



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

1 StR 471/23

vom

25. Juli 2024

in der Strafsache

gegen

wegen versuchten Totschlags u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 24. Juli 2024 in der Sitzung am 25. Juli 2024, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Jäger,

Richterin am Bundesgerichtshof  
Wimmer,  
Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Leplow,  
Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Allgayer  
und Richterin am Bundesgerichtshof  
Welnhofner-Zeitler,

Bundesanwältin beim Bundesgerichtshof  
– in der Verhandlung vom 24. Juli 2024 –,  
Staatsanwalt  
– bei der Verkündung am 25. Juli 2024 –  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
– in der Verhandlung vom 24. Juli 2024 –,  
Rechtsanwalt  
– in der Verhandlung vom 24. Juli 2024 –  
als Verteidiger,

Rechtsanwalt  
– in der Verhandlung vom 24. Juli 2024 –  
als Vertreter des Nebenklägers,

Amtsinspektorin  
– in der Verhandlung vom 24. Juli 2024 –,  
Justizangestellte  
– bei der Verkündung am 25. Juli 2024 –  
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 29. August 2023 im Strafausspruch aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

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

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt. Die Staatsanwaltschaft verfolgt mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf die Sachrüge gestützten Revision die Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Mordes und beanstandet die ihm gewährte (weitere), mit einem Täter-Opfer-Ausgleich gemäß § 46a Nr. 1 StGB begründete Strafrahmenverschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB. Das vom

Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg.

I.

2 Das Landgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Der Angeklagte ist der Schwager des Geschädigten A. , der im Tatzeitpunkt von dessen Schwester getrennt lebte und im Rahmen des Scheidungsverfahrens die Auseinandersetzung des gemeinsamen Vermögens betrieb. Der in Kanada lebende Angeklagte unterstützte seine Schwester bei den Verhandlungen, indem er mehrfach sowohl mit deren Scheidungsanwalt als auch dem Geschädigten telefonierte, bis dieser seine Anrufe nicht mehr entgegennahm. Anlass für den Angeklagten, den Geschädigten persönlich aufzusuchen, war die zuletzt am 17. November 2022 geäußerte Bitte seiner Schwester mit den Worten: „H. bitte komm und zeig dich dem Mann! Komm, damit er dich sieht!“.

4 Nachdem der Angeklagte am 23. November 2022 von Kanada nach Deutschland eingereist war, erwarb er spätestens am Folgetag einen Zimmermannshammer, der auf der einen Seite eine flache und breite Schlagfläche und auf der anderen Seite ein spitzes Ende, eine sogenannte „Klaue“, besaß.

5 Am frühen Morgen des 25. November 2022 fuhr der Angeklagte mit einem Mietwagen zum Wohnanwesen des Geschädigten, wo er gegen 5.31 Uhr eintraf, um den Geschädigten zu stellen; den Zimmermannshammer führte er mit. Mit zwei Eimern in den Händen verließ der Geschädigte gegen 6.10 Uhr das Haus und betrat den vor der Wohnungseingangstür befindlichen Treppenaufgang, der ab diesem Moment infolge des aktivierten Bewegungsmelders hell ausgeleuchtet

war. Der Geschädigte drehte sich zur Tür, sperrte diese ab, nahm die zuvor abgestellten Eimer wieder auf und erblickte nun den einige Meter entfernt unterhalb der fünf bis sechs Treppenstufen stehenden Angeklagten mit dem Hammer in der Hand.

6 Der Angeklagte bewegte sich unmittelbar über den Treppenaufgang auf den Geschädigten zu und holte – für diesen erkennbar – unter billigender Inkaufnahme tödlicher Folgen mit dem Hammer zum Schlag aus. Der Geschädigte ließ daraufhin die beiden Eimer fallen, ging dem Angeklagten ein oder zwei Treppenstufen entgegen, führte seine Hände zum Schutz über den Kopf und ergriff den Schlagarm des Angeklagten, um die Wucht des bereits geführten Schlages abzufangen. Obwohl dies gelang, traf der Angeklagte den Geschädigten mit der spitzen Seite des Hammers frontal an der rechten Schädelseite oberhalb der Schläfe. Der Geschädigte erlitt hierdurch eine – nicht lebensgefährliche – Riss-Quetsch-Wunde sowie eine Kalottenfraktur (Absprengung der Lamina interna) rechts parietal mit winzigen intrakraniellen Lufteinschlüssen.

7 Im Anschluss entwickelte sich zwischen dem Angeklagten und dem Geschädigten eine über mehrere Minuten andauernde Rangelei mit wechselseitigen Faustschlägen, die sich von den Treppenstufen durch den Garten bis zum Gartentor und von dort aus auf die davorgelegene Straße verlagerte. Der Angeklagte äußerte dabei gegenüber dem Geschädigten, dass er ihn umbringen werde, während dieser den bewaffneten Schlagarm des Angeklagten weiter festhielt und wiederholt lautstark um Hilfe und nach der Polizei rief. Ein erneutes Zuschlagen mit dem Hammer war dem Angeklagten infolge der anhaltenden Gegenwehr des Geschädigten nicht möglich. Als der Zeuge P. , ein durch die Rufe aufmerksam gewordener Nachbar, in das Geschehen eingriff, konnte der Geschädigte dem Angeklagten den Hammer entwenden und diesen zum Zwecke der Festnahme einstweilen festhalten. Zwar gelang es dem Angeklagten schließlich, sich aus

dem Griff des Geschädigten zu lösen, den Hammer wieder an sich zu bringen und zu flüchten; jedoch erachtete er die Tatausführung infolge der unerwarteten Gegenwehr und der Anwesenheit des Zeugen P. als gescheitert.

8                   2. Das Landgericht hat den Angeklagten, der sich dahin eingelassen hat, er habe mit dem Hammer nur eine Aussprache mit dem Geschädigten erzwingen, diesen aber weder töten noch verletzen wollen, wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Das Mordmerkmal der Heimtücke hat es abgelehnt, da nicht zu seiner Überzeugung feststehe, dass der Geschädigte im Zeitpunkt des ersten Angriffs arg- und wehrlos gewesen sei. Der Strafzumessung hat das Landgericht den nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB und §§ 46a, 49 Abs. 1 StGB (doppelt) gemilderten Strafraumen des § 212 Abs. 1 StGB zugrunde gelegt. Die Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs nach § 46a Nr. 1 StGB hat es als gegeben erachtet, weil der Angeklagte sich in der Hauptverhandlung bei dem Geschädigten entschuldigt und die Wiedergutmachung der Tat durch Zahlung von 10.000 Euro ernsthaft erstrebt habe. Insoweit dürfe es dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen, dass der Geschädigte, der zunächst Gesprächsbereitschaft signalisiert habe, weder die Entschuldigung noch das Zahlungsangebot angenommen habe. Besonderes Gewicht begründe schließlich die familiäre Verbindung zwischen dem Geschädigten und dem Angeklagten, welcher der Onkel der Söhne des Geschädigten sei.

## II.

9                   Die Revision der Staatsanwaltschaft hat nur zum Strafausspruch Erfolg.

10                  1. Die Verneinung des Mordmerkmals der Heimtücke lässt auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen keinen Rechtsfehler erkennen.

11

a) Heimtückisch handelt, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und dadurch bedingte Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 14. Juni 2017 – 2 StR 10/17, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 41 und vom 4. Juli 1984 – 3 StR 199/84, BGHSt 32, 382, 383 f.; Beschluss vom 2. Dezember 1957 – GSSt 3/57, BGHSt 11, 139, 143). Arglos ist ein Opfer, das sich keines erheblichen Angriffs gegen seine körperliche Unversehrtheit versieht. Die Arglosigkeit führt zur Wehrlosigkeit, wenn das Opfer aufgrund der Überraschung durch den Täter in seinen Abwehrmöglichkeiten so erheblich eingeschränkt ist, dass ihm die Möglichkeit genommen wird, dem Angriff auf sein Leben erfolgreich zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Das ist der Fall, wenn das Opfer daran gehindert ist, sich zu verteidigen, zu fliehen, Hilfe herbeizurufen oder in sonstiger Weise auch durch verbale Äußerungen auf den Täter einzuwirken, um den Angriff zu beenden (vgl. BGH, Urteile vom 24. Mai 2023 – 2 StR 320/22 Rn. 11; vom 15. November 2017 – 5 StR 338/17 Rn. 9; vom 25. November 2015 – 1 StR 349/15 Rn. 14 und vom 21. Dezember 1951 – 1 StR 675/51, BGHSt 2, 60, 61; Beschluss vom 26. März 2020 – 4 StR 134/19 Rn. 13). Heimtückisches Handeln erfordert jedoch kein „heimliches“ Vorgehen. Vielmehr kann das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 6. Januar 2021 – 5 StR 288/20 Rn. 28; vom 21. Januar 2021 – 4 StR 337/20 Rn. 12 f.; vom 9. Oktober 2019 – 5 StR 299/19 Rn. 9; vom 25. November 2015 – 1 StR 349/15 Rn. 14 und vom 27. Juni 2006 – 1 StR 113/06 Rn. 10; jeweils mwN).

12            b) Nach Maßgabe dessen kommt der Versuch einer heimtückischen Tötung hier nicht in Betracht. Zwar hat das Landgericht seiner rechtlichen Würdigung den falschen rechtlichen Ansatz zugrunde gelegt, indem es die Heimtücke objektiv verneint, anstatt auf das – wegen des Versuchs allein relevante – Vorstellungsbild des Angeklagten abzustellen. Die Feststellungen zum objektiven Geschehensablauf und die Erwägungen des Landgerichts zum Tötungsvorsatz belegen allerdings, dass sich der Angeklagte keine heimtückische Tötung vorstellte.

13            Nach den Feststellungen trat der Angeklagte dem Geschädigten vor dem ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriff offen feindselig gegenüber. Er stand – für den Geschädigten gut erkennbar – im Lichtkegel der Hausbeleuchtung mit einigem räumlichen Abstand unterhalb des Treppenaufgangs, den Zimmermannshammer sichtbar in der Hand. Der Angeklagte näherte sich dem Geschädigten über die Treppenstufen in unverhohlener und vom Geschädigten augenblicklich erkannter Angriffsabsicht. Trotz der kurzen Zeitspanne von wenigen Sekunden war der Geschädigte im Zeitpunkt des Angriffs nicht mehr arglos, sondern lediglich überrascht durch die unerwartete Begegnung mit dem Angeklagten. Die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff des Angeklagten war, wie an der Reaktion des Geschädigten deutlich wird, auch nicht so kurz, dass diesem keine Möglichkeit mehr blieb, dem Angriff wirksam zu begegnen. Wie der Fortgang des Geschehens zeigt, war der Geschädigte aufgrund der bestehenden Kräfteverhältnisse und der Möglichkeit, Nachbarschaft und Polizei zu Hilfe zu rufen, auch nicht wehrlos. Allein dass es ihm nicht gelang, noch zurück ins Haus zu gelangen oder den Angriff vollständig abzuwehren, ändert daran nichts. Es liegt fern, dass sich der Angeklagte, der weder sich noch sein Werkzeug verborgen hielt, etwas davon völlig Abweichendes vorgestellt hat.

14            2. Die von der Revision beanstandete Annahme eines Täter-Opfer-Ausgleichs und die deshalb erfolgte Strafrahmenverschiebung gemäß § 46a Nr. 1, § 49 Abs. 1 StGB halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

15            Der Tatrichter hat in wertender Betrachtung und schließlich nach Ermessensgesichtspunkten zu entscheiden, ob er die Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs annimmt und danach von der so eröffneten Milderungsmöglichkeit Gebrauch macht. Hier hat das Landgericht jedoch bereits den rechtlichen Maßstab der – allein in Frage kommenden – Variante des § 46a Nr. 1 StGB verkannt und sich im Rahmen seiner Wertungen im Urteil überdies in Widerspruch gesetzt.

16            a) § 46a Nr. 1 StGB verlangt, dass der Täter im Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat „ganz oder zum überwiegenden Teil“ wieder gutgemacht hat, wobei es aber auch ausreichend sein kann, dass der Täter dieses Ziel ernsthaft erstrebt. Dies erfordert grundsätzlich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer, bei dem das Bemühen des Täters Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein und das Opfer die Leistung des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptieren muss (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 19. April 2023 – 6 StR 497/22 Rn. 11; vom 22. Mai 2019 – 2 StR 203/18 Rn. 20; vom 24. August 2017 – 3 StR 233/17 Rn. 13; vom 9. Mai 2017 – 1 StR 576/16 Rn. 9 und vom 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02, BGHSt 48, 134, 142 f.; Beschlüsse vom 24. Januar 2019 – 1 StR 591/18 Rn. 6 und vom 24. Oktober 2018 – 1 StR 422/18 Rn. 28; jeweils mwN). Ein kommunikativer Prozess in diesem Sinne setzt voraus, dass das Verhalten des Täters im Verfahren „Ausdruck der Übernahme von Verantwortung“ ist, um die friedensstiftende Wirkung der Schadenswiedergutmachung zu entfalten. Jedenfalls für schwere Gewaltdelikte und Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die sich gegen einzelne Opfer gerichtet haben, wird für einen erfolgreichen Täter-Opfer-Ausgleich regel-

mäßig ein Geständnis zu verlangen sein. Dabei ist nicht in jedem Fall ein umfassendes, vorbehaltloses Geständnis des Täters in der Hauptverhandlung erforderlich; etwa ist die Anwendung der Vorschrift im Einzelfall nicht ausgeschlossen, wenn ein Geständnis einzelne Tatumstände beschönigt (vgl. BGH, Urteil vom 24. August 2017 – 3 StR 233/17 Rn. 15; Beschlüsse vom 9. August 2022 – 1 StR 254/22 Rn. 4 und vom 25. Juni 2008 – 2 StR 217/08). Voraussetzung bleibt aber auch in diesem Fall, dass der Täter freiwillig Verantwortung für sein Handeln übernimmt und gegenüber seinem Opfer eine konstruktive Leistung erbringt, die diesem Genugtuung verschafft (vgl. BGH, Urteile vom 15. Januar 2020 – 2 StR 412/19 Rn. 8; vom 24. August 2017 – 3 StR 233/17 Rn. 15; vom 26. August 2003 – 1 StR 174/03 Rn. 8 und vom 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02, BGHSt 48, 134, 142 f.; Beschlüsse vom 10. Februar 2022 – 1 StR 403/21 Rn. 5; vom 12. Januar 2021 – 4 StR 139/20 Rn. 6 und vom 24. Oktober 2018 – 1 StR 422/18 Rn. 33). Lässt sich das Tatopfer – etwa weil das Delikt oder Art und Umfang der Schädigungen ihm einen Ausgleich unmöglich machen – auf einen kommunikativen Prozess nicht ein, so ist das Verfahren für die Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs nicht geeignet (vgl. BT-Drucks. 14/1928, S. 8; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2005 – 1 StR 287/05 mwN).

17                    b) Diesen Grundsätzen werden die Ausführungen des Landgerichts nicht gerecht. Die Urteilsgründe belegen die Voraussetzungen eines erfolgreichen Täter-Opfer-Ausgleichs nicht.

18                    aa) Schon ein ernsthaftes, auf einen Ausgleich mit dem Geschädigten gerichtetes Bemühen des Angeklagten nach § 46a Nr. 1 StGB ist den Urteilsgründen nicht sicher zu entnehmen. Aus den Urteilsgründen geht zwar hervor, dass die Verteidiger des Angeklagten mit dem Vertreter des Geschädigten über Wiedergutmachungsleistungen verhandelten. Es wird dabei aber nicht deutlich, ob und gegebenenfalls welche Bemühungen der Angeklagte selbst entfaltet hat, um

auf den Geschädigten zuzugehen. Allein die Erklärung in der Hauptverhandlung, dass er sich bei dem Geschädigten entschuldigen wolle, reicht nicht aus. Die Erwägungen des Landgerichts dazu sind überdies widersprüchlich, soweit dieses die Annahme eines unbenannten minder schweren Falls nach § 213 Alternative 2 StGB u.a. mit der Erwägung ablehnt, der Austausch zum Täter-Opfer-Ausgleich habe sich „fast ausschließlich auf Bemühungen der Verteidiger“ (UA S. 46) beschränkt.

19           bb) Wenngleich ein „Wiedergutmachungserfolg“ nicht erforderlich ist, so lassen die Ausführungen des Landgerichts die Bewertung vermissen, wodurch überhaupt eine Befriedung eingetreten sein soll. Da weder ein persönlicher Austausch zwischen dem Angeklagten und dem Geschädigten stattgefunden hat noch eine Zahlung erfolgt ist, bleibt offen, worin ein Abschluss des Täter-Opfer-Ausgleichs liegen soll. Es kommt nicht entscheidend darauf an, dass das Landgericht auch nicht dargelegt hat, wie der Angeklagte das Geld aufbringen wollte und wie sich der Betrag zu seinen finanziellen Möglichkeiten verhält, was für die Beurteilung der Genugtuungsfunktion wesentlich sein kann.

20           cc) Auch ergeben die Urteilsgründe eine hinreichende Verantwortungsübernahme durch den Angeklagten nicht. Mit seiner Einlassung, es sei der Geschädigte gewesen, der „sofort eine Rangelei begonnen“ (UA S. 19) habe, hat der Angeklagte nicht nur die Opferrolle des Geschädigten in Abrede gestellt, sondern im Gegenteil sogar sich selbst als Opfer dargestellt. Auch seine weitere Einlassung, er habe den Geschädigten nur zur Rede stellen wollen und könne sich an Schläge gegen diesen nicht erinnern, lässt sich nicht ansatzweise als Übernahme von Verantwortung bewerten.

21 dd) Schließlich ergibt sich aus den Urteilsgründen kein Anhalt dafür, dass der Geschädigte den Täter-Opfer-Ausgleich mitgetragen und diesen als friedensstiftende Konfliktregelung akzeptiert hat. Die Gründe dafür, dass sich der Geschädigte einem Täter-Opfer-Ausgleich nicht geöffnet hat, teilt das Landgericht nicht mit. Es hätte insoweit erkennbar bedenken müssen, dass es einen Anspruch des Angeklagten auf einen Täter-Opfer-Ausgleich nicht gibt.

22 ee) Sämtliche Feststellungen haben Bestand und können um solche ergänzt werden, die ihnen nicht widersprechen.

Jäger

Wimmer

Leplow

Allgayer

Welnhofer-Zeitler

Vorinstanz:

Landgericht Landshut, 29.08.2023 - Ks 103 Js 36740/22