



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 111/12

vom

25. Juli 2012

in der Strafsache

gegen

wegen versuchten Mordes u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 25. Juli 2012,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker

und die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,
Prof. Dr. Schmitt,
Dr. Berger,
Dr. Eschelbach,

Bundesanwältin beim Bundesgerichtshof
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Das Verfahren wird nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt, soweit der Angeklagte wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls verurteilt worden ist (II. 2. der Urteilsgründe).
2. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 22. Juli 2011 werden verworfen, die Revision des Angeklagten H. mit der Maßgabe, dass er wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, vorsätzlicher Körperverletzung in 2 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Bedrohung, Beleidigung in 3 Fällen, davon in 2 Fällen jeweils in Tateinheit mit Bedrohung sowie wegen Nötigung in 2 Fällen, davon in einem Fall versucht, zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt ist.
3. Die Staatskasse hat die Kosten der Revision der Staatsanwaltschaft und der Einstellung sowie die hierdurch dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, Wohnungseinbruchsdiebstahls, vorsätzlicher Körperverletzung in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Bedrohung, Beleidigung in drei Fällen, davon in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit Bedrohung sowie wegen Nötigung in zwei Fällen, davon in einem Fall versucht, zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision wendet sich die Staatsanwaltschaft dagegen, dass das Landgericht den Angeklagten im Fall II. 6 a) der Urteilsgründe lediglich wegen Nötigung und nicht tateinheitlich wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt hat. Sie beanstandet zudem, dass die Strafkammer von der Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen den Angeklagten H. abgesehen hat, weil sie rechtsfehlerhaft das Vorliegen der formellen Anordnungsvoraussetzungen verneint habe. Das vom Generalbundesanwalt zur Frage der Nichtanordnung der Maßregel vertretene Rechtsmittel hat keinen, dasjenige des Angeklagten H. nur den aus dem Tenor ersichtlichen geringfügigen Teilerfolg.

II.

2 Das Landgericht hat u.a. Folgendes festgestellt:

3 a) Der vielfach, u.a. wegen schwerer Körperverletzung, vorbestrafte Angeklagte war Mitglied des Motorradclubs "Bandidos MC, Chapter J. " und bekleidete dort eine führende Rolle. Als sog. "sergeant at arms" war er u.a.

- sofern dies erforderlich schien - für die Bewaffnung sowie die Vollstreckung von Strafen gegenüber Clubmitgliedern zuständig, die vom Präsidenten ausgesprochen wurden. Der "Bandidos MC J. " beanspruchte unter den Motorradclubs in Thüringen die Vormachtstellung und betrachtete unter Führung seines Präsidenten Weimar, Apolda, Jena und z.T. auch Erfurt als "seine Städte". Die Gründung und Entfaltung eines "Probecharters" des mit den Bandidos verfeindeten Motorradclubs der Hells Angels in E. wollten sie unbedingt verhindern. Ihr besonderer Hass richtete sich gegen L. und den Geschädigten F., von denen sie annahmen, dass sie im "Probecharter" der Hells Angels in führender Position tätig seien. Bereits am 3. März 2009 hatte der Präsident der Bandidos den Angeklagten dazu bestimmt, L. zu töten. Eine Gelegenheit, den Tatplan umzusetzen, bot sich jedoch in der Folgezeit nicht.

4

Am Morgen des 28. Dezember 2009 nahmen der Angeklagte sowie der Mitangeklagte R. vor einem Motorradgeschäft in E. einen "Kuttenträger" des konkurrierenden Motorradclubs Hells Angels E. wahr, bei dem es sich um den - unbewaffneten - Geschädigten F. handelte. Die Angeklagten kamen überein, an dem Geschädigten ein Exempel zu statuieren. Sie sprangen aus ihrem Fahrzeug und liefen geradewegs und gezielt auf ihn zu. Der Angeklagte war mit einer Machete, die eine Klingenlänge von etwa 50 cm aufwies, R. entweder ebenfalls mit einer Machete oder einem großen Messer bewaffnet. Derartige Waffen führten die Mitglieder der Bandidos stets mit sich, um für den Fall des Zusammentreffens mit Anhängern verfeindeter Motorradclubs gewappnet zu sein. Dem Geschädigten gelang es zunächst, in das Motorradgeschäft zu flüchten, er kam jedoch im Bereich der Kleiderständer aus ungeklärten Gründen zum Liegen. Der Angeklagte und R. hackten in der Folge gemeinschaftlich mit äußerster Brutalität etwa 20 Sekunden ununterbrochen mittels der Klingen ihrer Hieb- und Stichwaffen auf den am Boden liegenden Ge-

schädigten ein, indem sie auf ihn ständig mit Ausholbewegungen von oben nach unten kraftvoll und schnell einschlugen bzw. einstachen. Die Einwirkungen mit den Werkzeugen erfolgten dabei unkontrolliert auf den Kopf-, Brust- und Bauchbereich sowie die Extremitäten des Geschädigten, der Schmerzenslaute von sich gab. Der Geschädigte konnte sich zunächst nur mit dem rechten Arm schützen, den er zum Schutze seines Kopfes vor sein Gesicht hielt, schließlich gelang es ihm, zum Eigenschutz eine "Embryohaltung" einzunehmen. Bei der Tatbegehung beabsichtigten der Angeklagte und R. aufgrund der Art, Anzahl und Wucht der geführten Hiebe, Stiche und Schläge und weil sie dem Auftrag ihres Präsidenten E. vom 3. März 2009 entsprechen wollten, den Tod des Geschädigten. Der Geschädigte erlitt durch den Angriff zahlreiche potentiell, jedoch nicht konkret lebensgefährliche Verletzungen, u.a. eine 17 cm lange Wunde an der rechten Brustkorbvorderseite mit Eröffnung der Oberbauchregion verbunden mit einem Brustbeinbruch. Der Angeklagte ging nach der letzten Ausführungshandlung aufgrund der dem Geschädigten beigebrachten Verletzungen, insbesondere der auch für ihn deutlich sichtbaren, langen, tiefen, fleischigen und stark blutenden Wunde im Brustkorb- und Bauchbereich, davon aus, dass der Geschädigte versterben werde. Er entfernte sich gleichwohl vom Tatort, ohne dem reglos am Boden liegenden Geschädigten zu helfen. Bei seiner Flucht überzeugte er sich noch davon, ob der Geschädigte tatsächlich so schwer verletzt war, dass er versterben würde, indem er einen abschließenden Blick auf ihn warf.

- 5 Der Angeklagte beging die Tat aus Hass auf die Mitglieder des verfeindeten Motorradclubs der Hells Angels. Durch die Tat sollten andere Mitglieder des "Probecharters" verschreckt und so seine Festigung und Ausbreitung verhindert werden. Mit der spontanen Tat setzte er die Vorgaben des Präsidenten der Bandidos um und beabsichtigte, F. als vermeintlich führendes Mitglied des Probecharters der Hells Angels zu töten. Ferner handelte er, damit er das sog.

Patch (Abzeichen) "expect no mercy" ("erwarte keine Gnade") als Auszeichnung erhielt. Dieses wird den Mitgliedern der "Bandidos" dann verliehen, wenn sie ein Mitglied der verfeindeten Hells Angels töten oder schwer verletzen. Der Angeklagte ließ sich das Patch "expect no mercy" nach der Tat in der Haft tätowieren und verwandte in Briefen an den Mitangeklagten R. die Abkürzung "e.n.m.". Beides war ihm erst nach der Verleihung der Auszeichnung erlaubt.

6 b) Am 17. August 2007 wollte der Angeklagte den Zeugen S. , der im Außenbereich eines Restaurants in W. saß und eine Kutte des Motorradclubs "MC Sunriders" trug, dafür abstrafen, dass dieser sich ohne Anmeldung in einer der von den Bandidos beanspruchten Städte aufhielt. Er trat von hinten an den Zeugen heran und schlug ihm kraftvoll auf den Rücken, so dass dem Zeugen fast die Luft weg blieb. Sodann forderte der Angeklagte, der einen Totschläger in der Hand hielt, den Zeugen auf, das Abzeichen der "MC Sunriders" von seiner Lederweste zu trennen und ihm zu übergeben. Unter dem Eindruck der Bedrohung mit dem Totschläger leistete der Zeuge S. der Forderung des Angeklagten Folge.

7 c) Am 22. Dezember 2007 schlug der Angeklagte dem Zeugen T. , der sich nach einer vorübergehenden Probemitgliedschaft geweigert hatte, den Bandidos endgültig beizutreten, in der aufgrund der nahen Weihnachtsfeiertage voll besetzten Post in W. unvermittelt so kräftig in die rechte Gesichtshälfte auf die obere Zahnreihe, dass er in die Reihen der Wartenden stürzte.

8 2. Das Landgericht hat die Tat zum Nachteil des F. (II. 1 a) als versuchten Mord aus niedrigen Beweggründen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gewertet, von der Strafraumenmilderung nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB keinen Gebrauch gemacht und insoweit eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt. Im Übrigen hat das Landgericht hieraus sowie aus den

weiteren Einzelstrafen - u.a. einem Jahr und sechs Monate für die Tat zum Nachteil T. (II. 1 c) - eine lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe gebildet. Zur Sicherungsverwahrung hat das Landgericht ausgeführt, es habe keinen Zweifel daran, dass bei dem Angeklagten ein Hang zur Begehung schwerer Gewalttaten bestehe. Jedoch fehle es für die Anordnung der Maßregel an deren formellen Voraussetzungen.

III.

9 Die Revision des Angeklagten hat nur insoweit einen geringfügigen Teilerfolg, als sie zur Einstellung des Verfahrens im Fall II. 2. der Urteilsgründe gemäß § 154 Abs. 2 StPO und unter Wegfall der Verurteilung wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls zu einer entsprechenden Korrektur des Schuldspruchs führt. Im Übrigen bleibt die auf die Sachrüge und Verfahrensrügen gestützte Revision des Angeklagten aus den Gründen der Zuschrift des Generalbundesanwalts, auf die Bezug genommen wird, ohne Erfolg.

10 Zur vom Angeklagten erhobenen Rüge der fehlerhaften Besetzung des Senates wird auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Mai 2012 verwiesen (2 BvR 610/12, 2 BvR 625/12).

IV.

11 Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ist unbegründet.

- 12 1. Entgegen der Auffassung der Revision unterliegt die Entscheidung des Landgerichts, den Angeklagten im Fall II. 6 a) der Urteilsgründe (oben II. 1 c: Tat vom 17. August 2007 zum Nachteil S.) nicht tateinheitlich wegen Körperverletzung zu verurteilen, keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Generalbundesanwalt weist zutreffend darauf hin, dass die Bewertung der Strafkammer, welche angesichts der festgestellten Umstände die Erheblichkeitsgrenze zur strafbaren Körperverletzung als nicht überschritten angesehen hat, im Hinblick auf die geringfügige Dauer der Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens noch keinen Rechtsfehler erkennen lässt.
- 13 2. Auch die von der Staatsanwaltschaft angegriffene Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.
- 14 a) Allerdings liegen entgegen der Auffassung des Landgerichts die formellen Voraussetzungen für eine Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 2 StGB nF, der bei den vor dem 31. Dezember 2010 begangenen Anlasstaten nach Maßgabe der Übergangsvorschrift des Art. 316e Abs. 1 und 2 EGStGB als das mildere Gesetz Anwendung findet, jedenfalls hinsichtlich folgender Taten vor:
- 15 (1) Verurteilung zu einer Einzelstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten wegen einer am 1. Februar 2001 begangenen schweren Körperverletzung zum Nachteil des K. (Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 26. November 2003 - 6 Ns 13 Js 11681/01).
- 16 (2) Verurteilung im vorliegenden Verfahren zu einer Einzelstrafe von einem Jahr und sechs Monaten wegen einer am 22. Dezember 2007 begangenen Körperverletzung zum Nachteil T. (oben II 1 c).

17 (3) Verurteilung im vorliegenden Verfahren zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Einzelstrafe wegen des am 28. Dezember 2009 begangenen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des Zeugen F. (oben II 1 a).

18 Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass die unter (1) bezeichnete Straftat zu berücksichtigen ist. Entgegen der Auffassung des Landgerichts greift insoweit die Verjährungsregelung des § 66 Abs. 4 Satz 3 StGB nicht ein. Das Landgericht hat bei der Berechnung rechtsfehlerhaft auf die am 28. Dezember 2009 zum Nachteil des F. begangene Straftat abgestellt und dabei übersehen, dass als "folgende" Katalogtat im Sinne der Vorschrift von der am 22. Dezember 2007 begangenen Straftat zum Nachteil T. auszugehen ist. Legt man letztere zugrunde, sind mit Blick auf die gemäß § 66 Abs. 4 Satz 4 StGB in die Fünfjahresfrist nicht einzurechnenden, rechtsfehlerfrei festgestellten Verwehrzeiten von 937 Tagen nicht mehr als fünf Jahre verstrichen.

19 Die Berücksichtigung der vorsätzlichen Körperverletzung zum Nachteil T. als Anlasstat für die Annahme der formellen Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 StGB nF begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. auch Senat, Urteil vom 3. August 2011 - 2 StR 190/11). Dies gilt - worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hinweist – auch unter Berücksichtigung der Entscheidung vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2333/08 u.a., BVerfGE 128, 326 ff.), mit der das Bundesverfassungsgericht die Regelungen über die Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt hat.

20 b) Das Urteil beruht jedoch nicht auf dem Rechtsfehler. Allerdings hat die Kammer, die - sachverständig beraten - das Vorliegen eines Hangs als materielle Anordnungsvoraussetzung der Sicherungsverwahrung bejaht hat, nicht erkennbar von dem ihr nach § 66 Abs. 2 StGB nF zustehenden Ermessen Ge-

brauch gemacht. Dem Revisionsgericht ist es grundsätzlich verwehrt, die fehlende Ermessensentscheidung des Tatrichters zu ersetzen (BGH, Beschluss vom 2. August 2011 - 3 StR 208/11). Der Senat schließt hier jedoch mit Rücksicht auf die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (a.a.O.) gebotene strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles aus, dass bei einer pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens nach § 66 Abs. 2 StGB nF die Anordnung der Sicherungsverwahrung neben der lebenslangen Freiheitsstrafe verhängt werden könnte.

21 Zwar ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Anordnung der Sicherungsverwahrung auch neben lebenslanger Freiheitsstrafe möglich. § 66 Abs. 2 StGB ist jedoch nach den Feststellungen des BVerfG derzeit wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 104 Abs. 1 GG verfassungswidrig. Die Vorschrift bleibt bis zu einer Neuregelung - längstens bis 31. Mai 2013 - durch den Gesetzgeber nur unter eingeschränkten Voraussetzungen anwendbar (BVerfG aaO). Eingriffe in das Freiheitsrecht des Angeklagten dürfen in der Übergangsphase nach Maßgabe einer auf den Einzelfall bezogenen, besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung nur soweit reichen, wie sie unerlässlich sind, um die Ordnung des betreffenden Lebensbereiches aufrecht zu erhalten.

22 Legt man diesen Maßstab zugrunde, so ist vorliegend im Rahmen der nach § 66 Abs. 2 StGB zu treffenden Ermessensentscheidung ein Nebeneinander von lebenslanger Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung nicht unerlässlich.

23 Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Verurteilte weiterhin lebenslange Freiheitsstrafe und nicht die Maßregel zu verbüßen hat, wenn er auch nach der Mindestverbüßungsdauer noch als gefährlich einzuschätzen ist (vgl. § 57a Abs. 1 Nr. 3 i.V. mit § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Insoweit handelt es sich materiell um einen vergleichbaren Maßstab wie bei der Beurteilung der materiellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Deren Anordnung neben lebenslanger Freiheitsstrafe kann daher kaum praktische Bedeutung entfalten (vgl. auch BGH, Beschluss vom 26. März 2012 - 5 StR 57/12 zur Anordnung vorbehaltener Sicherungsverwahrung nach § 66a i.V.m. § 66 Abs. 3 StGB). Denn auch die verfahrensrechtlichen Anforderungen, die bei der Prüfung zu beachten sind, ob der Rest einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann (§ 454 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 StPO) entsprechen denjenigen, die das Gesetz für die Prüfung der Frage vorsieht, ob gemäß § 67c Abs. 1 Satz 1 StGB nach Ende der Strafverbüßung eine im Urteil angeordnete Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach dem Zweck der Maßregel noch erforderlich ist (§ 463 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 i.V.m. § 454 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 StPO).

24 Hinzu kommt, dass im Rahmen der Ermessensausübung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Ausnahmecharakter des § 66 Abs. 2 StGB nF Rechnung zu tragen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2011 - 5 StR 189/11, StV 2012, 196; Beschluss vom 5. April 2011 - 3 StR 12/11, StV 2011, 482). Dieser erlangt hier mit Rücksicht gerade darauf, dass der Angeklagte zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, ein besonderes, unter Beachtung des seitens des Bundesverfassungsgerichts vorgegebenen strikten Verhältnismäßigkeitsmaßstabs ausschlaggebendes Gewicht.

25 Die genannten Umstände stehen zumindest derzeit der Annahme entgegen, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 StGB bei dem Angeklagten im Sinne der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 unerlässlich ist.

Becker

Fischer

Schmitt

RiBGH Dr. Eschelbach befindet sich im Urlaub und ist daher gehindert zu unterschreiben.

Berger

Becker