

Stefanie Kemme

## Rechtsprechungsübersicht Strafrecht

Für diese Rechtsprechungsübersicht wurden die vom 16.11.2015 bis zum 15.12.2015 veröffentlichten, rechtspsychologisch relevanten Entscheidungen der Gerichte in Strafsachen gesichtet. Zur Konkretisierung der Leitsätze werden ggfs. ausgewählte Auszüge aus den Gründen der Entscheidungen aufgeführt. Falls erforderlich werden auch kurze Angaben zum betreffenden Sachverhalt gemacht. Anmerkungen, die der Verständlichkeit dienen, wurden in [...] gesetzt. Für jede Entscheidung wird eine Quelle angegeben, über die der Volltext recherchierbar ist.

### I. *Schuldfähigkeit*

#### 1. Anforderungen an den Ausschluss verminderter Schuldfähigkeit bei hochgradiger Alkoholisierung

*BGH, Beschl. v. 2.7.2015 – 2 StR 146/15 (LG Rostock); BeckRS 2015, 17204*

1. Bei der Gesamtwürdigung von festgestellter hochgradiger Alkoholisierung einerseits und gegen die Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit sprechender psychodiagnostischer Kriterien andererseits kommen für den psychodiagnostischen Beurteilungsmaßstab nur gewichtige Umstände in Betracht, die verlässliche Hinweise darauf geben können, dass das Steuerungsvermögen des Täters trotz der gravierenden Alkoholisierung voll erhalten geblieben ist.
2. Aus der bloßen zielgerichteten Verwirklichung des Tatvorsatzes lassen sich regelmäßig keine tragfähigen Schlüsse in Bezug auf die Steuerungsfähigkeit des Täters gewinnen.
3. Das Fehlen von Ausfallerscheinungen oder alkoholbedingten Einschränkungen kann zwar grundsätzlich gegen eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit sprechen; doch ist bei alkoholgewöhnten Tätern zu berücksichtigen, dass äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit weit auseinanderfallen können.
4. Zwar scheidet eine Erstreckung der Aufhebung des Schuld- bzw. Strafausspruches bei bloßen Rechtsfehlern im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit regelmäßig aus, weil die Frage der Schuldfähigkeit nur individuell zu bestimmen ist. Liegen die Aufhebungsgründe aber nicht nur in der Person des Revisionsführers vor, sondern

DOI: 10.5771/2365-1083-2016-1-97

<https://doi.org/10.5771/2365-1083-2016-1-97>

Generiert durch IP '18.118.30.70', am 14.07.2024, 04:23:08.

Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

betreffen sie – wie hier eine bereits im Ansatz fehlerhafte Gesamtwürdigung – auch den nicht revidierenden Angeklagten, kommt eine Erstreckung in Betracht.

Zum Sachverhalt:

Das LG verurteilte den Angekl. M wegen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 3 Monaten, den Angekl. K wegen desselben Tatvorwurfs unter Einbeziehung weiterer Urteile zu einer zur Bewährung ausgesetzten Einheitsjugendstrafe von 1 Jahr und 6 Monaten.

Die Revision des Angekl. M hatte zum Strafausspruch und zur Adhäsionsentscheidung Erfolg; hinsichtlich des Strafausspruchs wurde sie auf den nichtrevidierenden Angekl. K erstreckt.

Aus den Gründen:

Der Schuldspruch hält rechtlicher Nachprüfung stand. Hingegen weisen der Strafausspruch und die Adhäsionsentscheidung Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. M auf.

Der Strafausspruch begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil die StrK eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit des Angekl. nicht rechtsfehlerfrei ausgeschlossen hat.

a) Das sachverständig beratene LG hat unter Rückrechnung einer etwa 7 Stunden nach der Tat entnommenen Blutprobe mit einer BAK von 2,14 ‰ festgestellt, dass der Angekl. zum Tatzeitpunkt eine „BAK von maximal 3,9 ‰“ aufgewiesen habe. Auf der Grundlage der Trinkmengenangaben des Angekl. ist es unter Anwendung der Widmark-Formel zu einer maximalen BAK von 3,03 ‰ gekommen. Ausgehend von einer Alkoholisierung von maximal 3,9 ‰ hätten gleichwohl die Voraussetzungen des § 21 StGB nicht vorgelegen. Zwar sei bei einer rechnerisch derart hohen BAK regelmäßig die Prüfung einer Aufhebung der Schuldfähigkeit gem. § 20 StGB veranlasst und noch sorgfältiger zu prüfen, ob eine Anwendung des § 21 StGB in Betracht komme. Es gebe aber keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz darüber, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten BAK zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt verminderten oder gänzlich aufgehobenen Steuerungsfähigkeit auszugehen sei. Danach ließen die vorliegenden psychodiagnostischen Beweisanzeichen den Schluss zu, dass das körperliche und geistige Leistungsvermögen des alkoholgewöhnten Angekl. M bei Tatbegehung trotz des angenommenen hohen Blutalkoholwerts von 3,9 ‰ nicht wesentlich beeinträchtigt gewesen sei. Zwar könne Alkohol zu einer Verstärkung der Nebenwirkungen der Medikamente führen, die der Angekl. M einnehmen müssen, was sich in Schläfrigkeit und Bewegungsstörungen äußere. So habe die Zeugin P auch ein Anstoßen am Tisch und leichten Atemalkohol bemerkt. Gegen eine erhebliche Beeinträchtigung von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit spreche aber der Umstand, dass der Angekl. detailreiche Erinnerungen habe, nach Angaben der Zeugin Ma und des

Mitangekl. K längere Wegstrecken problemlos und ohne alkoholbedingte Einschränkungen habe zurücklegen können und auch der Abtransport eines Fernsehers ihm keine Schwierigkeiten bereitet habe. Zudem sei er in der Lage gewesen, gezielt nach Wertgegenständen zu suchen und dem Mitangekl. beim Einpacken des Fernsehers zu helfen. Motorische Ausfälle habe es nicht gegeben. Nach der Aussage der Zeugin P habe er genau gewusst, was er tue und sei laut und aggressiv gewesen. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass der Angekl. M trinkgewohnt gewesen sei. Danach würden die gegen eine Einschränkung der Schuldfähigkeit sprechenden Umstände überwiegen, zumal der Mitangekl. K keinerlei alkoholbedingte Auffälligkeiten beim Angekl. M bemerkt habe und dieser auch nur angegeben habe, angetrunken und nicht betrunken gewesen zu sein.

b) Diese Begründung hält revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand. Eine BAK von maximal 3,9 % legt die Annahme einer erheblichen Herabsetzung der Hemmungsfähigkeit sehr nahe, die nach st. Rspr. des BGH schon ab einer BAK von 2,0 % in Betracht zu ziehen ist (BGH, Urt. v. 22.11.1990 – 4 StR 117/90 = BGHSt 37, 231 [235] = NJW 1991, 852 = NStZ 1991, 526; v. 12.1.1994 – 3 StR 633/93 = BGHR StGB § 21 BAK 27; Beschl. v. 25.2.1998 – 2 StR 16/98 = BGHR StGB § 21 BAK 34; v. 26.11.1997 – 2 StR 553/97 = NStZ-RR 1998, 107; v. 7.2.2012 – 5 StR 545/11 = NStZ 2012, 261). Auch wenn davon auszugehen ist, dass es keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz darüber gibt, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten BAK zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden muss, ist der festgestellte Wert ein gewichtiges Beweisanzeichen für die Stärke der alkoholischen Beeinflussung. Je höher dieser Wert ist, umso näher liegt die Annahme einer zumindest erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit. Maßgeblich für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind, ist dementsprechend eine Gesamtwürdigung, in die sowohl die Höhe der BAK als auch psychodiagnostische Kriterien einzustellen sind. Bei einer starken Alkoholisierung lässt sich erheblich verminderte Schuldfähigkeit nur ausschließen, wenn gewichtige Anzeichen für den Erhalt der Hemmungsfähigkeit sprechen (BGH, Beschl. v. 26.11.1997 – 2 StR 553/97 = NStZ-RR 1998, 107).

aa) Die Erwägungen der StrK genügen diesen Anforderungen nicht. Sie lassen zum einen besorgen, dass sie ihrer Entscheidung bereits einen fehlerhaften Maßstab zu Grunde gelegt hat, indem sie – bei lediglich formelhafter Erwähnung der beim Angekl. M festgestellten BAK – lediglich eine Würdigung der so genannten psychodiagnostischen Beweisanzeichen vorgenommen hat, ohne dabei die sehr hohe und deshalb für die Annahme von erheblich eingeschränkter Schuldfähigkeit streitende BAK zu berücksichtigen. Dafür spricht maßgeblich, dass sie auch hinsichtlich des Mitangekl. K eine sehr hohe Blutalkoholkonzentration von 4,35 % festgestellt und bei der sich anschließenden Würdigung lediglich die aus ihrer Sicht gegen die Annahme erheblich eingeschränkter Schuldfähigkeit sprechenden Umstände in den Blick genommen hat, ohne sich mit der hochgradigen Alkoholisierung auseinander zu setzen. Dies lässt die nach der Rspr. des BGH erforderliche Gesamtwürdigung von festgestellter Alkoholi-

sierung einerseits und gegen die Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit sprechender psychodiagnostischer Kriterien andererseits vermissen.

bb) Zum anderen erweist sich die vom LG vorgenommene Würdigung als nicht tragfähig. Als gegen die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit sprechende psychodiagnostische Beurteilungskriterien kommen dabei nur solche Umstände in Betracht, die verlässliche Hinweise darauf geben können, ob das Steuerungsvermögen des Täters trotz der erheblichen Alkoholisierung voll erhalten geblieben ist (BGH, Beschl. v. 30.7.1997 – 3 StR 144/97 = NStZ 1997, 592). Wesentlichen vom LG herangezogenen Umständen kommt eine solche Bedeutung nicht oder nur in eingeschränktem Umfang zu. Dass der Angekl. zielgerichtet nach Wertgegenständen gesucht und dem Mitangekl. K beim Einpacken des Fernsehers geholfen hat, stellt sich lediglich als bloße Verwirklichung des Tatvorsatzes dar, Wertgegenstände aus der Wohnung zu entwenden; daraus lassen sich regelmäßig keine tragfähigen Schlüsse in Bezug auf die Steuerungsfähigkeit des Täters gewinnen (Fischer, StGB, 62. Aufl., § 20 Rn 25). Insoweit ist auch der vom LG erwähnte Umstand, der Angekl. M habe genau gewusst, was er getan habe, ebenso ohne jede Aussagekraft wie die Einschätzung, er sei „laut“ und „aggressiv“ gewesen (was eher noch ein Umstand für eine Einschränkung der Steuerungsfähigkeit sein könnte). Das Fehlen von Ausfallerscheinungen oder alkoholbedingten Einschränkungen, das die StrK in verschiedener Weise heranzieht, kann zwar grundsätzlich gegen eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit sprechen; doch ist bei – wie hier – alkoholgewöhnten Tätern zu berücksichtigen, dass äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit durchaus weit auseinander fallen können (vgl. BGH, Beschl. v. 12.6.2007 – 4 StR 187/07 = NStZ 2007, 696; v. 30.4.2015 – 2 StR 444/14 = BeckRS 2015, 13222) und sich gerade bei Alkoholikern oft eine durch „Übung“ erworbene erstaunliche Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten zeigt (Fischer, § 20 Rn 23 a). Dass dies selbst bei extrem hoher BAK zu äußerer Unauffälligkeit führen kann, hat das LG, das an anderer Stelle lediglich ohne nähere Erläuterung anführt, es sei auch zu berücksichtigen, dass der Angekl. trinkgewohnt sei, nicht erkennbar bedacht oder erwogen. Hinzu kommt, dass der Angekl. nach dem Eindruck der Zeugin P – was die StrK an dieser Stelle nicht erwähnt – „leichte Gleichgewichtsprobleme“ hatte und damit jedenfalls gewisse Anhaltspunkte für eine alkoholbedingte Einschränkung im Raum stehen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die bloße Selbsteinschätzung des Angekl. M, er sei nur angetrunken, aber nicht betrunken gewesen, ebenso wenig wie die Angaben des ebenfalls hochgradig alkoholisierten Mitangekl. K, er habe keinerlei alkoholbedingte Auffälligkeiten beim Angekl. M bemerkt, ohne relevanten Beweiswert ist (vgl. BGH, Beschl. v. 26.5.2009 – 5 StR 57/09 = BGHR StGB § 21 BAK 41).

Darüber hinaus zeigt das Tatbild Besonderheiten, die sogar positiv auf eine alkoholbedingte erhebliche Herabsetzung der Hemmungsfähigkeit des Angekl. schließen lassen können und die von der Jugendkammer in diesem Zusammenhang nicht erörtert werden. Schon der Auslöser für die Tat ist sonderbar. Die Angekl. wurden von einer guten Bekannten gebeten, dem Zeugen D, der sich einer anderen Frau zugewendet habe, „eins in die Fresse zu hauen“ und ihm Sachen zu entwenden. Daraufhin machten

sie sich unmittelbar mit einem Hund auf einen 20-minütigen Fußweg zur Wohnung des Zeugen, in der sie lediglich die Zeugin P antrafen. Dort entwendeten sie einen Fernseher, den sie in einen Bettbezug packten und zu Fuß in die Wohnung des Mitangekl. K brachten, wo er später sichergestellt wurde. Eine zuvor mit weiteren Gegenständen bepackte Reisetasche ließen die Angekl. am Tatort zurück, weil sie zu schwer war. Der Zeugin P gelang es, während der Tat die Wohnung zu verlassen. Als sie nochmals zurückkehrte, um ihr Handy zurückzufordern, händigten die Angekl. ihr dies aus und ließen sie wieder gehen. Neben diesen für eine spontane und unbedachte Tatausführung und damit auch für eine Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit sprechenden Umständen bleibt auch unerörtert, dass die Angekl. am frühen Abend des Tattages nochmals zu Fuß zur Wohnung des Zeugen D zurückkehrten und dort den im Hausflur angetroffenen Zeugen Da baten, bei diesem zu klingeln und von ihm die am Tatort vergessene Hundeleine und die Fernbedienung für den entwendeten Fernseher zu fordern. Ein solches, ersichtlich von vornherein zum Scheitern verurteiltes Vorgehen, das zudem geeignet war, die Überführung der Angekl. als Täter wesentlich zu erleichtern, hätte die StrK ebenfalls in den Blick nehmen müssen.

c) Die Aufhebung des Strafausspruchs ist auf den nicht revidierenden Mitangekl. K zu erstrecken (§ 357 StPO). Zwar kommt eine Erstreckung bei Rechtsfehlern im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit regelmäßig nicht in Betracht, weil die Frage der Schuldfähigkeit nur individuell zu bestimmen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 9.1.1992 – 4 StR 615/91 = StV 1992, 317). Liegen die Aufhebungsgründe aber nicht nur in der Person des Revisionsführers vor, sondern betreffen sie – wie hier – auch den nicht revidierenden Angekl., kommt eine Erstreckung in Betracht (vgl. BGH, Beschl. v. 17.12.1991 – 5 StR 598/91 = StV 1992, 417 im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Gesamtwürdigung bei der Frage der Strafaussetzung zur Bewährung). Das LG hat bei seinen Entscheidungen über die Schuldfähigkeit der Angekl. bei vergleichbar hohen BAK – wie dargelegt – einen unzutreffenden Maßstab zum Ausgangspunkt seiner Prüfung gemacht, ohne dass es für die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung noch auf die individuelle Würdigung hinsichtlich des einzelnen Angekl. ankäme. ...

## II. Maßregelvollzug

### 2. Abänderung der Unterbringungsanordnung durch das OLG

*OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17.12.2014 – 1 Ws 51/14 (H); BeckRS 2015, 00841*

Im Rahmen des Verfahrens nach § 126 a I 2 in Verbindung mit §§ 121, 122 StPO ist das OLG befugt, die Art der Anstalt, in der die einstweilige Unterbringung erfolgen soll, auszutauschen.

Zum Sachverhalt:

Der Beschuldigte befindet sich in einstweiliger Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus in der Saarländischen Klinik für Forensische Psychiatrie in M. (§ 126 a StPO). Grundlage ist ein Unterbringungsbefehl des AG Saarbrücken. Dem Beschuldigten wird darin zur Last gelegt, im Zustand zumindest der verminderten Schuldfähigkeit rechtswidrig den Tatbestand der versuchten besonders schweren Brandstiftung gem. §§ 306 a I Nr. 1, 306 b II Nr. 1 StGB verwirklicht zu haben. Er soll am 23.6.2014 gegen 19.20 Uhr in seiner Wohnung in S. auf der Matratze seines Bettes 5 l Dieselkraftstoff, die er zuvor gekauft hatte, auf seine Matratze gegossen, diese angezündet und sodann die Wohnung abgeschlossen und verlassen haben, wobei sich in dem Gebäude noch 10 weitere vermietete Wohnungen befanden, deren Bewohner in Lebensgefahr geraten wären, wenn nicht die Feuerwehr den Brand gelöscht hätte, bevor er auf das Gebäude übergreifen konnte.

Unter dem 1.10.2014 stellte die StA Saarbrücken – nach Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens, welches mangels Mitwirkungsbereitschaft des Beschuldigten nach Aktenlage erstellt werden musste – wegen des den Gegenstand des Unterbringungsbefehls bildenden Vorfalls Antrag im Sicherungsverfahren zum LG – Große StrK – in Saarbrücken. Sie strebt die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB an. ...

Das LG hat dem Senat die Akten zur Prüfung der Unterbringungsforddauer gem. §§ 126 a II S. 2, 121, 122 StPO vorgelegt. Dieser hat die Fortdauer der Maßregel mit der Maßgabe angeordnet, dass sie in einer Entziehungsanstalt vollzogen wird.

Aus den Gründen:

Da der Angekl. in vorliegendem Verfahren demnächst seit 6 Monaten untergebracht sein wird, hatte der Senat in entsprechender Anwendung der §§ 121, 122 StPO zu prüfen, ob die Voraussetzungen der einstweiligen Unterbringung weiterhin vorliegen (§ 126 a II S. 2 StPO).

Da hiervon auszugehen ist, war gemäß den §§ 126 a II S. 2, 121 II StPO – mit der tenorierten Maßgabe – die Fortdauer der einstweiligen Unterbringung anzuordnen, die sich auch nicht als unverhältnismäßig erweist.

1. Der Senat vertritt in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (vgl. OLG Celle StraFo 2007, 372 ff.; OLG Hamm NJW 2007, 3220 ff.; OLG Köln NJW 2007, 3590; Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 57. Aufl., § 126 a Rn 10 a mwN; KK/StPO-Schultheis 7. Aufl., § 126 a Rn 6 a) in st.Rspr. (vgl. z. B. Beschl. v. 14.8.2012 – 1 Ws 38/12 (H)) die Auffassung, dass die in § 126 a II S. 2 StPO durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16.7.2007 eingefügte Neuregelung die Fortdauer der Unterbringung nicht an die zusätzlichen Voraussetzungen des § 121 I StPO bindet. Es ist daher allein zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die einstweilige Unterbringung gemäß § 126 a I StPO weiterhin vorliegen. Allerdings ist bei der im Rahmen des § 126 a I StPO durchzuführen-

den Verhältnismäßigkeitsprüfung auch entscheidend, ob dem Beschleunigungsgebot hinreichend Rechnung getragen wurde und inwieweit eventuell aufgetretene Verzögerungen noch hinnehmbar sind. Anders aber als bei der Beurteilung der Fortdauer der Untersuchungshaft, die vor allem der Verfahrenssicherung dient, ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der einstweiligen Unterbringung nach § 126 a StPO zu beachten, dass die Unterbringung dem Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern dient. Eine vom Beschuldigten ausgehende erhebliche Gefahr für höchste Rechtsgüter kann daher im Einzelfall dazu führen, dass die Fortdauer der Unterbringung trotz vermeidbarer Verzögerungen noch nicht als unverhältnismäßig anzusehen ist.

2. Bei Anwendung dieser Maßstäbe war im vorliegenden Fall die Fortdauer der einstweiligen Unterbringung – nunmehr in einer Entziehungsanstalt – anzuordnen.

a) Der Beschuldigte ist nach wie vor dringend verdächtig, die im Unterbringungsbeehl näher bezeichnete rechtswidrige Tat begangen zu haben. ...

b) Es bestehen auch dringende Gründe für die Annahme, dass der Beschuldigte diese Tat im Zustand zumindest der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangen hat. ...

c) Allerdings ist nach derzeitigem Verfahrensstand nicht (mehr) die Anordnung der Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, sondern vielmehr die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB). Denn ausweislich des vorbezeichneten Vermerks über die Angaben der Frau Dr. B. ist derzeit zwar davon auszugehen, dass bei dem Beschuldigten auch andere psychiatrische Auffälligkeiten bestehen, die Alkoholabhängigkeitsproblematik, für welche die Tat symptomatisch ist, jedoch in einem solchen Maße überwiegt, dass deren Behandlung bereits geeignet ist, den Unterbringungszweck zu erfüllen, so dass jedenfalls in Anwendung des § 72 I StGB die Anordnung der den Beschuldigten weniger belastenden Maßregel des § 64 StGB wahrscheinlich ist.

Der Senat sieht sich vor diesem Hintergrund jedoch nicht veranlasst, den Unterbringungsbeehl aufzuheben, sondern hält sich – nach Gewährung rechtlichen Gehörs hierzu – für befugt, im Verfahren gem. §§ 126 a II S. 2 i. V. m. §§ 121, 122 StPO die Fortdauer der Unterbringung mit der Maßgabe anzuordnen, dass diese fortan statt in einem psychiatrischen Krankenhaus in einer Entziehungsanstalt zu erfolgen hat.

Zwar ist es dem OLG im Haftprüfungsverfahren nach den §§ 120, 121 StPO – auch in Verbindung mit § 126 a II S. 2 StPO – grundsätzlich versagt, die Haft- bzw. Unterbringungsfortdauer auf veränderter tatsächlicher Basis in dem Sinne anzuordnen, dass ihr weitere, bisher im Haft- oder Unterbringungsbeehl nicht enthaltene Tatvorwürfe zugrunde gelegt werden (OLG Celle StV 2005, 513 f. mwN.; Meyer-Goßner/Schmitt aaO, § 122 Rn 13 a und § 125 Rn 2; KK/StPO-Schultheis aaO, § 121 Rn 24 a, 25 und § 125 Rn 2.; LR/StPO-Hilger 26. Aufl., § 122 Rn 25). Dies hat seine Rechtfertigung darin, dass ein solches Vorgehen mit dem faktischen Erlass eines neuen Haft- bzw. Unterbringungsbeehls verbunden wäre, gegen den der Beschuldigte kein Rechtsmittel einlegen könnte (§ 304 IV S. 2 StPO; vgl. auch OLG Celle aaO; KK/StPO-Schultheis

aaO, § 121 Rn 24 a). Ob die Auffassung des Thüringer OLG (Beschl. v. 18.2.2013, 1 Ws 55/13, Rn 17 – juris –, mit unzutreffender Berufung auf KMR-Wankel § 122 Rn 6, vgl. ders. § 122 Rn 7) zutrifft, wonach das OLG im Haftprüfungsverfahren einen Unterbringungs- in einen Haftbefehl umwandeln können soll – was im Sinne eines Erstrecht-Schlusses dafür spräche, auch den Austausch der Unterbringungsart zuzulassen –, kann letztlich dahinstehen. Jedenfalls ist das OLG im Haftprüfungsverfahren nach §§ 121, 122 StPO nämlich etwa befugt, den dem Haftbefehl zugrunde liegenden Sachverhalt rechtlich anders zu würdigen oder die Haftgründe zu ersetzen, solange die tatsächliche Basis des Haftbefehls substantiell nicht modifiziert wird (KMR-Wankel § 122 Rn 15 b). Damit vergleichbar ist nach Auffassung des Senats der vorliegende Fall, in welchem sich auf hinsichtlich des Tatvorwurfs identischer Tatsachengrundlage und bei nach wie vor mit Wahrscheinlichkeit anzunehmender jedenfalls verminderter Schulfähigkeit lediglich hinsichtlich der Ursache für diese Einschränkung der Verantwortlichkeit Änderungen ergeben haben, die wiederum Einfluss auf die – im Unterbringungsbeehl zu bezeichnende (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt aaO, § 126 a Rn 7) – Art der Anstalt haben, in der die Unterbringung zu vollziehen ist. An einer Fortdaueranordnung mit entsprechender Maßgabe sieht sich der Senat deshalb nicht gehindert.

d) Die öffentliche Sicherheit erfordert auch weiterhin die einstweilige Unterbringung des Beschuldigten; denn es ist davon auszugehen, dass er ohne adäquate Therapie mit Wahrscheinlichkeit weitere rechtswidrige Taten von der Anlasstat vergleichbarer Schwere begehen wird, so dass der Schutz der Allgemeinheit die einstweilige Unterbringung gebietet (vgl. Schmitt aaO, § 126 a Rn 5; KK/StPO-Schultheis aaO, § 126 a Rn 3). Dieser Gefahr lässt sich derzeit auch nicht hinreichend sicher durch mildere Maßnahmen begegnen. ...

### III. Kindeswohlgefährdung, Vernachlässigung, Misshandlung

#### 3. Schwere Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen – Quälen, böswillige Verletzung der Fürsorgepflicht und Vorschädigung

*BGH, Urt. v. 23.7.2015 – 3 StR 633/14 (LG Krefeld); BeckRS 2015, 17761*

1. Auch wenn vor der Tat bereits Schäden oder die Gefahr von Schäden i. S. der Qualifikation gem. § 225 III StGB bestehen, kann der Tatbestand gleichwohl verwirklicht werden. Zur Hervorrufung der für den qualifizierten Fall vorausgesetzten Gefahren ist dann aber erforderlich, dass die Tat die Gefahr verursacht, die bereits vorhandenen oder zu befürchtenden Schäden in erheblichem Maß zu vergrößern bzw. die wegen einer bereits gegebenen individuellen Schadensdisposition bestehenden Gefahren messbar zu steigern.
2. Quälen i. S. des § 225 I StGB durch Unterlassen kann auch dadurch verwirklicht werden, dass die gebotene ärztliche Hilfe durch die Eltern des Kindes nicht veranlasst wird. In subjektiver Hinsicht ist es erforderlich, dass der Täter den Vorsatz hat, dem Opfer erhebliche Schmerzen oder Leiden zuzufügen, die über die typi-

schen Auswirkungen hinausgehen, die mit der aktuellen Körperverletzungshandlung verbunden sind.

3. Böswillig i. S. des § 225 I 3. Alt. StGB handelt, wer seine Pflicht für einen anderen zu sorgen, aus einem verwerflichen Beweggrund vernachlässigt.

Zum Sachverhalt:

Das LG verurteilte die Angekl. H wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Misshandlung von Schutzbefohlenen und mit unterlassener Hilfeleistung zur Freiheitsstrafe von 2 Jahren und setzte deren Vollstreckung zur Bewährung aus. Den Mitangekl. E verurteilte es wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zur Freiheitsstrafe von 8 Jahren.

Nach den Urteilsfeststellungen war der Mitangekl. E am 1.3.2014 ab etwa 20 Uhr in seiner Wohnung alleine mit dem rund 5 Monate alten Säugling L, dem leiblichen Sohn seiner damaligen Lebensgefährtin – der Angekl. H – aus einer früheren Beziehung. Als L quengelte, holte der Mitangekl. aus dem Schlafzimmer einen selbstgebastelten Schlagstock aus Eisen und schlug damit dem Säugling – um diesen zum Schweigen zu bringen – heftig je einmal auf die linke und auf die rechte Stirnseite des Kopfes. L erlitt hierdurch beidseitig ein schweres Schädel/Hirn-Trauma mit ausgedehntem Knochenbruchsystem in beiden Scheitelregionen. Zudem erlitt er ein subdurales Hämatom, Einblutungen in tiefergelegene Hirnstrukturen sowie massive Hämatome an der rechten Kopfschwarte und im Stirnbereich. Auf Grund der Schläge wurde L zumindest für kurze Zeit bewusstlos und litt an neurologischen Einschränkungen, sodass er sich entweder in einem Dämmerzustand befand oder längere Zeit bewusstlos war. Deswegen hörte er unmittelbar nach den Schlägen auf, Geräusche von sich zu geben. E nahm L daraufhin aus dem „Maxi-Cosi“, in den ihn die Angekl. gelegt hatte, und legte ihn in das Kinderbett. Etwa 10 Minuten später kam auch die Angekl., die von einem Imbiss Essen geholt hatte, hinzu. Als sie feststellte, dass L nicht mehr in dem „Maxi-Cosi“ lag, fragte die Angekl. nach seinem Verbleib. E antwortete, dass L gequengelt und er ihn ins Bett gelegt habe. Die Angekl. schaute daraufhin kurz im Schlafzimmer nach. Zwar zeigten sich zu diesem Zeitpunkt schon die Folgen der Schläge bei L, die Angekl. bemerkte diese jedoch auf Grund der Verdunklung des Schlafzimmers nicht. Auch in der Folgezeit erkannte sie den Zustand des Kindes zunächst nicht.

Am nächsten Morgen gegen 5:45 Uhr erwachte die Angekl. und wollte das Kind aus dem Bett heben. Dabei fiel ihr auf, dass sein Kopf anders als gewöhnlich aussah. Daraufhin legte sie L aufs Bett und schaltete das Licht an. In der Folge stellte sie fest, dass der gesamte Kopf des Kindes angeschwollen war, die Stirnpartie sowie die Augen lila und blau unterlaufen waren. Als sie den Kopf anfasste, fühlte sich dieser unnormale weich an. Erschrocken rief sie nach dem Mitangekl. E und sagte, er solle sich L anschauen, der Kopf sei weich und blau. Auf die Frage der Angekl., was passiert sei, antwortete E, es sei nichts passiert und gab sich erstaunt über das Aussehen des Säuglings. Obgleich der Angekl. sofort klar war, dass L in ärztliche Behandlung musste, unter-

nahm sie zunächst nichts. Sie hatte Angst, dass ihr – ginge sie ins Krankenhaus – das Kind weggenommen würde. Zudem vermutete sie eine Beteiligung von E an den Verletzungen und wollte diesen möglicherweise schützen. Es besteht indes kein Anhalt für die Annahme, dass sie mit dem Tode des Kindes rechnete und ihn billigend in Kauf nahm. Die Angekl. entschloss sich sodann, zunächst ihre Mutter zu kontaktieren, um diese um Rat zu bitten. Nachdem die Mutter jedoch nicht ans Telefon ging, begab sich die Angekl. zurück zu L in das Schlafzimmer. Etwa gegen 8:30 Uhr gelang es der Angekl., ihre Mutter zu erreichen. Sie erzählte ihr wahrheitswidrig, sie sei mit L auf der Treppe gestürzt und dieser sei nun am Kopf verletzt. Die Mutter kam daraufhin zur Wohnung gefahren, holte die Angekl. und L ab und brachte diesen in die Kinderklinik, wo er etwa gegen 11 Uhr aufgenommen werden konnte. Das Kind war zu diesem Zeitpunkt ruhig und in einem Dämmerzustand, wenngleich es auf Grund der Schwellung unter Schmerzen litt. Seine Stirnpartie war stark angeschwollen und zeigte – wie auch im Bereich der Augen – eine bläulich/lila Verfärbung. Die Augen waren teilweise zugeschwollen.

Der Säugling musste rund 3 Wochen in stationärer Behandlung bleiben. Er wurde einige Tage nach seiner Aufnahme am Kopf operiert, wobei die Impressionsfraktur behoben und die subduralen sowie die intrazerebralen Blutungsanteile ausgeräumt wurden. Nach seiner Entlassung entwickelte er sich altersgerecht, wenngleich er Entwicklungsverzögerungen im motorischen Bereich zeigt. Ob bei ihm dauerhafte Folgeschäden auftreten werden, ist (noch) nicht absehbar. In vergleichbaren Fällen kommt es bei etwa 40 % der Kinder zu Folgeschäden bis hin zu massiven körperlichen und geistigen Behinderungen. Da bei der Operation ein Teil des beschädigten Gehirngewebes entfernt werden musste, besteht auch die Gefahr, dass sich eine Epilepsie entwickelt.

Die (allein) gegen die Verurteilung der Angekl. H gerichtete Revision des Nebenkl. erstrebte deren Verurteilung wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 III StGB.

Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung des Urteils, soweit es die Angekl. betrifft, und zur Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

II. Das Urteil gegen die Angekl. hat auf die Revision des Nebenkl. keinen Bestand, da es sowohl zu ihrem Vorteil als auch zu ihrem Nachteil durchgreifende Rechtsfehler enthält; letzteres ist auf die Revision des Nebenkl. ebenfalls zu berücksichtigen (§ 301 StPO entsprechend; vgl. § 401 III 1 StPO).

1. Wie der Nebenkl. zu Recht beanstandet, hat das LG zum Vorteil der Angekl. rechtsfehlerhaft nicht geprüft, ob sie den Verbrechenstatbestand gem. § 225 III Nr. 1 und 2 StGB – gegebenenfalls durch Unterlassen – verwirklicht hat, obwohl es von einer durch die Angekl. begangenen Tat gem. § 225 I StGB ausgegangen und nach den Feststellungen des LG die Verwirklichung aller Alternativen des Qualifikationstatbestandes jedenfalls nicht ausgeschlossen ist. ...

Der Verbrechenstatbestand des § 225 III StGB setzt voraus, dass der Täter die schutzbefohlene Person durch die Tat, also durch einen Angriff i. S. von § 225 I StGB, in die konkrete Gefahr des Todes, einer schweren Gesundheitsbeschädigung (Nr. 1; vgl. Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 225 Rn 19 ff.) oder in die konkrete Gefahr einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt (Nr. 2). Entscheidend ist danach, dass eine der in § 225 I StGB umschriebenen tatbestandlichen Handlungen die naheliegende Möglichkeit begründet, sie werde zu den in den Alternativen des § 225 III StGB genannten Weiterungen führen (vgl. Hirsch, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 225 Rn 24). Unter schweren Gesundheitsbeschädigungen i. S. der Nr. 1 sind solche Gesundheitsschäden zu verstehen, die mit einer anhaltenden nachhaltigen Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Leistungsfähigkeit verbunden sind oder in einer lebensbedrohenden, qualvollen oder ernsten und langwierigen Krankheit bestehen. Die in der Nr. 2 genannte erhebliche Entwicklungsschädigung erfordert, dass der normale Ablauf des körperlichen oder seelischen Entwicklungsprozesses dauernd oder nachhaltig gestört ist (vgl. Hirsch, § 225 Rn 25 mwN). Handelt es sich um eine Unterlassungstat, so begründet der Täter die tatbestandlich vorausgesetzte konkrete Gefahr, wenn er deren Entstehen durch sein Eingreifen hätte abwenden können. Auch wenn vor der Tat bereits Schäden oder die Gefahr von Schäden i. S. der Qualifikation gem. § 225 III StGB bestehen, kann der Tatbestand gleichwohl verwirklicht werden. Zur Hervorrufung („bringen“) der für den qualifizierten Fall vorausgesetzten Gefahren ist dann aber erforderlich, dass die Tat die Gefahr verursacht, die bereits vorhandenen oder zu befürchtenden Schäden in erheblichem Maß zu vergrößern bzw. die wegen einer bereits gegebenen individuellen Schadensdisposition bestehenden Gefahren messbar zu steigern (vgl. Stree/Sternberg-Lieben, § 225 Rn 22; Eschelbach, in: BeckOK-StGB § 225 Rn 33). In subjektiver Hinsicht ist bezüglich der Verursachung der tatbestandlichen Gefahren des qualifizierten Falles (zumindest bedingter) Vorsatz erforderlich.

Das Vorliegen dieser tatbestandlichen Voraussetzungen kann im vorliegenden Fall nicht abschließend beurteilt werden, da das LG keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob und ggf. wie sich die durch den Mitangekl. E bewirkten Verletzungen des Kindes während der Zeit, in der die Angekl. eine ärztliche Versorgung pflichtwidrig unterlassen hat, hinsichtlich der tatbestandlichen Gefahren entwickelt haben. Eine wesentliche Gefahrerhöhung i. S. von § 225 III StGB in diesem Zeitraum kann indes – vor allem mit Blick auf das bestehende subdurale Hämatom und die Einblutungen in die Hirnstrukturen – auch nicht ausgeschlossen werden.

2. Der Schuldspruch ist indes auch zum Nachteil der Angekl. rechtsfehlerhaft. Die Feststellungen des angefochtenen Urteils, das keinerlei Subsumtion enthält, belegen – neben dem unzweifelhaft bestehenden Schutzverhältnis zwischen der Angekl. und ihrem Sohn – keine der in den Tatbestandsalternativen des § 225 I StGB bezeichneten Tathandlungen hinreichend und tragen daher die Verurteilung der Angekl. wegen Misshandlung eines Schutzbefohlenen nicht. ...

Das Quälen, das rohe Misshandeln und die böswillige Fürsorgepflichtverletzung sind selbständige Begehungsformen der Misshandlung Schutzbefohlener gem. § 225 I

StGB. Die beiden Tatalternativen des Quälens und des Misshandelns können durch aktives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen begangen werden. Bei der Alternative des böswilligen Vernachlässigens der Fürsorgepflicht handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt (vgl. Eschelbach, § 225 Rn 15).

a) Quälen i. S. des § 225 I StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender (erheblicher) Schmerzen oder Leiden körperlicher oder seelischer Art. Es wird im Allgemeinen durch mehrere Tathandlungen bewirkt, wobei oft erst deren ständige Wiederholung den besonderen Unrechtsgehalt des Quälens verwirklicht (BGH, Urt. v. 30.3.1995 – 4 StR 768/94 = BGHSt 41, 113 [115] = NJW 1995, 2045 = NStZ 1995, 35; v. 17.7.2007 – 5 StR 92/07 = NStZ-RR 2007, 304 [306]). Die zugefügten Schmerzen oder Leiden müssen über die typischen Auswirkungen einzelner Körperverletzungshandlungen hinausgehen. Ist dies der Fall, so kann Quälen durch Unterlassen allerdings auch dadurch verwirklicht werden, dass die gebotene ärztliche Hilfe durch die Eltern des Kindes nicht veranlasst wird (Eschelbach, § 225 Rn 17). In subjektiver Hinsicht ist es erforderlich, dass der Täter den Vorsatz hat, dem Opfer erhebliche Schmerzen oder Leiden zuzufügen, die über die typischen Auswirkungen hinausgehen, die mit der aktuellen Körperverletzungshandlung verbunden sind (vgl. BGH, Beschl. v. 20.3.2012 – 4 StR 561/11 = NStZ 2013, 466 [467] mwN).

Diese tatbestandlichen Voraussetzungen belegen die Feststellungen weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht. Die Angekl. hat dadurch, dass sie es nach dem Erkennen der schweren Verletzung ihres Kindes über mehrere Stunden pflichtwidrig unterlassen hat, den Säugling einer ärztlichen Versorgung zuzuführen, nach den bisherigen Feststellungen bei diesem keine Schmerzen oder Leiden i. S. von § 225 I 1. Alt. StGB verursacht, die über die Folgen der durch den Mitangekl. E begangenen Körperverletzung des Säuglings und ihrer eigenen, durch das pflichtwidrige Unterlassen an dem Kind begangenen Körperverletzung hinausgingen. Den Urteilsgründen ist auch nicht zu entnehmen, dass die Angekl. einen entsprechenden Vorsatz hatte.

b) Rohes Misshandeln i. S. der Vorschrift liegt vor, wenn der Täter einem anderen eine Körperverletzung aus gefühlloser Gesinnung zufügt, die sich in erheblichen Handlungsfolgen äußert. Eine gefühllose Gesinnung ist gegeben, wenn der Täter bei der Misshandlung das – notwendig als Hemmung wirkende – Gefühl für das Leiden des Misshandelten verloren hat, das sich bei jedem menschlich und verständlich Denkenden eingestellt haben würde (vgl. BGH, Beschl. v. 28.2.2007 – 5 StR 44/07 = NStZ 2007, 405 mwN).

Dass die Angekl. die durch ihr pflichtwidriges Unterlassen begangene Körperverletzung des Kindes aus einer solchen Gesinnung heraus begangen hat, ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Vielmehr war nach den bisherigen Feststellungen nicht Gefühllosigkeit der Grund für ihr pflichtwidriges Verhalten gegenüber ihrem Säugling, sondern die Furcht, bei Aufsuchen eines Krankenhauses das Kind zu verlieren und möglicherweise der Wille, ihren Lebensgefährten, den Mitangekl. E, zu schützen, da sie dessen Beteiligung an den schweren Verletzungen des Kindes vermutete.

c) Die Misshandlung eines Schutzbefohlenen ist schließlich auch gegeben, wenn der Täter durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für die schutzbedürftige Person

zu sorgen, diese an der Gesundheit schädigt. Böswillig handelt, wer seine Pflicht für einen anderen zu sorgen, aus einem verwerflichen Beweggrund vernachlässigt (vgl. Hirsch, § 225 Rn 18). Das Gesinnungsmerkmal der Böswilligkeit ist gekennzeichnet durch feindseliges Verhalten aus Bosheit, Lust an fremdem Leid, Hass und anderen verwerflichen Gründen, etwa auch aus Geiz und Eigensucht. Gleichgültigkeit, Abgestumpftheit oder Schwäche sowie Überforderung wegen mangelnder Reife reichen hingegen in der Regel nicht aus (vgl. Hirsch, § 225 Rn 18). Bei der Prüfung von Böswilligkeit, die eine Erforschung der Motive des Täters erfordert, sind psychopathologische Befunde, wie Depressionen oder Persönlichkeitsstörungen zu berücksichtigen (vgl. Eschelbach, § 225 Rn 24 ff. mwN).

Daran gemessen ist auch die Verwirklichung dieser Tatbestandsalternative durch die Angekl. jedenfalls nicht hinreichend belegt. Die festgestellten Motive der Angekl. für ihr pflichtwidriges Verhalten – die Angst, ihr werde das Kind weggenommen und der Schutz ihres Freundes, des Mitangekl. E – sind jedenfalls nicht ohne weiteres unter das Merkmal der Böswilligkeit zu subsumieren, zumal das LG sie auch nicht entsprechend, etwa als selbstsüchtig und verwerflich, bewertet hat. ...

#### 4. Verdeckungsmord

BGH, *Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14 (LG Marburg); BeckRS 2015, 16309*

Wirkt der Täter während eines ununterbrochenen Geschehensverlaufs zunächst mit Körperverletzungsvorsatz und später mit (bedingtem) Tötungsvorsatz auf das Opfer gewaltsam ein, ist die Annahme eines Verdeckungsmordes bei Vorliegen des Verdeckungsmotivs unproblematisch. Lediglich dann, wenn der Täter von vornherein mit (bedingtem) Tötungsvorsatz handelt oder sich dies nicht ausschließen lässt, scheidet bei einem einheitlichen Tatgeschehen Verdeckungsmord aus, weil der Täter unter diesen Umständen keine andere Tat verdecken will.

Zum Sachverhalt:

Nach den Feststellungen des LG lebte die 1990 geborene, damals nicht berufstätige Angekl. nach Trennung von ihrem Ehemann im Tatzeitraum ab Oktober 2011 allein mit den beiden Kindern A (geb. am 21.8.2009) und B (geb. am 6.1.2011). Die Angekl. 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 Angekl. 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.

Das Kind B war in der 31. Schwangerschaftswoche durch Kaiserschnitt geboren worden und entwickelte sich zunächst gut. Ab Oktober 2011 begann die Angekl., 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 kränklich und abgemagert erschien. Dies erklärte die Angekl. mit einer angeblich soeben durchgestandenen Infektion.

Ab Januar 2012 versorgte die Angekl. 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 16.2.2012 abmagerte.

Auch im Übrigen unterließ die Angekl. 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.

Eine Familienhelferin sah das Kind B zuletzt am 23.1.2012. Sie drängte die Angekl., das „wie ein Neugeborenes“ aussehende Kind untersuchen und behandeln zu lassen. Von ihr vereinbarte Termine nahm die Angekl. 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.

In den Tagen vor dem 16.2.2012 erkannte die Angekl. 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.

Am 16.2.2012 befand sich das Kind in einem akut lebensbedrohlichen Zustand. Als die Familienhelferin E die Angekl. und das Kind zu einer ärztlichen Untersuchung abholen wollte, öffnete die Angekl. die Tür nicht, sondern schrieb der Zeugin eine SMS mit der unzutreffenden Nachricht, sie sei mit beiden Kindern überraschend verweist.

Die Familienhelferin verständigte das Jugendamt, da sie eine Gefährdung des Kindeswohls befürchtete. Am Nachmittag des 16.2. begaben sich drei Mitarbeiter des Jugendamts zur Wohnung der Angekl. Diese ließ sie erst ein, als sie mit dem Einsatz der Polizei drohten. Erst auf Nachfragen offenbarte sie, dass das Kind B 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 Angekl. fanden sich zahlreiche Kindernahrungsprodukte. Das Kind B wurde gerettet und hat inzwischen einen altersgerechten Entwicklungsstand erreicht. Es lebt mit der älteren Tochter der Angekl. bei den Eltern des Vaters.

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

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

Die Voraussetzungen eines Mordmerkmals hat das LG 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 Angekl. beim Tod des Kindes die vorangehende Misshandlung erst recht nicht hätte verdecken können.

Die gegen das Urteil gerichteten Revisionen der StA und der Angekl. haben Erfolg.

Aus den Gründen:

II. Die Revision der StA 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.

1. Zutreffend hat das LG allerdings das Vorliegen von Grausamkeit verneint. Dem steht die Annahme nicht entgegen, dass die Angekl. „böswillig“ im Sinne von § 225 I StGB gehandelt hat, denn die Böswilligkeit hat sie zutreffend auf das bei der Angekl. vorliegende Motiv eigensüchtiger eigener Vorteile gestützt. Das Merkmal der Grausamkeit im Sinn von § 211 II 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.

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 Rspr. 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.

Soweit das LG eine „Zäsur“ und damit die Voraussetzungen einer „anderen“ Tat im Sinn des § 211 II StGB verneint hat, weist die Revision der StA zutreffend darauf hin, dass die vom LG 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.

Anders als der GBA 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 Angekl. 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 Angekl. 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 LG auf eine (fiktive) rationale Überlegung der Angekl. über die weiteren Folgen abgestellt hat, hat es nicht berücksichtigt, dass schon die Tat nach § 225 StGB und der festgestellte bedingte Tötungsvorsatz nach dem 9.2.2012 dagegen sprechen, dass die Angekl. langfristig rational plante.

Auch die – im Zusammenhang mit dem Merkmal der Grausamkeit – ausgeführte Erwägung, es habe, um nach außen den Schein aufrecht zu erhalten, dass die Angekl. die Kinder gut versorge, nicht des Todes „als notwendiges Zwischenziel“ bedurft, trifft insoweit den Kern der Sache nicht; ebenso wenig die Erwägung, dass der Angekl. der Tod ihrer Tochter „keineswegs recht“, sondern dass ihr „die Wiederherstellung der ordnungsgemäßen Versorgung“ lieber gewesen sei (ebd.). Diese Feststellung hätte das LG 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 Grausamkeit – entgegengehalten werden, der Angekl. sei der Tod „nicht recht“ gewesen.

3. Überdies begegnet es auch durchgreifenden Bedenken, dass das LG das Mordmerkmal der Heimtücke nicht erörtert hat. Zutreffend hat die Revision vorgetragen, dass es nach ständiger Rspr. des BGH 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 LG nicht gesehen.

Der GBA hat – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme des GenStA beim OLG Frankfurt – die fehlende Erörterung von Heimtücke deshalb als im Ergebnis nicht rechtsfehlerhaft angesehen, weil die rettungsbereite Person am 16.2.2012, als sie an der Tür der Angekl. 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 Angekl. im Urteil fehle, enthalte das Urteil keine dies nahelegenden Feststellungen.

Diese Begründung trägt das Fehlen jeglicher Erörterungen zum Heimtückemerkmal nicht. Sie übersieht zunächst, dass die Angekl. bereits am 9.2., als die Zeugin E gemeinsam mit der Jugendamtsmitarbeiterin S die Angekl. aufsuchte, eine Inaugenscheinnahme des geschädigten Kindes Al. durch täuschende Angaben verhinderte, obgleich sie „möglicherweise“ schon zu diesem Zeitpunkt Tötungsvorsatz hatte. Jedenfalls fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass die Angekl. am 16.2., 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 Angekl. die Zeugin alsbald danach erneut zu täuschen versuchte, indem sie wahrheitswidrig eine angebliche Urlaubsabwesenheit (am unbekanntem Ort) mitteilte.

#### IV. Stellung des Sachverständigen sowie Verfahrens- und Kostenfragen

##### 5. Sachverständigengutachten in Haftsachen

*OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.10.2015 – 2 Ws 491/15; BeckRS 2015, 18178*

Unterlässt die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren in einer Untersuchungshaftsache die gebotene Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den Voraussetzungen einer Maßregel nach § 64 StGB, verstößt dies gegen das Beschleunigungsgebot. Falls die Verzögerung im weiteren Verfahren durch das Gericht nicht ausgeglichen wird, führt das Versäumnis grundsätzlich zur Aufhebung des Haftbefehls nach § 121 II StPO.

Zum Sachverhalt:

Der Angeklagte befindet sich seit dem 29.4.2015 ununterbrochen in Untersuchungshaft. Grundlage hierfür ist der Haftbefehl des Amtsgerichts Freiburg vom 31.3.2015. In diesem Haftbefehl wird dem Angeklagten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen gemäß §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, 53 StGB vorgeworfen. ...

Der Haftbefehl gründet sich auf den Haftgrund der Wiederholungsgefahr, § 112 a Abs. 1 Nr. 2 StPO. Mit Datum vom 11.8.2015 schloss die Staatsanwaltschaft Freiburg die Ermittlungen ab und erhob am gleichen Tag Anklage zum Amtsgericht – Schöffengericht – Freiburg. Das Amtsgericht Freiburg eröffnete am 17.9.2015 das Hauptverfahren und bestimmte in Absprache mit der Verteidigerin Hauptverhandlungstermin auf den 3.11.2015. Das Amtsgericht Freiburg hat die Akten dem Senat zur besonderen Haftprüfung gemäß §§ 121, 122 StPO vorgelegt. Die Generalstaatsanwaltschaft Karlsruhe trägt mit Schrift vom 15.10.2015 auf Anordnung der Haftfortdauer an. Der Angeklagte und seine Verteidigerin hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Aus den Gründen:

Da der Angeklagte sich am 28.10.2015 seit sechs Monaten in Untersuchungshaft befindet hat, liegen die Voraussetzungen der besonderen Haftprüfung durch den Senat nach §§ 121 f. StPO vor. Diese führt zur Aufhebung des Haftbefehls, weil die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 StPO für die Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus nicht gegeben sind.

1. Der Angeklagte ist allerdings nach dem Ergebnis der Ermittlungen, insbesondere auch aufgrund seiner Einlassung im Haftprüfungstermin vom 30.6.2015, der im Haftbefehl bezeichneten Taten nach Maßgabe der Anklageschrift vom 11.8.2015 dringend verdächtig und es besteht auch aus den im Haftbefehl vom 31.3.2015 näher ausgeführten Gründen der Haftgrund der Wiederholungsgefahr nach § 112 a Abs. 1 Nr. 2 StPO.

2. Das Verfahren ist jedoch nicht mit der in Haftsachen gebotenen besonderen Beschleunigung geführt worden. Der verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verankerte Beschleunigungsgrundsatz, der für das gesamte Strafverfahren gilt, bei Vollzug freiheitsentziehender Maßnahmen aber besondere Beachtung verlangt, gebietet, dass die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die Ermittlungen so schnell wie möglich abzuschließen und ein Urteil herbeizuführen (Senat, Beschluss vom 20.8.2013, 2 Ws 309/13; BVerfG StraFo 2009, 375; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 120 Rn. 3 m. w. N.).

a) Vorliegend genügt der sich aus den Akten ergebende Verfahrensgang diesen von Verfassungswegen zu stellenden Anforderungen an die beschleunigte Bearbeitung des Verfahrens gegen inhaftierte Angeklagte nicht. Weder die Staatsanwaltschaft noch der Vorsitzende des Schöffengerichts haben bisher Veranlassung gesehen, einen Sachverständigen zur Frage der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB zu beauftragen bzw. zur Hauptverhandlung zu laden. Dieses Unterlassen verstößt gegen die Vorschrift des § 246 a Abs. 1 Satz 2 StPO. Nach § 246 a Abs. 1 Satz 2 StPO ist ein Sachverständiger über den Zustand des Angeklagten und seine Behandlungsaussichten zu vernehmen, wenn das Gericht eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt erwägt. Danach ist der Tatrichter grundsätzlich verpflichtet, einen Sachverständigen anzuhören, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt in Betracht kommt und deshalb eine Anordnung dieser Maßregel konkret zu erwägen ist. Von dieser Verpflichtung besteht nur dann eine Ausnahme, wenn der Tatrichter die Maßregelanordnung nach § 64 StGB allein in Ausübung seines Ermessens nicht treffen will und diese Entscheidung von sachverständigen Feststellungen unabhängig ist (BGH, Beschluss vom 20.9.2011, 4 StR 434/11 m. w. N.; BGH Beschluss vom 4.8.2015, 3 StR 187/15; KK-Krehl, StPO, 7. Aufl. 2013, § 246 a Rn. 2). Das insoweit eingeräumte Ermessen ist eng begrenzt; nur in Ausnahmefällen darf trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 64 StGB von der Anordnung der Unterbringung in der Entziehungsanstalt abgesehen werden (Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 64 Rn. 22 f; Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 64 Rn. 18 m. w. N.).

Die – mit sachverständiger Hilfe gemäß § 246 a Abs. 1 Satz 2 StPO vorzunehmende – Prüfung, ob der Angeklagte in einer Entziehungsanstalt unterzubringen ist, steht nicht zur Disposition des Angeklagten, sondern ist von Amts wegen vorzunehmen, wenn eine solche Prüfung nach Aktenlage veranlasst ist (BGH, Beschluss vom 4.8.2015, 3 StR 187/15; KK-Krehl, StPO, 7. Aufl. 2013, § 246 a StPO, Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 246 a Rn. 1 m. w. N.). Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt hat auch Vorrang gegenüber der vollstreckungsrechtlichen Sonderregelung des § 35 BtMG (st. Rspr. des BGH; vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 64 Rn. 26).

b) Nach Aktenlage liegt es nahe, dass die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt anzuordnen sein wird, so dass es bereits im Ermittlungsverfahren erforderlich gewesen wäre, die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage,

ob beim Angeklagten die Voraussetzungen für die Verhängung einer Maßregel nach § 64 StGB vorliegen, zu veranlassen. ...

Die Staatsanwaltschaft geht in der Anklageschrift vom 11.8.2015 davon aus, dass bei allen dem Angeklagten vorgeworfenen Taten 10% der Betäubungsmittel für den Eigenkonsum bestimmt gewesen seien. Das Vorliegen eines Hangs, Betäubungsmittel im Übermaß zu sich zu nehmen und der symptomatische Zusammenhang zwischen dem Hang und den vorgeworfenen Taten liegt damit nahe. Vom Angeklagten sind – wie sich bereits aus dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr ergibt – auch mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche rechtswidrige Taten, nämlich gewichtige Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz, zu erwarten. Ob eine konkrete Erfolgsaussicht einer Behandlung in der Entziehungsanstalt besteht, kann nur mit Hilfe des nach § 246 a Abs. 1 Satz 2 StPO hinzuzuziehenden Sachverständigen beurteilt werden. Die letztlich erfolglose Unterbringung in der Entziehungsanstalt in den Jahren 2007/2008 steht der Annahme, dass nunmehr eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht besteht, nicht von vornherein entgegen (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 64 StGB Rn. 21; Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 64 StGB Rn. 16 m. w. N.), zumal sich die Lebensumstände des Angeklagten, der inzwischen Vater einer dreijährigen Tochter ist, geändert haben und er nach seinen Angaben in der Haftprüfung zumindest eine gewisse Bereitschaft erkennen lässt, seine Betäubungsmittelproblematik in den Griff bekommen zu wollen.

Dafür, dass vorliegend ausnahmsweise in Ausübung des in § 64 StGB eingeräumten eng begrenzten Ermessens von einer Prüfung der Voraussetzungen des § 64 StGB abgesehen werden kann, ist nichts ersichtlich.

c) Das demnach gemäß § 246 a Abs. 1 Satz 2 StPO erforderliche Sachverständigen-gutachten hätte daher bereits im Ermittlungsverfahren eingeholt werden müssen, nachdem spätestens aufgrund der Einlassung des Angeklagten am 30.6.2015 hierzu Anlass bestanden hat. Ein Gutachten ist stets zum frühestmöglichen Zeitpunkt einzuholen. Zudem ist es geboten, auf eine zeitnahe Erstellung des Gutachtens hinzuwirken. Hängt die Anklageerhebung nicht vom Ergebnis des Gutachtens ab, muss dessen Eingang nicht abgewartet werden; vielmehr kann der Beschleunigungsgrundsatz in diesen Fällen sogar gebieten, die Anklage bereits vor Eingang des Gutachtens zu erheben (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 22.4.2015, 1 Ws 7/15; OLG Hamm, Beschluss vom 9.9.2002, 2 BL 90/02). Erteilt die Staatsanwaltschaft im Laufe des Ermittlungsverfahrens keinen Auftrag zur Begutachtung des Angeklagten, obwohl diese nach Aktenlage geboten ist, wird dem Beschleunigungsgrundsatz nicht genügt (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 22.4.2015, 1 Ws 7/15; OLG Hamm, Beschluss vom 9.9.2002, 2 BL 90/02 und Beschluss vom 28.10.1991, 2 BL 349/91; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2009, 1 Ws 337/09 [zum Gutachten zur Frage der Schuldfähigkeit]).

Auf dieses Versäumnis der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren käme es nur dann nicht an, wenn es durch eine spätere beschleunigte Bearbeitung ausgeglichen worden wäre und daher nicht mehr ins Gewicht fiel. Dies wäre vorliegend zu bejahen gewesen, wenn der Vorsitzende des Schöffengerichts unverzüglich nach Eingang der Akten ein Sachverständigen-gutachten zur Frage der Unterbringung des Angeklagten in

einer Entziehungsanstalt in Auftrag gegeben hätte (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 9.9.2002, 2 BL 90/02 und Beschluss vom 28.10.1991, 2 BL 349/91). Hierzu hat das Schöffengericht bisher aber keine Veranlassung gesehen, so dass sich das Versäumnis der Staatsanwaltschaft beim Gericht fortgesetzt hat. Der Senat schließt aus, dass bis zum Hauptverhandlungstermin am 3.11.2015 oder in diesem ein Sachverständigengutachten zu den Voraussetzungen des § 64 StGB unter Beachtung des § 246 a Abs. 3 StPO erstellt werden kann, zumal die gebotene Beiziehung von Vorstrafakten nicht ersichtlich ist. Ein – bei rechtzeitiger Beauftragung eines Sachverständigen voraussichtlich möglicher – Abschluss des Verfahrens beim Schöffengericht am 3.11.2015 wäre daher nur unter Verstoß gegen § 246 a StPO möglich.

d) Die Versäumnisse von Staatsanwaltschaft und Gericht sind folglich als so erheblich anzusehen, dass sie die Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus nicht rechtfertigen können (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.1991, 2 BL 349/91 und Beschluss vom 9.9.2002, 2 BL 90/02; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 22.4.2015, 1 Ws 7/15).

Der Haftbefehl des Amtsgerichts Freiburg vom 31.3.2015 ist daher aufzuheben.