

HRRS-Nummer: HRRS 2021 Nr. 1144

Bearbeiter: Karsten Gaede/Julia Heß

Zitiervorschlag: HRRS 2021 Nr. 1144, Rn. X

## BGH 2 StR 140/21 - Beschluss vom 31. August 2021 (LG Frankfurt am Main)

**Grundsätze der Strafzumessung (Wechselwirkung zwischen der verhängten Strafe und einer Maßregel der Besserung und Sicherung; drohender Widerruf der Strafrestaussatzung der lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessensentscheidung); Verhältnismäßigkeit, lebenslange Freiheitsstrafe, drohender Widerruf); Widerruf der Strafaussatzung (Widerrufsentscheidung).**

§ 46 StGB; § 66 StGB; § 56f StPO

### Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Anordnung der Unterbringung eines Angeklagten in der Sicherungsverwahrung ist auch in Fällen des § 66 Abs. 3 StGB neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht generell ausgeschlossen. Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird jedoch bei Ermessensentscheidungen nach § 66 Abs. 3 StGB eine einzelfallbezogene Prüfung vorausgesetzt, ob für die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe ein Sicherheitsbedarf besteht.

2. Bei Widerrufsentscheidungen bezüglich einer lebenslangen Freiheitsstrafe ist die besondere Situation des Verurteilten zu berücksichtigen, wonach im Fall des Widerrufs nicht lediglich ein zeitiger Strafrest zu verbüßen ist, sondern der Verurteilte wieder in eine zeitlich unbeschränkte Haft genommen wird. Deshalb kann nicht jede in der Bewährungszeit begangene Straftat zum Widerruf der Strafrestaussatzung führen, sondern nur ein erhebliches Gewaltdelikt oder eine sonst besonders schwere Straftat.

### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 16. November 2020 im Rechtsfolgenausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die getroffenen Feststellungen aufrechterhalten.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Dagegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit der Sachrüge. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Straf- und Maßregelausspruchs mit Ausnahme der dazu getroffenen Feststellungen; im Übrigen ist es unbegründet.

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Am 5. Januar 2020 beabsichtigte der Angeklagte, der nach Teilvollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe durch Beschluss der zuständigen Strafvollstreckungskammer vom 17. Juni 2019 bedingt entlassen worden war, zusammen mit C., einem Mitbewohner seines Wohnheims, Alkohol zu kaufen. Beide fuhren mit der U-Bahn zu einer Aral-Tankstelle. Dort stand der wegen halbseitiger Lähmung auf einen Rollstuhl angewiesene W., ein weiterer Bewohner desselben Wohnheims, und wollte ebenfalls Alkohol kaufen. Weil die Aral-Tankstelle geschlossen hatte, entschlossen sich der Angeklagte und C. dazu, auch W. zum Alkoholerwerb an einer Shell-Tankstelle zu verhelfen. Sie fuhren gemeinsam mit der U-Bahn dorthin, wo W. dem Angeklagten 20 Euro für seinen Alkoholkaufoushändigte. Der Angeklagte und C. gingen in das Tankstellengebäude. W. blieb wegen Hausverbots draußen und begab sich aus unbekanntem Grund bald zurück zur U-Bahn-Haltestelle. Dort überquerte er die Bahngleise und stellte sich auf die für die Rückfahrt falsche Bahnsteigseite. Der Angeklagte und C. begaben sich nach dem Alkoholkaufo zu einer Bank am anderen Bahnsteig und bemerkten W. auf der Gegenseite. Dieser befürchtete, der Angeklagte und C. wollten sich mit dem von seinem Geld gekauften Alkohol entfernen, weshalb er zu schimpfen begann und den Angeklagten als Dieb

bezeichnete. Der Angeklagte wollte W. auf die richtige Seite des Bahnsteigs holen, während der betrunkene C. auf der Bank sitzen blieb. Der Angeklagte ging auf W. zu, der weiter schimpfte, was den Angeklagten wütend machte. Er fürchtete zwar auch um den Widerruf der Strafrestausssetzung zur Bewährung, ärgerte sich aber vor allem über die Undankbarkeit von W. Er fasste deshalb die Rollstuhlgriffe und schob sein überraschtes Opfer schwungvoll in das einen Meter tiefer gelegene Gleisbett. Dabei schaute er sich nicht um, ob eine U-Bahn kommen würde, die zu jener Zeit in einem 5-MinutenTakt verkehrte. Dem Angeklagten war bewusst, dass W. durch den kopfüber erfolgenden Sturz lebensgefährlich verletzt und hierdurch oder anschließend durch eine einfahrende U-Bahn getötet werden könnte; das nahm er aus Gleichgültigkeit in Kauf.

W. schlug mit dem Kopf voran auf das Gleisbett und blieb unter dem Rollstuhl eingeklemmt liegen. Der Angeklagte entfernte sich schlendernd und rauchend über die Gleise, ohne sich um den Geschädigten zu kümmern. Eine Minute später fuhr der Zeuge M. mit seiner U-Bahn ein. Er konnte den Geschädigten, der den Arm erhoben hatte, früh genug erkennen, um rechtzeitig anzuhalten. Die U-Bahn kam zwei Meter vor W. zu stehen. M. befreite zusammen mit Fahrgästen den Geschädigten aus seiner Lage. Der Angeklagte und C. beobachteten kurz diese Szene und stiegen dann in eine in Gegenrichtung fahrende U-Bahn ein. 4

2. Das Landgericht hat die Tat als versuchten Totschlag gemäß §§ 212, 22 StGB bewertet. Einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch hat es ausgeschlossen, weil der Versuch beendet gewesen sei und der Angeklagte nicht zu einer Rettungsmaßnahme angesetzt habe. Tateinheitlich habe er eine gefährliche Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen. 5

## II.

Das Rechtsmittel des Angeklagten gegen dieses Urteil ist unbegründet, soweit es sich gegen den Schuldspruch richtet. Es führt jedoch zur Aufhebung des Straf- und Maßregelausspruchs. 6

1. Die Strafzumessung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. 7

a) Das Landgericht hat das Vorliegen eines minder schweren Falles des versuchten Totschlags verneint, aber den Strafrahmen nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB gemildert. Zugunsten des Angeklagten hat es gewürdigt, dass er die Tat eingeräumt und Reue gezeigt habe, der Geschädigte nur geringe physische Verletzungen erlitten habe und der Angeklagte wegen seines hohen Alters haftempfindlich sei. Zu seinem Nachteil hat es gewertet, dass er erheblich vorbestraft ist, die Tat nur rund ein halbes Jahr nach der bedingten Entlassung aus der Haft wegen einer lebenslangen Freiheitsstrafe begangen und deshalb unter Bewährung gestanden habe; zudem falle ins Gewicht, dass der Geschädigte erhebliche psychische Beeinträchtigungen erlitten habe. 8

b) Bei dieser Strafzumessung hat das Landgericht nicht als bestimmenden Strafzumessungsgrund berücksichtigt, dass zugleich mit der Verhängung einer hohen Freiheitsstrafe für den Angeklagten auch dessen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet wurde. Das ist rechtsfehlerhaft. 9

aa) Zu den bei der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB zu berücksichtigenden Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Angeklagten in der Gesellschaft zu erwarten sind, gehört im Einzelfall auch die Wechselwirkung zwischen der verhängten Strafe und einer Maßregel der Besserung und Sicherung. Die Strafhöhe kann auch durch diese Wechselwirkung beeinflusst werden (vgl. Bruns/Güntge, Das Recht der Strafzumessung, 3. Aufl., Kap. 6 Rn. 23; NK-StGB/Streng, 5. Aufl., § 46 Rn. 32). Die Sanktionen müssen nicht nur einzeln, sondern auch zusammen angemessen sein (vgl. Schönke/Schröder/Kinzig, StGB, 30. Aufl., § 46 Rn. 70). Das ist in einer Gesamtschau zu bewerten (vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., Rn. 724). 10

bb) Zwischen einer Freiheitsstrafe und der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung besteht zwar nicht zwingend in jedem Fall eine Abhängigkeit dergestalt, dass dies eine getrennte Beurteilung ausschließen würde (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1994 - 3 StR 679/93, BGHR StGB § 66 Strafausspruch 1). Jedoch kann im Einzelfall nicht auszuschließen sein, dass die zu verhängende Freiheitsstrafe bei einer gleichzeitigen Anordnung der Maßregel niedriger ausfallen kann (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2005 ? 4 StR 184/05, NStZ-RR 2005, 337, 338; Urteil vom 19. Juni 2008 ? 4 StR 114/08, NJW 2008, 3008, 3010). 11

Ein solcher Fall liegt hier vor; denn es war zu bedenken, dass der Angeklagte zurzeit des tatrichterlichen Urteils bereits 69 Jahre alt war, gegen ihn eine hohe Freiheitsstrafe verhängt wurde und die zusätzliche Maßregelanordnung dazu beiträgt, dass er voraussichtlich erst in einem hohen Alter in die Freiheit entlassen werden wird. Jedenfalls bei dieser Sachlage stellt die gleichzeitige Maßregelanordnung nach § 66 Abs. 3 StGB auch einen bestimmenden Strafzumessungsgrund dar. Insoweit erweist sich die Urteilsbegründung des Landgerichts, die nicht die notwendige Gesamtschau mitteilt, als lückenhaft. 12

- cc) Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Strafkammer bei Berücksichtigung der Kumulation freiheitsentziehender Sanktionen eine niedrigere Freiheitsstrafe verhängt hätte. 13
- c) Der neue Tatrichter wird bei der Strafzumessung auch zu erwägen haben, ob und inwieweit es sich auf die Strafhöhe auswirkt, dass dem Angeklagten der Widerruf der Strafrestaussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung droht, was ihm bei der Tatbegehung bewusst war (vgl. Senat, Urteil vom 17. Februar 2021 - 2 StR 294/20, in juris). 14
2. Auch der Maßregelausspruch ist durchgreifend rechtsfehlerhaft. 15
- a) Allerdings liegen die formellen und materiellen Voraussetzungen der Maßregel vor. Der Angeklagte wird wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt, die sich gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Opfers gerichtet hat (§ 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Er ist zwar nicht bereits früher wegen zwei Taten im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) oder b) verurteilt worden (§ 66 Abs. 1 Nr. 2 StGB), sondern nur wegen einer solchen Tat; das hindert aber nur eine zwingende Maßregelverordnung nach § 66 Abs. 1 StGB, nicht die fakultative Anordnung gemäß § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB. Die Voraussetzung der Vorverurteilung von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe (§ 66 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Satz 1 StGB) ist erfüllt. Schließlich ist die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten durch das Landgericht dahin, dass der Angeklagte infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist (§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB), rechtlich nicht zu beanstanden. 16
- b) Die Ermessensentscheidung des Landgerichts gemäß § 66 Abs. 3 StGB ist aber rechtsfehlerhaft, weil es nicht geprüft hat, ob die neue Freiheitsstrafe neben der lebenslangen Freiheitsstrafe aus der Vorverurteilung, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, deren Widerruf droht, zur Abwehr einer Rückfallgefahr ausreicht. 17
- aa) Die Anordnung der Unterbringung eines Angeklagten in der Sicherungsverwahrung ist auch in Fällen des § 66 Abs. 3 StGB neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht generell ausgeschlossen (vgl. Senat, Urteil vom 28. Juni 2017 - 2 StR 178/16, BGHSt 62, 211, 215 ff. mit Anm. Kett-Straub, JZ 2018, 101 ff.; BGH, Urteil vom 28. Juni 2017 - 5 StR 8/17, NSTZ 2017, 524, 525 f. mit Anm. Hinz, JR 2018, 492 ff.; für § 66 Abs. 1 StGB BGH, Urteil vom 24. Oktober 2013 - 4 StR 124/13, BGHSt 59, 56, 59 ff.). Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird jedoch bei Ermessensentscheidungen nach § 66 Abs. 3 StGB eine einzelfallbezogene Prüfung vorausgesetzt, ob für die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe ein Sicherheitsbedarf besteht (vgl. Senat, Urteil vom 25. Juli 2012 - 2 StR 111/12, BGHR StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 8; Beschlüsse vom 12. Dezember 2012 - 2 StR 325/12 und vom 24. Januar 2017 - 2 StR 459/16, jeweils in juris). 18
- bb) Hier geht es zwar nicht, wie in den bisherigen Entscheidungen, um eine Maßregelverordnung neben der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe, wohl aber um eine solche nach einer lebenslangen Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt ist, wobei aber deren Widerruf droht. 19
- (1) Bei Widerrufsentscheidungen bezüglich einer lebenslangen Freiheitsstrafe ist die besondere Situation des Verurteilten zu berücksichtigen, wonach im Fall des Widerrufs nicht lediglich ein zeitiger Strafrest zu verbüßen ist, sondern der Verurteilte wieder in eine zeitlich unbeschränkte Haft genommen wird. Deshalb kann nicht jede in der Bewährungszeit begangene Straftat zum Widerruf der Strafrestaussetzung führen, sondern nur ein erhebliches Gewaltdelikt oder eine sonst besonders schwere Straftat (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 10. November 2011 ? III-1 Ws 573/11, NSTZ 2012, 350, 351; KG, Beschluss vom 8. September 2003 ? 5 Ws 348/03, NSTZ 2004, 156 f.; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 9. April 2013 - 1 Ws 59/13 mit Anm. Groß, jurisPR-StrafR 21/2013 Anm. 2; BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, 50. Ed., § 56f Rn. 35). 20
- (2) Bei der vorliegenden Verurteilung wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung geht es um ein schwerwiegendes Gewaltdelikt, das eine Widerrufsentscheidung begründen könnte, weil es möglicherweise die der Strafrestaussetzung zugrundeliegende Prognose widerlegt. Die fünfjährige Bewährungszeit gemäß § 57a Abs. 3 Satz 1 StGB ist nicht abgelaufen. Daher droht dem Angeklagten der Widerruf der Strafrestaussetzung zur Bewährung. 21
- (3) Der drohende Widerruf der Strafrestaussetzung zur Bewährung wäre bei der Maßregelentscheidung nach § 66 Abs. 3 StGB auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) in Betracht zu ziehen, weil er möglicherweise bereits nach dem Ermessen des Tatgerichts das Sicherheitsbedürfnis erfüllt, das sonst der Maßregelverordnung zugrunde zu legen wäre. An dieser Prüfung fehlt es im angefochtenen Urteil. 22
- Das Landgericht hat sich mit Blick auf die von ihm verhängte zeitige Freiheitsstrafe und das Lebensalter des Angeklagten mit der Frage befasst, wie sich die Lage des Angeklagten im Vollzug künftig entwickeln könnte. Auf den drohenden Widerruf der Strafrestaussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe ist es jedoch nicht eingegangen. Das 23

ist ein Erörterungsmangel, auf dem die Maßregelentscheidung beruhen kann.

3. Die Aufhebung des Straf- und Maßregelausspruchs beruht auf Wertungsfehlern. Die auch im Übrigen <sup>24</sup> rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen sind davon unberührt und können gemäß § 353 Abs. 2 StPO aufrecht erhalten bleiben (vgl. KK-StPO/Gericke, 8. Aufl., § 353 Rn. 23; MüKoStPO/Knauer/Kudlich, § 353 Rn. 30). Der neue Tatrichter ist dadurch, wie üblich, nicht gehindert, ergänzende Feststellungen zu treffen, soweit diese nicht in Widerspruch zu den bisherigen Feststellungen stehen.