

**HRRS-Nummer:** HRRS 2009 Nr. 971

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2009 Nr. 971, Rn. X

---

**BGH 4 StR 280/09 - Beschluss vom 18. August 2009 (LG Dessau)**

**Strafbefreiender Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit und Entdeckungsrisiko); Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf effektive Verteidigung; Auswahl des Verteidigers; Pflichtverteidigung).**

§ 24 Abs. 2 StGB; § 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 c EMRK; § 142 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Ein Versuch ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fehlgeschlagen, wenn der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder aber wenn der Täter den Erfolgseintritt irrig nicht mehr für möglich hält. Ein Fall des fehlgeschlagenen Versuchs liegt hingegen nicht vor, sofern der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 22; Versuch, fehlgeschlagener 8; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 24 Rn. 11).
2. Eine Bestimmung des fehlgeschlagenen Versuchs nach Tatplankriterien ist rechtsfehlerhaft. Entscheidend ist vielmehr der Rücktrittshorizont der Täter. Das Tatgericht muss sich damit auseinandersetzen, ob die Angeklagten nach Vollzug der Tathandlung annahmen, den Tod des Opfers ohne zeitliche Zäsur überhaupt nicht mehr herbeiführen zu können.
3. Ein gesteigertes Entdeckungsrisiko ist allein für die Frage der Freiwilligkeit des Rücktritts von Bedeutung.
4. Es erscheint nicht unbedenklich, wenn das Tatgericht seine Entscheidung, dem Angeklagten nicht den von ihm gewünschten Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beizuordnen, auf dessen Belastung mit Terminwahrnehmungen aus anderweitig übernommenen Mandatsverpflichtungen gestützt hat, ohne zuvor die Verfügbarkeit für die im vorliegenden Verfahren in Aussicht genommenen Hauptverhandlungstermine mit ihm geklärt zu haben. Im Übrigen kann das von § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO geschützte Kosteninteresse nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei erheblichen Tatvorwürfen im Rahmen der gebotenen Abwägung aller Umstände hinter dem Interesse des Beschuldigten auf Verteidigung durch einen Rechtsanwalt seines Vertrauens zurücktreten (vgl. dazu BGHSt 43, 153, 155 f.).

Entscheidungstenor

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dessau-Roßlau vom 18. Februar 2009 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere als Schwurgericht zuständige Jugendkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt, den Angeklagten F. zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten und den Angeklagten H. unter Einbeziehung der Strafen aus zwei weiteren Urteilen zu einer Einheitsjugendstrafe von sieben Jahren und zwei Monaten. Gegen ihre Verurteilung wenden sich die Angeklagten jeweils mit der Sachrüge, der Angeklagte F. beanstandet darüber hinaus das Verfahren. 1

I.

Die vom Angeklagten F. erhobenen Verfahrensrügen genügen aus den zutreffenden Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO und sind daher unzulässig. 2

Zu der Rüge, der Angeklagte sei in seinem Anspruch auf ein faires Verfahren und in seinem Recht auf effektive Verteidigung verletzt worden (§ 338 Nr. 8 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 c EMRK), da ihm nicht der gewünschte Verteidiger als Pflichtverteidiger beigeordnet worden sei, bemerkt der Senat ergänzend: 3

Es erscheint nicht unbedenklich, dass die Jugendkammer ihre Entscheidung, dem Angeklagten nicht den von ihm gewünschten Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beizuordnen, auf dessen Belastung mit Terminswahrnehmungen aus anderweitig übernommenen Mandatsverpflichtungen gestützt hat, ohne zuvor die Verfügbarkeit für die im vorliegenden Verfahren in Aussicht genommenen Hauptverhandlungstermine mit ihm geklärt zu haben. Im Übrigen kann das von § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO geschützte Kosteninteresse nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei erheblichen Tatvorwürfen im Rahmen der gebotenen Abwägung aller Umstände hinter dem Interesse des Beschuldigten auf Verteidigung durch einen Rechtsanwalt seines Vertrauens zurücktreten (vgl. dazu BGHSt 43, 153, 155 f.; zur Maßgeblichkeit der Entfernung zwischen Gerichtsort und dem Sitz des Rechtsanwalts; vgl. Meyer-Goßner StPO 52. Aufl. § 142 Rdn. 12 m.w.N.). 4

## II.

Hingegen haben die Rechtsmittel der Angeklagten jeweils mit der Sachrüge Erfolg. 5

1. Das Landgericht hat festgestellt, dass sich die miteinander befreundeten Angeklagten in der Tatnacht zum Haus des Geschädigten begaben, nachdem sie sich zuvor beide mit Messern mit einer Klingenslänge von etwa 25 cm ausgerüstet hatten. Sie verfolgten ohne erkennbaren Grund den Plan, den Geschädigten heimlich und ohne Aufsehen zu töten. Nachdem der Geschädigte die beiden Angeklagten in seine Wohnung eingelassen hatte, bereitete er im Wohnzimmer eine Wasserpfeife vor, um Cannabis zu rauchen. Während er mit dem Anzünden der Wasserpfeife beschäftigt und deswegen abgelenkt war, stand der Angeklagte H. vom Sofa auf und stach in sekundenschneller Abfolge mit seinem dem Geschädigten bis dahin verborgen gebliebenen Messer in dessen linke Wange und gleich darauf in die linke Oberkörperseite, wobei er die Arg- und Wehrlosigkeit des Geschädigten in diesem Moment des Abgelenktseins bewusst ausnutzte und, ebenso wie der Angeklagte F., dabei den Tod des Geschädigten zumindest billigend in Kauf nahm. Dem Geschädigten, der durch den Stich in den Oberkörper lebensgefährlich verletzt war, gelang es, mit der Wasserpfeife um sich zu schlagen sowie gegen den Angeklagten H. zu treten, wobei er die Angeklagten anschrie, sie sollten verschwinden. Mit den Worten "Mach, er muss sterben!" oder "Mach! jetzt muss er sterben!" gab H. dem Mitangeklagten F., der nun ebenfalls sein Messer gezogen hatte, zu verstehen, dass nunmehr dieser an der Reihe sei, den Tatplan fortzuführen. 6

Der Angeklagte F. machte daraufhin eine Geste, indem er den Angeklagten H. an die Schulter fasste, um ihm zu verstehen zu geben, dass er mitkommen solle. Beide Angeklagten verließen die Wohnung, nachdem sie erkannt hatten, dass ihr Plan, den Geschädigten heimlich und ohne Aufsehen zu erregen umzubringen, infolge der Gegenwehr und des Schreiens des Geschädigten gescheitert war. 7

Das Landgericht hat bezüglich beider Angeklagter einen strafbefreienden Rücktritt vom versuchten Tötungsdelikt gemäß § 24 Abs. 2 StGB verneint, da der Versuch fehlgeschlagen sei. Der schwer verletzte Geschädigte habe sich entgegen den Erwartungen der Angeklagten gewehrt und um sich geschlagen; außerdem habe er die Angeklagten angeschrien, so dass die Gefahr bestanden habe, dass andere Hausbewohner auf das Geschehen aufmerksam würden. 8

Der Plan, den Geschädigten heimlich und ohne Aufsehen zu erregen umzubringen, sei, was die Angeklagten sodann erkannt hätten, gescheitert. 9

2. Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen die Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs nicht. In seiner Antragsschrift hat der Generalbundesanwalt dazu u.a. Folgendes ausgeführt: 10

"Ein Versuch ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fehlgeschlagen, wenn der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder aber wenn der Täter den Erfolgseintritt irrig nicht mehr für möglich hält. Ein Fall des fehlgeschlagenen Versuchs liegt hingegen nicht vor, sofern der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaus sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 22; Versuch, fehlgeschlagener 8; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 24 Rn. 11). 11

Ausgehend hiervon begegnet es durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht einen fehlgeschlagenen Versuch deshalb annahm, weil "der Plan" der Angeklagten "gescheitert" war, den Zeugen S. heimlich umzubringen, ohne in irgendeiner Form Aufsehen zu erregen, und "dieser Plan mit den bereits eingesetzten oder zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr realisiert werden" konnte (UA S. 26 f.). Denn hiernach hat das Landgericht die Frage des Fehlschlagens des Tötungsversuchs nach Tatplankriterien zu beantworten gesucht und einen fehlgeschlagenen Versuch bereits deshalb angenommen, weil die Angeklagten davon ausgingen, die Tat nicht in der ursprünglich geplanten Weise vollenden zu können. Nach Maßgabe des Rücktrittshorizonts hätte sich das Landgericht dagegen zur Abklärung des Fehlschlags des Tötungsversuchs damit auseinandersetzen müssen, ob die Angeklagten nach Vollzug der Tathandlung annahmen, den Tod des Opfers ohne zeitliche Zäsur überhaupt nicht mehr herbeiführen zu können. Dass es den Angeklagten in diesem Sinne nicht möglich gewesen wäre, dem bereits schwer verletzten Opfer noch weitere tödliche Stiche beizubringen, oder dass die Angeklagten dies irrtümlich annahmen, liegt nach den Feststellungen jedenfalls nicht nahe. 12

Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang auch darauf abstellte, dass aufgrund der Gegenwehr des Zeugen S. und seiner Schreie die Gefahr bestanden habe, dass andere Personen auf das Geschehen aufmerksam würden, ergibt sich auch hieraus kein Fehlschlag des Versuchs. Vielmehr ist ein gesteigertes Entdeckungsrisiko allein für die Frage der Freiwilligkeit des Rücktritts von Bedeutung (Senat, Beschluss vom 19. Dezember 2000 - 4 StR 525/00; Fischer, aaO.). Das Landgericht hätte sich daher mit der Frage eines strafbefreienden Rücktritts vom unbeendeten Versuch auseinandersetzen müssen, der auch im Falle des § 24 Abs. 2 StGB in Betracht kommt, wenn die Täter einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie dies könnten (Senat, Beschluss vom 26. Juni 2007 - 4 StR 136/07; Fischer, aaO., § 24 Rn. 41)." 13

Dem tritt der Senat bei und bemerkt ergänzend: 14

Dass die Täter nach Durchführung der Tathandlung annahmen, alles Erforderliche getan zu haben, ist auch deshalb nicht nahe liegend, hätte aber in jedem Fall besonderer Begründung bedurft, weil sie nach den Feststellungen die Schwere der Verletzungen bei dem mit einem T-Shirt und einer Jacke bekleideten Geschädigten nicht wahrnahmen. Auch der Rettungsassistent P., der mit dem herbeigerufenen Krankenwagen erst später in der Wohnung des Geschädigten erschien, konnte zunächst mit Ausnahme einer Schnittverletzung an der Wange keine weiteren äußeren Verletzungen beim Geschädigten erkennen. 15

Die von der Jugendkammer getroffenen Feststellungen lassen daher einen freiwilligen Rücktritt beider Angeklagter als möglich erscheinen. Dies wird der neue Tatrichter im Einzelnen aufklären und dabei auch prüfen müssen, ob die Angeklagten wegen der Schreie und der Gegenwehr des Tatopfers annahmen, die Tat werde alsbald entdeckt werden, und deshalb wegen eines beträchtlich gesteigerten Entdeckungsrisikos nicht mehr freiwillig von der Tat Abstand nahmen. Dagegen spricht insbesondere, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, dass der Angeklagte H. den Angeklagten F. trotz der Gegenwehr noch dazu aufforderte, nun seinerseits auf das Opfer einzustechen. Dies legt die Annahme nahe, dass er eine Vollendung der Tat trotz Abweichung vom ursprünglichen Tatplan noch nicht für unvertretbar riskant erachtete, zumal der Geschädigte im Hausflur erst um Hilfe schrie, als sich beide Angeklagten vom Tatort bereits entfernt hatten. 16