



5 StR 224/08

# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

vom 18. September 2008  
in der Strafsache  
gegen

wegen versuchten Mordes u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 18. September 2008, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Dr. Brause,  
Richter Schaal,  
Richterin Dr. Schneider,  
Richter Dölp

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt U.

als Verteidiger,

Rechtsanwalt W.

als Vertreter der Nebenklägerinnen,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägerinnen wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 10. Dezember 2007 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte freigesprochen und soweit er wegen unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln verurteilt worden ist.

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.

– Von Rechts wegen –

### **Gründe**

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Erwerbs und wegen unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln zu der Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen (Einzelstrafen von jeweils 60 Tagessätzen) zu je 18 Euro verurteilt. Die Schwurgerichtskammer hat den Angeklagten von dem weitergehenden, vom Brandenburgischen Oberlandesgericht in dessen Beschluss vom 17. Juli 2007 so zugelassenen Anklagevorwurf des versuchten Mordes durch Unterlassen freigesprochen. Gegen den Freispruch richten sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft, vertreten vom Generalbundesanwalt, und der Mutter und Schwester des Verstorbenen J. P. ; letztere haben sich dem Verfahren als Nebenklägerinnen angeschlossen. Die jeweils mit der Sachrüge begründeten Rechtsmittel haben Erfolg.

2                   1. Dem Angeklagten liegt zur Last, am 25. September 2005 den lebensbedrohlichen Zustand des auf der Couch in der Wohnung des Angeklagten liegenden J. P. erkannt zu haben und, ohne die notwendige ärztliche Versorgung zu organisieren, ihn in Tötungsabsicht in der Badewanne zurückgelassen zu haben, um ein Vergehen der unerlaubten Veräußerung von Betäubungsmitteln zu verdecken.

3                   2. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4                   a) Der 19 Jahre alte Student J. P. belieferte den 39-jährigen Angeklagten gelegentlich mit Marihuana. Der Angeklagte ist homosexuell orientiert; bei mit den Zeugen S. und O. ausgeführten sexuellen Handlungen war er stets der aktive Partner. Er hatte S. gefesselt und beiden Männern mehrmals mit der Armbeuge die Luft weggedrückt; O. hatte er zudem einmal eine Plastiktüte über den Kopf gestülpt. Gegenüber diesem Zeugen hatte der Angeklagte geäußert, dass J. P. „süß“ aussehe; er würde es gerne versuchen, P. „ins Bett zu kriegen“ (UA S. 36). O. hat weiter ausgesagt, der Angeklagte mache sich Leute mit Liquid Ecstasy (Gamma Hydroxy Buttersäure, GHB) gefügig. Er selbst habe GHB vom Angeklagten erhalten und freiwillig eingenommen.

5                   b) Der Angeklagte kaufte im Juni oder Juli 2005 in Berlin 100 ml flüssiges GHB in einer vollen Rachensprayflasche mit einem Pumpverschluss für 50 Euro. Dieses wollte O. benutzen. Zu einem späteren Zeitpunkt entschloss sich der Angeklagte, das GHB dem J. P. zu verkaufen. Nach Beendigung seiner Arbeit als Barkeeper am 25. September 2005 rief der Angeklagte um 5.33 Uhr J. P. an und teilte ihm mit, dass er GHB erworben habe, wonach ihn P. bereits Monate vorher gefragt hatte. Beide einigten sich darauf, dass P. ihm dafür zehn Gramm Marihuana überlasse. Der Angeklagte rief bis 6.40 Uhr noch weitere fünfmal bei P. an, der schließlich gegen 8.00 Uhr mit dem Fahrrad beim Angeklagten eintraf.

Marihuana und GHB wurden in der Wohnküche auf dem Couchtisch deponiert. Der Angeklagte und P. gaben sich dem Genuss von Drogen hin (Marihuana und „Pillen“; P. zusätzlich Kokain und Bier). P. versendete zwischen 8.20 Uhr und 11.24 Uhr elektronische Kurzmitteilungen und unternahm Anrufversuche. Er war für 18.00 Uhr mit seiner Großmutter verabredet. Um 10.15 Uhr sicherte er D. zu, bei ihr, wie vorgesehen, um 16.00 Uhr zum gemeinsamen Kochen zu erscheinen. Das Mobiltelefon des P. war um 14.00 Uhr ausgeschaltet. J. P. verstarb zu einem nicht genauer festzustellenden Zeitpunkt.

6 c) Der Angeklagte rief um 17.30 Uhr bei seinem Arbeitgeber an und teilte mit, dass er seinen Dienst verspätet antreten werde. Er kehrte um 0.30 Uhr in die Wohnung zurück und kleidete den in der Badewanne nackt zurück gelassenen Leichnam des J. P. wieder an. Beim Aufräumen bemerkte der Angeklagte, dass die mit GHB gefüllte Flasche nur noch halbvoll war. Er warf die Flasche weg. Der Angeklagte verpackte den Leichnam in Müllsäcke und Abdeckfolie und sammelte alle persönlichen Gegenstände des Verstorbenen zusammen. Er verbrachte den Leichnam mittels einer angemieteten Sackkarre und eines Transporters in ein Waldgebiet bei Zerpenschleuse, nachdem er zur Tarnung einen Transport einer Musikbox und eines Tisches vorgenommen hatte. Die persönlichen Gegenstände des Toten entsorgte er in verschiedenen Papierkörben Berlins, das Fahrrad schloss er an einen Lichtmast an. Pilzsammler fanden den Leichnam des J. P. am 2. Oktober 2005.

7 d) Das Landgericht hat – übereinstimmend mit dem Eröffnungsbeschluss – zu Gunsten des Angeklagten angenommen, dass J. P. bereits um 17.00 Uhr verstorben war, als ihn der Angeklagte nach dessen Einlassung in der polizeilichen Vernehmung auf der Couch liegend vorgefunden hatte. Die Todesursache war nicht festzustellen. Bei dem Toten lag aber eine ausgeprägte Hirnschwellung vor, die auf einer Intoxikation beruhen, aber auch natürlichen Ursprungs sein könne. Die toxikologischen Untersu-

chungen haben neben einem einige Stunden zurückliegenden Kokaingebrauch todesnahe Aufnahme von Amphetamin, Ecstasy und Cannabis belegt. Eine letale Intoxikation durch Betäubungsmittel sei angesichts der festgestellten Konzentrationen unwahrscheinlich, eine drogenbedingte Todesursache könne aber wegen der Vielzahl der nachgewiesenen Substanzen auch nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Bereits die Aufnahme von GHB habe nicht nachgewiesen werden können. Eine solche sei allerdings auch nicht auszuschließen. Eine durch GHB bedingte toxische Überdosierung

– von 3 Gramm in Reinflüssigkeit – sei unwahrscheinlich. Die hohe GHB-Konzentration in der Fäulnisflüssigkeit des Herzens und der vergleichsweise niedrige Wert im Hirngewebe sprächen für eine erhebliche natürliche postmortale Neubildung von GHB in der Leiche. Eine kleine oberflächliche Unterblutung im Unterhautfettgewebe am Hals im Bereich des Kopfwendmuskels sei kein Hinweiszeichen auf komprimierende Gewaltanwendung; diese könne auch in postmortalem Zustand herbeigeführt worden sein. Bedingt durch den Zustand fortgeschrittener Leichenfäulnis seien keine Hinweise auf eine komprimierende Gewaltanwendung erkennbar gewesen.

- 8 e) Die Schwurgerichtskammer hat sich trotz zahlreicher Verdachtsmomente, Merkwürdigkeiten und des gegen die Richtigkeit der Einlassung des Angeklagten sprechenden planmäßigen und aufwändigen Vorgehens zur Beseitigung der Leiche keine Gewissheit über einen anderen als den vom Angeklagten in seiner polizeilichen Vernehmung geschilderten Geschehensverlauf bilden können. Dem Angeklagten sei nicht zu widerlegen, dass er gegen 17.00 Uhr durch einen Weckruf seines Mobiltelefons aufgewacht sei und den auf der Couch bäuchlings liegenden J. P. für schlafend gehalten habe. Auf stärkeres Rütteln habe jener nicht reagiert. Den Angeklagten habe Panik überfallen; er habe J. für bewusstlos gehalten, eine lebensbedrohliche Lage aber nicht angenommen. Er habe J. ins Badezimmer gezogen und den Kopf abgebraust. Um die Weckversuche zu intensivieren, habe er J. komplett ausgezogen, in die Badewanne gelegt und

den gesamten Körper mehrmals von oben bis unten mit kaltem Wasser abgeduscht. Nach ungefähr drei bis fünf Minuten habe er aufgegeben und erkannt, dass J. P. verstorben und nicht mehr zu retten gewesen sei. Einen Arzt oder die Polizei habe er nicht gerufen, weil er Angst gehabt habe. Unmittelbare Beweise für sexuelle Handlungen gebe es nicht.

9                    3. Die Revisionen haben Erfolg. Wegen untrennbaren Zusammenhangs der zum Freispruch getroffenen Feststellungen mit denjenigen, die den zweiten Tatvorwurf tragen und ebenfalls auf den polizeilichen Angaben des Angeklagten beruhen, ist der Schuldspruch wegen unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln ebenfalls aufzuheben.

10                    Die Beweiswürdigung des Landgerichts hält der sachlichrechtlichen Prüfung nicht stand. Das Revisionsgericht muss es zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn der Tatrichter einen Angeklagten freispricht, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob diesem Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlichrechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (BGH NJW 2006, 925, 928 m.w.N., insoweit in BGHSt 50, 299 nicht abgedruckt). Der Überprüfung unterliegt ebenfalls, ob das Landgericht überspannte Anforderungen an die für die Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 147; BGH NStZ 2004, 35, 36; BGH wistra 1999, 338, 339; jeweils m.w.N.). Ein Rechtsfehler kann auch darin liegen, dass der Tatrichter einer Einlassung kritiklos gefolgt ist (vgl. BGHSt 50, 80, 85) oder eine nach den Feststellungen nicht nahe liegende Schlussfolgerung gezogen hat, ohne konkrete Gründe anzuführen, die diese stützen können. Denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Sachverhalte zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichenden Anhaltspunkte vorhanden sind (vgl. BVerfG – Kammer – Beschluss vom 8. November 2006 – 2 BvR 1378/06; BGHSt 51, 324,

325 m.w.N.; BGH wistra 2008, 22, 24). Solche Rechtsfehler liegen hier vor, soweit das Landgericht die Vornahme homosexuell motivierter Gewalthandlungen durch den Angeklagten ausgeschlossen hat.

11 a) Das Landgericht hat die Schwellung des Gehirns des 19 Jahre alten, offensichtlich gesunden J. P. als – neben einer Intoxikation – auch auf einer natürlichen Ursache beruhend angesehen. Damit hat die Schwurgerichtskammer – ohne irgendeinen Anhaltspunkt hierfür angeben zu können – indes lediglich auf eine fern liegende hypothetische Möglichkeit abgestellt (vgl. BGH NJW 2008, 2199; BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – 3 StR 159/08 Rdn. 6).

12 b) Soweit das Landgericht komprimierende Gewalt als Todesursache ausgeschlossen hat, ist seine dieses Ergebnis stützende Würdigung mit einem Wertungsfehler behaftet und lückenhaft.

13 Das Fehlen von Spuren komprimierender Gewalt durfte für den Angeklagten nicht maßgeblich entlastend gewertet werden. Solches setzte die Möglichkeit voraus, einschlägige Anzeichen überhaupt zu erkennen, was hier indes wegen der bereits eingetretenen Fäulnis der Leiche nicht möglich gewesen ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2004 – 5 StR 490/03; Brause NStZ 2007, 505, 507).

14 Die Beweiswürdigung der Schwurgerichtskammer ist ferner lückenhaft, soweit sie es unterlassen hat, die Neigung des Angeklagten zu einschlägiger – wenn auch bisher einverständlich ausgeübter – Gewalt in ihre Wertung mit einzubeziehen.

15 c) Das Landgericht hat zudem nicht bedacht, dass das Entstehen von Gehirnschwellungen regelmäßig mit massiven Eingriffen in die Blutzufuhr zum Gehirn oder den Abfluss von Blut aus dem Gehirn verbunden ist, wie es Drossel- oder bei Kleinkindern Schüttelvorgänge bewirken (vgl. etwa nur



BGH NStZ 2004, 330, 331; 2007, 405; BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – 5 StR 154/04 – und vom 3. Juni 2008 – 1 StR 59/08 Rdn. 4), was die Wahrscheinlichkeit der Verursachung durch eine Gewalthandlung auf der Grundlage gesicherten medizinischen Erfahrungswissens erhöht. Auch dies begründet einen auf die Sachrüge zu beachtenden Rechtsfehler.

16 In Verurteilungsfällen verlangt das verfassungsrechtlich verankerte Gebot rational begründeter und tatsächengestützter Beweisführung die Einbeziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse, insbesondere aus kriminalistischen, forensischen und aussagepsychologischen Untersuchungen gewonnener Erfahrungsregeln in die Beweiswürdigung (vgl. BVerfG – Kammer – NJW 2003, 2444, 2445; BGH NJW 2007, 384, 387, insoweit in BGHSt 51, 141 nicht abgedruckt: „unbezweifelbares Erfahrungswissen“). Dies erscheint auch geboten, weil zur Widerlegung der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 19, 342, 347) und Art. 6 Abs. 2 MRK ergebenden Unschuldsvermutung der Wert der Belastungsbeweise durch die Anwendung der jeweils vorhandenen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu bestimmen und dadurch zu härten ist (vgl. Brause aaO).

17 Unter Berücksichtigung des Zweifelsgrundsatzes entspricht dem die Sach- und Rechtslage in den Freispruchsfällen nicht uneingeschränkt (vgl. BGH NJW 2006, 925, 928). Indes hat auch ein freisprechendes Urteil die Beweise erschöpfend zu würdigen (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 27). Solches setzt die Erfüllung der dem Tatgericht obliegenden Aufgabe voraus, eine Entscheidung über die Strafbarkeit des Angeklagten zu treffen. Dabei hat es seine Feststellungen unter Heranziehung fundierten Erfahrungswissens zu treffen, das in der Regel beweismäßig beachtliche Wahrscheinlichkeiten – hier zu Lasten des Angeklagten – begründet (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung, unzureichende 16; BGH wistra 2002, 260, 262; 2007, 18, 19 f.; 2008, 22, 24; StV 2008, 182, 184; BGH, Urteile vom 16. März 2004 – 5 StR 490/03 –, vom 31. Januar 2007 – 5 StR 404/06 Rdn. 26; vgl. auch Brause aaO). In der Sache handelt es sich um eine nicht

erschöpfende Bewertung eines fehlerfrei festgestellten Umstands, weil eine diesem innewohnende Eigenschaft übersehen worden ist (vgl. BGH StV 2008, 182, 184; BGH, Urteil vom 31. Januar 2007 – 5 StR 404/06 Rdn. 23 bis 26). So liegt es hier.

18 Das Landgericht hat komprimierende Gewalt lediglich als eine von mehreren Ursachen der Gehirnschwellung erwogen und dabei das medizinische Erfahrungswissen außer Acht gelassen, dass bei dem erwachsenen Opfer drosselnde Gewalt eher deren regelhafte Ursache ist. Die Schwurgerichtskammer hat mithin die der festgestellten Gehirnschwellung innewohnende Eigenschaft übersehen, dass diese mit höherer Wahrscheinlichkeit durch komprimierende Gewalt verursacht wird.

19 Anderes würde gelten, falls – jenseits der durch § 267 Abs. 5 StPO gebotenen Darlegungen (vgl. BGH NJW 2008, 2792, 2793, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) – eine nicht vollständige Tatsachengrundlage die Annahme eines belastenden Umstands verhindert und solches die zusätzliche Aufklärung weiterer Umstände notwendig gemacht hätte. Um einen solchen Fehler erfolgreich zu rügen, bedürfte es der Erhebung einer Aufklärungsrüge.

20 d) Die Schlussfolgerung des Landgerichts, es sei nicht bewiesen, dass J. P. überhaupt GHB zu sich genommen hat, ist nicht tatsächengestützt. Nach der Wertung des Sachverständigen, der das Landgericht folgt, ist das Gegenteil, dass P. GHB konsumiert hat, ebenfalls nicht ausgeschlossen. Bei dieser – hinsichtlich des Rauschgiftkonsums – offenen Beweislage hätte es der Würdigung der festgestellten Umstände bedurft, dass der Angeklagte in der Vergangenheit bei riskanten Sexpraktiken seinem Partner GHB angeboten hatte und solches vor dem Tod des J. P. nach eigenen Angaben des Angeklagten konsumiert worden ist. Auf andere Art wäre nämlich die aufgrund seiner Angaben festgestellte Tatsache nicht erklärlich, dass das ursprünglich volle 100 ml fassende Fläschchen nach

dem Tod P. s halb leer gewesen ist. Einen heimlichen Konsum P. s in höherer Dosierung, der schnell zur Bewusstlosigkeit und Handlungsunfähigkeit geführt hätte, hat das Landgericht ebenfalls nicht angenommen. Eine solche Selbstschädigung läge vor dem Hintergrund der von P. noch für den 25. September 2005 verabredeten Aktivitäten, Besuche bei einer Freundin und der Großmutter, auch fern.

21 e) Soweit das Landgericht ein Entkleiden des ohnmächtigen J. P. im Badezimmer – nach erfolglosem Abduschen des Kopfes mit kaltem Wasser – zur Intensivierung der Weckversuche angenommen hat, folgt es ohne jeden Anhaltspunkt der Einlassung des Angeklagten. Auch dies ist bei der hier gegebenen Beweislage fehlerhaft, weil das Landgericht nicht erwogen hat, dass es der geäußerten Absicht des Angeklagten entsprochen hat, als aktiver Partner mit J. P. homosexuelle Aktivitäten durchzuführen. Das Entkleiden war hingegen für die vom Angeklagten behaupteten fortgesetzten Wiederbelebungsbemühungen zumal in panikartiger Situation (UA S. 28) augenfällig unsinnig.

22 4. Die somit aufgrund rechtsfehlerhafter Erwägungen ausgeschlossene komprimierende Gewaltanwendung, der ausgeschlossene Konsum von GHB und die unterlassene Würdigung der Entkleidung des J. P. zur Vornahme sexueller Handlungen nötigen zu neuer Aufklärung und Bewertung aller Tatumstände, insbesondere der, die eine Entstehung des Todes im Rahmen riskanter homosexuell orientierter Handlungen begründen können.

23 5. Bei – zu erwartendem – Fehlen eines Geständnisses wird für das neue Tatgericht bei gleicher Beweislage hinsichtlich des vorherigen Sexualverhaltens des Angeklagten freiwilliger GHB-Konsum und eine Zustimmung zur Gewaltanwendung durch den Verstorbenen zu erwägen sein. Die Annahme einer vom Angeklagten vorsätzlich herbeigeführten, rasch eine Ohnmacht bewirkenden Überdosierung läge fern. Die vom Angeklagten durch sein Vorverhalten belegten riskanten Sexualhandlungen waren eher auf eine

willentliche Unterwerfung durch den Sexualpartner ausgerichtet, was einer bewussten Herbeiführung einer Ohnmacht durch Drogen entgegenstünde. Indes erschiene ein GHB-Konsum – sogar durch den Angeklagten – zum Abbau von Hemmungen und zur sexuellen Stimulierung (vgl. Körner, BtMG 6. Aufl. C 1 Rdn. 607; Malek, Betäubungsmittelstrafrecht 3. Aufl. S. 20 f. Rdn. 43) nicht ausgeschlossen.

24 Bei der Prüfung einer Anwendung des § 227 StGB wird entsprechend den in BGHSt 49, 34, 44; 166, 171 ff. niedergelegten Maßstäben das Fehlen einer rechtfertigenden Wirkung einer Einwilligung gemäß § 228 StGB zu erwägen sein. Dabei wird vorliegend eine Anwendung komprimierender Gewalt als sittenwidrige Tat nur bei damit verbundener konkreter Todesgefahr angenommen werden können. Eine Einwilligung des J. P. zur Ausführung solcher Gewalt stünde nach der in BGHSt 49, 166, 175 f. gefundenen Rechtsauffassung einer Verurteilung gemäß § 222 StGB nicht entgegen.

25 Bei Annahme komprimierender todesverursachender Gewalt durch den Angeklagten scheiden alle ein Tötungsdelikt durch Unterlassen begründenden Tatvarianten naheliegend aus (vgl. auch BGH NJW 2003, 1060 f. für den Fall der Annahme bedingten Tötungsvorsatzes). Auf die vom Angeklagten behaupteten Rettungsbemühungen wird es aus tatsächlichen Gründen eher nicht ankommen (vgl. BGHSt 47, 243; BGH, Urteil vom 1. Juli 2008 – 1 StR 654/07 Rdn. 34).

26

Der Senat weist darauf hin, dass der Zugriff des Angeklagten auf Gegenstände, die im Eigentum des Verstorbenen gestanden hatten, und das Ablegen der Leiche im Wald (zu einer möglichen Strafbarkeit gemäß § 168 StGB vgl. BGH NStZ 1981, 300) nicht Gegenstand der Anklage sind.

Basdorf

Brause

Schaal

Schneider

Dölp