



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 242/04

vom

15. September 2004

in der Strafsache

gegen

wegen versuchten Totschlags u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 15. September 2004, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Rissing-van Saan

und die Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Otten,
die Richter am Bundesgerichtshof
Rothfuß,
Prof. Dr. Fischer,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Roggenbuck,

Bundesanwalt in der Verhandlung,
Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 3. Dezember 2003 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere als Schwurgerichtskammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Revision des Angeklagten mit der Sachrüge und Verfahrensrügen. Die Staatsanwaltschaft erstrebt mit ihrer vom Generalbundesanwalt vertretenen, auf die Sachrüge gestützten Revision eine Verurteilung wegen vollendeten Totschlags und eine höhere Strafe.

I.

Das Landgericht ist von folgenden Feststellungen ausgegangen:

Am Abend des 20. Januar 2003 kam es zu einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen R. , dem Angeklagten und mindestens einer weiteren Person. R. erhielt einen sehr starken Faustschlag auf das rechte Auge, der zu Knochenbrüchen in der Augenhöhle führte. Er ging zu Boden; durch Tritte gegen seinen Kopf kam es zu ausgedehnten Schädelfrakturen. Weiterhin wurde R. so massiv gewürgt, daß das Zungenbein brach und punktförmige Stauungsblutungen im Bereich der Lidhäute auftraten. Dann wurde ihm ein tiefer und langer Schnitt an der linken Halsseite versetzt, durch den neben anderen Gefäßen die große Halsvene durchtrennt und die Wirbelsäule verletzt wurde. Schließlich erhielt er zwei Messerstiche in den Oberkörper, einen von vorn und einen von hinten, die beide die Brusthöhle eröffneten und zu einem Hämatothorax führten. Zwischen 22.10 und 22.45 Uhr verstarb R. durch Verbluten infolge Durchtrennung der Halsvene.

Der Angeklagte hat die Tat bestritten. Das Landgericht hat zu seiner Tatbeteiligung u. a. folgende Umstände festgestellt: Beim Angeklagten wurden am Tag nach der Tat frische Spuren einer körperlichen Auseinandersetzung festgestellt, ein teilweises Hämatom des rechten Auges und eine Schwellung und ein Hämatom an der rechten Hand. Am linken Daumnagel des Angeklagten fand sich Zellmaterial vom Geschädigten. Am linken Schuh des Angeklagten, am unteren Saum des linken Beins der schwarzen Hose des Angeklagten und an der als Unterhose getragenen roten Jogginghose befanden sich Blutspuren des Tatopfers. Im Gesicht des Opfers und im Bereich des linken hinteren Nackens wurden Spuren gefunden, die mit dem Profil der vom Angeklagten getragenen Schuhe übereinstimmen. An zwei weiteren Stellen im Gesicht des Opfers fanden sich Spuren eines anderen Schuhs.

Das Landgericht hält aufgrund der vorstehend geschilderten Indizien für erwiesen, daß der Angeklagte selbst R. mit der Faust schlug, ihm einen Tritt gegen den Kopf versetzte, als er bereits am Boden lag, und ihn am Boden festhielt, indem er seinen Fuß auf dessen Hals setzte und fest niederdrückte. Der oder die Mittäter des Angeklagten hätten R. mindestens zwei Tritte gegen den Kopf versetzt. Wer das Messer eingesetzt und R. gewürgt habe, habe sich nicht klären lassen, ebensowenig, ob der Angeklagte bis zum Schluß des Geschehens am Tatort gewesen sei. Bei den Tritten, die der Angeklagte und sein oder seine Mittäter R. versetzt hätten, habe der Angeklagte den Tod des Opfers billigend in Kauf genommen. Es sei nicht auszuschließen, daß seine Steuerungsfähigkeit infolge Alkoholkonsums erheblich beeinträchtigt gewesen sei.

II. Revision des Angeklagten

Die Revision des Angeklagten hat mit der auf die Verletzung des § 265 Abs. 1 StPO gestützten Verfahrensrüge Erfolg.

Zutreffend beanstandet die Revision, daß das Landgericht abweichend von der zugelassenen Anklage, welcher der Vorwurf (allein-)täterschaftlichen vollendeten Totschlags zugrunde lag, zu einer Verurteilung wegen mittäterschaftlichen versuchten Totschlags gelangt ist, ohne dem Angeklagten zuvor die nach § 265 Abs. 1 StPO vorgeschriebenen rechtlichen Hinweise erteilt zu haben.

Abweichend von der Auffassung des Generalbundesanwalts kann der Senat ein Beruhen des Urteils auf diesem Verfahrensverstoß nicht ausschließen. Zwar hat der Angeklagte eine tätliche Auseinandersetzung mit R. grundsätzlich in Abrede genommen. Er habe das Tatopfer an der Telefonzelle

verlassen und in einer Kneipe Bier gekauft. Als er wieder herausgekommen sei, sei niemand mehr da gewesen. Da das Landgericht dieser Einlassung aufgrund schwerwiegender Indizien nicht gefolgt ist, dem Angeklagten aber nicht alle Verletzungshandlungen zugerechnet hat und zudem davon ausgegangen ist, daß er den Tatort möglicherweise vor dem zum Tode führenden Messerschnitt in den Hals verlassen hat, bleibt möglich, daß der Angeklagte bei einem entsprechenden Hinweis ein anderes Verteidigungsverhalten gewählt, Körperverletzungshandlungen eingeräumt und Angaben zu seiner Vorstellung von deren Wirkung und bei Verlassen des Tatorts gemacht hätte. Ferner hätte der gebotene Hinweis womöglich den Verteidiger veranlaßt, im Rahmen der Hauptverhandlung einen vom Landgericht im Urteil nicht erörterten Rücktritt vom Versuch anzusprechen, worauf dieser in der Revisionshauptverhandlung überzeugend hingewiesen hat.

Der Verfahrensverstoß zieht die umfassende Aufhebung des Urteils nach sich. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, daß auch die Strafzumessungsgründe des angefochtenen Urteils in zwei Punkten rechtlichen Bedenken unterliegen.

a) Die Strafkammer hat die alkoholbedingte Enthemmung des Angeklagten "nicht noch einmal strafmildernd berücksichtigt, da sie bereits zur Verschiebung des Strafrahmens gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB geführt hat". Zutreffend ist zwar, daß ein vertypter Strafmilderungsgrund, der zur Verschiebung des Strafrahmens geführt hat, keine Bedeutung mehr für die Findung der angemessenen Strafe entfalten kann (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Gesamtbeurteilung 2, 5). Dies gilt aber nur für den gesetzlich vertypten Grund als solchen ("erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit", "Versuch" usw.). Dagegen sind die dem jeweiligen gesetzlich vertypten Milderungsgrund nach Art und Maß unterschiedlich konkretisierenden Umstände, wie hier die alkoholische Ent-

lich konkretisierenden Umstände, wie hier die alkoholische Enthemmung, bei der Strafzumessung im engeren Sinne auch nach einer Strafraahmenverschiebung zu berücksichtigen (st. Rspr.).

b) Die Strafkammer hat es "angesichts der verhältnismäßig geringen Strafe" abgelehnt, einen Härteausgleich für die an sich gesamtstrafenfähige, aber im Wege der Ersatzfreiheitsstrafe vollständig verbüßte Geldstrafe von 32 Tagessätzen aus dem Urteil des Amtsgerichts Köln vom 21. Februar 2003 vorzunehmen. Dem kann nicht gefolgt werden. Ist eine Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt worden, ist ein Härteausgleich wegen der nicht mehr möglichen Gesamtstrafenbildung wie bei einer vollstreckten Freiheitsstrafe zu gewähren, denn es steht fest, daß der Angeklagte durch die Verbüßung einen Nachteil erlitten hat. Dem steht die Erwägung nicht entgegen, daß bei einer gemeinsamen Aburteilung aller Taten möglicherweise neben der Freiheitsstrafe gesondert auf Geldstrafe hätte erkannt werden können (vgl. BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Härteausgleich 3). Ist die Geldstrafe im Wege der Ersatzfreiheitsstrafe verbüßt worden, besteht diese Möglichkeit nicht mehr; eine Gesamtstrafe kann nach § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB nur aus nicht vollstreckten Strafen gebildet werden. Deshalb ist auch eine kurze Ersatzfreiheitsstrafe im Wege eines Härteausgleichs bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, wobei es dem Tatrichter überlassen bleibt, wie er den Härteausgleich vornimmt (vgl. BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Härteausgleich 1).

III. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Auch das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat in vollem Umfang Erfolg.

1. Die eine Verurteilung wegen (nur) versuchten Totschlags tragenden Erwägungen halten der sachlich-rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Landgericht hat bei seiner Beweiswürdigung die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung überspannt, indem es eine Anwesenheit des Angeklagten am Tatort nur insoweit für erwiesen gehalten hat, als objektive Indizien eigene Tathandlungen des Angeklagten belegen. Der Zweifelssatz gebietet es nicht, zugunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (st. Rspr., vgl. BGH NJW 1995, 2300; 2002, 1057, 1059; 2002, 2188, 2189; 2003, 2179). So liegt der Fall hier. Die vom Landgericht gezogene Schlußfolgerung, der Angeklagte habe den Tatort möglicherweise vor Beibringung des tödlichen Halsschnittes verlassen, findet in den festgestellten Indizien keine Stütze. Auch die sonstigen Tatumstände enthalten keinen Hinweis darauf, daß der Angeklagte sich vor der Tötung des Opfers entfernt haben könnte. Die Schlußfolgerung beruht mithin nicht auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage; sie erweist sich damit als Annahme oder als bloße Vermutung.

Nach dem Beweisergebnis des Landgerichts steht fest, daß der Angeklagte und mindestens ein Mittäter auf das Tatopfer mit bedingtem Tötungsvorsatz eingeschlagen und eingetreten haben. Im Anschluß daran ist das Opfer gewürgt und - im zeitlichen Abstand von höchstens einigen Minuten - mit einem Messer verletzt worden. Zwar haben sich keine Anhaltspunkte dafür gefunden, daß der Angeklagte ein Messer eingesetzt oder das Tatopfer gewürgt hat. Ebensowenig gibt es jedoch Hinweise darauf, daß er vor diesem Zeitpunkt den Tatort verlassen hat. Ein solches Verhalten ist bei natürlicher Betrachtungsweise angesichts der vorangegangenen gemeinschaftlichen, von den Mittätern mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgenommenen erheblichen Gewalthandlungen

aber so fernliegend, daß es für eine entsprechende Feststellung konkreter Anknüpfungstatsachen bedurft hätte. Für eine längere Anwesenheit des Angeklagten am späteren Fundort der Leiche spricht zudem, daß das Handy des Angeklagten zwischen 22.35 und 23.00 Uhr in einer nördlich benachbarten Funkzelle eingebucht war, in deren Bereich sich auch der Fundort der Leiche befand. Zwar mag sich daraus nicht mit Sicherheit ableiten lassen, daß der Angeklagte in dieser Zeit seinen Aufenthaltsort verändert hat, weil in seltenen Fällen bei Überlastung einer Funkzelle ein Gespräch über eine benachbarte Funkzelle geführt wird (UA S. 15). Dies nimmt dem Umstand aber nicht seine in einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigende Indizfunktion. Demgegenüber steht der geringe Umfang der Blutspuren an der Kleidung des Angeklagten seiner Anwesenheit bei Zufügung des Halsschnittes nicht entgegen, wie das Landgericht bereits selbst ausgeführt hat (UA S. 18).

2. Aber selbst auf der Grundlage der von der Strafkammer vorgenommenen Beweiswürdigung ist die Annahme eines Mittäterexzesses rechtsfehlerhaft. Auch wenn der Angeklagte den Tatort vor dem schließlich todesursächlich gewordenen Messereinsatz verlassen haben sollte, müßte er sich diesen nach den getroffenen Feststellungen zurechnen lassen. Jeder Mittäter haftet zwar für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines Vorsatzes, ist also für den Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht; ein Exzess der anderen fällt ihm nicht zur Last (vgl. BGHSt 36, 231, 234; BGH NStZ 2002, 597; Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 25 Rdn. 8 a). Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muß, vom Willen des Mittäters umfaßt, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatge nossen gleichgültig ist (BGH NJW 1973, 377; GA 1985, 270). Die gemeinsame

schwere Mißhandlung des Tatopfers mit bedingtem Tötungsvorsatz, an der sich der Angeklagte aktiv beteiligte, legt nahe, daß dem Angeklagten die weitere Vorgehensweise des oder der Mittäter gleichgültig war. Dies hat das Landgericht in Bezug auf das weitere Schicksal des R. sogar ausdrücklich festgestellt (UA S. 26). Der Umstand, daß die Messerverletzungen mit direktem Tötungsvorsatz und nicht mehr nur mit bedingtem beigebracht wurden, ist entgegen der Auffassung des Landgerichts für die Frage, ob sie noch vom Willen des Angeklagten umfaßt waren, ohne Bedeutung. Der Angeklagte hat bei seinen eigenen und den Tritten und Schlägen des oder der Mittäter den Tod des Opfers billigend in Kauf genommen. Die Tötung des Opfers war damit von seinem Willen umfaßt. Die Schwere und Gefährlichkeit der gegen den Kopf des Opfers ausgeführten Schläge und Tritte unterschied sich nicht wesentlich von der des Messereinsatzes, denn auch sie waren geeignet, den Tod des Opfers herbeizuführen. Allein die Steigerung des Tötungsvorsatzes beim Mittäter bewirkte keine andere, vom Angeklagten nicht mehr vorgestellte Qualität der Gewalthandlungen, wie es etwa bei einem Wechsel vom Körperverletzungsvorsatz zum Tötungsvorsatz der Fall gewesen wäre. Auch die vom Landgericht hervorgehobene zeitliche Zäsur vor dem Messereinsatz führt zu keiner anderen Beurteilung. Dafür, daß der Angeklagte nach dem eigenen Verlassen des Tatorts mit keinen weiteren Gewalthandlungen des oder der Mittäter mehr zu rechnen brauchte, ergeben sich aus den Feststellungen keine Anhaltspunkte.

3. Das Landgericht hätte bei Bejahung eines Mittäterexzesses zumindest die §§ 226, 227 StGB prüfen müssen, die mit dem versuchten Totschlag Tateinheitlich zusammentreffen können.

a) Nach den Urteilsfeststellungen sind dem Tatopfer durch die Tritte und Schläge schwerste Verletzungen zugefügt worden, die mit sehr hoher Wahr-

scheinlichkeit zum Tod oder jedenfalls zu schwerster Hirnschädigung mit der Folge eines apallischen Syndroms geführt hätten (UA S. 23). Die zugefügte Körperverletzung ist danach als schwer jedenfalls im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu beurteilen. Daß das Tatopfer die Zufügung der schweren Körperverletzung aufgrund des Messereinsatzes nur um wenige Minuten überlebt hat, steht der Verwirklichung des Tatbestandes nicht entgegen. Zwar setzt § 226 Abs. 1 StGB die Zufügung einer langwierigen schweren Folge voraus. Dem Tatbestand unterfallen keine Verletzungsfolgen, die in absehbarer Zeit ausheilen oder mittels einer ärztlichen Behandlung beseitigt werden können. Nach den Urteilsgründen steht aber fest, daß eine solche Heilungsmöglichkeit hier nicht bestand. Angesichts der schweren Gewalthandlungen gegen den Kopf hätte das Landgericht eine absichtliche oder willentliche Zufügung der Folgen prüfen müssen (§ 226 Abs. 2 StGB).

b) Der vom Mittäter im Rahmen einer Exzeßhandlung zugefügte Messerschnitt wäre dem Angeklagten nach den Urteilsfeststellungen zumindest als Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) zurechenbar gewesen. Wird ein wehrloses, höchstwahrscheinlich bewußtloses Opfer in einer abgelegenen Gegend bei einem gewaltbereiten Mittäter zurückgelassen, liegt es nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, daß dieser weitere Gewalthandlungen vornimmt bzw. es tötet, um die vorangegangene Tat zu verdecken.

4. Auch die Annahme einer verminderten Steuerungsfähigkeit und die Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB unterliegen rechtlichen Bedenken. Angesichts der Aussage des Zeugen S. , wonach der Angeklagte keine Ausfallerscheinungen gehabt habe, und der gutachterlichen Äußerung der psychiatrischen Sachverständigen Dr. J. , die keine Anzeichen für einen mittelschweren oder schweren Rausch hat feststellen können (UA

S. 27), hätte das Landgericht eine verminderte Steuerungs-fähigkeit näher be-gründen müssen. Auch eine Strafrahm-milderung versteht sich bei alkoholbe-

dingter erheblich verminderter Schuldfähigkeit nicht von selbst (vgl. BGH NStZ 2003, 480; vgl. auch BGHR StGB § 21 Strafrahmenverschiebung 32 und BGH, Urteil vom 17. August 2004 – 5 StR 93/04).

Rissing-vanSaan

Otten

Rothfuß

Fischer

Roggenbuck