunehmen. Ergebe sich daraus, dass die Tat nicht besonders verwerflich sei, entfalle eine Strafbarkeit nach § 211 StGB.<sup>8</sup> Gleichmaßen allgemein setzt die vom BGH kreierte **Rechtsfolgenlösung** an. Danach kann die Strafe in analoger Anwendung von § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemildert werden, wenn sich auf Grund außergewöhnlicher Umstände schuld mindernder Art ergibt, dass die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig wäre.<sup>9</sup> Speziell zum Heimtückemord wird noch die Auffassung vertreten, dass der Täter ein **besonderes Vertrauensverhältnis** ausgenutzt haben müsse.<sup>10</sup> Das wird teilweise aus dem Wortbestandteil der **Tücke** herausgelesen: Nur der ein Vertrauen missbrauchende Täter handle tückisch. Daneben wird das Merkmal der Tücke auch dazu genutzt, eine Einschränkung auf ein hinterhältig-planendes, berechnendes Vorgehen vorzunehmen oder generell entlastende Beweggründe zugunsten des Täters zur Geltung zu bringen.<sup>11</sup>

Keiner dieser Ansätze hat sich allgemeine Anerkennung verschaffen können. Ein zentraler Einwand betrifft die Unbestimmtheit der meisten Vorschläge. Gegen die Vertrauensbruchlösung wird noch vorgebracht, dass sie zu Unrecht den geradezu klassischen Mordfall der

<sup>3</sup> *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 26. Auflage 2002, Rn 107.

<sup>4</sup> *Joecks*, 3. Auflage 2001, § 211 Rn. 17.

<sup>5</sup> BVerfGE 45, 187.

<sup>6</sup> Auf eine längere Darstellung können wir verzichten, weil sie bereits im Eisenstangen-Fall (FAMOS September 2001) für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfolgt ist.

<sup>7</sup> Vgl. die Darstellung bei *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 85-91, 105-122, 133.

<sup>8</sup> Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 211 Rn.10.

<sup>9</sup> BGHSt 30, 105.

<sup>10</sup> *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Auflage 2003, § 211 Rn. 19.

<sup>11</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 211 Rn. 20 f.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 108, 114.

Tötung eines Ahnungslosen, zu dem zuvor keinerlei persönliche Beziehung bestanden habe, von einer Anwendung des § 211 StGB ausnehme.<sup>12</sup>

Wenden wir uns, wie angekündigt, der BGH-Vergangenheit zu. Näher zu betrachten ist eine Phase, in der Überlegungen zu Grenzen der Schutzwürdigkeit des Opfers Anlass gaben, **Arglosigkeit nicht nur dann zu verneinen, wenn das Opfer tatsächlich nicht mit einem Angriff rechnete, sondern den Fall hinzuzunehmen, dass das Opfer auf Grund der Umstände mit einem Angriff hätte rechnen müssen.**<sup>13</sup> So sollte die Arglosigkeit schon dann entfallen, wenn der Täter dem Opfer mit offener Feindseligkeit gegenüber getreten war.<sup>14</sup> Es sollte nicht mehr von Bedeutung sein, welche Vorstellungen sich das Opfer im einzelnen über etwaige Auswirkungen dieser Feindseligkeit gemacht hat.<sup>15</sup> Dahinter steckten auch praktische Erwägungen. Soll zwischen Arglosigkeit und Nichtarglosigkeit allein nach der tatsächlichen Vorstellung des Opfers entschieden werden, so steht der Tatrichter oft vor einer unlösbaren Aufgabe, weil das Opfer im Falle der Tatvollendung keine Auskunft mehr geben kann.<sup>16</sup>

Das Schrifttum reagierte überwiegend ablehnend.<sup>17</sup> Es zeigten sich auch bald schwer zu lösende Abgrenzungsprobleme: Wann steht die Begegnung zwischen Täter und Opfer von vornherein so sehr im Zeichen feindseligen Verhaltens, dass das Opfer nicht mehr arglos sein darf? Genügt ein vorangegangener Streit? Reicht eine verbale Auseinandersetzung? Oder muss es zur Androhung körperlicher Attacken gekommen sein? – Der BGH gab schließlich diesen Ansatz wieder auf und stellte klar: „Die Frage, ob ein Mensch gegenüber einem Angriff arglos ist, kann nur als eine solche nach der tatsächlich vorhandenen Einsicht in das Drohen einer Gefahr verstanden werden. Die Antwort kann sich nicht an Kriterien ausrichten, die auf die Feststellung eines fahrlässig verschuldeten Mangels an Abwehrbereitschaft hinauslaufen.“<sup>18</sup>

Das heißt nicht, dass es verboten wäre, zu überlegen, womit ein Opfer in einer solchen Situation rechnen muss, sofern damit lediglich auf die tatsächlichen Vorstellungen des konkreten Opfers geschlossen werden soll.<sup>19</sup> Dabei geht es um eine **Beweisfrage**, nämlich um die Ermittlung der Einschätzung der Situation durch das Opfer, und nicht um die **Bewertungsfrage**, welche Bedeutung die – vorhandenen oder nicht vorhandenen – Opfervorstellungen für das Merkmal der Arglosigkeit haben. Für die Beweisfrage ist aber eigentlich kein Raum mehr, wenn das Tatgericht eindeutig festgestellt hat, dass das Opfer tatsächlich nicht mit einem derartigen Angriff gerechnet hat.

Wie lässt sich also die Arglosigkeit thematisieren, wenn tatrichterlich festgestellt worden ist, dass das Opfer vom Angriff überrascht wurde? Mit dieser eher formalen Frage musste sich der BGH auseinandersetzen, der in der Sache entschlossen war, zugunsten des Angeklagten zu entscheiden. Der für ihn maßgebliche Sachgrund lag darin, dass das Opfer durch sein Vorverhalten den Täter in eine Notwehrlage gebracht hatte, so dass dessen Angriff eigentlich ein (die Grenzen der Notwehr wahrscheinlich überschreitender) Gegenangriff war.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Es sind drei Begründungsansätze, die den BGH zu einer Thematisierung und restriktiven Handhabung des Merkmals der Arglosigkeit gelangen lassen. Erstens: normative Auslegung, zweitens: verdecktes Aufgreifen der Beweisfrage, drittens: Verneinung eines tückischen Verhaltens. Diese Ansätze sind nicht klar voneinander getrennt, sondern gehen ineinander über.

Zunächst zum **normativen Ansatz**. Es sei „von der strafrechtlichen Werteordnung und damit normativ prägend vorgegeben“, dass ein Opfer nicht arglos sei, das zuvor durch sei-

<sup>12</sup> Krey, Strafrecht BT 1, 12. Aufl. 2002, Rn. 64.

<sup>13</sup> Vgl. Küper, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 182.

<sup>14</sup> BGHSt 28, 210, 211.

<sup>15</sup> BGHSt 27, 322, 324.

<sup>16</sup> BGHSt 27, 322, 325.

<sup>17</sup> Z. B. Geilen, Gedächtnisschrift für Schröder, 1978, S. 246; Sonnen, JA 1980 36.

<sup>18</sup> BGHSt, 33, 363, 365.

<sup>19</sup> Vgl. z. B. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13.

nen Angriff den Gegenangriff des Täters ausgelöst habe. Es müsse ein „Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht“ gewährleistet sein. Bei „wertender Betrachtung“ erscheine es „nicht systemgerecht“, dem Angegriffenen, der „in den Randbereich der erforderlichen und gebotenen Verteidigung gerät oder gar exzessiv handelt, das Risiko aufzulasten, bei Überschreitung der rechtlichen Grenzen der Rechtfertigung oder auch der Entschuldigung sogleich das Mordmerkmal der Heimtücke zu verwirklichen“. Das gelte auch dann, wenn der sich Wehrende das Überraschungsmoment bewusst ausnutze, weil unter Umständen die Notwehr nur auf diese Weise Erfolg haben könne.

Eher **tatsachenbezogen** ist eine aus dem normativen Ansatz abgeleitete Situationsanalyse, nach der das Opfer seine Arglosigkeit „bereits mit seinem ... Angriff auf das Vermögen des Angeklagten verloren“ hat und, so muss man wohl ergänzen, anschließend nicht wiedererlangen kann, auch wenn es tatsächlich mit keinem Gegenangriff rechnet. Darin deutet sich bereits an, dass der BGH sich mit der trichterlichen Feststellung nicht zufrieden geben will. Weitere Formulierungen, welche die **Beweisfrage** berühren, verstärken diesen Eindruck. So heißt es: Mit der Ausübung des Notwehrrechts „muss jeder Angreifer in solcher Lage grundsätzlich rechnen“. Und: „Der Erpresser ist deshalb unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig nicht gänzlich arglos.“ Doch kann der BGH das Visier nicht vollständig öffnen, denn das Revisionsrecht lässt es nicht zu, prozessual ordnungsgemäß getroffenen trichterliche Feststellungen zu ignorieren.

So ist es wohl zu erklären, dass schließlich noch ein dritter Begründungsansatz zum Zuge kommt, der auf das übergeordnete Merkmal zurückgreift. Die einschränkende Interpretation der Heimtücke, „gründet mit darin, dass der Gegenwehr hier ersichtlich nicht das Tückische in einem Maße innewohnt, welches den gesteigerten Unwert dieses Mordmerkmals kennzeichnet“.

Wichtig ist noch ein abschließender Hinweis, mit dem der BGH eine zeitliche Grenze zieht. Die von ihm hier vorgenommene Interpretation der Arglosigkeit gilt nur für eine konfrontative Auseinandersetzung, in der dem Erpressten ein endgültiger Vermögensverlust droht. Der Senat stellt klar, „dass in den Fällen der Erpressung, in denen eine Drohung als sog. Dauergefahr zwischen einzelnen Angriffsakten des Täters auf die Willensentschlussfreiheit des Opfers als gegenwärtig im Sinne des Tatbestandes fortwirkt ..., eine Tötung des Erpressers durch sein Opfer in einer von diesem, also dem Opfer gesuchten, vorbereiteten Situation sehr wohl heimtückisch sein kann ... und dann auch nicht durch Notwehr gerechtfertigt ist“, weil dem Opfer regelmäßig zuzumuten sei, staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Merkmal der Heimtücke ist „das schwierigste und praktisch wichtigste Mordmerkmal“<sup>20</sup>, was erklärt, dass es in Prüfungsarbeiten außergewöhnlich häufig vorkommt. Gleiches könnte für die Notwehr gesagt werden, nämlich dass sie der schwierigste und praktisch wichtigste Rechtfertigungsgrund ist und sich großer Beliebtheit bei Aufgabenstellern erfreut. Was folgt daraus für eine Sachverhaltskonstellation, in der Heimtücke und Notwehr Hand in Hand auftreten? ...

Zwei **Aufbauschwierigkeiten** müssen bewältigt werden. Die erste betrifft die Einordnung dieses neuen Ansatzes zur Einschränkung der Heimtücke in die Vielzahl der Vorschläge, die es zum Umgang mit diesem Merkmal und zur restriktiven Handhabung von § 211 StGB überhaupt gibt. Einen zweckmäßigen Prüfungsablauf ermöglicht die Regel: **vom Speziellen zum Allgemeinen**. Zunächst sollten die zum jeweiligen Mordmerkmal entwickelten Ansätze und erst danach die allgemeineren erörtert werden. Und auch innerhalb der Einschränkungsbemühungen zu einem bestimmten Mordmerkmal sollte den spezielleren der Vorrang eingeräumt werden. Außerordentlich speziell ist die Konstellation dieser Entscheidung, in der Heimtücke, Erpressung und Notwehr zusammenkommen. Also sollte man sich frühzeitig den

<sup>20</sup> Küper (Fn. 13), S. 182.

vom BGH diskutierten Fragen zuwenden und erst später, falls Arglosigkeit bejaht wurde, Allgemeineres (Vertrauensbruch, negative Typenkorrektur, Rechtsfolgenlösung) erörtern.

Eine zweite Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass mit Heimtücke und Notwehr **Kategorien aus unterschiedlichen straftatsystematischen Prüfungsstufen** zusammentreffen. Die Untersuchung des Tatbestandsmerkmals der Heimtücke ist an sich kein geeigneter Ort für eine Prüfung des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr. Andererseits nötigt die normative Auslegung des BGH dazu, die Notwehr jedenfalls im Hinblick auf das Vorhandensein einer Notwehrlage in die Betrachtung einzubeziehen. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte in die entsprechende Prüfung eingeführt werden, etwa so: Zwar rechnete A mit keinem Angriff; gleichwohl könnte es ihm an Arglosigkeit gefehlt haben, weil er zuvor das Verhalten des B selbst durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgelöst hat.

In der strafjustiziellen Praxis wird die Entscheidung vermutlich schon auf die Tatsachenfeststellungen Einfluss nehmen. Sie wird als Aufforderung verstanden werden, die Notwehrlage als starkes Indiz dafür zu verwerten, dass das Opfer tatsächlich gar nicht arglos gewesen ist, weil es mit einem Gegenangriff rechnete.

Im Übrigen verstärkt sich der Eindruck, dass der BGH weiter auf **Distanz zu seiner eigenen Rechtsfolgenlösung** geht, die ja ein überaus negatives Echo in der Literatur ausgelöst und ihm den Vorwurf eingetragen hat, sich über das Gesetz hinwegzusetzen.<sup>21</sup> Denkbar wäre es im vorliegenden Fall durchaus gewesen, ein Handeln des B „aus gerechtem Zorn“<sup>22</sup> anzunehmen und ihm auf diese Weise eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu verschaffen. In Befolgung der eigenen Maxime, die Rechtsfolgenlösung nur als allerletztes Mittel einzusetzen,<sup>23</sup> verzichtet der BGH darauf und bemüht sich – insofern vorbildlich – um eine Lösung schon auf Tatbestandsebene.

## 5. Kritik

Die Entscheidung ist alles andere als stringent. Die Begründung ist ein Patchwork aus unterschiedlichen Ansätzen, wie wir schon unter 3. dargelegt haben. Das führt zu erheblichen Unklarheiten. So wird nicht klar mitgeteilt, ob die normative Auslegung bedeutet, dass die Festlegung auf eine rein faktische Bestimmung der Arglosigkeit<sup>24</sup> nicht mehr gilt und dass auf die frühere Rechtsprechung<sup>25</sup> zurückgegriffen werden soll. Auch wird nicht deutlich zwischen der Beweisfrage und der Bewertungsfrage unterschieden. Schließlich ist nicht eindeutig auszumachen, an welches gesetzliche Merkmal die Lösung maßgeblich anknüpft. Ist es eine (normativ verstandene) Arglosigkeit oder ist es das Element der Tücke im Merkmal der Heimtücke?

Zweifel ruft auch das Ergebnis der Entscheidung hervor. Man bedenke, dass eine erhebliche Wertdifferenz zwischen den beteiligten Rechtsgütern des Vermögens und des Lebens besteht. Soll gleichwohl eine Bestrafung wegen Heimtücke-Mordes tatsächlich immer schon dann ausscheiden, wenn ein Angriff des Opfers auf das Vermögen des Täters noch andauert? Es stimmt jedenfalls nicht ohne weiteres mit allgemeinen gesellschaftlichen Vorstellungen überein, dass im Falle einer feindseligen Auseinandersetzung in Vermögensangelegenheiten mit Angriffen auf Leib und Leben zu rechnen ist.

Schließen wollen wir mit einem Stück BGH-Prosa. Wer weniger als drei Minuten braucht, um den folgenden Satz zu verstehen, darf auf eine steile Richterkarriere hoffen. „Büßt der später Getötete wegen seines eigenen gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs nicht gänzlich seine Arglosigkeit gegenüber der Möglichkeit eines körperlichen (schutz- oder trutzwehrenden) Gegenangriffs ein, so fehlt es an der Heimtücke selbst dann, wenn der sich Wehrende das Überraschungsmoment bewusst ausnutzt.“<sup>26</sup>

(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexandra von Berg und Mario Piel zugrunde)

<sup>21</sup> Vgl. Krey (Fn. 12), Rn. 62 ff.

<sup>22</sup> BGHSt 30, 105, 119.

<sup>23</sup> Vgl. BGH NSTZ 1984, 20; NSTZ 1995, 231.

<sup>24</sup> BGHSt 33, 363.

<sup>25</sup> Vgl. oben 2.

<sup>26</sup> BGH NJW 2003, 1955, 1957.