



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 404/17

vom
16. November 2017
in der Strafsache
gegen

wegen versuchten Totschlags u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 16. November 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kassel vom 9. Mai 2017 aufgehoben
 - a) im Ausspruch über die Einzelstrafe wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil der Geschädigten B. ,
 - b) im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hatte den Angeklagten in einem ersten Urteil wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet; außerdem hatte es eine Entscheidung im Adhäsionsverfahren getroffen. Nach Aufhebung dieses Urteils hinsichtlich der Verurteilung wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe sowie der Maßregel, jeweils mit den Feststellungen, hat das Landgericht den Angeklagten nunmehr wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Hiergegen richtet sich seine auf die Sachrüge gestützte Revision. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 Der Generalbundesanwalt hat, was die Strafzumessung hinsichtlich des versuchten Totschlags anbelangt, ausgeführt:

„Der Ausspruch über die Einzelstrafe in Höhe von neun Jahren Freiheitsstrafe hat hingegen keinen Bestand. Das Landgericht hat unter Berücksichtigung des vertypen Milderungsgrundes des § 23 Abs. 2 StGB einen minder schweren Fall gemäß § 213 2. Alt. StGB verneint, von einer Milderung des Strafrahmens nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB abgesehen und die Strafe sodann aus dem nach § 21 StGB in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 212 StGB entnommen (UA S. 63/64 ff.).

Die Strafkammer hat dabei ersichtlich nicht bedacht, dass nach ständiger Rechtsprechung in den Fällen, in denen das Gesetz bei einer Straftat einen minder schweren Fall vorsieht und im Einzelfall ein gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 Abs. 1 StGB gegeben ist, bei der

Strafrahmenwahl vorrangig zu prüfen ist, ob ein minder schwerer Fall vorliegt (BGH, Beschluss vom 19. November 2013 – 2 StR 494/13, StV 2015, 549). Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falls abzulehnen, sind bei der weitergehenden Prüfung, ob der mildere Sonderstrafrahmen zur Anwendung kommt, gesetzlich vertypte Strafmilderungsgründe zusätzlich heranzuziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertypten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zu Grunde legen (BGH aaO). Das Landgericht hat diese Prüfungsreihenfolge nicht beachtet, indem es den vertypten Milderungsgrund des § 23 Abs. 2 StGB neben den allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkten in die Prüfung des minder schweren Falls des § 213 2. Alt. StGB zwar einbezogen, den gleichfalls vorliegenden vertypten Milderungsgrund des § 21 StGB bei der Prüfung offensichtlich aber unberücksichtigt gelassen hat. So geht das Landgericht von vornherein von dem falschen Ansatz aus, indem es die Prüfung auf die Frage beschränkt hat, ob von einer Milderung des Strafrahmens nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB *oder* nach § 213 2. Alt. StGB auszugehen war (UA S. 63/65). Selbst wenn das Landgericht die dissoziale Persönlichkeitsstruktur und alkoholbedingte Enthemmung des Angeklagten zur Tatzeit zugunsten des Angeklagten in die Prüfung des minder schweren Falls miteinbezieht (UA S. 64), ergibt sich aus der Gesamtschau der Urteilsgründe, insbesondere aus der nachfolgenden Begründung für eine Verschiebung des Strafrahmens über §§ 21, 49 Abs. 1 StGB, gleichwohl, dass das Landgericht das Vorliegen des weiteren vertypten Milderungsgrundes des § 21 StGB bei der Prüfung des minder schweren Falls gemäß § 213 2. Alt. StGB nicht im Blick gehabt hat.

Zwar hat das Landgericht den nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmens des § 212 StGB (zwei Jahre bis 11 Jahre und drei Monate) zu Grunde gelegt (UA S. 65); doch der gemilderte Strafrahmens des § 213 2. Alt. StGB (1 Jahr bis 10 Jahre) wäre für den Angeklagten günstiger. Da sich das Landgericht mit der Verhängung einer Einzelstrafe von neun Jahren an dem oberen Bereich des eröffneten Strafrahmens orientieren wollte (UA S. 67), kann nicht sicher ausgeschlossen werden, dass der Tatrichter unter Zugrundelegung des Strafrahmens des § 213 StGB zu einer niedrigeren Freiheitsstrafe gelangt wäre.

Die dem Strafausspruch zu Grunde liegenden Feststellungen sind im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffen, weshalb sie aufrechterhalten bleiben können. Der zu neuer Verhandlung und Entscheidung berufene Tatrichter wäre nicht gehindert, ergänzende Feststellungen zu treffen, die den bisherigen nicht widersprechen.

Die Aufhebung im Ausspruch über die Einzelstrafe zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich.“

3

Dem tritt der Senat bei.

Appl

Eschelbach

Bartel

Grube

Schmidt