



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 59/08

vom

3. Juni 2008

in der Strafsache

gegen

wegen versuchten Totschlags u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 3. Juni 2008,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Nack

und die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Wahl,  
Dr. Boetticher,  
Dr. Graf,  
Prof. Dr. Sander,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwälte und aus München  
als Verteidiger,  
Rechtsanwalt aus Friedberg  
als Vertreter des Nebenklägers,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 12. Oktober 2007 wird verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels und die dem Nebenkläger dadurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Der Angeklagte wurde wegen versuchten Totschlags in zwei Fällen, jeweils in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt.

2 Seine auf die näher ausgeführte Sachrüge gestützte Revision bleibt erfolglos.

I.

3 Die Strafkammer hat festgestellt:

4           Der Angeklagte ist Vater des am 4. März 2006 geborenen D. , eines sehr unruhigen Kindes, das viel schrie. Ende August/Anfang September 2006 war der Angeklagte weitgehend allein für die Versorgung des Kindes verantwortlich. Mit dieser Aufgabe war er überfordert. Er behandelte das Kind „zunehmend gereizt und aggressiv“. Zu einem nicht exakt feststellbaren Zeitpunkt innerhalb dieses Zeitraumes packte der Angeklagte das schreiende Kind am Brustkorb und schüttelte es, um es zum Schweigen zu bringen, so heftig in „sagittaler Richtung“, dass der Kopf nach vorne und hinten schlug und wegen der noch schwachen Nackenmuskulatur erst in der Extremposition, also Brust und Nacken, abgebremst wurde. Es kam zum Abriss so genannter Brückenvenen zwischen Schädelkalotte und Gehirn. Dies führte zu subduralen Blutungen und zu beidseits flächenhaften mehrschichtigen Netzhautblutungen.

5           Unabhängig davon hatte der Angeklagte das Kind auch wiederholt in den Oberarm, die Wange und das Gesäß gebissen, was zu entsprechenden Spuren an dessen Körper führte. Weitere Spuren am Körper des Kindes im Bereich der Gesäßfalte/Steißbeinregion sowie unterhalb beider Schlüsselbeine waren vom Angeklagten durch stumpfe Gewalteinwirkung hervorgerufen worden (wegen dieser Taten wurde das Verfahren eingestellt, da sie neben den abgeurteilten Taten nicht ins Gewicht fielen). Der Angeklagte versuchte, gegenüber der Mutter des Kindes diese Spuren sowohl als „Knutschflecken“ als auch als von der Katze verursacht zu verharmlosen. Die Mutter ging aber wegen dieser Verletzungsspuren zur Polizei, die eine Untersuchung in der Rechtsmedizin veranlasste. Dort fiel der ungewöhnliche Umfang des Kopfes des Kindes auf und es wurde sofort in die Kinderklinik verbracht, wo sein Leben - nur - durch zahlreiche intensivmedizinische Maßnahmen gerettet werden konnte. Im Rahmen dieser Untersuchungen wurde anhand entsprechender Spuren im Körper des Kindes festgestellt, dass es auch schon vor Ende August/Anfang September in

ähnlicher Weise und mit ähnlichen Folgen wie dort geschüttelt worden sein muss (zur Erfahrung, dass wiederholte Tathandlungen in diesem Zusammenhang nicht selten sind vgl. auch Schneiders/Schröder: Das Schütteltrauma - eine häufig unbekannte Form der Kindesmisshandlung, Kriminalistik 2005, 734, 735). Zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung vor dem Landgericht war eine bestimmte Hirnfunktion des Kindes noch gestört. Ob dauerhaft geistige oder motorische Retardierungen zurückbleiben werden, war noch nicht absehbar.

## II.

6           1. Die Feststellungen zum äußeren Geschehensablauf sind nicht zu beanstanden. Der näheren Ausführung bedarf dies nur insoweit, als die Revision die Täterschaft des Angeklagten hinsichtlich des ersten Schüttelns nicht für rechtsfehlerfrei festgestellt hält.

7           a) Dem liegt folgendes zu Grunde: Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung keine Angaben zur Sache gemacht und im Ermittlungsverfahren jedes Fehlverhalten bestritten. Auch mit sachverständiger Hilfe konnte die Strafkammer - nahe liegend - nicht exakt feststellen, an welchem Tag der Angeklagte das Kind erstmals so heftig geschüttelt hatte, dass die geschilderten Folgen auftraten. Festzustellen war nur, dass das Kind mindestens vier Wochen alt war, als ihm diese Verletzungen zugefügt wurden und dass die Verletzungen schon mindestens vier Wochen alt waren, als sie entdeckt wurden. Da das Kind am 6. März 2006 geboren wurde und ab dem 8. September 2006 in der Kinderklinik untersucht und behandelt wurde, hat demnach das erste Schütteln frühestens Anfang April 2006 und spätestens Mitte August 2006 stattgefunden. Der Angeklagte wohnte jedoch erst ab Ende April 2006 mit dem Kind in derselben



Urteilsgründe, zu keinem Zeitpunkt Kontakt. Auch diese Feststellungen, gegen die die Revision ebenfalls keine konkreten Einwendungen erhebt, sind rechtsfehlerfrei. Wenn also eine andere Person als der Angeklagte Täter des ersten Schüttelns sein sollte, müsste es ein Unbekannter gewesen sein, zu dem das Kind im Übrigen keinen Kontakt hatte. Es ist jedoch weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten einen Sachverhalt zu unterstellen, für dessen Vorliegen sich keine konkreten Anhaltspunkte ergeben haben (NJW 2007, 2274; NStZ-RR 2005, 147; 2003, 371 <LS>; NStZ 2004, 35, 36 m.w.N.). Dementsprechend war auch eine ausdrückliche Erörterung der aufgezeigten fern liegenden und bloß theoretischen Möglichkeit nicht geboten.

11                    2. Auch der - bedingte - Tötungsvorsatz ist rechtsfehlerfrei bejaht.

12                    Der Senat verkennt nicht, dass nach forensischer Erfahrung in „Schüttelfällen“ ein derartiger Vorsatz vielfach nicht festzustellen ist (vgl. zusammenfassend Schneider in NStZ 2004, 202, 203 <Anm. zu BGH aaO 201 f.> m.w.N.; vgl. auch Schneiders/Schröder aaO m.w.N. in Fußn. 9). Allein dass ein bestimmtes Ergebnis nicht fern liegt, schließt jedoch nicht aus, dass der Tatrichter im Einzelfall auch rechtsfehlerfrei zu einem anderen Ergebnis kommen kann (vgl. BGH, Urt. vom 12. Juni 2007 - 1 StR 73/07; zum Tötungsvorsatz beim Schütteltrauma vgl. BGH, Urt. vom 7. Dezember 1999 - 1 StR 538/99). Hier stützt die Strafkammer die Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht allein auf das - wie sich die Strafkammer nach sachverständiger Beratung und Demonstration überzeugt hat - vorliegend „äußerst heftige“ und „sehr schnelle“ Schütteln, sondern auch etwa darauf, dass der Angeklagte wiederholt und von unterschiedlichen Personen darauf hingewiesen worden war, dass man bei Kindern „ganz

besonders auf den Kopf achten müsse, nachdem diese ihren Kopf noch nicht selbst halten könnten“, und dass „so ein Genick schnell gebrochen sei“. Diese und weitere für und gegen einen Tötungsvorsatz, auch hinsichtlich des erforderlichen voluntativen Vorsatzelements (vgl. zusammenfassend Schneider aaO m.w.N.), sprechende Gesichtspunkte, wie sie sich etwa aus den Feststellungen zum sonstigen Verhalten des Angeklagten gegenüber dem Kind ergeben, hat die Strafkammer sorgfältig gegeneinander abgewogen. Hinsichtlich des zweiten Schüttelns hat sie auch erwogen (und verneint), ob der letztlich nicht tödliche Ausgang des ersten Schüttelns gegen einen (bedingten) Tötungsvorsatz beim zweiten Schütteln sprechen könnte. Es ist insgesamt nicht ersichtlich, dass das von ihr gefundene Ergebnis auf widersprüchlicher, lückenhafter oder unklarer Grundlage beruhte, gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstieße oder sonst die dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung gezogenen rechtlichen Grenzen überschritte.

- 13                    3. Der Generalbundesanwalt weist zutreffend darauf hin, dass die Strafkammer nicht geprüft hat, ob (jeweils) ein strafbefreiender Rücktritt (§ 24 StGB) vorliegen könnte. Ein den Bestand des Urteils gefährdender durchgreifender Mangel liegt deshalb jedoch nicht vor.
- 14                    a) Ein strafbefreiender freiwilliger Rücktritt käme allerdings schon im Ansatz nicht in Betracht, wenn die Tat(en) fehlgeschlagen wäre(n). Dies ist der Fall, wenn entweder der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder wenn der Täter den Erfolgseintritt jedenfalls nicht mehr für möglich hält (st. Rspr., vgl. nur BGHSt <GS> 39, 221, 228 m.w.N.).
- 15                    b) Es ist den Urteilsgründen jedoch nicht zu entnehmen, dass die Strafkammer (jeweils) von einem fehlgeschlagen Versuch ausgegangen wäre.



16

Allerdings stellt sie Erwägungen darüber an, wie lange genau der Angeklagte das Kind geschüttelt hat. Sachverständig beraten geht sie davon aus, dass - auch angesichts des Gewichts des Kindes - ein Erwachsener das Kind so heftig wie festgestellt zehn oder maximal 20 Sekunden geschüttelt haben kann, danach würde er ermüden und könnte nicht länger schütteln. „Zu Gunsten des Angeklagten“, so die Strafkammer, gehe sie davon aus, dass er zehn Sekunden geschüttelt habe, offenbar weil er dann ermüdet gewesen sei. Wenn mit alledem zum Ausdruck gebracht sein sollte, es läge ein fehlgeschlagener Versuch vor, weil der Angeklagte das Kind so lange geschüttelt habe, wie er konnte, bestünden allerdings Bedenken. Ein Versuch ist (unter anderem) dann nicht gescheitert, wenn sie der Täter zwar auf der Stelle kurzfristig nicht fortsetzen kann, ihm dies aber ohne nennenswerte zeitliche Zäsur möglich bleibt (BGH, Beschl. vom 27. November 2002 - 1 StR 462/02 m.w.N. = NStZ-RR 2003, 199 <LS>; BGHSt aaO m.w.N.). Dass ein junger, zur Tatzeit 22 oder 23 Jahre alter Mann, selbst wenn er wegen Ermüdung einen Säugling nicht länger als zehn oder 20 Sekunden schütteln kann, nicht alsbald wieder so zu Kräften käme, dass er weiter schütteln könnte, wenn er dies will, versteht sich jedenfalls nicht von selbst. Im Übrigen ist jedenfalls im zweiten Fall der Versuch schon deshalb nicht fehlgeschlagen, weil das Kind ohne die späteren intensivmedizinischen Maßnahmen an den Folgen des Schüttelns gestorben wäre. Der Senat versteht die Urteilsgründe jedoch nicht so, dass die Strafkammer deshalb den Rücktritt nicht prüft, weil sie die Versuche wegen Ermüdung als endgültig gescheitert ansehen würde. Abgesehen davon, dass dies nicht ausdrücklich ausgeführt ist, spricht gegen diese Annahme insbesondere, dass die Strafkammer in diesem Zusammenhang die von ihr als wesentlich angesehene Frage in den Mittelpunkt stellt, ob der Angeklagte nach zehn oder erst nach 20 Sekunden ermüdet war, was - allenfalls - für die Frage der Intensität der Handlung bedeut-

sam sein mag, für die Frage eines gescheiterten Versuchs aber bedeutungslos ist.

17 Im Übrigen bemerkt der Senat in diesem Zusammenhang, dass es jedenfalls nicht ausgeschlossen erscheint, dass der Täter in derartigen Fällen zu schütteln aufhört, weil das Kind still geworden ist und er deshalb sein eigentliches Ziel erreicht hat: „Das Fatale bei dem Schütteltrauma ist, dass der von dem Täter/der Täterin intendierte Erfolg, dass der Säugling endlich aufhört zu schreien, aufgrund der Schädigungen sofort eintritt“ (Schneiders/Schröder aaO 735). Die unterbliebene Erörterung dieser Möglichkeit durch die Strafkammer stellt jedoch keine den Bestand des Urteils gefährdende Lücke dar, weil die (etwaige) Feststellung, der Angeklagte habe zu Schütteln aufgehört, weil das Kind nicht mehr geschrien hat, keine notwendigen - zumal nicht den Angeklagten entlastende - Schlüsse darüber ergibt, welche Vorstellungen er über die bisherigen Folgen des Schüttelns hatte.

18 c) Liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor, so kommt es hinsichtlich des Rücktritts darauf an, ob ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vorliegt. Dies richtet sich nach der Vorstellung, die der Täter zu dem Zeitpunkt hat, zu dem er auf die ihm mögliche Weiterführung der Tat verzichtet („Rücktrittshorizont“; st. Rspr. seit BGHSt 33, 295 ff. unter Hinweis auf BGHSt 31, 170). Geht er davon aus, sein bisheriges Handeln reiche nicht aus, den Erfolg der Tat herbeizuführen, so läge ein unbeendeter Versuch vor; für einen strafbefreienden Rücktritt genügt dann freiwilliges Nichtweiterhandeln (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative StGB). Glaubt er dagegen, sein bisheriges Verhalten werde zum Erfolg der Tat führen - oder macht er sich überhaupt keine Vorstellungen hierüber (vgl. BGHSt 40, 304, 306) - so liegt ein beendeter Versuch vor. Strafbefreiender Rücktritt verlangt dann, dass er erfolgreiche Bemühungen entfaltet,

um den drohenden Eintritt des (schädlichen) Erfolgs seiner Tat zu verhindern (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative StGB).

19 d) Ein auf erfolgreichen Rettungsbemühungen beruhender Rücktritt (vom beendeten Versuch) liegt offensichtlich nicht vor.

20 e) Grundvoraussetzung für die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts wäre daher, dass der Angeklagte nach dem Schütteln geglaubt hätte, tödliche Folgen würden schon allein deshalb ausbleiben, weil er nicht weiter schüttelte. Hiervon brauchte die Strafkammer nicht auszugehen:

21 Der Angeklagte wusste nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen beim Schütteln, dass dieses tödliche Folgen haben konnte, und nahm dies billigend in Kauf.

22 In tatsächlicher Hinsicht unterscheidet sich eine solche Gewalthandlung von vielen anderen Gewalthandlungen insoweit, als ihre Auswirkungen nicht ohne weiteres äußerlich erkennbar sind; ebenso wenig muss der tödliche Erfolg in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der todesverursachenden Handlung stehen, sondern er kann - wie es hier ohne die Rettungsmaßnahmen der Fall gewesen wäre - auch etliche Tage später noch eintreten. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, an welche realen Gesichtspunkte die Annahme anknüpfen könnte, der Angeklagte habe bei Beendigung des Schüttelns geglaubt, dass die von ihm beim Schütteln noch für möglich gehaltenen Folgen jetzt doch nicht eintreten sollten. Auch er selbst hat sich weder innerhalb noch außerhalb des Verfahrens je in diesem Sinne geäußert. Bei einer solchen Beweislage sind präzise Feststellungen über eine sogenannte innere Tatsache

- also darüber, was der Angeklagte, ohne dies erkennbar werden zu lassen, geglaubt oder nicht geglaubt hat - offenbar nicht möglich.

23            Allerdings ist der Zweifelssatz auch auf das Vorliegen von Rücktrittsvoraussetzungen anzuwenden, wenn bei einer Gesamtbeurteilung der Tatsachen keine eindeutigen Feststellungen getroffen werden können. Jedoch ist es - auch - in diesem Zusammenhang nicht zulässig, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für die es keinerlei konkrete Anhaltspunkte gibt (st. Rspr. vgl. d. N. oben II 1 c; speziell zum Rücktritt vgl. BGH, Urt. vom 13. März 2008 - 4 StR 610/07; vgl. hierzu zusammenfassend auch Leipold/Beukelmann NJW-Spezial 2008, 281). All dies führt auch bei einem (wie hier) schweigenden beziehungsweise pauschal bestreitenden Angeklagten nicht zu einer mit dem Schuldprinzip kollidierenden Beweislastumkehr, sondern ist notwendige Folge der Verpflichtung des Gerichts, gemäß § 261 StPO seine Überzeugung aus dem Gang der Hauptverhandlung zu schöpfen (vgl. BVerfG, Beschl. vom 8. November 2006 - 2 BvR 1378/06; BGH NJW 2007, 2274).

24            Kann aber eine Vorstellungsänderung des Angeklagten als auf nichts gestützte und daher nur denktheoretische Möglichkeit schon im Ansatz nicht tragfähige Grundlage ihn begünstigender Schlussfolgerungen sein, so brauchte die Strafkammer diese Möglichkeit auch nicht ausdrücklich zu erörtern.

25            4. Auch im Übrigen ist der Schuldspruch rechtsfehlerfrei.

26            5. Ebenso hält auch der Strafausspruch rechtlicher Überprüfung Stand. Anzumerken ist insoweit nur folgendes: Die Strafkammer führt näher aus, dass gegen den Angeklagten 1997 ein Verfahren wegen Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gemäß § 45 JGG behandelt wurde

(eingetragen im Erziehungsregister gem. § 60 Abs. 1 Nr. 7 BZRG) und dass er in einem weiteren Verfahren wegen Sachbeschädigung 2002 vom Jugendrichter verwarnt wurde (eingetragen im Erziehungsregister gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2 BZRG). Weitere Vorahndungen gibt es nicht. Ausweislich der Urteilsgründe sind diese Feststellungen auf einen mehrere Monate vor der Hauptverhandlung erhobenen Auszug aus dem Bundeszentralregister gestützt. Da der Angeklagte aber zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung bereits das 24. Lebensjahr vollendet hatte, waren die genannten Eintragungen im Erziehungsregister gemäß § 63 Abs. 1 und 2 BZRG bereits entfernt und durften gemäß § 63 Abs. 4 BZRG i.V.m. § 51 Abs. 1 BZRG nicht mehr zum Nachteil des Angeklagten verwendet werden (BGHR BZRG § 60 Erziehungsregister 1 m.w.N.; § 63 Verwertung 1). Nachdem die Strafkammer jedoch diese Vorahndungen ausschließlich unter der Überschrift „Strafmilderungsgründe“ bewertet und dort ausführt, dass sie „allesamt noch dem Jugendrecht unterfielen, nicht einschlägig (sind) und ... bereits längere Zeit zurück(liegen)“, kann der Senat ausschließen, dass sich

der aufgezeigte Mangel zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat. Der Senat hat daher zu der andernfalls nahe liegenden Prüfung, ob die Strafe als angemessen i.S.d. § 354 Abs. 1a StPO anzusehen ist, keine Veranlassung.

Herr RiBGH Dr. Boetticher befindet sich in Urlaub und ist deshalb an der Unterschrift gehindert.

Nack

Wahl

Nack

Graf

Sander