

**HRRS-Nummer:** HRRS 2007 Nr. 395

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2007 Nr. 395, Rn. X

---

**BGH 2 StR 62/07 - Beschluss vom 28. März 2007 (LG Mühlhausen)**

**Aufhebung von Feststellungen durch das Revisionsgericht (Tenorierung); Bindung an aufrechterhaltene Feststellungen (prozessuale Tat).**

**§ 353 Abs. 2 StPO; § 264 StPO**

Leitsätze

- 1. Zur Tenorierung bei Aufhebung von Feststellungen durch das Revisionsgericht. (BGHR)**
- 2. Die Feststellungen müssen durch einen gesonderten Ausspruch aufgehoben werden; fehlt dieser, bleiben sie bestehen. (Bearbeiter)**
- 3. Hebt das Revisionsgericht die Feststellungen zu einer prozessualen Tat (§ 264 StPO) auf und lässt Feststellungen zu einer anderen bestehen, so besteht gleichwohl für den neuen Tatrichter keine Bindung an die Tatsachenfeststellungen, die dem nicht aufgehobenen Urteilsteil zugrunde liegen; auch müssen die neuen Feststellungen nicht widerspruchsfrei mit den aufrechterhaltenen vereinbar sein. Anders ist es hingegen bei einer einheitlichen prozessualen Tat. (Bearbeiter)**
- 4. Insbesondere bei Aufhebung wegen sachlichrechtlicher Mängel gilt der Grundsatz tunlichster Aufrechterhaltung der von der Gesetzesverletzung nicht berührten Feststellungen. (Bearbeiter)**

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mühlhausen vom 6. November 2006 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts Erfurt zurückverwiesen.

Gründe

I.

Der Angeklagte war durch Urteil der 1. großen Strafkammer des Landgerichts Mühlhausen vom 13. Juli 2005 wegen Totschlags in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von dreizehn Jahren und sechs Monaten verurteilt worden. Nach den Feststellungen dieses Urteils war der Angeklagte der Vater von drei Kindern. Seine Ehefrau hatte - wie in der Vergangenheit schon des Öfteren - im September 2003 eine Beziehung zu einem anderen Mann aufgenommen und lebte - zwischen beiden Männern hin- und hergerissen - teils bei dem Angeklagten, teils beim neuen Liebhaber. Der Angeklagte, der sehr an seiner Ehefrau hing und von ihr geradezu abhängig war, bemühte sich, sie zurück zu gewinnen. Am 23. April 2004 kehrte die Ehefrau zu dem Angeklagten und den Kindern zurück, am 1. Mai 2004 wandte sie sich wieder ihrem Liebhaber zu. Der Aufforderung des Angeklagten, die Kinder mitzunehmen, kam sie nicht nach. Der Angeklagte konnte die erneute Trennung nicht verkraften und nahm am 2. Mai 2004 ab etwa 17.30 Uhr in Selbsttötungsabsicht insgesamt 18 Tabletten (Schmerzmittel und Antidepressiva) sowie eine größere Menge Alkohol zu sich. Gegen 20.30 Uhr fasste er den Entschluss, die Kinder "mit in den Tod zu nehmen". Der stark angetrunkene Angeklagte stieß seinem im elterlichen Schlafzimmer in einem Kinderbett schlafenden, ein Jahr und neun Monate alten Sohn Hannes ein Messer mit einer Klingenlänge von 22 cm in die Brust, was infolge Verblutens innerhalb einiger Minuten zu dessen Tod führte. Während dieser Zeit hielt er die Hand des sterbenden Kindes.

Anschließend trank der Angeklagte weiter Alkohol und sandte der Ehefrau, die ihr Handy jedoch nicht eingeschaltet hatte, eine Kurznachricht über die Tötung des Kindes. Zwischen 1.00 Uhr und 2.00 Uhr morgens begab er sich ins

Kinderzimmer und stieß der dort schlafenden fünf Jahre und vier Monate alten Lisa-Marie dasselbe Messer in die Brust. Das Mädchen erwachte dabei mit den Worten "Papa, ich hab dich doch lieb". Infolge inneren Verblutens starb Lisa-Marie nach etwa einer Stunde. In dieser Zeit streichelte der Angeklagte das Mädchen und brachte es auf seine Bitte noch zweimal zur Toilette. Nach der Tötung von Lisa-Marie fühlte sich der Angeklagte nicht mehr in der Lage, auch noch seinen siebenjährigen Sohn Niklas zu töten.

Auf die Revisionen der Nebenkläger hatte der Senat durch Urteil vom 10. März 2006 - 2 StR 561/05 - dieses Urteil 3  
"hinsichtlich der Tat zum Nachteil der Lisa-Marie K. sowie im Gesamtstrafenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben" und die Sache insoweit an eine andere Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen, weil das Landgericht die Voraussetzungen eines "Heimtückemordes" verkannt hatte. Das Landgericht hat nunmehr das Mordmerkmal der Heimtücke als erfüllt angesehen und den Angeklagten wegen Mordes zum Nachteil der Lisa-Marie K. zu der Einsatzstrafe von zwölf Jahren und unter Einbeziehung der rechtskräftigen Freiheitsstrafe von neun Jahren wegen der Tat zum Nachteil von Hannes K. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vierzehn Jahren und sechs Monaten verurteilt. Dagegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit der allgemeinen Sachrüge. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

## II.

Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben, weil das Landgericht keine Feststellungen zur Tat zum Nachteil 4  
der Lisa-Marie K. getroffen hat.

1. Das Landgericht hat das Senatsurteil vom 10. März 2006 dahin ausgelegt, dass der Senat nur die dem 5  
Gesamtstrafenausspruch zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben habe, hat deshalb die Tatfeststellungen des Urteils vom 13. Juli 2005 zugrunde gelegt und nur ergänzende Feststellungen zum Entwicklungsstand von Lisa-Marie zum Zeitpunkt ihrer Tötung getroffen. Das ist fehlerhaft. Die Worte "mit den zugehörigen Feststellungen" im Tenor des Senatsurteils beziehen sich sowohl auf den aufgehobenen Schuldspruch als auch auf den Gesamtstrafenausspruch. Schon nach dem ausdrücklichen Urteilsausspruch waren damit die Feststellungen hinsichtlich der Tat zum Nachteil Lisa-Marie K. und des Gesamtstrafenausspruchs aufgehoben.

a) Nach verbreiteter Meinung wäre dieser ausdrückliche Aufhebungsausspruch in Bezug auf die dem Schuldspruch 6  
zugrunde liegenden Feststellungen nicht einmal erforderlich gewesen. In der Literatur wird vertreten, dass dann, wenn die Entscheidung des Revisionsgerichts keinen ausdrücklichen Ausspruch zur Aufrechterhaltung von Feststellungen enthält, diese mit aufgehoben sind. So heißt es etwa bei Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 353 Rdn. 18: "Die Aufhebung der Feststellungen ist in der Urteilsformel auszusprechen. Fehlt ein Ausspruch darüber, ist davon auszugehen, dass sie in vollem Umfang als aufgehoben gelten..." (so auch Meyer-Goßner, StPO 49. Aufl. § 353 Rdn. 12; Paulus in KMR § 353 Rdn. 9; Wohlers in SK-StPO § 353 Rdn. 23). Dem steht aber nach Auffassung des Senats der Wortlaut des § 353 Abs. 2 StPO ("Gleichzeitig sind die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben, ...") entgegen. Danach müssen die Feststellungen durch einen gesonderten Ausspruch aufgehoben werden; fehlt dieser, bleiben sie bestehen. Die Aufhebung von Feststellungen ist nur erforderlich, wenn sie von dem zur Urteilsaufhebung führenden Rechtsfehler betroffen sind. Insbesondere bei Aufhebung wegen sachlichrechtlicher Mängel gilt der Grundsatz tunlichster Aufrechterhaltung der von der Gesetzesverletzung nicht berührten Feststellungen (vgl. Meyer-Goßner aaO § 353 Rdn. 15 m.w.N.). Entsprechend wird die Aufhebung von Feststellungen nach überwiegender Praxis des Bundesgerichtshofs bei Aufhebung des Schuldspruchs mit der Formulierung "mit den Feststellungen aufgehoben" oder bei Teilaufhebungen mit den Worten "mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben" ausgesprochen, und nur wenn aus einem Bereich aufgehobener Feststellungen einzelne bestehen bleiben können, wird diese Teilaufrechterhaltung von Feststellungen ausdrücklich ausgesprochen (anders aber beispielsweise Urteil des 1. Strafsenats vom 13. Februar 2007 - 1 StR 574/06; vgl. im Übrigen auch BGHSt 41, 305 zur Verfahrensweise bei der Einstellung von Verfahren). Üblicherweise wird dann in den Entscheidungsgründen dargelegt, weshalb es einer Aufhebung dieser Feststellungen nicht bedurfte.

b) Im Senatsurteil vom 10. März 2006 wurden sowohl der Schuldspruch zum Nachteil der Lisa-Marie K. als auch der 7  
Gesamtstrafenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben. Aus dem Umstand, dass der Senat in der Sachverhaltsschilderung seines Urteils die Feststellungen des Landgerichts insgesamt ausdrücklich als "rechtsfehlerfrei getroffen" bezeichnet und zusammengefasst wiedergegeben hat, kann nicht abgeleitet werden, dass sie bezüglich der im Schuldspruch aufgehobenen zweiten Tat bestehen bleiben sollten. Die Sachverhaltsschilderung diente vielmehr nur dem Verständnis der rechtlichen Ausführungen zu der Frage, ob die Tötung der beiden Kinder den Tatbestand des Mordes erfüllte oder ob sie rechtsfehlerfrei nur als Totschlag gewertet worden war. Hätte der Senat die Feststellungen zur Tötung der Lisa-Marie K. aufrechterhalten, weil sie von dem zur Aufhebung des Schuldspruchs führenden Rechtsfehler nicht betroffen waren, hätte er dies ausdrücklich in den Gründen ausgeführt.

Das Fehlen von Feststellungen zur Tat ist ein sachlichrechtlicher Mangel, der auf die allgemeine Sachrüge hin zu beachten ist (vgl. BGH NSTZ 1988, 309; Senatsbeschluss vom 9. November 1982 - 2 StR 589/82). Er zwingt hier zur erneuten Urteilsaufhebung. 8

2. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin: 9

Die Urteilsaufhebung durch das Senatsurteil vom 10. März 2006 betrifft eine von zwei in Tatmehrheit begangenen Straftaten, die auch verfahrensrechtlich (§ 264 StPO) keine einheitliche Tat darstellen. Zwischen der Tötung beider Kinder lag eine deutliche zeitliche Zäsur, die Tötung erfolgte in unterschiedlichen Räumen. In der Zwischenzeit hatte der Angeklagte seiner Ehefrau eine Kurznachricht geschickt und weiter getrunken. Unter diesen Umständen besteht - anders wäre es bei einer einheitlichen prozessualen Tat (BGHSt 24, 185 = JR 1972, 203 m. Anm. Meyer; BGHSt 28, 119, 121 = JR 1979, 299 m. Anm. Grünwald) - für den neuen Tatrichter keine Bindung an die Tatsachenfeststellungen, die dem nicht aufgehobenen Urteilsteil zugrunde liegen (vgl. Hanack aaO § 344 Rdn. 22, § 353 Rdn. 27; Meyer-Goßner aaO § 353 Rdn. 19; Wohlers aaO § 353 Rdn. 25 f; Frisch in SK-StPO vor § 296 Rdn. 287 ff). Auf Widerspruchsfreiheit zwischen den zu treffenden neuen Feststellungen zur Tötung von Lisa-Marie K. und den aufrecht erhaltenen Feststellungen zur Tötung des Hannes K. im Urteil der 1. Großen Strafkammer vom 13. Juli 2005 kommt es mithin nicht an, so dass der neue Tatrichter nicht gehindert ist, etwa auch das Vorliegen des Mordmerkmals "niedrige Beweggründe" erneut zu prüfen. 10

3. Der Senat hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache an ein anderes Landgericht zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alt.). 11