

Stefanie Kemme\*

## Reizung zum Zorn oder sonst ein minder schwerer Fall des Totschlags?

**StGB §§ 46 III, 213** Strafzumessungsaspekte beim Totschlag

1. Die zur Tötung normalerweise erforderliche Gewaltanwendung darf nicht strafscharfend berücksichtigt werden.

2. Bei Prüfung eines minder schweren Falls des Totschlags nach § 213 Alt. 1 StGB muss die Schwere der erlittenen Kränkung objektiv unter Berücksichtigung der Gesamtbeziehung der Streitenden sowie einer beidseitigen Alkoholisierung zum Tatzeitpunkt bestimmt werden. Das Vorliegen einer Notwehrlage i. S. d. § 32 StGB ist nach § 213 Alt. 2 StGB zu berücksichtigen, selbst wenn der Täter die Grenzen dieses Rechtfertigungsgrundes überschritten hat.

BGH, Beschluss vom 04.07.2013 – 4 StR 213/13, NStZ 2013, 580-581

### Sachverhalt

A war Geschäftsführer eines Bordellbetriebs, in dem S als Tänzerin und Prostituierte arbeitete. Beide gingen in der Folgezeit eine konfliktreiche Liebesbeziehung ein. S konsumierte mehrmals täglich Amphetamin, auf Grund dessen sie ständig enthemmt, leicht erregbar und aggressiv war. Mitunter schrie sie minutenlang auf den A ein und machte ihn „für alles verantwortlich“. Im Verlauf der zahlreichen tätlichen Auseinandersetzungen bemerkte A, dass er S durch einen kurzen Griff mit der rechten Hand an ihren Hals ruhigstellen konnte. In der Folgezeit wandte er diese Verteidigungstechnik mehrfach erfolgreich an.

Ein heftiger Streit zwischen A und S mit wechselseitigen Tötlichkeiten veranlasste die Verantwortlichen des Bordellbetriebes, die Zusammenarbeit mit A fristlos zu beenden. Daraufhin bezogen A und S ein gemeinsames Zimmer in einem Hotel. Am Morgen des 07.07.2012 gegen 2 Uhr kehrten beide nach einem gemeinsamen Abend stark alkoholisiert in ihr Hotelzimmer zurück, wo es wieder zu einem heftigen Streit kam. Während dieser Auseinandersetzung schrie S hysterisch über einen Zeitraum von 5 Minuten ununterbrochen auf A ein, machte ihm Vorhaltungen und verlangte von ihm, sie in Ruhe zu lassen und das Hotelzimmer zu verlassen. Als sie begann, ihn mit den Fäusten auf die Brust zu schlagen, stieß A sie weg, so dass sie zu Boden fiel. S stand sofort wieder auf und trat A in den Unterleib. A, der seine Freundin von weiteren Tritten abhalten wollte, umfasste daraufhin ihren Hals mit beiden Händen und würgte sie äußerst kräftig. A war bewusst, dass S durch die erhebliche

Gewaltanwendung zu Tode kommen könnte. Gleichwohl hielt er den erheblichen Druck auf den Hals aufrecht. Auf Grund dieser Gewalteinwirkung brach die Geschädigte leblos zusammen und verstarb infolge Erstickung.

Eine dem A um 5.13 Uhr entnommene Blutprobe wies eine BAK von 1,17 ‰ auf. Im Blut von S wurden ein Alkoholgehalt von 1,30 ‰ und eine Amphetamin-Konzentration von 1800 ng/ml festgestellt.

### Problemaufriss

Das strafgesetzliche System vorsätzlicher Tötung unterscheidet nicht nur zwischen Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 I StGB), sondern differenziert den Totschlag nach besonders schweren (§ 212 II StGB), nach minder schweren Fällen (§ 213 StGB) und Fällen der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). Für die Strafzumessung ist es von erheblicher Bedeutung, ob der Strafrahmen des § 212 I StGB (5-15 Jahre) oder des minder schweren Falls nach §§ 212 I, 213 StGB (1-10 Jahre) angenommen wird. Das LG verurteilte A wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 9 Jahren und berücksichtigte bei der Strafzumessung, dass die Tatausführung von massiver Gewalt geprägt gewesen sei und durch das heftige Würgen eine besondere Brutalität aufwies. Einen minder schweren Fall nach § 213 StGB lehnte das LG ab. Diese Strafzumessungsnorm wäre aber vorrangig genau unter die Lupe zu nehmen gewesen.

### Zur Entscheidung

Zunächst stellt der BGH fest, dass hier das Doppelverwertungsverbot nach § 46 III StGB missachtet wurde. Merkmale des Tatbestandes, die schon bei der Bestimmung des gesetzlichen Strafrahmens als maßgeblich verwertet worden sind, dürfen nicht nochmals bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.<sup>1</sup> In zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen wurde von Gerichten die zur Tötung erforderliche Gewalt straferschwerend gewertet, was Freiheitsstrafen von vielen Jahren rechtfertigten sollte.<sup>2</sup>

Schwer wiegt zudem, dass das LG vorschnell das Vorliegen des § 213 StGB abgelehnt hat, so dass darüber erst der hohe Strafrahmen des Totschlags eröffnet werden

\* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Miebach, in: MüKo, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 183.

<sup>2</sup> Vgl. BGH vom 24.03.1998 – 4 StR 34/98, BeckRS 1998, 31357485; BGH vom 29.06.1995 – 4 StR 760/94, StV 1996, 148; BGH vom 12.01.1988 – 5 StR 657/87, BeckRS 1988, 31103292.

konnte.<sup>3</sup> Im vorliegenden Fall sei es aber auf Grund des Geschehensablaufs nicht fernliegend gewesen, dass der A durch die vom Tatopfer verübte Misshandlung provoziert wurde.<sup>4</sup> Dabei hätte das LG die Zuspitzung der Situation nach der fristlosen Kündigung des A und den Umzug von A und S in das Hotel in den Blick nehmen sollen, da die Tötlichkeiten und Vorhaltungen seitens des Opfers möglicherweise „das Fass zum Überlaufen“ gebracht hätten. Weiterhin wird dargelegt, dass der Schweregrad der Alkoholisierung des Opfers und des A verkannt wurde, denn eine Rückrechnung der Tatzeit-BAK ist unterblieben. Danach hatte der Täter zur Tatzeit um ca. 3 Uhr eine BAK von mindestens 1,81 ‰, das Opfer von 1,94 ‰ und eine entsprechend höhere Amphetamin-Konzentration im Blut.

Der § 213 StGB will in seiner Provokationsvariante (Alt. 1) den Täter begünstigen, der aus berechtigtem Zorn gehandelt hat, weil er vor der Tat seinerseits durch das Opfer misshandelt oder durch ein schwer beleidigendes Verhalten angegriffen worden ist.<sup>5</sup> Als Misshandlung, die ein vorsätzliches Handeln des provozierenden Opfers voraussetzt, kommen nur erhebliche Beeinträchtigungen in Betracht, wobei ein Körperverletzungserfolg nicht erforderlich ist.<sup>6</sup> Der Begriff der Beleidigung ist nicht im technischen Sinne zu verstehen und umfasst daher auch (schwere) Kränkungen, die nicht den Beleidigungstatbeständen der §§ 185 ff. StGB unterfallen.<sup>7</sup> Grundsätzlich werden im Rahmen partnerschaftlicher Konflikte schwere Beleidigungen („Lebensversager in allen Bereichen“) und vor allem Beleidigungen sexualbezogener Art als Provokation im Sinne des § 213 Alt. 1 StGB gewertet.<sup>8</sup> Hier ist allerdings zu erörtern, wie es sich auswirkt, dass das Opfer massiv unter Alkohol- und Drogeneinfluss stand. So wird von einigen in einer restriktiven Auslegung des § 213 Alt. 1 StGB angenommen, dass schwere Beleidigungen dann nicht in Betracht kommen, wenn die Verantwortlichkeit des Opfers für den Täter erkennbar auf Grund einer Alkoholisierung eingeschränkt ist.<sup>9</sup> Da in der Praxis – wie auch vorliegend vorliegend – Fälle der Alkoholisierung von Täter und Opfer den weitaus größten Anteil ausmachen, stehen sich die alkoholbedingten Kränkungen des Opfers und die alkoholbedingte geringe Hemmschwelle des Täters gegenüber.<sup>10</sup> Obwohl im Rahmen des § 213 Alt. 1 StGB keine Verhältnismäßig-

keit<sup>11</sup> bzw. eine gewisse Verhältnismäßigkeit<sup>12</sup> zwischen der Schwere der Kränkung und der im Zorn verübten Tat vorausgesetzt wird, wird eine größere Zurückhaltung vom Täter zu erwarten sein, soweit er die Alkoholisierung seines Opfers erkannte hat<sup>13</sup>. Der gemeinsame Alkoholgenuss und das Erkennen des A, dass S auf Grund des Alkohol- und Drogengenusses enthemmt war (BAK von 1,94 ‰ in Verbindung einer hohen Amphetamin-Konzentration), sprechen insoweit gegen die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 213 Alt. 1 StGB.

Ein weiteres Argument mag hier aber noch mehr Gewicht haben. Zwar ist die Schwere der erlittenen Kränkung objektiv zu bestimmen, jedoch mit der Modifikation, dass vom Lebenskreis der Betroffenen unter Berücksichtigung der Gesamtbeziehung der Streitenden auszugehen ist.<sup>14</sup> Die Vorgeschichte von A und S ist geprägt durch zahlreiche solcher Auseinandersetzungen, in denen die S auf Grund ihres Alkohol- und Amphetamingenusses hysterisch auf den A eingeschrien und diesen beschimpft hat. A kannte die Erregbarkeit und Aggressivität der S in diesem Zustand. Es lässt sich vertreten, dass dann ein Totschlag des an das Opferverhalten gewöhnten Täters keine Nachsicht verdient.<sup>15</sup> Andererseits können die fortlaufenden Vorhaltungen und Tötlichkeiten des Opfers auch dazu geführt haben, dass die letzte Kränkung quasi der „Tropfen“ war, der nach einer Reihe von Kränkungen „das Fass zum Überlaufen brachte“.<sup>16</sup>

Sollte hier die 1. Alternative abzulehnen sein, muss noch die 2. Alternative eines sonstigen minder schweren Falls in Betracht gezogen werden. A befand sich nach dem Tritt in den Unterleib in einer objektiv gegebenen Notwehrlage. Eine Tötung im Grenzbereich der Notwehr<sup>17</sup>, insbesondere bei Überschreitung der Grenzen der Notwehr ohne Erreichen der Voraussetzungen des § 33 StGB<sup>18</sup>, kann bereits aus diesem Grunde die Annahme eines minder schweren Falles i.S. des § 213 Alt. 2 StGB begründen.<sup>19</sup>

## Hinweis

Die Wissenschaft hat sich dem § 213 StGB als Strafzumessungsvorschrift bisher relativ wenig gewidmet, was allerdings in starkem Widerspruch zu seiner Praxisrelevanz steht.<sup>20</sup> Dies sollte Grund genug sein, der Norm bereits im Studium größere Aufmerksamkeit zu schenken. Der Leser mag sich zudem fragen, warum es denn überhaupt wichtig ist, eine genaue Unterscheidung zwischen

<sup>3</sup> BGH NStZ 2013, 341; 2011, 339; 2002, 542; 1996, 33; NStZ-RR 2007, 194.

<sup>4</sup> Ähnlich BGH NStZ 2013, 341; 2002, 542.

<sup>5</sup> Vgl. auch BGH NStZ 1996, 33.

<sup>6</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 4.

<sup>7</sup> Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 213 Rn. 8; a. A. Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455 (456).

<sup>8</sup> Vgl. BGH NStZ 2013, 341.

<sup>9</sup> Jähnke, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 6, 11. Aufl. 2005, § 213 Rn. 5; Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455 (457); Der BGH hat die Frage bisher offen gelassen BGH NStZ 1985, 216 (217); NStZ 1987, 555 (556).

<sup>10</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 6.

<sup>11</sup> BGH NStZ 1985, 216 (217).

<sup>12</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 7; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 11.

<sup>13</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 6.

<sup>14</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 5.

<sup>15</sup> Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455(457); BGH NStZ 1987, 555 (556).

<sup>16</sup> BGH NStZ 2011, 339 (340).

<sup>17</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 13.

<sup>18</sup> BGH StV 2003, 74.

<sup>19</sup> BGH NStZ-RR 2007, 194.

<sup>20</sup> Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455.

den beiden Alternativen vorzunehmen, wenn doch zumindest ein sonstiger minder schwerer Fall vorliegen könnte. Der Strafmilderungsgrund der Reizung zum Zorn ist zwingend.<sup>21</sup> Praktisch bedeutsam ist dies im Rahmen einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit i. S. v. § 21 StGB. Provokation meint sthenische Affekte<sup>22</sup> (z. B. Wut, Zorn, Streitlust), wobei der Affekt nicht das Maß des § 21 StGB erreicht haben muss<sup>23</sup>. §§ 213 I. Alt. und 21 StGB sind daher nebeneinander anwendbar<sup>24</sup>, so dass sich die Höchststrafe auf sieben Jahre und sechs Monate reduzieren kann. Anlass der 2. Alternative ist zumeist ein vertypter Milderungsgrund wie § 21

21 Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 2; a. A. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 12a.

22 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 8.

23 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 9a.

24 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 17; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 10.

StGB, so dass eine weitere Strafmilderung ausscheidet. Wenn aber der provokationsbedingte Affekt zur verminderten Steuerungsfähigkeit geführt hat, so kommt auch neben der Anwendung von § 213 Alt. 1 StGB keine weitere Strafmilderung in Betracht – selbst wenn er den Grad einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung erreicht hat<sup>25</sup> –, denn die Reizung zum Zorn und die erhebliche Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit sind vielfach auf dieselben Wurzeln zurückzuführen<sup>26</sup>. Gegebenenfalls ist auch zu prüfen, ob ein mehrfach gemilderter Strafrahmen des § 212 I StGB für den Angeklagten nicht günstiger ist als die Annahme eines minder schweren Falls<sup>27</sup>.

25 BGH NStZ 2002, 542, Rn. 3; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 17.

26 Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455 (457).

27 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 4. Aufl. 2008, Rn. 886; BGH vom 13.07.2006 – 2 StR 228/06, BeckRS 2006, 09873.

Ulrike Lembke\*

## Homosexualität als anzuerkennender Fluchtgrund

**Richtlinie 2004/38/EG** Zum flüchtlingsrechtlichen Schutz von homosexuellen Personen, denen in ihrem Herkunftsstaat erhebliche strafrechtliche Sanktionen drohen.

1. Homosexuelle Asylantragsteller/innen können eine bestimmte soziale Gruppe im Sinne der RL 2004/38/EG bilden, die der Verfolgung wegen ihrer sexuellen Orientierung ausgesetzt ist, und daher als Flüchtlinge anzuerkennen sein.

2. Das Bestehen einer Freiheitsstrafe, mit der im Herkunftsland Homosexualität bedroht ist, kann für sich alleine eine Verfolgungshandlung darstellen, sofern diese Strafe tatsächlich verhängt wird.

3. Auf Grund der wesentlichen Bedeutung der sexuellen Orientierung für die persönliche Identität kann von homosexuellen Flüchtlingen nicht verlangt werden, dass sie ihre Homosexualität im Herkunftsland geheim halten, um Verfolgung zu vermeiden.

*EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – verbundene Rs. C-199/12, C-200/12, C-201/12 – X, Y, Z ./ Minister voor Immigratie en Asiel*

### Rechtlicher Rahmen

Die Anerkennung von Flüchtlingen und die Gewährung von Aufenthaltsrechten oder Asyl entscheiden sich nicht allein nach nationalen Bestimmungen, sondern werden wesentlich von unions- und völkerrechtlichen Normen

geprägt.<sup>1</sup> Für die Gewährung von Schutz spielt die Anerkennung als Flüchtling inzwischen eine wesentliche Rolle.<sup>2</sup> Die Gewährung von Asyl setzt politische Verfolgung voraus; als Flüchtling ist nach Art. 1 (A) II der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) aber jede Person anzuerkennen, die „aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will“. Das Hochkommissariat für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR) hat verschiedene Richtlinien zur Umsetzung erlassen.<sup>3</sup> Für die Mitglied-

\* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 Die Effektivität der Umsetzung dieser Normen ist allerdings national sehr unterschiedlich ausgeprägt. So konnte bspw. Otto Schily in Deutschland jahrelang verhindern, dass geschlechtsspezifische Verfolgung als solche anerkannt wird, hierzu sehr spannend Heike Brabant, Internationale Normen und das Rechtssystem. Der Umgang mit geschlechtsspezifisch Verfolgten in Großbritannien und Deutschland, 2011.

2 Vgl. Ulrike Lembke/Lena Foljanty, Migration, Flucht und Geschlecht, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 259 (261 ff.).

3 Relevant ist hier insbesondere UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity, www.unhcr.org/509136ca9.html (31.01.2014).