



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 51/10

vom  
7. April 2010  
in der Strafsache  
gegen

wegen gefährlicher Körperverletzung

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 7. April 2010 gemäß §§ 44 ff., 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Dem Angeklagten wird auf seinen Antrag nach Versäumung der Frist zur Begründung der Revision gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 2. Oktober 2009 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Die Kosten der Wiedereinsetzung hat der Angeklagte zu tragen.

2. Auf die Revision des Angeklagten wird das vorbezeichnete Urteil im gesamten Rechtsfolgenausspruch aufgehoben; die Einziehungsanordnung entfällt. Im Übrigen wird die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt und das zur Tat verwandte Küchenmesser eingezogen. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel erweist sich - nach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Revisionsbegründungsfrist - zum Schuldspruch als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Der Rechtsfolgenausspruch hat jedoch keinen Bestand.
- 2
  1. Die Strafkammer hat angenommen, dass der Angeklagte, der seinem Opfer mehrere Messerstiche in den Oberkörper versetzt hatte, vom Tötungsversuch strafbefreiend zurückgetreten ist. Gleichwohl hat sie sowohl im Rahmen der Verneinung eines minder schweren Falles des § 224 StGB als auch bei der Strafzumessung im engeren Sinne für den Angeklagten nachteilig berücksichtigt, dass dieser mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt habe.
- 3
  2. Diese Erwägung ist rechtsfehlerhaft. Das Rücktrittsprivileg bewirkt, dass der auf die versuchte Straftat gerichtete Vorsatz sowie ausschließlich darauf bezogene Tatbestandsverwirklichungen nicht strafschärfend berücksichtigt werden dürfen (vgl. BGHSt 42, 43; BGH StV 2003, 218 m.w.N.). Es ist nicht auszuschließen, dass sich der darin liegende Rechtsfehler auf die Höhe der verhängten Strafe ausgewirkt hat. Der Aufhebung von Feststellungen zur Strafe bedarf es nicht. Der neue Tatrichter hat lediglich eine neue Bewertung vorzunehmen. Ergänzende, nicht widersprechende Feststellungen zum Strafausspruch sind möglich.

4            3. Die Einziehungsanordnung war aufzuheben. Die Voraussetzungen gemäß § 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB sind nicht erfüllt. Bei dem Tatmesser handelt es sich um ein aus dem Haushalt des Bruders und der Schwägerin des Angeklagten stammendes - diesem also nicht gehörendes - gewöhnliches Küchenmesser.

5            4. Nach Wegfall des die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründenden Tatvorwurfs des versuchten Totschlags verweist der Senat die Sache entsprechend § 354 Abs. 3 StPO an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurück.

Rissing-van Saan

Fischer

Roggenbuck

Appl

Schmitt