



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 456/00

vom

7. November 2000

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen versuchten Mordes u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 7. November 2000 gemäß §§ 349 Abs. 4, 357 StPO beschlossen:

- I. Das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 25. Mai 2000 wird mit den Feststellungen aufgehoben
 1. auf die Revision des Angeklagten F.____
 - a) soweit dieser Angeklagte wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden ist (Fall II.5. der Urteilsgründe),
 - b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe,
 2. auf die Revision des Angeklagten E.____
 - a) soweit es diesen Angeklagten betrifft und er verurteilt worden ist, in vollem Umfang,
 - b) soweit der Mitangeklagte F.____ wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt worden ist (Fall II.2. der Urteilsgründe).
- II. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat beide Angeklagte, unter Freisprechung im übrigen, jeweils des versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, den Angeklagten F. darüber hinaus in einem weiteren Fall der gefährlichen Körperverletzung für schuldig befunden und den Angeklagten F. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Jahren und den Angeklagten E. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wenden sich die Angeklagten – der Angeklagte F. unter Beschränkung auf die Verurteilung im Fall II. 5 der Urteilsgründe – mit ihren Revisionen, mit denen sie das Verfahren beanstanden und die Verletzung sachlichen Rechts rügen. Beide Rechtsmittel haben mit der Sachrüge Erfolg; auf die Verfahrensbeschwerden kommt es deshalb nicht an.

1. Die Verurteilung beider Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II.2. der Urteilsgründe) kann nicht bestehen bleiben, weil die Annahme des Landgerichts, die Angeklagten hätten mit Haschisch "in nicht geringer Menge" im Sinne des § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG Handel getrieben, einer ausreichenden Tatsachengrundlage entbehrt. Dieser auf die Revision des Angeklagten E. zu beachtende Rechtsfehler führt gemäß § 357 StPO zur Aufhebung auch der den Angeklagten F., der insoweit keine Revision eingelegt hat, betreffenden Verurteilung.

Nach den Feststellungen kaufte der Angeklagte F. mit dem hierfür von dem Mitangeklagten E. zur Verfügung gestellten "Startkapital" 500 g Haschisch zur gewinnbringenden Weiterveräußerung. Feststellungen zu dem

Wirkstoffgehalt dieser Rauschgiftmenge hat das Landgericht nicht getroffen. Gleichwohl nimmt es das Vorliegen einer "nicht geringen Menge" an, wobei auf die "Gesamtmenge abzustellen" sei (UA 15). Insoweit beschränkt es sich auf den Hinweis, "selbst wenn die Qualität des Haschischs schlecht gewesen sein sollte, (sei) die Grenzgewichtsmenge der nicht mehr geringen Menge deutlich überschritten" (UA 15/16). Dies genügt für die Feststellung, daß das Haschisch mindestens 7,5 g Tetrahydrocannabinol (THC) enthielt und damit die Grenze der nicht geringen Menge erreicht hat (BGHSt 33, 8; 42, 1), nicht. Angesichts der Häufigkeit, mit der bei Cannabisprodukten eine sehr schlechte oder schlechte Qualität mit einem Wirkstoffgehalt von lediglich bis zu 2 % auftritt (1994: 4,1 %, BGHSt 42, 1, 13; 1997: 11 %, Weber BtMG Anh. E S. 1004), kann entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts nicht ohne weiteres von einem Wirkstoffgehalt von nicht unter 2,5 % ausgegangen werden. Auf nähere Feststellungen zum Wirkstoffgehalt, die - unter Beachtung des Zweifelsgrundsatzes - mit hinreichender Genauigkeit auch dann möglich sind, wenn Betäubungsmittel nicht sichergestellt werden konnten und daher für eine Untersuchung durch Sachverständige nicht zur Verfügung stehen (vgl. BGH NJW 1994, 1885, 1886; BGH, Beschluß vom 29. Juni 2000 - 4 StR 202/00 - m.w.N.), konnte hier deshalb nicht verzichtet werden.

Für das weitere Verfahren weist der Senat bezüglich der Strafzumessung vorsorglich darauf hin, daß das Urteil die Prüfung eines minder schweren Falles (§ 29 a Abs. 2 BtMG) erkennen lassen muß. Im übrigen begegnen die Erwägungen, die Angeklagten hätten "allein um des schnellen finanziellen Gewinnes willen gehandelt" (UA 17, betreffend den Angeklagten E.) bzw. "die Tat aus finanziellen Gründen begangen ..., ohne selbst drogenabhängig zu sein" (UA 18, betreffend den Angeklagten F.), im Hinblick auf das Doppel-

verwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB rechtlichen Bedenken (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 3 Handeltreiben 2; BGH, Beschluß vom 26. Oktober 1990 - 2 StR 390/90 = StV 1991, 64 (nur LS); Körner BtMG 4. Aufl. § 29 Rdn. 278 m.w.N.).

2. Auch die Verurteilung beider Angeklagten wegen gemeinschaftlich begangenen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (Fall II.5. der Urteilsgründe) hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Überzeugung des Schwurgerichts, der Angeklagte F. habe in der Nacht zum 15. Juli 1999 seinen Bekannten Armin Ei. aufgrund gemeinsam mit dem Angeklagten E. gefaßten Entschlusses in einen Hinterhalt gelockt und ihn zu erschießen versucht, beruht auf einer lückenhaften Beweiswürdigung, die wesentliche Umstände, die das gefundene Ergebnis in Frage stellen, unberücksichtigt läßt.

Der Senat läßt dahingestellt, ob es schon einen durchgreifenden Erörterungsmangel darstellt, daß das Landgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Angeklagte F. mit der Pistole auf Ei. gezielt hat, bevor sich beim ersten Mal "die Kugel verklemmte (und) im Verschuß ... stecken (blieb)" (UA 8). Ei. selbst hat nämlich insoweit lediglich bekundet, er habe "ein metallisches Klicken gehört und beim Hinsehen bemerkt, daß F. an seiner Pistole hantiere" (UA 12). Jedenfalls fehlt es an einer tragfähigen Begründung für die Feststellung, der Angeklagte F. habe auf dem Weg von der Grube zurück zum Pkw gezielt auf den vor ihm gehenden Ei. geschossen, um ihn zu töten. Bei dieser zweiten Betätigung der Pistole wurde Ei. durch den Schuß getroffen, wobei die Kugel "vom Felsenbein hinter dem rechten Ohr des Ei. ab(prallte)" und "hinter dem rechten Ohr eine ca. 5 mm große rundliche Haut-

abschürfung" hinterließ (UA 9). Das Landgericht hält die Einlassung des Angeklagten F. , der Schuß habe sich unbeabsichtigt gelöst, für widerlegt. Dabei geht es - mit dem rechtsmedizinischen Sachverständigen - davon aus, daß "das Projektil ... nahezu senkrecht auf den Felsenbeinknochen aufgeprallt" sei, und entnimmt diesem Umstand, es könne sich "folglich ... nicht um einen Querschläger gehandelt haben, der unglücklicherweise den Ei. getroffen (habe)" (UA 14). Diese Schlußfolgerung verträgt sich jedoch nicht ohne weiteres mit der weiteren Annahme – nämlich, "daß die Kugel einen herunterhängenden Ast gestreift haben muß" (UA 14) –, mit der das Schwurgericht - darin dem wafentechnischen Sachverständigen folgend - die geringe Aufprallgeschwindigkeit des Projektils begründet hat. Wenn tatsächlich das Geschoß auf einen Ast geprallt sein sollte, hätte es jedenfalls näherer Darlegung bedurft, daß technisch-physikalisch auszuschließen ist, daß das Projektil dadurch in seiner Flugbahn abgelenkt wurde und allein deshalb den Geschädigten "nahezu senkrecht" getroffen hat. Diese Möglichkeit ließe die Abgabe eines gezielten Schußes auf den Kopf des Geschädigten zumindest fraglich erscheinen.

Hierauf kam es schon deshalb an, weil das Schwurgericht ein Motiv der beiden Angeklagten, Ei. zu töten, nicht festzustellen vermochte. Die Sache bedarf deshalb erneuter Prüfung.

3. Davon abgesehen hat sich das Landgericht auch nur unzureichend mit der Frage strafbefreienden Rücktritts (§ 24 StGB) auseinandergesetzt. Das Schwurgericht schließt einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch des Mordes allein mit der Erwägung aus, "mit dem Abprallen der Kugel und der erfolgreichen Flucht des Ei. (sei) die Tat fehlgeschlagen und ein erneuter Tötungsversuch nicht mehr möglich" gewesen (UA 15). Das genügte hier schon des-

halb nicht, weil das Landgericht nicht erörtert hat, ob es den Angeklagten möglich gewesen wäre, die Flucht des Ei. zu verhindern und aus welchen Gründen weder der Angeklagte F. mit der Tatwaffe noch der Angeklagte E. mit einer der im Pkw mitgeführten weiteren Schußwaffen auf den flüchtenden Geschädigten geschossen haben.

Ein fehlgeschlagener Versuch liegt dann nicht vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden einsatzbereiten Mitteln noch vollenden kann (st. Rspr.; BGHSt 35, 90, 94; Tröndle/Fischer StGB 49. Aufl. § 24 Rdn. 7 a m.w.N.). Dazu fehlen schon Feststellungen zum Ladezustand der von dem Angeklagten F. benutzten Pistole. War diese noch nach Abgabe des Schusses mit weiterer Munition versehen und hätte der Angeklagte dennoch von einem weiteren Einsatz der Waffe abgesehen, wäre ein freiwilliges Aufgeben der Tat, für das der Zweifelsgrundsatz gilt (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, fehlgeschlagener 5 a.E.), nicht ausgeschlossen (vgl. BGH StV 1997, 128; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, fehlgeschlagener 3, 8 und Versuch, unbeendeter 32). Desgleichen fehlt die Erörterung, weshalb der Angeklagte E. nicht eingegriffen hat. Diese Erörterung wäre aber erforderlich gewesen, weil das Landgericht zu dessen als mittäterschaftliches Handeln gewertetem Tatbeitrag festgestellt hat, daß er "den Ei. eventuell an einer Flucht hindern und notfalls mit einer in seinem Kofferraum versteckten Waffe erschießen sollte" (UA 7). Die nicht näher ausgeführte Feststellung, die Angeklagten hätten den Geschädigten, als dieser "in Panik flüchtete", "zunächst zu Fuß, dann mit dem Pkw des E. " verfolgt (UA 9), macht die fehlende Erörterung nicht entbehrlich. Insoweit war nämlich zu bedenken, daß der Angeklagte F. sich bei Abgabe des Schusses nach den Feststellungen nur 1,50 m von dem Geschädigten entfernt befand, was schon

für sich nicht erklärt, weshalb nicht zumindest der Angeklagte F. den Geschädigten mit Erfolg verfolgen konnte. Ob dies auch für den Angeklagten E. zutraf, hätte Feststellungen zu den Sichtverhältnissen und dazu erfordert, wie weit er von dem Geschädigten entfernt stand, als dieser sich zur Flucht wendete. Die bisherigen Feststellungen bieten jedenfalls keine ausreichende Grundlage für die Annahme, die Angeklagten hätten ihren Plan, Ei. zu töten, als undurchführbar erkannt und deshalb gezwungenermaßen aufgegeben (vgl. BGH NStZ-RR 1998, 9).

Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß die Umstände, die zur erneuten Prüfung eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch Anlaß geben, unter den hier gegebenen Umständen auch schon die Annahme eines von beiden Angeklagten gemeinsam gefaßten unbedingten Tötungsentschlusses in Frage stellen können. Die Auffassung des Landgerichts, "das Ausheben des grabähnlichen Loches machte nur dann einen Sinn, wenn (die Angeklagten) die Leiche Ei. s auch darin verschwinden lassen wollten"

(UA 13; Hervorhebung durch den Senat), ist - anders als das Landgericht es seiner Beweiswürdigung zugrundegelegt hat - jedenfalls nicht zwingend.

Meyer-Goßner

Maatz

Kuckein

Athing

Solin-Stojanović