



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 674/10

vom
2. März 2011
in der Strafsache
gegen

wegen versuchten Totschlags

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 2. März 2011 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 22. September 2010 im Schuld- und Strafausspruch aufgehoben. Die Feststellungen bleiben aufrechterhalten.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit unerlaubtem Führen einer halbautomatischen Schusswaffe zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt und die sichergestellte Waffe eingezogen.
- 2 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts besuchte der Angeklagte in der Tatnacht mit einer Bekannten eine Diskothek. Dort kam es zu einem Streit zwischen der Bekannten des Angeklagten und einer anderen Besucherin, der von Türstehern beendet wurde. Als der Angeklagte kurz darauf die Diskothek mit seiner Begleiterin verließ, begegnete diese in unmittelbarer Nähe ihrer vorherigen Kontrahentin und begann mit ihr eine erneute, nunmehr auch tätliche

Auseinandersetzung. Es entstand ein heftiges Gerangel, woraufhin eine Freundin der Angegriffenen versuchte, die miteinander ringenden Frauen auseinander zubringen. Daraufhin griff der Angeklagte zugunsten seiner Bekannten ein, obgleich er erkannt hatte, dass diese die Auseinandersetzung heraufbeschworen hatte. Er schlug ihrer Kontrahentin ins Gesicht und stieß deren Begleiterin, der er eine Ohrfeige gab, zur Seite.

3 Dieses Geschehen beobachtete der Geschädigte, der sich entschloss dazwischen zu gehen, und versuchte, die Streitenden endgültig voneinander zu trennen, ohne den Angeklagten dabei anzugreifen. Der Angeklagte ging nunmehr auf den Geschädigten los und schlug auf ihn ein, obgleich er erkannt hatte, dass dieser nur schlichtend eingreifen wollte. Gegen diesen Angriff wehrte sich der Geschädigte mit Schlägen und Tritten. Da der Angeklagte schnell bemerkte, dass der Geschädigte ihm körperlich überlegen war, löste er sich aus der Rangelei und zog eine Pistole hervor. Es handelte sich um eine ursprüngliche Schreckschuss- und Reizstoff-Waffe, die nachträglich umgebaut und dadurch scharf gemacht worden war. Die Pistole war mit drei Patronen des Kalibers 6,35 mm geladen. Der Angeklagte lud die Pistole mehrfach durch und zielte auf den Oberkörper des Geschädigten, der in einer Gruppe mehrerer Männer ein bis zwei Meter von ihm entfernt stand. Er drückte zweimal mit bedingtem Tötungsvorsatz ab. Ein Schuss löste sich dabei jedoch nicht.

4 Daraufhin sprang der Geschädigte auf den Angeklagten zu und attackierte ihn mit Schlägen und Tritten. Bei dem nun folgenden Kampf setzte der Angeklagte seine Waffe zunächst als Schlagwerkzeug ein und schlug sie auf den Kopf des Geschädigten, der eine Platzwunde am Kopf davontrug. Nachdem beide Kontrahenten zwischenzeitlich zu Boden gegangen waren, zielte der Angeklagte während des Kampfes in Richtung des Kopfes des Geschädigten. Um den Geschädigten endgültig kampfunfähig zu machen betätigte der Angeklagte

mit direktem Tötungsvorsatz erneut zweimal den Abzugshebel der Pistole, wiederum ohne dass sich ein Schuss löste. Wie schon zuvor war Ursache hierfür ein Versagen des Abschussmechanismus. Die im Pistolenlauf integrierte Schützensicherung hatte sich nicht gelöst, da der Pistolenverschluss trotz mehrfachen Durchladens noch nicht vollständig in seine vorgesehene Stellung gelangt war.

5 Während des weiteren Kampfes und der Versuche des Geschädigten, die Waffe von sich wegzuhalten und dem Angeklagten zu entreißen, löste sich sodann ein Schuss, nachdem sich in dem Gerangel der Verschluss zufällig in die hierfür nötige Position verschoben hatte. Die Waffe war zwar, als sich der Schuss löste, immer noch in Richtung auf den Kopf des Geschädigten gerichtet, verfehlte ihn jedoch.

6 Nachdem sich der Schuss gelöst hatte, stand der Angeklagte wieder auf und zielte nun mit seiner Pistole in Richtung der vor ihm befindlichen Menschengruppe, von der er sich langsam rückwärtsgehend entfernte. Zwei zufälligerweise in Tatortnähe befindliche Polizeibeamte näherten sich mit auf den Angeklagten gerichteter Dienstwaffe dem Geschehen. Der Aufforderung eines der Beamten, seine Waffe wegzulegen, kam der Angeklagte nach.

7 Das Landgericht hat einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch eines Tötungsdelikts verneint. Es hat hierzu festgestellt, dass der Angeklagte gezwungenermaßen keine weiteren Schussversuche unternommen, sondern die Waffe gesenkt und weggesteckt habe, da er den Polizisten wahrgenommen habe und dieser aus kurzer Entfernung auf ihn gezielt und bei Nichtbefolgung seiner Aufforderung, die Waffe niederzulegen, eine Schussabgabe angedroht habe (UA S. 11, 48, 54).

8 2. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist im Ergebnis begründet. Die Ausführungen des angefochtenen Urteils, mit denen ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch verneint worden ist, sind lückenhaft und zeigen, dass das Landgericht bei der Prüfung des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen ist.

9 Ein Rücktritt vom (unbeendeten) Versuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. StGB setzt zunächst voraus, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn der Taterfolg aus der Sicht des Täters mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr erreicht werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt wird. Zu der danach hier maßgeblichen Frage, ob der Angeklagte, bevor er das Einschreiten des Polizeibeamten wahrnahm, glaubte, den Geschädigten mit seiner Pistole noch töten zu können, hat das Landgericht keine Feststellungen getroffen. Es erscheint auch nicht selbstverständlich, dass der Angeklagte, nachdem während des Handgemenges doch noch ein Schuss gefallen war, die weiterhin mit zwei scharfen Patronen geladene Waffe nicht mehr für funktionsfähig hielt. Zur weiteren Einsatzfähigkeit der Waffe hat die Kammer lediglich festgestellt, dass sich bei dem erfolgten Schuss die leere Patronenhülse im Auswurf verklemmt hatte und sich die Pistole - bedingt durch die Art ihres Umbaus in eine scharfe Waffe - ohne eine eigenhändige Entfernung der Hülse nicht mehr durchladen und benutzen ließ (UA S. 11, 40). Der neue Tatrichter wird insoweit zu klären haben, ob der Angeklagte um dieses Hindernis einer weiteren kontrollierten Schussabgabe wusste und ggf. auch die Beseitigungsmöglichkeit kannte.

10 Das Landgericht hat darüber hinaus auch keine Feststellungen getroffen, ob der Angeklagte den Geschädigten weiterhin töten wollte, nachdem sich während des Handgemenges aus der Waffe ein Schuss gelöst hatte. Ein Fortdau-

ern seines Tötungsvorsatzes liegt auch nicht auf der Hand. Vielmehr hätte die Kammer eine Ernüchterung der beiden Kontrahenten durch den Schuss in Rechnung stellen müssen. Dem Angeklagten war es danach gelungen, sich von seinem Gegner zu lösen und aufzustehen. Er hatte bis zum polizeilichen Einschreiten keinen weiteren Schussversuch mehr unternommen, sondern er war langsam von der Menschenmenge am Tatort zurückgewichen und hatte damit die Schussdistanz vergrößert, wobei er seine Pistole nicht mehr gezielt auf den Geschädigten gerichtet hatte. Der neue Tatrichter wird daher auch insoweit ergänzende Feststellungen zu treffen haben. Dass der Angeklagte möglicherweise mit der räumlichen Trennung von seinem Gegner sein außertatbestandliches Handlungsziel für erreicht hielt und er deshalb davon Abstand genommen haben mag, ihn endgültig kampfunfähig zu machen, kann jedenfalls einen strafbefreienden Rücktritt weder wegen Fehlschlagens des Tötungsversuchs noch wegen Unfreiwilligkeit ausschließen (vgl. BGHSt 39, 221, 230 f.; Fischer, StGB 58. Aufl. § 24 Rn. 9).

- 11 3. Der neue Tatrichter wird zu erörtern haben, ob die von dem Angeklagten mit sich geführte Pistole die Voraussetzungen für eine halbautomatische Kurzwaffe im Sinne des § 52 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b WaffG erfüllt, obgleich sich nach den Feststellungen des Landgerichts bei der vom Angeklagten benutzten Munition nach einem Schuss die Hülse im Patronenlager verkeilte und ohne deren eigenhändige Entfernung ein weiterer Schuss unmöglich war (UA S. 40). Damit war die Funktion der Waffe als Halbautomat im Sinne der Definition nach Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 Nr. 2.2 Satz 1 zum WaffG beeinträchtigt, die bestimmt, dass die Schusswaffe nach Abgabe eines Schusses selbsttätig erneut schussbereit wird. Insoweit kommt in Betracht, dass nur eine Bestrafung nach der milderen Vorschrift des § 52 Abs. 3 WaffG gerechtfertigt sein könnte (vgl. Steindorff/Heinrich/Papsthart, Waffenrecht, 9. Aufl. § 52 WaffG Rn. 11).

- 12 4. Die bisher getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben, da sie im dargelegten Umfang lediglich lückenhaft, im Übrigen aber rechtsfehlerfrei sind. Über eine Schließung der vorgenannten Lücken hinaus kann der nunmehr zur Entscheidung berufene Tatrichter ergänzende Feststellungen treffen, wenn sie zu den bisherigen nicht im Widerspruch stehen.

Fischer

Schmitt

Berger

Krehl

Eschelbach