



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 377/18

vom

24. April 2019

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen versuchten Mordes u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 30. Januar 2019 in der Sitzung am 24. April 2019, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Franke,

die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Krehl,
Prof. Dr. Eschelbach,
Zeng,
Meyberg,

Staatsanwältin beim Bundesgerichtshof in der Verhandlung,
Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof bei der Verkündung
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt in der Verhandlung
und bei der Verkündung,
Rechtsanwalt in der Verhandlung,
Rechtsanwalt
als Vertreter von Rechtsanwalt bei der Verkündung
als Verteidiger des Angeklagten B. ,

Rechtsanwalt in der Verhandlung
und bei der Verkündung
als Verteidiger des Angeklagten H. ,

Rechtsanwalt in der Verhandlung
als Vertreter des Nebenklägers,

Amtsinspektorin in der Verhandlung,
Justizangestellte bei der Verkündung
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Marburg vom 23. Februar 2018 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es den Angeklagten H. betrifft, im Strafausspruch mit den Feststellungen aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere als Jugendkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit schwerer und mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Jugendstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wenden sich die auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihrer zuungunsten des Angeklagten H. eingelegten und auf den Strafausspruch beschränkten Revision die Verletzung materiellen Rechts. Die Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

2 Nach den Feststellungen des Landgerichts erkannten die zur Tatzeit 19-jährigen Angeklagten, beide Anhänger des FC Schalke 04, am 2. Juli 2017 gegen 1.50 Uhr auf einem Volksfest in G. den Nebenkläger als einen Anhänger von Borussia Dortmund, kamen auf ihn zu, schlugen heftig auf ihn ein und traten ihn, nachdem er zu Boden gegangen war, mehrfach gegen Körper und Kopf. Zwei Zeugen, die auf die Auseinandersetzung aufmerksam geworden waren und dazwischen gingen, gelang es, die auf den Nebenkläger schlagenden und tretenden Angeklagten wegzuziehen.

3 Der Nebenkläger konnte sich aufrappeln und zu seinem in einiger Entfernung wartenden Begleiter laufen. Die beiden Angeklagten folgten ihm und kamen, nachdem einer von ihnen „Scheiß Dortmunder!“ gerufen hatte, erneut auf den Nebenkläger zu, ohne sich von ihnen in den Weg stellenden Zeugen aufhalten zu lassen. Beide Angeklagten gingen sodann weiter mit Schlägen und Tritten auf den Nebenkläger los, wobei der Angeklagte H. diesen so im Gesicht traf, dass er taumelte. Der Angeklagte B. versetzte dem taumeln-

den Tatopfer aus dem Stand einen heftigen Tritt gegen den Brustkorb, so dass dieser ohne jede stützende oder schützende Bewegung „wie eine Bahnschranke“ auf den Boden fiel, deutlich hörbar mit dem Hinterkopf auf der Straße aufschlug und sogleich begann, am ganzen Körper zu krampfen. Dem Angeklagten B. war es gleichgültig, ob der Nebenkläger infolge des voraussehbaren und gewollten Sturzes auf das Straßenpflaster schwerwiegende oder auch tödliche Verletzungen am Kopf erleiden würde. Noch während eine in wenigen Metern Entfernung stehende Zeugin auf den Nebenkläger zueilte, um Hilfe zu leisten, trat der Angeklagte H. das Tatopfer einmal mit voller Wucht „wie einen Fußball“ gegen dessen Kopf, der nach links geschleudert wurde. Der Angeklagte H. nahm dabei billigend in Kauf, dass der erkennbar bereits schwer Verletzte an dem Tritt sterben könnte, was ihm egal war.

4 Beide Angeklagten, welche die Möglichkeit erkannt hatten, dass der Nebenkläger an den Verletzungen versterben könnte, was sie jeweils in Kauf nahmen, liefen sodann in unterschiedliche Richtungen davon, konnten aber wenig später ergriffen werden. Die Angeklagten waren zur Tatzeit stark alkoholisiert, ihre Steuerungsfähigkeit aber nicht erheblich vermindert. Der Nebenkläger sollte alleine wegen seiner Zugehörigkeit zu einem „feindlichen“ Fußballverein durch die Schläge und Tritte und ohne Rücksicht auf dessen Gesundheit abgestraft werden und aus keinem anderen Grund als der hasserfüllten Abneigung gegen Anhänger dieses „feindlichen“ Clubs verletzt werden, wobei die Angeklagten den Tod ihres Opfers billigend in Kauf nahmen.

5 Durch die Schläge und Tritte erlitt der Nebenkläger unter anderem eine Fraktur der Schädelkalotte vom Schläfenbein bis zum Scheitelbein mit Blutungen zwischen harter Hirnhaut und Schädelknochen sowie unter der harten Hirnhaut. Seine Verletzungen wären ohne sofortige Notoperation tödlich verlaufen. Er lag drei Wochen im künstlichen Koma, seine Schädeldecke musste zu-

nächst teilweise entfernt und konnte erst im Dezember 2017 wiedereingesetzt werden. Dauerhafte, nicht reversible Folge seiner Verletzungen ist eine organische Persönlichkeitsstörung mit erheblichen Einschränkungen im kognitiven und affektiven Bereich (u.a. Aphasie, Wortfindungsstörungen, verlangsamtes Verstehen komplexer Fragen, herabgesetzte Konzentrationsfähigkeit). Bleibend sind ferner eine Narbe, die im derzeit von Haaren bedeckten Teil des Schädels von der rechten Wange in Höhe des Ohres in einem Dreiviertelkreis über die gesamte rechte Kopfhälfte reicht, sowie ein Versatz im Bereich des wieder eingesetzten Teils der Schädeldecke.

II.

- 6 Die Rechtsmittel der Angeklagten sind begründet und führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an eine andere Jugendkammer des Landgerichts.
- 7 1. Die Ausführungen im angefochtenen Urteil, wonach die Angeklagten ein Versterben des Tatopfers „nach ihrer jeweils letzten Tathandlung“ für möglich hielten, lassen besorgen, dass sich das Landgericht den Blick für den zutreffenden zeitlichen Anknüpfungspunkt in Bezug auf den Tatvorsatz verstellt hat.
- 8 a) Voraussetzung für die Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat ist nach § 16 Abs. 1 StGB, dass der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, bei ihrer Begehung kennt. Dementsprechend muss der Vorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen; fasst der Täter den Vorsatz erst später (*dolus subsequens*), kommt eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat nicht in Betracht (vgl. Senat, Beschlüsse vom

7. September 2017 – 2 StR 18/17, NStZ 2018, 27 f.; vom 14. Juni 1983 – 4 StR 298/83, NStZ 1983, 452; MünchKomm-StGB/Schneider, 3. Aufl., § 212 Rn. 5 mwN). Folglich macht sich wegen eines vorsätzlichen Delikts nur strafbar, wer ab Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise den tatbestandlichen Erfolg – bei Tötungsdelikten den Todeserfolg – herbeiführt (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, NJW 2018, 1621, 1622).

9 b) Dass dies bei beiden Angeklagten, insbesondere auch beim Angeklagten B. zutrifft, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Vielmehr nimmt die Strafkammer für ihre Annahme vom Vorliegen eines Tötungsvorsatzes ausdrücklich Bezug auf das wahrnehmbare „Geräusch beim Aufschlag“ und die danach einsetzenden Krämpfe beim Tatopfer. Sie stellt somit ab auf Ereignisse, welche sich erst nach dem vom Angeklagten B. geführten Tritt gegen den Nebenkläger ereigneten. Ihre weiteren Erwägungen stützt die Strafkammer auf „entsprechende Wahrnehmungen“, die die Angeklagten machen konnten, „bevor sie die Flucht ergriffen“, die Angeklagten also nicht ausschließbar erst nach Abschluss ihrer jeweiligen, zeitlich aufeinanderfolgenden Tatbeiträge (Tritt des Angeklagten B. gegen die Brust vor dem Sturz bzw. Tritt des Angeklagten H. gegen den Kopf nach dem Sturz) machen konnten oder gemacht haben.

10 2. Auch im Übrigen begegnen die Beweiserwägungen zur inneren Tatseite durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

11 a) Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Ziels willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet (Willenselement), mag ihm der Erfolgseintritt auch

gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (vgl. nur BGH, Urteile vom 27. Juli 2017 – 3 StR 172/17, NStZ 2018, 37; vom 11. Oktober 2016 – 1 StR 248/16, NStZ 2017, 25; vom 14. August 2014 – 4 StR 163/14, NStZ 2015, 266 jeweils mwN). Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweismwürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2016 – 5 StR 498/15, NStZ-RR 2016, 204; Senat, Urteil vom 16. September 2015 – 2 StR 483/14, NStZ 2016, 25). Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert bei Körperverletzungs- und Tötungsdelikten insbesondere dann, wenn das Tatgericht allein oder im Wesentlichen aus äußeren Umständen auf die innere Einstellung eines Angeklagten zur Tat schließen muss, eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände (vgl. insbesondere zur Würdigung des voluntativen Vorsatzelements BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 84/15, NStZ-RR 2016, 79, 80; vom 13. Januar 2015 – 5 StR 435/14, NStZ 2015, 216 f.; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, juris Rn. 29, BGHSt 57, 183, 188; vom 27. Januar 2011 – 4 StR 502/10, juris Rn. 34, NStZ 2011, 699, 701 f.; vom 18. Oktober 2007 – 3 StR 226/07, NStZ 2008, 93 f. jeweils mwN), wobei schon eine Gleichgültigkeit gegenüber dem zwar nicht erstrebten, wohl aber hingenommenen Tod des Opfers die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes rechtfertigt (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2016 – 5 StR 498/15, NStZ-RR 2016, 204 mwN). In diese Gesamtschau sind insbesondere die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen (BGH, Urteile vom 5. Juni 2014 – 4 StR 439/13, juris Rn. 7; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ 2013, 581, 582 mwN).

- 12 Zwar liegt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit des Todes des Tatopfers rechnet und – weil er mit seinem Handeln gleichwohl fortfährt – einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 – 1 StR 191/09, NStZ 2009, 629, 630; BGH, Beschluss vom 7. Juli 1992 – 5 StR 300/92, NStZ 1992, 587, 588). Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. Senat, Beschluss vom 26. April 2016 – 2 StR 484/14, NStZ 2017, 22, 23; BGH, Urteil vom 25. November 2010 – 3 StR 364/10, NStZ 2011, 338, 339). Nach alledem ist es bei der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes – nicht anders als sonst bei der Würdigung der Beweise – aus revisionsrechtlicher Sicht erforderlich, aber auch ausreichend, sämtliche objektiven und subjektiven, für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände des Einzelfalles in eine individuelle Gesamtschau einzubeziehen und zu bewerten (BGH, Urteile vom 27. Juli 2017 – 3 StR 172/17, NStZ 2018, 37; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ-RR 2013, 242, 243).
- 13 b) Den sich hieraus ergebenden Anforderungen werden die Beweiserwägungen der Strafkammer zur inneren Tatseite nicht in vollem Umfang gerecht. Sie lassen besorgen, dass das Erfordernis einer individuellen Gesamtwürdigung nicht hinreichend beachtet wurde.
- 14 Angesichts der zum äußeren Tatablauf festgestellten Aufeinanderfolge voneinander abgrenzbarer, jeweils nur von einem der Angeklagten geführten und in Ausführung und Gefährlichkeit unterschiedlich zu gewichtender Handlungen hätte hier die innere Tatseite eines jeden Angeklagten individuell in den

Blick genommen werden müssen, zumal die Strafkammer hinsichtlich des Angeklagten H. ausführt, dieser habe den Nebenkläger „endgültig niedermachen“ wollen, wohingegen Beweggrund für den Angeklagten B. gewesen sei, durch seinen Tritt das Tatopfer „zu Boden zu strecken“. Letzteres belegt einen Tötungsvorsatz nicht. Ausgehend hiervon bleibt unerörtert, ob der Angeklagte B. nach dem von ihm ausgeführten Tritt denjenigen des Angeklagten H. gegen den Kopf des am Boden liegenden Tatopfers – entgegen seiner insoweit vorsatzkritischen Einlassung, sogleich die Flucht ergriffen zu haben – noch wahrnehmen und billigen konnte und ob diese Handlung des Angeklagten H. noch von einem gemeinsamen Tatplan getragen war. Zu diesen Erörterungen, die die Urteilsgründe vermissen lassen, hätte sich die Strafkammer umso mehr gedrängt sehen müssen, als sie auch zum Nachttatverhalten, welches sie (für sich genommen rechtsfehlerfrei) in den Blick nimmt, lediglich Feststellungen zu Äußerungen des Angeklagten H. („Leid tut es mir halt gar nicht“, „D. jagen und vernichten“, „Wir schlachten D. “) getroffen hat.

- 15 Ein solche individuelle Gesamtwürdigung wird hier auch nicht dadurch entbehrlich, dass die Strafkammer einen „Vernichtungswillen der Angeklagten“ annimmt, welcher „durch die Fortsetzung des Angriffs nun deutlich zutage“ getreten sei. Diese Formulierung und die Annahme, einen „für die Beurteilung des inneren Tatgeschehens relevanten Einschnitt im Ablauf“ habe es nicht gegeben, zeigen, dass die Strafkammer von einem von Anfang bei beiden Angeklagten bestehenden „Vernichtungswillen“ ausgeht. Dies wird indes nicht ohne Weiteres durch die Erwägung belegt, eine bereits zu Beginn des Geschehens an den Tag gelegte Brutalität zeige eine Bereitschaft der Angeklagten, „auch sehr ernsthafte Folgen“ in Kauf zu nehmen. Die weitere Erwägung, die Angeklagten hätten mit ihren jeweiligen Tritten zum Ende des Geschehens „die passenden, sicher wirksamen Mittel“ eingesetzt, „um ihr Werk zu vollenden“, erweist sich

demzufolge als zirkulär, da eine nicht belegte Annahme (von Beginn an bestehender Vernichtungswille beider Angeklagten) vorausgesetzt wird, um eben diese zu belegen. Zudem nimmt die Strafkammer (lediglich) bedingten Tötungsvorsatz an. Der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter hat kein Tötungsmotiv im engeren Sinne, weil er den tödlichen Erfolg nicht erstrebt, sondern seinen Eintritt lediglich in Kauf nimmt. Ein „Vernichtungswille“ weist aber sowohl als konkreter Handlungsantrieb als auch als Tötungsmotiv (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2012 – 4 StR 608/11, NStZ 2012, 443, 445) auf einen direkten Tötungsvorsatz hin. Dieser Widerspruch wird in den Urteilsgründen nicht aufgelöst.

16 3. Dies nötigt zur Aufhebung des Schuldspruchs und entzieht damit auch dem Strafausspruch die Grundlage. Der Senat hebt das Urteil gegen beide Angeklagte insgesamt auf, um dem neuen Tatrichter widerspruchsfreie eigene Feststellungen zu ermöglichen. Da angesichts der Einlassung der Angeklagten zur zeitlichen Abfolge der Gewalteinwirkungen bis zur Flucht und deren Wahrnehmbarkeit dem Tathergang für die Prüfung der inneren Tatseite besondere Bedeutung zukommen könnte, sieht der Senat im konkreten Fall auch davon ab, Feststellungen, etwa zum objektiven Tatgeschehen, bestehen zu lassen.

17 Der neue Tatrichter wird auch Gelegenheit haben zu prüfen, ob sich die Tat als spontane, unüberlegte und in affektiver Erregung („wie besessen“) ausgeführte Handlung erweist und wie dies gegebenenfalls zu würdigen ist (vgl. nur BGH, Urteile vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 387/15, NStZ 2016, 668, 669; vom 14. August 2014 – 4 StR 163/14, NStZ 2015, 266, 267 f.) und ob die Angeklagten aufgrund ihrer Alkoholisierung – unabhängig von deren Bewertung unter dem Gesichtspunkt des § 21 StGB – die von ihrem Handeln ausgehende Lebensgefahr für das Opfer unzutreffend beurteilt haben könnten oder ob – im Gegenteil – diese geeignet war, bei den Angeklagten die Hemmschwelle für

besonders gravierende Gewalthandlungen herabzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2017 – 3 StR 172/17, NStZ 2018, 37; Senat, Urteile vom 17. Juli 2013 – 2 StR 139/13, NStZ-RR 2013, 343; vom 17. Juli 2013 – 2 StR 176/13, NStZ-RR 2013, 341 f., jeweils mwN).

III.

18 Die wirksam auf den Strafausspruch betreffend den Angeklagten H. beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft hat ebenfalls Erfolg.

19 Die Strafkammer hat auf den zur Tatzeit 19-jährigen Angeklagten H. rechtsfehlerfrei Jugendstrafrecht angewandt (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) und die Verhängung einer Jugendstrafe – ebenfalls rechtsfehlerfrei – mit der Schwere seiner Schuld im Sinne von § 17 Abs. 2 JGG begründet. Sie verabsäumt es indes, das konkrete Maß an Schuld aufgrund einer im Vergleich zum Mitangeklagten B. differenzierten Betrachtung in den Blick zu nehmen. Auch für die nach jugendspezifischen Kriterien (vgl. Senat, Urteil vom 20. April 2016 – 2 StR 320/15, NJW 2016, 2050, 2051) zu bestimmende Schwere der Schuld ist maßgeblicher Anknüpfungspunkt die innere Tatseite. Dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat kommt nur insofern Bedeutung zu, als hieraus Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und das Maß der persönlichen Schuld gezogen werden können. Entscheidend ist, inwieweit sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des jugendlichen oder heranwachsenden Täters in der Tat in vorwerfbarer Schuld niedergeschlagen haben (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 4. August 2016 – 4 StR 142/16, NStZ 2017, 648 mwN).

20

Die Strafkammer hat zwar gesehen, dass der im Jugendstrafrecht vorrangig zu berücksichtigende Erziehungsgedanke nicht bedeutet, dass die Erziehungswirksamkeit als einziger Gesichtspunkt bei der Strafzumessung heranzuziehen ist; vielmehr sind daneben auch andere Strafzwecke, bei Kapitaldelikten und qualifizierten Verbrechenstatbeständen namentlich der Sühnegedanke und das Erfordernis eines gerechten Schuldausgleichs, zu beachten (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 4. August 2016 – 4 StR 142/16, Rn. 13, 14, NStZ 2017, 648, 649 mwN), die auch eine fünf Jahre übersteigende Jugendstrafe, die sich allein erzieherisch nicht begründen lässt, rechtfertigen können (vgl. BGH, Beschluss vom 27. November 1995 – 1 StR 634/95, NStZ 1996, 232). Der Senat vermag jedoch nicht auszuschließen, dass die Strafkammer dies bei der konkreten Strafzumessung betreffend den Angeklagten H. hinreichend bedacht und sich dies zu dessen Gunsten ausgewirkt hat.

Franke

Krehl

Eschelbach

Zeng

Meyberg