



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

2 StR 464/14

vom

20. Mai 2015

in der Strafsache

gegen

wegen versuchten Totschlags u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 20. Mai 2015,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Fischer,

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

die Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Bartel,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger,

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

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Marburg vom 2. Juli 2014 aufgehoben; jedoch bleiben die Feststellungen zum äußeren Geschehensablauf aufrechterhalten.

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

2. Die weitergehende Revision der Angeklagten wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagte wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit Misshandlung einer Schutzbefohlenen zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und angeordnet, dass vier Monate dieser Strafe wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt gelten. Die auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft führt antragsgemäß zur Aufhebung und Zurückverweisung unter Aufrechterhaltung der Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen. Die ebenfalls auf die Sachrüge gestützte Revision der Angeklagten ist gleichfalls erfolgreich. Auf die jeweils erhobenen Sachrügen zur Strafzumessung kommt es daher nicht an.

I.

- 2            1. Nach den Feststellungen des Landgerichts lebte die 1990 geborene, damals nicht berufstätige Angeklagte nach Trennung von ihrem Ehemann im Tatzeitraum ab Oktober 2011 allein mit den beiden Kindern Am. (geboren am 21. August 2009) und Al. (geboren am 6. Januar 2011). Die Angeklagte leidet an einer seltenen Blutbildungsstörung, die, insbesondere wenn sie nicht ausreichend medikamentös behandelt wird, unter anderem zu schubartig auftretenden Zuständen schwerer Ermüdung und Abgeschlagenheit führt. Die ihr verordneten Medikamente setzte die Angeklagte ohne Rücksprache mit dem Arzt ab. Sie litt daher oft an Abgeschlagenheit, starker Müdigkeit und Erschöpfung. Sie fühlte sich von den Aufgaben der Wohnungspflege und der Kinderbetreuung überfordert.
- 3            Das Kind Al. war in der 31. Schwangerschaftswoche durch Kaiserschnitt geboren worden und entwickelte sich zunächst gut. Ab Oktober 2011 begann die Angeklagte, das Kind nur noch unzureichend zu versorgen. Sie nahm Vorsorgeuntersuchungen nicht mehr wahr und fütterte das Kind nur unzureichend, so dass es bereits zu Weihnachten 2011 Familienmitgliedern kränzlich und abgemagert erschien. Dies erklärte die Angeklagte mit einer angeblich soeben durchgestandenen Infektion.
- 4            Ab Januar 2012 versorgte die Angeklagte das Kind in zunehmendem Maß nur noch unzureichend. Sie gab ihm keine feste Nahrung mehr, obwohl sich solche in ausreichender Menge in der Wohnung befand. Vielmehr fütterte sie nur noch Säuglingsmilch, allerdings in vollkommen unzureichender Menge, so dass das Kind von etwa 6.000 bis 7.000 Gramm zur Jahreswende 2011/2012 bis auf 3.600 Gramm am 16. Februar 2012 abmagerte.

5 Auch im Übrigen unterließ die Angeklagte die erforderliche Pflege des Kindes. Sie erkannte, dass sein Allgemeinzustand sich zusehend verschlechterte, unterließ aber jede konkrete Maßnahme, um familiäre oder die Hilfe des Jugendamts in Anspruch zu nehmen. Dies tat sie, um nach außen den Anschein der Lebenstüchtigkeit aufrechtzuerhalten und die beiden Kinder nicht zu verlieren.

6 Eine Familienhelferin sah das Kind Al. zuletzt am 23. Januar 2012. Sie drängte die Angeklagte, das "wie ein Neugeborenes" aussehende Kind untersuchen und behandeln zu lassen. Von ihr vereinbarte Termine nahm die Angeklagte nicht wahr und entschuldigte dies unter Vortäuschen unzutreffender Verpflichtungen. Auch ihrer Familie zeigte sie das Kind nicht mehr, das sich ab Anfang Februar 2012 fast ausschließlich im abgedunkelten Kinderzimmer aufhielt. Da sie bei dem gelegentlichen Füttern die Flasche nicht halten wollte, baute sie eine Halterung, in die sie die Milchflasche für das Kind bereitlegte.

7 In den Tagen vor dem 16. Februar 2012 erkannte die Angeklagte die Möglichkeit, dass das Kind sterben könne. Sie fand sich mit dieser Möglichkeit ab und unternahm weiterhin nichts zur Rettung, obgleich sie dazu körperlich und geistig ohne Weiteres in der Lage war. Ihr Ziel war es, weiterhin nach außen den Eindruck aufrechtzuerhalten, mit ihrem Leben allein zurechtzukommen.

8 Am 16. Februar 2012 befand sich das Kind in einem akut lebensbedrohlichen Zustand. Als die Familienhelferin E. die Angeklagte und das Kind zu einer ärztlichen Untersuchung abholen wollte, öffnete die Angeklagte die Tür nicht, sondern schrieb der Zeugin eine SMS mit der unzutreffenden Nachricht, sie sei mit beiden Kindern überraschend verreist.

9 Die Familienhelferin verständigte das Jugendamt, da sie eine Gefährdung des Kindeswohls befürchtete. Am Nachmittag des 16. Februar begaben sich drei Mitarbeiter des Jugendamts zur Wohnung der Angeklagten. Diese ließ sie erst ein, als sie mit dem Einsatz der Polizei drohten. Erst auf Nachfragen offenbarte sie, dass das Kind Al. sich im Kinderzimmer befinde. Das Kind befand sich in einem akut lebensbedrohlichen Zustand und musste sofort intensivmedizinisch versorgt werden. Es war mit getrocknetem Kot und Urin verunreinigt und hatte eine ausgeprägte Dermatitis. In der unaufgeräumten und schmutzigen Wohnung der Angeklagten fanden sich zahlreiche Kindernahrungsprodukte. Das Kind Al. wurde gerettet und hat inzwischen einen altersgerechten Entwicklungsstand erreicht. Es lebt mit der älteren Tochter der Angeklagten bei den Eltern des Vaters.

10 Die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der Angeklagten war im Tatzeitraum nicht beeinträchtigt.

11 2. Das Landgericht hat die Voraussetzungen einer böswilligen Vernachlässigung im Sinne von § 225 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 StGB als gegeben angesehen und dies auf die eigensüchtige Motivation der Angeklagten gestützt, nach außen als untadelig und lebensstüchtig zu erscheinen. Tateinheitlich hierzu hat das Landgericht die Voraussetzungen eines versuchten Totschlags durch Unterlassen angenommen.

12 Die Voraussetzungen eines Mordmerkmals hat das Landgericht verneint: Für das Merkmal der Grausamkeit fehle es an dem erforderlichen subjektiven Element. Der Versuch eines Verdeckungsmordes liege nicht vor, weil zwischen der vorangegangenen Tat nach § 225 StGB und dem Tötungsdelikt keine Zäsur eingetreten sei und weil die Angeklagte beim Tod des Kindes die vorangehende Misshandlung erst recht nicht hätte verdecken können.

II.

13 Die Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet, soweit sie sich gegen die Ablehnung der Annahme eines Mordmerkmals wendet. Auf die weiteren Einwendungen gegen die Strafzumessung kommt es daher nicht an.

14 1. Zutreffend hat das Landgericht allerdings das Vorliegen von Grausamkeit verneint. Dem steht die Annahme nicht entgegen, dass die Angeklagte "böswillig" im Sinne von § 225 Abs. 1 StGB gehandelt hat, denn die Böswilligkeit hat sie zutreffend auf das bei der Angeklagten vorliegende Motiv eigensüchtiger eigener Vorteile gestützt. Das Merkmal der Grausamkeit im Sinn von § 211 Abs. 2 StGB bezieht sich daher gerade auf die tatbestandliche Tötung eines anderen Menschen. Beide Begriffe können sich im Einzelfall überschneiden, sind aber nach unterschiedlichen Kriterien zu prüfen.

15 2. Dagegen hält die Ablehnung des Merkmals der Verdeckungsabsicht der Überprüfung nicht stand. Dass eine solche Absicht auch bei nur bedingtem Tötungsvorsatz gegeben sein kann, ist in der Rechtsprechung anerkannt; eine Ausnahme gilt nur dann, wenn nach der Vorstellung des Täters allein der sichere Tod des Opfers die Verdeckung der vorangegangenen Tat verhindern würde.

16 Soweit das Landgericht eine "Zäsur" und damit die Voraussetzungen einer "anderen" Tat im Sinn des § 211 Abs. 2 StGB verneint hat, weist die Revision der Staatsanwaltschaft zutreffend darauf hin, dass die vom Landgericht gegebene Begründung für eine andere Konstellation gilt, nämlich für einen Handlungsablauf, in dem von vornherein Tötungsvorsatz vorliegt. So ist es vorliegend aber nicht. In Fällen, in denen ein äußerlich ununterbrochenes Handeln (bzw. Unterlassen) zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz beginnt und

dann mit Tötungsvorsatz weitergeführt wird, liegt die erforderliche Zäsur in diesem Vorsatzwechsel selbst.

17 Anders als der Generalbundesanwalt meint, konnte die Verdeckungsabsicht hier nicht schon mit der Überlegung ausgeschlossen werden, dass bei Verwirklichung des Todeseintritts eine Verdeckung "erst Recht" ausgeschlossen gewesen sei. Dies ist im Zusammenhang mit der Erwägung zu sehen, dass "handlungsleitend" für die Angeklagte nicht die Verdeckung, sondern ihre Selbstdarstellung nach außen gewesen sei. Beide Motive lassen sich in Fällen wie dem vorliegenden aber nicht trennen: Die Selbstdarstellung der Angeklagten als "lebenstüchtig" war ohne eine Verdeckung des Umstands, dass sie durch böswillige Misshandlung ihrer Tochter das Gegenteil unter Beweis gestellt hatte, nicht möglich. Soweit das Landgericht auf eine (fiktive) rationale Überlegung der Angeklagten über die weiteren Folgen abgestellt hat (UA S. 41), hat es nicht berücksichtigt, dass schon die Tat nach § 225 StGB und der festgestellte bedingte Tötungsvorsatz nach dem 9. Februar 2012 dagegen sprechen, dass die Angeklagte langfristig rational plante.

18 Auch die - im Zusammenhang mit dem Merkmal der Grausamkeit - ausgeführte Erwägung, es habe, um nach außen den Schein aufrecht zu erhalten, dass die Angeklagte die Kinder gut versorge, nicht des Todes "als notwendiges Zwischenziel" bedurft (UA S. 39), trifft insoweit den Kern der Sache nicht; ebenso wenig die Erwägung, dass der Angeklagten der Tod ihrer Tochter "keineswegs recht", sondern dass ihr "die Wiederherstellung der ordnungsgemäßen Versorgung" lieber gewesen sei (ebd.). Diese Feststellung hätte das Landgericht gegebenenfalls bei der Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz berücksichtigen müssen. Wenn es aber das billigende Inkaufnehmen des Todes festgestellt hatte, kann weder der Verdeckungsabsicht - noch gar, wie hier, der Grau-

samkeit - entgegengehalten werden, der Angeklagten sei der Tod "nicht recht" gewesen.

19           3. Überdies begegnet es auch durchgreifenden Bedenken, dass das Landgericht das Mordmerkmal der Heimtücke nicht erörtert hat. Zutreffend hat die Revision vorgetragen, dass es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Taten gegen konstitutionell arglose Kleinstkinder - wie es hier gegeben war - nicht auf die Arglosigkeit des Kindes, sondern auf die einer zur Hilfe bereiten Person ankommt. Dies war vorliegend die Familienhelferin E.           . Schon dies hat das Landgericht nicht gesehen.

20           Der Generalbundesanwalt hat - in Übereinstimmung mit der Stellungnahme des Generalstaatsanwalts beim Oberlandesgericht Frankfurt - die fehlende Erörterung von Heimtücke deshalb als im Ergebnis nicht rechtsfehlerhaft angesehen, weil die rettungsbereite Person am 16. Februar 2012, als sie an der Tür der Angeklagten klingelte, nicht arglos, sondern im Gegenteil gerade in Sorge um das körperliche Wohl des geschädigten Kindes gewesen sei. Soweit auch die Erörterung eines diesbezüglichen Irrtums der Angeklagten im Urteil fehle, enthalte das Urteil keine dies nahelegenden Feststellungen.

21           Diese Begründung trägt das Fehlen jeglicher Erörterungen zum Heimtückemerkmal nicht. Sie übersieht zunächst, dass die Angeklagte bereits am 9. Februar, als die Zeugin E.           gemeinsam mit der Jugendamtsmitarbeiterin S.           die Angeklagte aufsuchte, eine Inaugenscheinnahme des geschädigten Kindes Al.           durch täuschende Angaben verhinderte (UA S. 9), obgleich sie "möglicherweise" schon zu diesem Zeitpunkt Tötungsvorsatz hatte (UA S. 10). Jedenfalls fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass die Angeklagte am 16. Februar, als sie beim ersten Besuch der Zeugin E.           vortäuschte, nicht zuhause zu sein, annahm, die Zeugin sei nicht mehr arglos im Hinblick auf

eine unmittelbar drohende gravierende Gesundheitsbeeinträchtigung des Kindes. Dem könnte der Umstand widersprechen, dass die Angeklagte die Zeugin alsbald danach erneut zu täuschen versuchte, indem sie wahrheitswidrig eine angebliche Urlaubsabwesenheit (am unbekanntem Ort) mitteilte.

22 Zur Aufhebung führt hier, dass das Landgericht das Problem ersichtlich gar nicht gesehen und daher auch keine hinreichenden Feststellungen zum subjektiven Vorstellungsbild der Angeklagten getroffen hat.

### III.

23 Auch die Revision der Angeklagten ist mit der Sachrüge begründet.

24 1. Keinen Bedenken begegnet die Annahme von Böswilligkeit im Sinne von § 225 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Das Landgericht hat sich ausführlich mit der Motivlage der Angeklagten auseinandergesetzt und - insoweit frei von Widersprüchen - als verhaltensleitend deren Bemühen angesehen, nach außen als lebstüchtig zu erscheinen und ihre Unfähigkeit zu Alltagsbewältigung nicht offenbaren zu müssen. Dass das Landgericht dies als "eigensüchtig" und damit böswillig angesehen hat, begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Diese ergeben sich auch nicht aus den Feststellungen zum Krankheitsbild der Angeklagten. Dieses war nämlich keineswegs durch eine umfassende Unfähigkeit gekennzeichnet, sich nach außen entsprechend dem gewünschten Selbst- und Fremdbild darzustellen. Die Angeklagte pflegte auch während der Tatzeit einen regen Austausch mit - unbekanntem - Dritten über Telefon und soziale Netzwerke und begab sich - unter Zurücklassung des geschädigten Kindes - auch länger außer Haus, um soziale und familiäre Kontakte zu pflegen. Wenn sie - bei uneingeschränkter Einsichts- und Steuerungsfähigkeit - diesen Aktivitäten aus

dem festgestellten Motiv vor der Versorgung ihrer Kinder gab, so erfüllt dies den Begriff der Böswilligkeit.

25            2. Jedoch hält die Annahme von Tötungsvorsatz rechtlicher Prüfung nicht stand. Das Landgericht hat im Zusammenhang mit der Erörterung des Mordmerkmals der Grausamkeit ausgeführt, der Tod des Kindes sei der Angeklagten "keinesfalls recht" gewesen; vielmehr seien ihr "das Weiterleben und die Wiederherstellung der ordnungsgemäßen Versorgung des Kindes lieber gewesen" (UA S. 39). Sie habe ihre Kinder geliebt und keinesfalls verlieren wollen.

26            Diese Ausführungen sind mit der Annahme bedingten Tötungsvorsatzes auf der Grundlage der landgerichtlichen Beweiswürdigung nicht vereinbar. Dort ist ausgeführt, es seien "keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Angeklagte darauf vertraut haben könnte, dass der Tod nicht eintreten werde" (UA S. 38).

27            Wenn die erstgenannte Feststellung zutrifft, lag hierin offenkundig ein "Anhaltspunkt" im Sinn der letztgenannten Würdigung. Der Senat kann die Unklarheit, welche dem landgerichtlichen Urteil im Hinblick auf die Feststellung subjektiver Gegebenheiten zugrunde liegt, nicht selbst auflösen. Dies ist vielmehr einer Beweiserhebung durch einen neuen Tatrichter vorbehalten.

IV.

28 Die Feststellungen zu den äußeren Abläufen können aufrecht erhalten bleiben, da sie von den Rechtsfehlern nicht betroffen sind. Ergänzende neue Feststellungen bleiben möglich.

Fischer

Krehl

Eschelbach

RiBGH Zeng ist wegen  
Urlaubs an der Unterschrift  
gehindert.

Fischer

Bartel