

**HRRS-Nummer:** HRRS 2009 Nr. 11

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2009 Nr. 11, Rn. X

---

**BGH 2 StR 237/08 - Beschluss vom 5. September 2008 (LG Gera)**

**Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch; Aufgeben: Erreichung eines außertatbestandlichen Zieles); Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose: maßgeblicher Zeitpunkt); Verschlechterungsverbot; unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).**

**§ 24 Abs. 1 StGB; § 66a StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 400 Abs. 1 StPO**

**Leitsatz des Bearbeiters**

**Bei der Entscheidung über die Anordnung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung ist für die Beurteilung der Gefährlichkeit des Angeklagten der Zeitpunkt der Aburteilung maßgeblich. Dies gilt auch dann, wenn daneben die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet wird, die zuerst vollstreckt werden soll: Auch in einem solchen Fall begegnet es durchgreifenden rechtlichen Bedenken, auf den Zeitpunkt nach Beendigung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt abzustellen.**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten N. wird das Urteil des Landgerichts Gera vom 12. November 2007, soweit es ihn betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, zurückverwiesen.
2. Die Revision des Angeklagten S. gegen das Urteil des Landgerichts Gera vom 12. November 2007 wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat. Der Angeklagte S. hat die Kosten seines Rechtsmittels und die dem Nebenkläger hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.
3. Die Revisionen des Nebenklägers gegen das Urteil des Landgerichts Gera vom 12. November 2007 werden verworfen. Der Nebenkläger hat die Kosten seiner Rechtsmittel sowie die den Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten N. wegen versuchten schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher 1  
Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt, die Unterbringung des Angeklagten in einer  
Entziehungsanstalt angeordnet und die Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten. Den  
Angeklagten S. hat das Landgericht wegen Beihilfe zum versuchten Raub in Tateinheit mit Beihilfe zur  
Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr sechs Monaten verurteilt und die Vollstreckung der  
Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt.

1. Die Revision des Angeklagten N. führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit es ihn betrifft. Die Prüfung 2  
und Ablehnung eines strafbefreienden Rücktritts vom versuchten schweren Raub hält hinsichtlich dieses Angeklagten  
rechtlicher Überprüfung nicht Stand.

a) Nach den Feststellungen beabsichtigte der gesondert Verfolgte D., den Geschädigten zu überfallen, um ihm eine 3  
"Abreibung" zu erteilen und ihm die mitgeführten Wocheneinnahmen seines Weihnachtsmarktstands wegzunehmen.  
Der Angeklagte N. erklärte sich auf Fragen D.s bereit mitzuwirken. Vor der Tat übergab D. dem Angeklagten einen mit  
vier Schuss scharfer Kleinkalibermunition geladenen Revolver "zur Sicherheit, für den Notfall". Der Angeklagte S. hatte  
hiervon sowie von der Mitwirkung des Angeklagten N. keine Kenntnis. Er erklärte sich bereit, D. über eine günstige

Gelegenheit zum Überfall auf den Geschädigten, seinen Arbeitgeber, zu unterrichten, und tat dies am Tattag auch vereinbarungsgemäß.

Am Tattag überfielen N. und D. den Geschädigten, als dieser mit seinem Transporter zu seinem Haus zurückkehrte. 4  
Zunächst schlugen beide Täter auf den Geschädigten ein, bis dieser zu Boden fiel. Als der Angeklagte N. von dem Geschädigten abließ, um das Kraftfahrzeug nach Geld zu durchsuchen, gelang es dem Geschädigten, den von D. verwendeten Gummiknüppel zu ergreifen und festzuhalten. D. rief daraufhin N. zu Hilfe. Dieser zog nunmehr, noch bevor er nach dem Geld gesucht hatte, (erstmalig) den Revolver und gab aus einer Entfernung von maximal einem Meter mit bedingtem Tötungsvorsatz einen gezielten Schuss auf den Geschädigten ab, "damit er und D. von dem Geschädigten wegkommen könnten" (UA S. 17). Das Projektil traf den Geschädigten am Oberkörper und drang bis zu dessen Herzbeutel vor. Nach dem Schuss rief D.: "Es reicht!"; beide Täter flüchteten daraufhin. Der Geschädigte, der zu diesem Zeitpunkt nicht bemerkt hatte, dass er von dem Schuss getroffen und lebensgefährlich verletzt war, verfolgte die Angreifer noch bis zur Straße.

b) Das Landgericht hat die Verurteilung auf die Erwägung gestützt, der Angeklagte N. sei zwar gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 5  
StGB wirksam vom (unbeendeten) Versuch des Tötungsdelikts zurückgetreten, nicht aber von dem Versuch des schweren Raubes, denn er habe erkannt, dass er und D. den Widerstand des Geschädigten nicht mehr hätten überwinden können, ohne ihn zu töten. Dies hätten sie jedoch zur Erlangung des Geldes nicht tun wollen.

Die dem zugrunde liegende Feststellung des Landgerichts, der Angeklagte N. habe den Geschädigten nicht zur 6  
Ermöglichung der Wegnahme des Geldes töten wollen, beruht nicht auf einer widerspruchsfrei festgestellten Tatsachengrundlage. Es ist nicht ersichtlich, auf welche Umstände das Landgericht seine Überzeugung gründet, der Angeklagte habe nicht wegen des Geldes töten wollen. Der Hinweis der Kammer, dies stehe "aufgrund des objektiven Tatgeschehens" (UA S. 37) fest, findet in den Feststellungen keine Stütze und versteht sich angesichts des Umstands, dass der Angeklagte, unmittelbar bevor er und D. die Flucht ergriffen, mit bedingtem Tötungsvorsatz auf den Geschädigten geschossen hat, auch nicht von selbst. Es ist nicht erkennbar, warum der Angeklagte zwar zu einer Tötung des Geschädigten bereit gewesen sein sollte, um von diesem "wegzukommen", nicht aber, um die Wegnahme des Geldes zu ermöglichen.

Wäre der Angeklagte ursprünglich im Grundsatz bereit gewesen, den Geschädigten "notfalls" auch deshalb zu töten, 7  
um an das Bargeld zu gelangen, käme ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch des schweren Raubes in Betracht. In diesem Fall wäre zu klären, ob der Angeklagte freiwillig von der weiteren Tatausführung Abstand genommen hat. Der Erwägung, gegen die Freiwilligkeit spreche der Umstand, dass der Angeklagte nach seiner Vorstellung den Raub nur noch durch Tötung des Geschädigten hätte vollenden können, diese Änderung des Tatplans jedoch nicht wollte, steht die Feststellung entgegen, dass der Angeklagte unmittelbar zuvor mit Tötungsvorsatz auf den Geschädigten geschossen hatte. Das Erreichen eines außertatbestandlichen Ziels (hier: "Abreibung"), das sich in dem Ruf D. s: "Es reicht!" ausgedrückt haben könnte, würde einem strafbefreienden Rücktritt nicht von vornherein entgegen stehen (vgl. BGHSt 39, 221, 230 ff.). Um insoweit tragfähige Feststellungen zu ermöglichen, hebt der Senat das Urteil, soweit es den Angeklagten N. betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen insgesamt auf.

c) Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass ein ggf. nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB 8  
anzuordnender Vorwegvollzug bei einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt nach § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB nach dem Halbstrafenzeitpunkt zu bemessen wäre. Der Halbstrafenzeitpunkt ist auch dann maßgeblich, wenn eine Entlassung des Angeklagten zu diesem Zeitpunkt nicht zu erwarten ist (vgl. BGH NStZ 2008, 212; NStZ-RR 2007, 372; 2008, 142; 2008, 182; Fischer StGB 55. Aufl. § 67 Rdn. 11).

d) Soweit erneut eine Anordnung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung in Betracht kommt, wird das Landgericht 9  
zu beachten haben, dass für die Beurteilung der Gefährlichkeit des Angeklagten der Zeitpunkt der Aburteilung maßgeblich ist (vgl. BGH NStZ 2006, 278, 279; 2007, 401; s. auch NStZ-RR 2004, 202, 203; Fischer aaO § 66 Rdn. 36 m.w.N.). Es begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, auf den Zeitpunkt nach Beendigung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abzustellen, wie es das Landgericht in dem angefochtenen Urteil getan hat. Soweit das Landgericht die Anordnung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung darauf gestützt hat, es könne "nicht ausgeschlossen werden", dass die Gefährlichkeit des Angeklagten zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr bestehen werde, hat es daher einen unzutreffenden Maßstab angelegt. Die Anwendungsvoraussetzungen des § 66a Abs. 1 StGB waren, wie die Revision zutreffend rügt, auf der Grundlage dieser Feststellungen nicht gegeben. Der neue Tatrichter wird anhand eines rechtlich zutreffenden Maßstabs zu prüfen haben, ob die von § 66a Abs. 1 StGB vorausgesetzte Unsicherheit über die Gefährlichkeit zum gegenwärtigen Zeitpunkt besteht. Einer Anwendung von § 66 StGB stünde § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO entgegen.

2. Die Revision des Angeklagten S. ist aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift an den Senat dargelegten 10

Gründen im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO offensichtlich unbegründet.

3. Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Nebenklägers zum Nachteil des Angeklagten S. lässt nicht erkennen, ob mit dem Rechtsmittel ein nach § 400 Abs. 1 StPO zulässiges Ziel verfolgt wird, und ist deshalb unzulässig (st. Rspr.; BGHR StPO § 400 Abs. 1 Zulässigkeit 2, 5, 6, 10; Senat, Beschluss vom 15. Februar 2008 - 2 StR 598/07). Ein Ausnahmefall, bei dem auf eine Klarstellung verzichtet werden kann (vgl. BGHR StPO § 400 Abs. 1 Zulässigkeit 3; § 401 Abs. 1 Satz 1 Zulässigkeit 2), liegt nicht vor. 11

Die zum Nachteil des Angeklagten N. eingelegte Revision des Nebenklägers ist aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift an den Senat dargelegten Gründen unbegründet. 12