

SCHRIFTLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.
Strafrecht und Strafprozessrecht
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten

Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassistent);

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Passau;

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ.

Luzern); Akad. Rat Dr. Lutz Eidam, LL.M.

(Univ. Tübingen); Dr. Antje du Bois-

Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cambridge);

Prof. Dr. Diethelm Kleczewski (Univ.

Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ.

Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank

Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo

Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf

Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Friedrich Graf von

Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger

(Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling,

(Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph

Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-

Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.

Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Johannes Kaspar*, Augsburg – „**Eigenverantwortliche Selbstgefährdung**“ bei missbräuchlichem Konsum ärztlich verschriebener **Substanzen** Anm. zu BGH HRRS 2014 Nr. 222 S. 436

Prof. Dr. *Uwe Murmann*, Göttingen – **Zum Mordmerkmal der Heimtücke** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2012 Nr. 1065 S. 442

Entscheidungen

BVerfG **Anforderungen an die Schmähkritik gegenüber einer RichterIn**

BVerfG **Effektivität des Wiederaufnahmeverfahrens**

BGHSt **Freiheitsberaubung durch Polizeibeamte**

BGHSt **Betrug durch mangelnde Aufklärung vor Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung**

BGHSt **Beistand eines Verteidigers vor dem Revisionsgericht**

BGH **Notstand beim unerlaubten Entfernen vom Unfallort**

BGH **Mitteilungspflichten nach Verständigungsgesprächen trotz Besetzungswechsels**

BGH **Richtlinienkonforme Auslegung des Arzneimittelbegriffs**

BGH **Untreue durch Rechtsanwälte**

Die Ausgabe umfasst 80 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für **Höchstrichterliche
Rechtsprechung zum Strafrecht**
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Akad. Rat Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Univ. Tübingen); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Friedrich Graf von Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

15. Jahrgang, November 2014, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

983. BVerfG 1 BvR 482/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. Juli 2014 (OLG Düsseldorf / LG Duisburg)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (enge Auslegung des Begriffs der Schmähkritik; kritische Äußerung über eine Richterin in einem Zivilprozess; Recht auf polemische Zuspitzung; mehrdeutige Äußerungen; überschaubarer Adressatenkreis; „Kampf ums Recht“).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

1. Die Einstufung einer Äußerung als Schmähkritik, die ohne einzelfallbezogene Abwägung zur Strafbarkeit der Aussage führt, ist nur dann mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar, wenn der Begriff der Schmähkritik eng ausgelegt wird. Daher muss auch bei einer überzogenen oder ausfälligen Kritik hinzutreten, dass nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung

der Person im Vordergrund steht und die persönliche Kränkung das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängt.

2. Bei der Äußerung eines Prozessbeteiligten in einem Schadensersatzprozess, es müsse verhindert werden, dass die Richterin auf eine schiefe Bahn gerate, handelt es sich zwar um polemische und überspitzte Kritik, bei der jedoch die Auseinandersetzung in der Sache im Vordergrund steht, soweit der Beteiligte damit einem von ihm verfolgten sachlichen Anliegen Nachdruck verleihen will.

3. Die genannte Äußerung ist mehrdeutig und kann nicht ausschließlich dahingehend verstanden werden, dass der betroffenen Richterin damit die künftige Begehung von Straftaten unterstellt werde. Eine Verurteilung auf der Grundlage dieser Auslegung verletzt daher die Meinungsfreiheit.

4. Bei der grundsätzlich erforderlichen Abwägung zwischen Ehrschutz und Meinungsfreiheit darf nicht außer Betracht bleiben, dass eine Äußerung nur gegenüber einem überschaubaren Adressatenkreis kundgetan wurde und dass es in einem Gerichtsverfahren erlaubt ist, auch starke und eindringliche Ausdrücke zu benutzen, um seine Rechtsposition zu unterstreichen.

985. BVerfG 2 BvR 571/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Juli 2014 (LG Münster / AG Münster)

Wiederaufnahme eines Strafbefehlsverfahrens wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (Rechtsstaatsprinzip; Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes; neue Tatsachen; Abgrenzung zu Rechtsanwendungsfehlern; Aufklärungspflicht des Wiederaufnahmegerichts).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 359 Nr. 5 StPO; § 373a Abs. 2 StPO; § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG; § 6 Abs. 3 Nr. 3 FeV

1. Das Rechtsinstitut der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens dient dem Ziel, den Konflikt zwischen materialer Gerechtigkeit und Rechtssicherheit angemessen zu lösen, die sich beide aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten. Das Wiederaufnahmegericht darf das Wiederaufnahmeverfahren nicht in dem Sinne ineffektiv machen, dass die Chancen des Verurteilten auf Erlangung eines gerechten Richterspruchs in Abweichung von dem Ziel des Wiederaufnahmeverfahrens wesentlich verschlechtert werden.

2. Bei Strafbefehlen ist für die Frage, ob neue Tatsachen und Beweismittel beigebracht sind, auf die Aktenlage abzustellen. Im Wiederaufnahmeverfahren gegen einen Strafbefehl ist es wegen des summarischen Charakters des Strafbefehlsverfahrens rechtsstaatlich geboten, sich aus den Akten aufdrängende, klar auf der Hand liegende Fehler bei der Tatsachenfeststellung zu berücksichtigen.

3. Ob eine Tatsache im wiederaufnahmerechtlichen Sinne neu ist, beurteilt sich allein danach, ob das Gericht sie bereits bei der Urteilsfindung verwertet hat. Neu ist damit grundsätzlich alles, was der Überzeugungsbildung des Gerichts nicht zugrunde gelegt worden ist, auch wenn es ihr hätte zugrunde gelegt werden können.

4. Bleibt bei einem Strafbefehl wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis unklar, ob die für die Strafbarkeit maßgebliche Frage, ob die bauartbedingte Höchstgeschwindigkeit des geführten Fahrzeugs über 25 km/h lag, übersehen oder – unzutreffenderweise – stillschweigend bejaht worden ist, so darf das Wiederaufnahmegericht nicht ohne Weiteres von dem zweitgenannten Fall ausgehen, der eine Wiederaufnahme ausschließen würde, sondern muss die Zweifel freibeweislich aufklären.

984. BVerfG 2 BvR 64/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2014 (OLG München / LG Memmingen)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus der Maßregelunterbringung; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrund-

recht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Erheblichkeit; Grad der Wahrscheinlichkeit); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Führungsaufsicht; Auflagen und Weisungen; erfolgreich durchlaufene Lockerungen; Zuverlässigkeit und Absprachefähigkeit des Unterbrachten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht fort, auch wenn die angefochtene Entscheidung nicht mehr die aktuelle Grundlage für die Unterbringung bildet.

2. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der besonderen Verfahrensgarantien nach Art. 104 Abs. 2 bis Abs. 4 GG eingeschränkt werden. Eine Einschränkung kommt außerdem nur aus besonders gewichtigen Gründen in Betracht, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

3. Bei Prüfung der Aussetzungsreife einer Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und einzelfallbezogen gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die von dem Täter ausgehende Gefahr zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen.

4. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten künftig von dem Unterbrachten zu erwarten sind, wie ausgeprägt die Rückfallgefahr hinsichtlich Häufigkeit und Frequenz ist und wie schwer die bedrohten Rechtsgüter wiegen. Der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen. Ausreichend sind nur erhebliche rechtswidrige Taten.

5. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch mildere Maßnahmen wie insbesondere durch geeignete Auflagen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann.

6. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitsingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

7. Die von einem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist nicht in hinreichendem Maße konkretisiert, wenn das Gericht nicht darlegt, welche konkreten Taten im Einzelfall von dem Untergebrachten zu erwarten sind und inwiefern diese konkret das Merkmal der Erheblichkeit erfüllen würden. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei den Anlasstaten sowohl um Körperverletzungs- als auch um Beleidigungsdelikte handelte und der Fortdauerbeschluss ohne Spezifizierung des Deliktstyps nur ausführt, es seien gleichartige erhebliche Delikte zu erwarten.

8. Stützt sich eine Fortdauerentscheidung auf zu erwartende Körperverletzungsdelikte, so sind Ausführungen zu den Besonderheiten des Einzelfalls insbesondere dann erforderlich, wenn ein Gutachten die Wahrscheinlichkeit insoweit lediglich als gering einstuft, der Betroffene von der behandelnden Klinik als zuverlässig und absprachefähig beurteilt wird und sich bereits in Lockerungen bewährt hat und die Anlasstaten allein auf einen Konflikt zwischen dem Betroffenen und seiner früheren psychologischen Beraterin zurückzuführen sind.

986. BVerfG 2 BvR 689/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juli 2014 (OLG München)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung); externer Sachverständiger (Sollvorschrift; Abweichung nur in Ausnahmefällen; fehlende Bereitschaft des Untergebrachten zur Mitwirkung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 67e Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 4 StPO

1. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aus besonders gewichtigen Gründen und unter Beachtung strenger formeller Gewährleistungen eingeschränkt werden.

2. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG ergeben sich auch Mindestanforderungen für eine zuverlässige Wahrheitserforschung. So müssen alle Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen. Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung gilt auch für den Straf- und Maßregelvollzug.

3. Bei der Prognose über die Gefährlichkeit eines in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten ist das Gericht in der Regel verpflichtet, einen erfahrenen Sachverständigen hinzuzuziehen. Hiervon kann es auch bei einer turnusmäßigen Überprüfung der Unterbringung nach § 67e Abs. 2 StGB nur dann absehen, wenn im Einzelfall anderweitig eine hinreichende Gründlichkeit bei der Entscheidungsfindung gewährleistet ist.

4. Befindet sich der Untergebrachte seit langer Zeit in demselben psychiatrischen Krankenhaus, ist es in der Regel geboten, von Zeit zu Zeit einen anstaltsfremden

(„externen“) Sachverständigen hinzuzuziehen, um der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen vorzubeugen und um auszuschließen, dass Belange der Anstalt oder die Beziehung zwischen Untergebrachtem und Therapeuten das Gutachten beeinflussen.

5. Die verfassungsrechtliche Vorgabe einer regelmäßigen Begutachtung durch einen externen Sachverständigen wird durch die Vorschrift des § 463 Abs. 4 StPO konkretisiert und verfahrensrechtlich abgesichert. Die Einhaltung dieser Vorschrift ist ein Verfassungsgebot. Das Bundesverfassungsgericht prüft nach, ob die Fachgerichte bei ihrer Anwendung Bedeutung und Tragweite des Freiheitsgrundrechts erkennen und ihm angemessen zur Wirkung verhelfen.

6. Ein externes Gutachten als Grundlage einer jeweils nach fünf Jahren zu treffenden Prognoseentscheidung ist nach der Sollvorschrift des § 463 Abs. 4 StPO allenfalls in eng begrenzten Ausnahmefällen entbehrlich. So kann von einer externen Begutachtung etwa dann abgesehen werden, wenn ansonsten eine bevorstehende Entlassung des Untergebrachten verzögert würde oder wenn das Gericht bereits auf ein externes Gutachten zurückgreifen kann, das nach einer landesrechtlichen Regelung erstellt worden ist, die eine externe Begutachtung in kürzeren Zeitabständen vorsieht.

7. Die fehlende Bereitschaft des Untergebrachten zur Mitwirkung an einer externen Begutachtung macht diese regelmäßig nicht entbehrlich, weil auch ein ohne Mitwirkung des Betroffenen erstelltes Gutachten einen Beitrag zur Verbesserung der Prognosesicherheit des Gerichts leisten kann; denn der externe Sachverständige kann insbesondere Stellungnahmen der Klinik eigenständig bewerten und dabei seine gesteigerte Unvoreingenommenheit und kritische Distanz zur Geltung bringen.

987. BVerfG 2 BvR 1056/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2014 (OLG Hamm)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus der Maßregelunterbringung; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Begründungsanforderungen; Erörterung einer möglichen bedingten Entlassung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht fort, auch wenn der Betroffene zwischenzeitlich aus dem Maßregelvollzug entlassen worden ist.

2. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der besonderen Verfah-

rensgarantien nach Art. 104 Abs. 2 bis Abs. 4 GG eingeschränkt werden. Eine Einschränkung kommt außerdem nur aus besonders gewichtigen Gründen in Betracht, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

3. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG folgt, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden gerichtlichen Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben müssen, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht.

4. Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung kann Ausführungen dazu verlangen, welche Sicherungsmaßnahmen zur Verfügung stehen, mit denen die bedingte Entlassung eines im psychiatrischen Krankenhaus Unterbrachten zu verantworten ist. Solche Ausführungen sind etwa dann erforderlich, wenn bei einem seit nahezu acht Jahren aufgrund einer wahnhaften Störung Unterbrachten, der sich grundsätzlich therapiebereit zeigt und dessen Wahn sich ausschließlich auf seine Ehefrau bezieht, nach der Stellungnahme der Vollzugseinrichtung die Behandlungsmöglichkeiten zwar im Inland weitgehend ausgeschöpft sind, eine Behandlung im Herkunftsland unter den dortigen soziokulturellen Norm- und Wertevorstellungen jedoch Erfolg verspricht.

988. BVerfG 2 BvR 2632/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. August 2014 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung); Sachverständigen-gutachten (Erforderlichkeit bei Prognoseentscheidungen; Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen; Pflicht zur regelmäßigen Heranziehung eines „externen“ Sachverständigen; Berücksichtigung neuer Entwicklungen in der Person des Verurteilten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67d StGB; § 463 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 454 Abs. 2 StPO

1. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG, die auch im Verfahrensrecht Beachtung erfordert, ergeben sich Mindestanforderungen für eine zuverlässige Wahrheitserforschung. So müssen alle Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen. Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung gilt auch für die Fortdauer einer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

2. Wenn es um eine Prognoseentscheidung geht, bei der geistige und seelische Anomalien in Frage stehen, ist das Gericht in der Regel verpflichtet, einen erfahrenen Sachverständigen hinzuzuziehen. Um der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen entgegenzuwirken und um auszuschließen, dass anstaltsinterne Belange oder die Beziehung zwischen Therapeut und Unterbrachten das Gutachten beeinflussen, ist mit der Begutachtung von

Zeit zu Zeit ein anstaltsfremder („externer“) Sachverständiger zu beauftragen.

3. Die Einholung eines (externen) Sachverständigen-gutachtens kann – auch über die gesetzliche Regelung nach § 463 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. § 454 Abs. 2 StPO hinaus – von Verfassungs wegen geboten sein, insbesondere, wenn neuere Entwicklungen in der Person des Verurteilten oder der seit der letzten Begutachtung verstrichene Zeitraum die bisherige Gefahrenprognose beeinflussen können.

4. Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben sind verletzt, wenn eine Strafvollstreckungskammer auf die Einholung eines aktuellen, externen Sachverständigen-gutachtens verzichtet, obwohl das bislang einzige – noch im Rahmen der Hauptverhandlung eingeholte – psychiatrische Gutachten im Zeitpunkt der Fortdauerentscheidung bereits über 13 Jahre zurückliegt und der Unterbrachte während der seit viereinhalb Jahren vollstreckten Sicherungsverwahrung noch überhaupt nicht durch einen anstalts-externen Sachverständigen begutachtet worden ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Betroffene nunmehr bereit ist, seine Taten aufzuarbeiten und an therapeutischen Maßnahmen teilzunehmen.

989. BVerfG 2 BvR 2848/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juli 2014 (OLG Hamm / LG Bochum)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontroll-dichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Erheblichkeit; Grad der Wahrscheinlichkeit; fehlende Gewaltausübung durch den Unterbrachten); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Führungsaufsicht; Auflagen und Weisungen; nahezu 27 Jahre dauernde Unterbringung; ausgeschöpfte Behandlungsmöglichkeiten im Maßregelvollzug).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1. Der mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht Anordnung und Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Bei Entscheidungen über die Aussetzung der Maßregelvollstreckung ist ihm dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Unterbrachten einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und ein-zelfallbezogen gegeneinander abgewogen werden.

2. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten künftig von dem Unterbrachten zu erwarten sind, wie ausgeprägt die Rückfallgefahr hinsichtlich Häufigkeit und Frequenz ist und wie schwer die bedrohten Rechtsgüter wiegen. Der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen. Ausreichend sind nur erhebliche rechtswidrige Taten.

3. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch mildere Maßnahmen wie insbesondere durch geeignete Auflagen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann.

4. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitsingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

5. Die von einem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist nicht in hinreichendem Maße konkretisiert, wenn das Gericht ohne Benennung der konkret zu erwartenden Straftaten lediglich von der Gefahr gewalttätiger Übergriffe ausgeht, ohne zu thematisieren, dass der Betroffene die bei den Anlasstaten mitgeführten Werkzeuge lediglich zum Zweck der Drohung eingesetzt, niemanden verletzt, bei Gegenwehr regelmäßig die Flucht ergriffen und auch im Maßregelvollzug nie Gewalt ausgeübt hat.

6. Die Verhältnismäßigkeit der weiteren Unterbringung ist nicht in ausreichendem Maße begründet, wenn das Gericht nicht würdigt, dass auf den Betroffenen noch Jugendstrafrecht zur Anwendung gekommen ist, die Dauer der Unterbringung von nahezu 27 Jahren den Strafrahmen der verwirklichten Strafgesetze weit übersteigt und die Behandlungsmöglichkeiten im Maßregelvollzug ausweislich des letzten externen Sachverständigengutachtens weitgehend erschöpft sind.

6. Die Verhältnismäßigkeit der weiteren Unterbringung ist nicht in ausreichendem Maße begründet, wenn das Gericht nicht würdigt, dass auf den Betroffenen noch Jugendstrafrecht zur Anwendung gekommen ist, die Dauer der Unterbringung von nahezu 27 Jahren den Strafrahmen der verwirklichten Strafgesetze weit übersteigt und die Behandlungsmöglichkeiten im Maßregelvollzug ausweislich des letzten externen Sachverständigengutachtens weitgehend erschöpft sind.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1026. BGH 4 StR 473/13 – Urteil vom 4. September 2014 (LG Magdeburg)

BGHSt; Freiheitsberaubung durch Unterlassen durch Polizeibeamte nach nichtrichterlicher Ingewahrsamnahme oder Festnahme (Quasikausalität; Zurechnungszusammenhang; hypothetische Fortdauer der Freiheitsentziehung; vermeidbarer Verbotsirrtum hinsichtlich der Pflicht zur Wahrung des Richtervorbehalts; Abgrenzung Tun und Unterlassen; unverzügliche Vorführung vor einen Richter: Bedeutung der 12-Stundenfrist); Voraussetzungen der fahrlässigen Tötung; Verfahrensrüge der Abwesenheit eines Dolmetschers zugunsten der Nebenklage.

§ 13 Abs. 1 StGB; § 222 StGB; § 239 Abs. 1 und Abs. 4 StGB; § 17 StGB; Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG; § 163c Abs. 2 StPO; § 40 Abs. 2 SOG LSA

1. Hat es der hierfür verantwortliche Polizeibeamte unterlassen, nach einer ohne richterliche Entscheidung erfolgten Ingewahrsamnahme oder Festnahme, an der er selbst nicht beteiligt war, die für die Fortdauer der Freiheitsentziehung erforderliche unverzügliche Vorführung beim Richter vorzunehmen bzw. die für sie gebotene richterliche Entscheidung unverzüglich herbeizuführen, ist dies geeignet, den Vorwurf der Freiheitsberaubung durch Unterlassen zu begründen. (BGHSt)

2. Jedoch entfällt die Kausalität eines solchen Unterlassens jedenfalls dann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass der zu-

ständige Richter bei unverzüglicher Vorführung und rechtmäßiger Entscheidung – unter Ausschöpfung ihm zustehender Beurteilungsspielräume zugunsten des Angeklagten – die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte. (BGHSt)

3. Pflichtwidrig handelt, wer objektiv gegen eine Sorgfaltspflicht verstößt, die gerade dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts dient. Dabei bestimmen sich Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt nach den Anforderungen, die bei objektiver Betrachtung der Gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind. Nicht entscheidend ist dagegen, ob die Pflichtwidrigkeit durch ein aktives Tun begangen wurde oder in einem Unterlassen begründet ist. Zu den Pflichten eines für den Gewahrsamsvollzug verantwortlichen Polizeibeamten. (Bearbeiter)

4. Die Vorhersehbarkeit erfordert nicht, dass der Angeklagte die Folgen seines Nicht-Handelns in allen Einzelheiten voraussehen konnte; vielmehr genügt, dass sie in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren. Tritt der Erfolg durch das Zusammenwirken mehrerer Umstände ein, müssen dem Täter alle – jedoch ebenfalls nicht in allen Einzelheiten – erkennbar sein. Eine gänzlich vernunftwidrige Handlungsweise eines Getöteten kann die Vorhersehbarkeit des Erfolgs zwar entfallen lassen. Anderes gilt jedoch dann, wenn der Angeklagte mit irrationalen Handlungen gerade rechnen musste und verpflich-

tet war, drohende Folgen abzuwenden. Zudem entfällt in solchen Fällen die Vorhersehbarkeit nur, wenn der Getötete zu einer freien Entscheidung fähig war, er mithin insbesondere nicht stark betrunken war. (Bearbeiter)

5. Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum nur, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte (st. Rspr.). (Bearbeiter)

6. Die Rechtsprechung fasst die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen als Wertungsfrage auf, die nicht nach rein äußeren oder formalen Kriterien zu entscheiden ist, sondern eine wertende (normative) Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns verlangt. Maßgeblich ist insofern, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt. (Bearbeiter)

7. Die in § 163c Abs. 2 StPO und § 40 Abs. 2 SOG LSA geregelte 12-Stunden-Frist, auf die sich der Angeklagte beruft, setzt dem Festhalten einer Person zur Identitätsfeststellung lediglich eine äußerste Grenze, befreit aber nicht von der Verpflichtung, eine richterliche Entscheidung unverzüglich herbeizuführen. (Bearbeiter)

1009. BGH 4 StR 586/13 – Urteil vom 25. September 2014 (LG Arnsberg)

BGHSt; Betrug durch Unterlassen (Garantenstellung des Anwalts für seinen Mandanten; hier: erforderliche Aufklärung über voraussichtliche gesetzliche Vergütung bei Wahl eines anderen Vergütungsmodells); Wucher.

§ 13 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG; § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB

1. § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG begründet kraft Gesetzes eine Garantenstellung des Rechtsanwalts, der vor Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung seinen Mandanten über die voraussichtliche gesetzliche Vergütung aufzuklären hat. (BGHSt)

2. Um dem Mandanten zu verdeutlichen, dass der Verzicht des Anwalts auf eine Vergütung im Misserfolgsfall mit der Verpflichtung zur Zahlung eines – gegebenenfalls hohen – Zuschlags im Erfolgsfall verbunden ist, sieht § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG u.a. die Angabe der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung vor (BT-Drucks. 16/8384 S. 11). Demnach ist es gerechtfertigt, aus dieser Aufklärungs- und Informationspflicht des Anwalts eine Garantenstellung kraft Gesetzes im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB zu entnehmen. (Bearbeiter)

1023. BGH 4 StR 259/14 – Beschluss vom 27. August 2014 (LG Magdeburg)

Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (berechtigtes oder entschuldigtes Sich Entfernen; rechtfertigender Notstand).

§ 142 StGB; § 34 StGB

Wenn ein Unfallbeteiligter, noch bevor er die Unfallstelle verlässt, eine eigene Verletzung bemerkt (hier: massiv

blutende Fingerkuppe), und die Unfallstelle zumindest auch deshalb verließ, um seine Verletzung versorgen zu lassen, kann sein Entfernen vom Unfallort gerechtfertigt sein.

1037. BGH 3 StR 326/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Kleve)

Anforderungen an die Feststellung eines mittäterschaftsbegründenden Tatbeitrags bei mehreren gleichartigen Betrugstaten.

§ 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Mittäterschaft eines nicht am Kerngeschehen Beteiligten setzt jedenfalls einen das unmittelbar tatbestandsmäßige Handeln anderer Mittäter fördernden Tatbeitrag voraus. Ein solcher lässt sich nicht ohne Weiteres allein aus dem Umstand ableiten, dass der Beteiligte in einen gemeinsam gefassten, auf die Begehung zwar gleichartiger, im Einzelnen aber noch unbestimmter Taten gerichteten Tatplan eingebunden war.

1043. BGH 3 StR 373/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Wuppertal)

Räuberischer Diebstahl (Vollendung der Wegnahme bei kleinen Gegenständen; Besitzerhaltungsabsicht: keine Täterschaft des an der Vortat nicht mittäterschaftlich Beteiligten, der auch nicht im Besitz der Beute ist).

§ 252 StGB; § 242 StGB; § 25 StGB

Täter des § 252 StGB kann nicht derjenige sein, der weder selbst im Besitz der entwendeten Sache ist, noch am Diebstahl mittäterschaftlich beteiligt war.

1003. BGH 4 StR 231/14 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Detmold)

Tateinheit bei mehreren Beteiligten.

§ 52 StGB; § 53 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden.

2. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr.).

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1005. BGH 4 StR 312/14 – Beschluss vom 11. September 2014 (LG Detmold)

Leichtfertige Geldwäsche (Gegenstand der Leichtfertigkeit: Katalogtat, Begründung im Urteil); sukzessive Beihilfe zum Computerbetrug (Beendigung der Tat).

§ 261 Abs. 1, 5 StGB; § 263a Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

1. Nach § 261 Abs. 5 StGB muss sich die leichtfertige Verknennung des Täters auf die Herkunft des jeweiligen Vermögensgegenstandes aus einer in § 261 Abs. 1 StGB genannten Katalogtat beziehen. Dazu ist die Feststellung konkreter Umstände erforderlich, denen der Täter eine Katalogtat des Geldwäschetatbestandes als Vortat hätte entnehmen können (BGHSt 43, 158, 168).

2. Von der materiellen Beendigung einer Tat des Computerbetruges im Sinne von § 263a StGB, bei der auf Grund einer Manipulation von Datenverarbeitungsvorgängen ein Geldbetrag vom Konto des Geschädigten auf ein Empfängerkonto geleitet wird, ist erst auszugehen, wenn entweder das überwiesene Geld vom Empfängerkonto abgehoben oder auf ein zweites Konto weiterüberwiesen worden ist (vgl. BGH wistra 2012, 302, Tz. 7).

999. BGH 2 StR 605/13 – Urteil vom 20. August 2014 (LG Marburg)

Mord (Heimtücke: subjektive Voraussetzungen; niedere Beweggründe: subjektive Voraussetzungen).

§ 211 StGB

1. Voraussetzung heimtückischer Begehungsweise ist, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt (vgl. BGHSt 11, 139, 144). Er muss die Lage nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst haben und ihm muss bewusst gewesen sein, einen durch Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. BGH NSTz 2009, 569, 570); das kann allerdings „mit einem Blick“ geschehen (vgl. BGHSt 23, 119, 121).

2. Dabei kann die Spontanität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte. Andererseits hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen; dies ist vielmehr eine vom Tatgericht zu bewertende Tatfrage (vgl. BGH NSTz 2013, 232, 233 mwN).

3. Ob die Arglosigkeit auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Kontrahenten ausdrücklich oder zumindest konkludent einen Faustkampf ohne Waffen verabredet haben, aber der Täter abredewidrig und überraschend mit Tötungsvorsatz eine Waffe einsetzt, bleibt offen.

4. Für das Vorliegen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe muss zur objektiven Bewertung der Handlungsantriebe als „niedrige Beweggründe“ hinzukommen, dass sich der Täter bei der Begehung der Tat auch der Umstände bewusst ist, die seine Beweggründe für die Rechtsgemeinschaft als niedrig erscheinen lassen (vgl. BGHSt 47, 128, 133). Er muss diese Beweggründe gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern können (vgl. BGH NSTz 2012, 691, 692). Das kann bei einer affektiven Anspannung auch aufgrund einer Persönlichkeitsstörung ausgeschlossen sein (vgl. BGH NSTz 2007, 525), erst recht, wenn weitere Faktoren, wie eine Alkoholisierung, hinzukommen.

1017. BGH 2 StR 191/14 – Beschluss vom 17. September 2014 (LG Aachen)

Vollendung beim Diebstahl (Gewahrsamsbruch; Versuch).

§ 242 StGB

Wird Metallschrott in einen Transporter auf dem Betriebsgelände und damit noch innerhalb der Gewahrsamssphäre des geschädigten Eigentümers verladen, hat der Angeklagte den Gewahrsam des Eigentümers lediglich gelockert und selbst noch keinen eigenen Gewahrsam an dem Diebesgut begründet. Es kommt nur eine Verurteilung wegen versuchten Diebstahls in Betracht.

1004. BGH 4 StR 251/14 – Beschluss vom 9. September 2014 (LG Essen)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Taterfolg: konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert; absichtlich verursachte Verkehrsunfälle).

§ 315b Abs. 1 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats liegt ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB erst dann vor, wenn durch eine der in § 315b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichtet hat (vgl. BGHSt 48, 119, 122).

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

1015. BGH 1 StR 70/14 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Schwerin)

Brandstiftung (Anwendung auf eine Unterstellhalle: Carport); gerichtliche Hinweispflicht; Berücksichtigung prozessordnungsgemäß festgestellter aber nicht mehr verfolgter Sachverhaltsteile in der Strafzumessung.

§ 306 StGB; § 154a StPO; § 46 StGB; Art. 6 EMRK

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die vorgenommene Ausscheidung von Verfahrensstoff gemäß § 154a StPO nicht dazu, dass die mit ihm zusammenhängenden Tatsachen nicht (mehr) anhängig sind, deshalb aus der richterlichen Kognition ausscheiden und aus diesem Grund für die Urteilsfindung außer Betracht bleiben müssten; vielmehr ist das Tatgericht nicht gehindert, auch solchen Tatsachenstoff zu berücksichtigen, wenn er zumindest mittelbar für die Beurteilung von Tat oder Täter von Bedeutung ist (vgl. nur BGH wistra 1985, 153 mwN).

2. Es ist in diesem Fall aber erforderlich, einem möglichen Vertrauen des Angeklagten, der ausgeschiedene Verfahrensstoff könne nicht mehr im Rahmen der Strafzumessung zu seinem Nachteil verwertet werden, durch einen Hinweis entgegenzutreten.

995. BGH 2 StR 20/14 – Urteil vom 23. Juli 2014 (LG Erfurt)

Erweiterter Verfall (Voraussetzungen)

§ 73d Abs. 1 StGB

Die Anordnung des (erweiterten) Verfalls wird nur dann unmöglich, wenn das für die Tat oder aus ihr Erlangte damit nicht mehr als solches „bei dem Angeklagten“ vorhanden wäre (vgl. BGH NSTz 2010, 85). Die strafprozessuale Sicherstellung von aus Drogengeschäften erlangten Käuferlösen als solche bewirkt nicht die Aufhebung der unmittelbaren Zuordnung von sichergestellten Geldern zum Täter. Auch die Einzahlung bei der Gerichtskasse führt diese Wirkung nicht herbei. Denn nach der maßgeblichen Anschauung des täglichen Lebens macht es keinen Unterschied, wenn eine bestimmte Banknote

als vertretbare Sache durch einen gleichwertigen Anspruch auf den entsprechenden Geldbetrag gegen die Staatskasse ersetzt wird.

1006. BGH 4 StR 314/14 – Beschluss vom 9. September 2014 (LG Münster)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung.

§ 55 StGB; § 54 StGB

Da durch die nachträgliche Gesamtstrafenbildung ein Angeklagter, dessen mehrere Straftaten aus irgendwelchen Gründen in verschiedenen Verfahren abgeurteilt werden, nicht schlechter, aber auch nicht bessergestellt werden soll, als wenn alle Taten in einem, und zwar dem zuerst durchgeführten Verfahren, abgeurteilt worden wären, wird durch dessen Urteil eine Zäsur dahin gebildet, dass alle vor diesem Zeitpunkt begangenen Taten in die Gesamtstrafe einzubeziehen sind. Der Tatrichter, dem sich die Frage nachträglicher Gesamtstrafenbildung stellt, muss sich daher jeweils in die Lage des Richters versetzen, dessen Entscheidung für eine nachträgliche Einbeziehung in Betracht kommt. Alle Strafen für die vor jenem Urteil begangenen Taten – aber auch nur diese – sind auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen (st. Rspr.).

1042. BGH 3 StR 372/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Stade)

Anforderungen an die Anordnung der unbefristeten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (unzureichende Darlegung der zukünftigen Gefährlichkeit des Angeklagten); Schuldunfähigkeit aufgrund einer Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie.

§ 63 StGB; § 20 StGB

Die unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus erfordert eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades, dass der Täter infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Dem tragen Ausführungen des Tatgerichts, wonach die Gefahr zwar nicht nur abstrakt bestehe, eine konkrete Wahrscheinlichkeitsprognose jedoch schwierig sei, nicht hinreichend Rechnung.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

993. BGH 2 StR 163/14 – Verfügung vom 25. September 2014 (LG Fulda)

BGHSt; Recht auf Beistand eines Verteidigers (Anwesenheit des gewählten Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 350 StPO

Die Praxis, wonach Revisionshauptverhandlungen ohne Anwesenheit des vom Angeklagten gewählten Verteidigers durchgeführt werden, genügt den Anforderungen des Art. 6 Absatz 3 Buchst. c MRK nicht. Erscheint ein Wahlverteidiger, dem der Termin der Hauptverhandlung gemäß § 350 Absatz 1 StPO mitgeteilt wurde, zur Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht nicht, oder teilt er vorab mit, das er nicht erscheinen werde, ist er in der Regel zum Pflichtverteidiger für die Revisionshauptverhandlung zu bestellen, um das Recht des Angeklagten auf Verteidigung aus Art. 6 III c MRK zu wahren. (BGHSt)

1000. BGH 4 StR 126/14 – Beschluss vom 29. Juli 2014 (LG Bochum)

Mitteilungspflichten über außerhalb der Hauptverhandlung stattfindende Verständigungsgespräche (Vorliegen mitteilungspflichtiger Gespräche; Umfang der Mitteilungspflicht; Auswirkung von Besetzungswechseln; Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. An der Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO über Vorgespräche, die eine Verständigung zum Gegenstand hatten, ändert sich auch durch eine zwischen dem Vorgespräch und der Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgte vollständige Neubesetzung der Strafkammer nichts.

2. Die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO greift bei sämtlichen Vorgesprächen ein, die auf eine Verständigung abzielen; die Mitteilung bloß des letzten zwischen den Verfahrensbeteiligten geführten Gesprächs reicht nicht aus (vgl. BGHSt 58, 310, 313 f.). Solche Verständigungsgespräche liegen vor, wenn das Einlassungsverhalten des Angeklagten im Zusammenhang mit Strafzumessungsfragen oder gar konkrete Vorstellungen zum Strafmaß thematisiert werden. Die Mitteilungspflicht bezieht sich dabei auch auf erfolglos gebliebene Gespräche. In einem solchen Fall ist jedenfalls über den Verständigungsvorschlag und die zu diesem abgegebenen Erklärungen der übrigen Verfahrensbeteiligten zu informieren (vgl. BGH NStZ 2014, 416, 417).

1033. BGH 3 StR 283/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Wuppertal)

Begründete Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Misstrauen gegen die Unparteilichkeit: Vortätigkeit an sich kein Ablehnungsgrund, Hinzutreten besonderer Umstände, unsachliche Äußerung zum Nachteil des Angeklagten).

§ 24 Abs. 2 StPO

1. Eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vortätigkeit eines erkennenden Richters ist grundsätzlich nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit des Richters im Sinne von § 24 Abs. 2 StPO zu begründen. Anders verhält es sich lediglich bei Hinzutreten besonderer Umstände, die über die Tatsache bloßer Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen. Dies ist etwa der Fall, wenn frühere Entscheidungen unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über einen der jetzigen Angeklagten enthalten oder wenn ein Richter sich bei oder in Verbindung mit einer Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat

2. Äußert ein im Ermittlungsverfahren als Haftrichter tätiger beisitzender Richter gegenüber dem Verteidiger des Angeklagten bei Gesprächen über die Erfolgsaussichten einer Haftbeschwerde, die Angeklagten „gehören dahin, wo sie sind, und zwar ganz lange und ganz tief“ sowie dass „solche Leute in Freiheit nichts zu suchen“ hätten, begründet dies eine berechtigte Besorgnis, der beisitzende Richter stehe den angeklagten (auch) im Hauptverfahren nicht unbefangen gegenüber, sondern habe sich in der Sache bereits eine endgültige, zu ihren Lasten gehende Meinung gebildet.

1016. BGH 2 StR 128/14 – Beschluss vom 13. August 2014 (LG Bonn)

Begriff der prozessualen Tat (Strafklageverbrauch; Unterscheidbarkeit von gleichförmigen Serientaten bei der Verfahrenseinstellung).

§ 264 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 154 Abs. 2 StPO

1. Es ist nicht nachvollziehbar, an die Unterscheidbarkeit von gleichförmigen Serientaten bei Einstellungsentscheidungen gemäß § 154 Abs. 2 StPO höhere Anforderungen zu stellen als bei Tatkonkretisierungen in Anklageschriften, im Verurteilungsfall in den Urteilsgründen oder bei Verurteilungen nebst Teilfreisprüchen, falls die Anzahl der festgestellten Taten die Anzahl der angeklagten Taten unterschreitet.

2. Eine bei gleichförmigen Serientaten vorzunehmende genaue zeitliche Eingrenzung aller Einzelfälle und deren Individualisierung und Differenzierung ist schon regelmäßig weder in der Anklage noch in den Urteilsfeststellungen möglich. Die Anzahl der – gegebenenfalls nach tatrichterlicher Schätzung – festgestellten Taten kann

demnach nur der Gesamtzahl der angeklagten Taten gegenüber gestellt und eine Differenz ermittelt werden, die dann in der Einstellungsentscheidung gemäß § 154 Abs. 2 StPO zum Ausdruck kommt. Eine solche Verfahrensweise lässt auch keinen Zweifel darüber, in welchem Umfang Gesetzesverletzungen nicht weiterverfolgt werden sollen.

1029. BGH 3 StR 208/14 – Urteil vom 21. August 2014 (LG Hannover)

Ablehnung des Antrags auf aussagepsychologische Begutachtung eines Belastungszeugen aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts (Zulässigkeit trotz Verweigerung der Einwilligung des Zeugen in die Exploration).
§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Die aussagepsychologische Begutachtung eines Zeugen bedarf nicht notwendig dessen Exploration unter seiner Mitwirkung. Vielmehr ist es je nach Fallgestaltung regelmäßig möglich, dem Sachverständigen auf anderem Wege die erforderlichen Anknüpfungstatsachen für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen zu verschaffen. Daher erweist sich ein derartiger Beweisanspruch in der Regel nicht als unzulässig, wenn der Zeuge die notwendige Einwilligung in die Exploration verweigert.

991. BGH 1 StR 649/13 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Stuttgart)

Anspruch auf rechtliches Gehör; Anhörungsrüge.
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen eines Beteiligten auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Art. 103 Abs. 1 GG zwingt die Gerichte nicht, sich mit jedem einzelnen Vorbringen in der Begründung seiner Entscheidung ausdrücklich zu befassen und dieses zu bescheiden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann nur dann festgestellt werden, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles deutlich ergibt, dass das Gericht ein Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei seiner Entscheidung ersichtlich nicht in Erwägung gezogen hat (vgl. BVerfGE 54, 86, 92).

1008. BGH 4 StR 473/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Magdeburg)

Kostentragungspflicht des Verurteilten (Kosten für besondere, den Angeklagten entlastenden Untersuchungen: Voraussetzungen einer Entlastung des Angeklagten).
§ 465 Abs. 2 StPO

Die Voraussetzungen des § 465 Abs. 2 StPO sind nicht allein deswegen erfüllt, weil die Verurteilung leichter wiegt als der ursprüngliche Vorwurf und die Tateinheit zwischen dem zur Verurteilung gelangten und dem ursprünglich erhobenen Tatvorwurf einen Teilfreispruch nicht zulässt (vgl. BGH NStZ 1986, 210). Zwar kann auch in solchen Fällen eine Quotelung erfolgen, wobei dahinstehen kann, ob dies auch dann gilt, wenn der schwerere Tatvorwurf den abgeurteilten Straftatbestand im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängen würde.

1032. BGH 3 StR 271/14 – Beschluss vom 5. August 2014 (LG Kleve)

Verhältnis von verminderter Schuldfähigkeit und verminderter Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Aufhebung eines unter Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ergangenen Freispruchs auf die Revision des Angeklagten hin.
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO

Der Umstand, dass allein der Angeklagte Revision eingelegt hat, hindert das Revisionsgericht nicht daran, auch den Freispruch aufzuheben. Vielmehr ermöglicht es § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO, in einer neuen Hauptverhandlung an Stelle der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus den Täter schuldig zu sprechen und eine Strafe zu verhängen. Dadurch soll vermieden werden, dass nach einer erfolgreichen Revision eines Angeklagten gegen die alleinige Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wegen angenommener Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB die Tat ohne strafrechtliche Sanktion bleibt, wenn sich in der neuen Hauptverhandlung herausstellt, dass der Angeklagte bei Begehung der Tat schuldig war.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

982. BGH 1 StR 494/13 – Urteil vom 28. Januar 2014 (LG Deggendorf)

BGHSt; fahrlässige Tötung und Totschlag (objektive Zurechnung; eigenverantwortliche Selbstgefährdung; Handlungsherrschaft des Substitutionsarztes); begründete Anwendung bei der ärztlichen Verschreibung von

Betäubungsmitteln im Rahmen der Substitutionstherapie opiatabhängiger Patienten (Take-Home-Verordnung: stabile Einstellung und Kontrolle des Beikonsums; BtMVV; Richtlinien zur Durchführung der substitutionsgestützten Behandlung Opiatabhängiger: Vorsatz und Bewertung nach der Richtlinie).

§ 222 StGB; § 212 StGB; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. a BtMG; § 13 Abs. 1 BtMG; § 5 BtMVV; § 15 StGB

1. Zur „begründeten Anwendung“ im Sinne von § 13 Abs. 1 BtMG bei der ärztlichen Verschreibung von Betäubungsmitteln im Rahmen der Substitutionstherapie opiatabhängiger Patienten. (BGHSt)

2. Die Stellung als behandelnder Substitutionsarzt eines opiatabhängigen Patienten als solche begründet keine Handlungsherrschaft des Arztes bei missbräuchlicher Verwendung des verschriebenen Substitutionsmedikaments durch den Patienten. Ein Arzt kann in solchen Konstellationen lediglich als Täter eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar sein, wenn die selbstschädigende oder selbstgefährdende Handlung des Patienten nicht eigenverantwortlich erfolgte. (BGHSt)

3. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. a i.V.m. § 13 Abs. 1 BtMG im Hinblick auf die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 Abs. 2 GG bestehen nicht. (Bearbeiter)

4. Bei der Anwendung von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. a BtMG ist ungeachtet der Konkretisierungen der Bedingungen von Suchttherapien vor allem durch § 5 BtMVV dem Arzt eine gewisse Therapiefreiheit zu belassen. Zur Ausfüllung dessen kann auf die von der Bundesärztekammer zuletzt am 19. Februar 2010 verabschiedeten Richtlinien zur Durchführung der substituionsgestützten Behandlung Opiatabhängiger bzw. deren Vorgängerrichtlinien abgestellt werden. (Bearbeiter)

1047. BGH 3 StR 437/12 – Urteil vom 4. September 2014 (LG Lüneburg)

Inverkehrbringen verbotener Arzneimittel (synthetische Cannabinoide; Arzneimittelbegriff; Stoffe ohne gesundheitsfördernde Wirkung keine Arzneimittel, richtlinienkonforme Auslegung des Arzneimittelbegriffs; Vorlage).

§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG; § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG; Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG vom 6. November 2001 in der durch die Richtlinie 2004/27/EG geänderten Fassung

Stoffe, die nicht als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter seelischer Beschwerden bestimmt sind – hier: synthetische Cannabinoide – unterfallen weder dem Begriff des Funktionsarzneimittels (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG), noch dem des Präsentationsarzneimittels (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG). Daran ändert auch die Eignung, die physiologischen Funktionen

zu beeinflussen nichts, sofern die Stoffe dem Funktionieren des menschlichen Organismus und damit der Gesundheit nicht zuträglich sind (in Übernahme von EuGH NStZ 2014, 461).

996. BGH 2 StR 221/14 – Beschluss vom 24. Juli 2014 (LG Aachen)

Untreue (hier: Missbrauch eines Anwaltsanderkonto; Vermögensnachteil: fälliger Geldanspruch des Täters als Kompensation); Strafzumessung (Berücksichtigung von anwaltsrechtlichen Sanktionen); Berufsverbot (Voraussetzungen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 114 Abs. 1 BRAO; § 70 Abs. 1 StPO

1. Ein Rechtsanwalt, der sich im Rahmen eines bestehenden Anwaltsvertrages zur Weiterleitung bestimmte Fremdgelder auf sein Geschäftskonto einzahlen lässt und weder uneingeschränkt bereit noch jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren, begeht eine Untreue (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 54).

2. Zwar fehlt es an einem Vermögensnachteil, wenn der Täter einen fälligen Geldanspruch gegen das von ihm treuhänderisch verwaltete Vermögen hat und hierüber in entsprechender Höhe zu eigenen Gunsten verfügt, so dass der Treugeber von einer bestehenden Verbindlichkeit befreit wird. Dies setzt aber voraus, dass die Verwendung der Mandantengelder nicht mit dem Vorsatz rechtswidriger Bereicherung erfolgt, sondern tatsächlich dem Zweck dient, bestehende Honoraransprüche zu befriedigen (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 298, 299).

3. Anwaltsrechtliche Sanktionen nach § 114 Abs. 1 BRAO sind als Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung gemäß § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB aber bereits bei der Bemessung der Einzelstrafen zu berücksichtigen, wenn der Rechtsanwalt durch sie seine berufliche und wirtschaftliche Basis verliert (vgl. BGH StV 2010, 479 f.).

4. Zwar kann ein Berufsverbot grundsätzlich auch neben einer Bewährungsstrafe verhängt werden, etwa dann, wenn der Gefahr weiterer Straftaten gerade durch das Berufsverbot entgegengesteuert werden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 54); dies erfordert aber eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls (vgl. BGH NStZ 2010, 170, 171), in deren Rahmen hier auch zu berücksichtigen gewesen wäre, dass die Verhängung eines Berufsverbots dann ausscheidet, wenn zu erwarten ist, dass der Angeklagte bereits durch die Verurteilung zu der verhängten Strafe oder jedenfalls durch deren Verbüßung von weiteren Taten abgehalten werden kann (BGH NStZ 1995, 124).

„Eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ bei missbräuchlichem Konsum ärztlich verschriebener Substanzen

Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 222*

Von Prof. Dr. Johannes Kaspar, Augsburg

I. Die aktuelle Entscheidung

Die Entscheidung des 1. Senats des BGH¹ betrifft einen wichtigen Bereich der strafrechtlichen Risiken von Ärzten im Umgang mit suchtmittelabhängigen Patienten. Im Kern geht es um die Frage, inwieweit sich ein Arzt strafbar macht, wenn er solchen Patienten Substanzen verschreibt, die von diesen später in missbräuchlicher, Leib und Leben gefährdender Weise konsumiert werden.

Der konkrete, vom Landgericht Augsburg in erster Instanz abgeurteilte Fall betraf einen Arzt, der seit Jahren in der Substitutionsbehandlung von Opiat- und Heroinabhängigen tätig war. Er verschrieb (in getrennten Fällen) zwei ehemaligen Patienten, die einige Jahre nach dem Ende einer solchen Behandlung erneut in seiner Praxis erschienen, mehrfach Schmerzpflaster mit dem Wirkstoff Fentanyl. Dabei war ihm die andauernde Heroinabhängigkeit der Patienten bekannt, aufgrund derer das Verschreiben von Fentanyl-Pflastern kontraindiziert war. Auch wusste er aufgrund seiner langjährigen Erfahrung mit Betäubungsmittelabhängigen, dass die verschriebenen Schmerzpflaster von süchtigen Personen oft in größerer Menge ausgekocht werden, um sich anschließend den konzentrierten Wirkstoff zu injizieren, der berauschend wirkt, zugleich aber die Atemtätigkeit lähmen kann. Auf diese Weise gingen die beiden Patienten vor und kamen dabei zu Tode.

Anders als es teilweise anklingt,² ging es hier also nicht um den Missbrauch von Substanzen während einer andauernden Substitutionsbehandlung, sondern in der Folge einer an sich beendeten Behandlung. Die Probleme stellen sich aber in beiden Konstellationen letztlich in gleicher Weise, denn auch bei ausdrücklich zu Zwecken

der Substitution ausgegebenen Substanzen ist ein anschließender Missbrauch mit entsprechenden Gefahren für Leib oder Leben stets denkbar. Das war die Situation in einem etwa zur selben Zeit vom BGH entschiedenen Parallelfall:³ Dort hatte ein Arzt im Rahmen einer Substitutionsbehandlung einem Patienten vorschriftswidrig mehrere Methadoneinheiten zur häuslichen Einnahme mitgegeben (sog. Take-Home-Verordnungen). Der Patient, der von den mit einer Überdosis verbundenen Lebensgefahren wusste, konsumierte mehrere Einheiten und verstarb daraufhin.⁴

Letztlich lässt sich die Problematik nicht auf die Klientel suchtkranker Patienten beschränken; denn ein Arzt wird auch dann, wenn er gewöhnlichen Patienten ohne Suchtproblematik beispielsweise ein Schlafmittel verschreibt, nicht immer ausschließen können, dass diese sich durch eine Überdosierung (vorsätzlich oder fahrlässig) selbst schädigen.⁵ Das unterstreicht die große Bedeutung, die der Frage der „eigenverantwortlichen Selbstgefährdung“ auf Patientenseite für die Strafbarkeitsrisiken von Ärzten zukommt.

Das Landgericht Augsburg gelangte im Schmerzpflasterfall in erster Instanz unter anderem⁶ zu einer Verurteilung des Arztes wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 StGB und verhängte eine Freiheitsstrafe von 8 Jahren und vier Monaten. Die Voraussetzungen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auf Seiten der betroffenen Patienten wurden vom Gericht abgelehnt; dabei wird einerseits mit den überlegenen fachlichen Kenntnissen des Arztes argumentiert, andererseits mit

* Für wertvolle Rechercharbeiten zur Vorbereitung des Beitrags danke ich Frau stud. iur. *Samantha Mayinger*.

¹ HRRS 2014 Nr. 222 = GesR 2014, 216; s. dazu auch die Anmerkung von *Sickor* GesR 2014, 470.

² Vgl. den Abdruck des Urteils in GesR 2014, 216, wo in der Überschrift von einer Verschreibung von Betäubungsmitteln „im Rahmen einer Substitutionsbehandlung drogenabhängiger Patienten“ gesprochen wird.

³ BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 (LG Deggendorf) = HRRS 2014 Nr. 982 = GesR 2014, 219; s. auch die Anmerkung von *Sickor* GesR 2014, 470, 471.

⁴ Das LG Deggendorf verurteilte den Arzt wegen unerlaubten Verschreibens von Betäubungsmitteln, sprach ihn aber vom Vorwurf eines Tötungsdeliktes frei, da die Voraussetzungen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung vorgelegen hätten. Beides wurde vom BGH in der in Fn. 4 genannten Entscheidung bestätigt.

⁵ Vgl. *Roxin* NSTZ 1984, 411, 412.

⁶ Daneben erfolgte eine Verurteilung wegen Verstößen gegen das BtMG, was hier nicht vertieft werden soll.

der Betäubungsmittelabhängigkeit der Patienten. Beides stehe der Annahme einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung entgegen.

Dem tritt der 1. Strafsenat des BGH in der hier zu besprechenden Entscheidung zu Recht entgegen.⁷ Er hält die Voraussetzungen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, bei deren Vorliegen der Arzt straflos bliebe, im konkreten Fall für möglich, so dass das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen wurde.

Der Beschluss setzt die mittlerweile einigermaßen gefestigten Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung zum Thema „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ fort und enthält zugleich weiterführende Klarstellungen. Er ist daher für Ausbildung und Praxis gleichermaßen relevant.

Im Folgenden wird zunächst in der gebotenen Kürze die Rechtsprechung zum Themenbereich der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gerade in den Fällen der Überlassung gefährlicher Substanzen nachgezeichnet (II.), anschließend wird erörtert, wie sich die aktuelle Entscheidung in diese Entwicklungslinie einfügt und welche neuen Elemente sie enthält (III.).

II. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur „eigenverantwortlichen Selbstgefährdung“

In Literatur und Rechtsprechung ist die Figur der „eigenverantwortlichen Selbstgefährdung“, die eine Strafbarkeit von Personen, die an dieser Selbstgefährdung mitwirken, ausschließt, schon seit längerer Zeit zumindest im Grundsatz anerkannt.

Stützen lässt sich die Straflosigkeit des Mitwirkenden unter anderem auf das Argument, dass die (auch nur versuchte) Selbsttötung oder Selbstverletzung nach deutschem Recht nicht strafbar ist. Das lässt sich aus dem insoweit klaren Wortlaut von § 223 StGB, mit Einschränkung auch aus demjenigen von § 212 StGB ableiten. Es ist letztlich auch das Ergebnis verfassungsrechtlicher Wertungen. Über seine eigenen Rechtsgüter in dieser Weise straflos verfügen zu dürfen, ist Ausfluss des grundgesetzlich geschützten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG) oder doch zumindest der in Art. 2 I GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit. Unabhängig von dieser Einordnung ist es jedenfalls ein höchstpersönliches Verhalten, das keine schutzwürdigen Interessen anderer tangiert und daher nicht strafwürdig erscheint.

Mangels Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat ist eine (vorsätzliche) Teilnahme an gewollten Selbsttötungen oder Selbstverletzungen ebenso straffrei. Diese Wertung führt dann – erst recht – zur Straflosigkeit von Mitwirkungshandlungen an einer bloßen Selbstgefährdung des Betroffenen und zwar, wie der BGH auch in

⁷ Zustimmend auch *Sickor* GesR 2014, 470.

der aktuellen Entscheidung betont, sowohl für Vorsatztaten, als auch für Fahrlässigkeitsstraftaten.⁸

Der Aspekt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung wird von der h. Lit.⁹ in systematischer Hinsicht auf der Ebene des objektiven Tatbestands als Problem der objektiven Zurechnung des Taterfolgs eingeordnet. Die Rechtsprechung hat diese Lehre bis heute nicht umfassend rezipiert; und so kann es auch nicht verwundern, dass in vielen Entscheidungen entweder andere dogmatische Anknüpfungspunkte wie der „Ursachenzusammenhang“¹⁰ genannt werden oder eine genaue Zuordnung vermieden wird, indem neutral von Tatbestandslosigkeit¹¹ oder schlicht fehlender Strafbarkeit¹² gesprochen wird¹³. In einigen neueren Entscheidungen findet sich allerdings auch in der Rechtsprechung der Verweis auf die Zurechenbarkeit¹⁴ so dass insofern eine Annäherung an die h. Lit. zu verzeichnen ist.

Ob auch die hier vorliegende (pflichtwidrige) Überlassung riskanter Substanzen, insbesondere verbotener Betäubungsmittel, unter dem Gesichtspunkt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung straflos sein kann, war lange umstritten und wurde vom BGH in einigen früheren Entscheidungen abgelehnt. Nach dieser Auffassung machte sich wegen fahrlässiger Tötung strafbar, wer einem anderen Heroin verschaffte und dadurch dessen Tod verursachte. Das sei dann der Fall, wenn dem „Lieferanten“ bekannt sei oder er damit rechnen müsse, dass der andere sich das Rauschgift injiziere und wenn er von der Gefährlichkeit des überlassenen Stoffes gewusst habe oder dies hätte wissen müssen.¹⁵

Seit BGHSt 32, 262 ist allerdings anerkannt, dass auch in dieser Konstellation Straflosigkeit in Betracht kommt. Dort wird festgehalten, dass die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts unterfällt, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert hat. Wer lediglich eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich danach nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar.¹⁶ Das ist zutreffend, wenn man sich den oben erwähnten verfassungsrechtlichen Hintergrund vor Augen hält. Auch im Bereich des Substanzmissbrauchs besteht Raum für die zumindest von Art. 2 I GG gedeckte eigenverantwortliche Entscheidung, sich selbst zu gefährden oder zu schädigen.

⁸ BGH Beschl. v. 16.1.2014, 1 StR 389/13 Rz. 41; BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 71.

⁹ *Roxin* NStZ 1984, 411.

¹⁰ BGH NStZ 1982, 72.

¹¹ BGH NStZ 1984, 410.

¹² BGH NStZ 2009, 504 = HRRS 2009 Nr. 482; später wird dann aber (a.a.O., 505) ausdrücklich davon gesprochen, dass der Erfolg „zuzurechnen“ sei.

¹³ Vgl. auch jüngst BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 71: „kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang“.

¹⁴ BGH NStZ 2009, 504, 505; BGHSt 53, 55, 60 (mit Hinweis auf das Schrifttum); s. bereits BGH NStZ 2001, 205, 206, dazu *Hardtung* NStZ 2001, 206, 207.

¹⁵ BGH NStZ 1981, 350.

¹⁶ St. Rspr., s. auch BGH NStZ 2011, 342 = HRRS 2011 Nr. 322; BGH Beschl. v. 16.1.2014, 1 StR 389/13 Rz. 19 sowie Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 71.

gen, ohne, dass man die Mitwirkung an solchen Handlungen, die keine Rechtsgüter Dritter tangieren, per Strafe verbieten müsste.

Wendet man sich den inhaltlichen Voraussetzungen zu, so ist nach h. M. von entscheidender Bedeutung, ob man es wirklich mit einer echten Selbstschädigung bzw. -gefährdung zu tun hat, die von der von einem Dritten beherrschten fremden Tat abzugrenzen ist – bei letzterer bliebe dann nach h. M. ggf. eine rechtfertigende Einwilligung einschließlich der Grenzen der §§ 216, 228 StGB zu prüfen.¹⁷ Hier wird von der h. Lit. und auch Rechtsprechung entscheidend auf die „Trennlinie zwischen Täterschaft und Teilnahme“¹⁸ abgestellt, was auf die Frage der „Herrschaft“ über das Geschehen hinausläuft. In den Betäubungsmittelfällen wäre beispielsweise danach zu unterscheiden, ob der Geschädigte sich die Substanzen selbst verabreicht (Selbstgefährdung) oder sich – etwa in Form einer vom anderen gesetzten Injektion – verabreichen lässt (Fremdgefährdung).¹⁹ Im hier vorliegenden Fall spielte dieser Aspekt der unmittelbaren Tatbeherrschung aufgrund des zeitlichen und räumlichen Abstands der Handlungen (Überlassung der Schmerzpfaster durch den Arzt einerseits, späterer missbräuchlicher Konsum durch den Patienten andererseits) keine Rolle.

Allerdings führt nur eine wirklich eigenverantwortliche Selbstgefährdung zur Straflosigkeit. Nach welchen Kriterien die Frage der Eigenverantwortlichkeit zu entscheiden ist, wird unterschiedlich beurteilt. Manche stellen dabei auf die Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung ab (sog. Einwilligungslösung), manche auf die Frage, ob dem Gefährdeten bei eigenem täterschaftlichem Handeln ein Schuldvorwurf gemacht werden könnte (sog. Exkulpationslösung).

Eine klare Positionierung in dieser Frage nimmt der BGH in den Selbstgefährdungsfällen nicht immer ein,²⁰ was auch daran liegt, dass hier beide Ansichten oft zu denselben Ergebnissen kommen. So ist beispielsweise eine eigenverantwortliche Entscheidung unstreitig abzulehnen, wenn der sich selbst Gefährdende als Folge seines dauerhaften Drogenkonsums eine „krankhafte seelische Störung“ im Sinne von § 20 StGB aufweist oder sich bereits zum Zeitpunkt seiner gefährlichen Handlung (nicht nur als deren Folge!) einen starken Rauschzustand aufweist, der als krankhafte „Intoxikationspsychose“ seine Verantwortlichkeit aufhebt.²¹ Auch starker „Sucht-druck“ als Folge einer Substanzabhängigkeit kann nach Ansicht der Rechtsprechung zur Annahme zwanghaften Handelns führen und eine eigenverantwortliche Entscheidung ausschließen.²²

¹⁷ S. dazu nur Dölling GA 1984, 71; differenzierend Roxin NStZ 1984, 411, 412.

¹⁸ S. nur BGH NStZ 2004, 204, 205; BGHSt 53, 55, 60.

¹⁹ BGH NStZ 2004, 204, 205; s. dazu auch Roxin NStZ 1984, 411, 412.

²⁰ Vgl. BGH NStZ 1984, 410, 411, wo die Frage der Kriterien der Eigenverantwortlichkeit ausdrücklich offen gelassen wird; s. auch BGH NStZ 1985, 25.

²¹ BGH NStZ 1983, 72; BGH NStZ 2009, 504; s. auch BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 73 m. w. N.

²² BGHSt 33, 66; 53, 288; s. auch Sickor GesR 2014, 470; offen gelassen in BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 84.

Darüber hinaus kann ein Irrtum des sich selbst Gefährdenden nach der Rechtsprechung die Eigenverantwortlichkeit der Entscheidung aufheben.²³ Hier ist der praktisch sehr relevante und auch im vorliegenden aktuellen Fall bedeutsame Aspekt der ausreichenden Kenntnisse des sich Gefährdenden einzuordnen. Wenn er beispielsweise eine spezifische Gefährlichkeit des Stoffes im Gegensatz zum „Lieferanten“ nicht kennt, kann dies eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ausschließen und zugleich eine (dann ggf. sogar täterschaftliche) strafrechtliche Verantwortlichkeit des anderen begründen.²⁴

III. Würdigung der aktuellen Entscheidung

Im Hinblick auf die soeben skizzierten Grundsätze der Rechtsprechung soll nun das vorliegende Urteil des BGH eingeordnet werden, in dem es um die Problematik einer Arzt-Patienten-Beziehung vor dem Hintergrund einer Suchtmittelabhängigkeit der Patienten ging. Bei der Beurteilung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung in diesen Fällen sind insbesondere folgende Fragen zu beantworten, die auch vom BGH in der vorliegenden Entscheidung aufgegriffen werden:

- Ist die Eigenverantwortlichkeit der schädigenden Handlung durch den Patienten schon deshalb ausgeschlossen, weil er aufgrund seiner Drogenabhängigkeit krankheitsbedingt nicht zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung in der Lage war (unten 1.)?
- Besteht eine „Tatherrschaft“ des Arztes aufgrund seines berufsbedingt überlegenen Fachwissens über die Eigenschaften und Gefahren der überlassenen Substanz, so dass aus diesem Grund eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ausscheidet (unten 2.)?
- Lassen sich aus der Garantenstellung des Arztes Argumente für die Frage der Zurechnung des vom Patienten eigenverantwortlich herbeigeführten Schädigungserfolges ableiten (unten 3.)?

1. Drogenabhängigkeit als Ausschlussgrund?

Der erstgenannte Aspekt der Fähigkeit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen wird vom BGH richtigerweise differenziert beurteilt. Er betont, dass nur bei konkreten Anhaltspunkten von einer Einschränkung der Fähigkeit zur mangelfreien Willensbildung ausgegangen werden könne. „Drogenabhängigkeit“ alleine könne hierfür nicht genügen; der Senat hält vielmehr fest:

„Ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass Betäubungsmittelkonsumenten zu eigenverantwortlicher Entscheidung nicht fähig sind, besteht nicht“.

²³ BGH NStZ 1986, 266; BGH NStZ 2009, 504.

²⁴ BGH NStZ 1985, 25; BGH NStZ 2001, 205; BGH NStZ 2011, 341.

Ausreichende Feststellungen in Bezug auf einen entsprechenden, die freie Willensbildung aufhebenden Zustand waren nach Ansicht des BGH im Ausgangsurteil (auch im Hinblick auf akuten „Suchtdruck“) nicht getroffen worden.

Auch wenn diese Ausführungen inhaltlich überzeugen, ist doch das praktische Problem des prozessualen Nachweises nicht zu übersehen: Nicht in allen Fällen wird im Nachhinein zweifelsfrei zu rekonstruieren sein, ob der Patient zum Zeitpunkt des missbräuchlichen Konsums einwilligungsfähig war oder nicht, zumal nicht in allen Fällen verlässliche Informationen über den psychischen Zustand oder bereits vorangegangenen akuten Drogenkonsum vorliegen werden. Kommen die Patienten wie in den vorliegenden Fällen zu Tode, verschärft sich dieses Problem, weil sie selbst dann nicht mehr als Zeugen zum Geschehen befragt werden können. Hier wird man (in Bezug auf die Tatsachen, die der wertenden Entscheidung über die Eigenverantwortlichkeit zugrunde liegen) nicht selten in dubio pro reo entscheiden müssen, also letztlich auf dieser Basis zur Eigenverantwortlichkeit und damit zur Straflosigkeit der Überlassung der Substanzen gelangen.

2. Überlegenes „Fachwissen“ des Arztes als Ausschlussgrund?

Nicht minder problematisch ist der zweite Ansatzpunkt, der in der Diskussion der Arzt-Patienten-Fälle breiten Raum einnimmt. Es muss dabei geklärt werden, in welchen Konstellationen das zweifelsfrei überlegene (generelle) Fachwissen des Arztes zugleich zu einem im Verhältnis zum Patienten überlegenen Sachwissen führt und sich die Entscheidung von letzterem nicht mehr als „eigenverantwortlich“ darstellt. Auch wenn beide Begriffe in der Diskussion (z. T. auch in ein- und derselben Entscheidung) gleichermaßen verwendet werden,²⁵ sollte hier eine klarstellende Differenzierung vorgenommen werden, um im Arzt-Patienten-Verhältnis nicht vor schnell die Möglichkeit eigenverantwortlichen Handelns von letzterem auszuschließen.

Der BGH betont, dass diese Frage nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist.²⁶ Abzustellen sei insofern auf den Wissensstand des Opfers und des potenziellen Täters zum Zeitpunkt der Vornahme der gefährlichen Handlung. Sofern angemessene Warnhinweise erfolgt sind und die riskanten Wirkungen erklärt wurden, könne davon ausgegangen werden, dass auch das Opfer in diesem Zusammenhang über hinreichendes Sachwissen verfüge.²⁷

Nicht erforderlich sind nach Ansicht des BGH genaue fachliche und theoretische Kenntnisse der organischen Wirkzusammenhänge im Körper; es genüge Wissen über

das allgemeine und konkrete Risiko der Drogen bei Einnahme.²⁸ Das ist überzeugend: Wer, um ein anderes Beispiel zu bemühen, ohne ausreichend warme Kleidung an einem alpinen Extremberglauf teilnimmt, obwohl er weiß, dass ein Unwetter mit Schneefällen und Temperaturstürzen aufzuziehen droht, verfügt über alle ausreichenden Informationen, um als erwachsener Mensch eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen zu können.²⁹ Er kennt Art und Ausmaß des Risikos, in das er sich begibt. Kommt er, wie im konkreten Fall des Zugspitzlaufs geschehen, aufgrund von Unterkühlung zu Tode, kann dies nicht dem Veranstalter als fahrlässige Tötung zur Last gelegt werden, und zwar auch dann nicht, wenn letzterer als Diplom-Meteorologe genau weiß, warum es aufgrund welcher Wetterphänomene zu diesen Temperaturstürzen kommt (oder er als studierter Mediziner über die physiologischen Vorgänge in Unterkühlungsfällen besser Bescheid weiß als der sich selbst gefährdende Läufer).

Anders kann die Situation zu beurteilen sein, wenn das in dem eben skizzierten Umfang erforderliche Sachwissen vom Arzt nicht an den Patienten weitergegeben wurde, eine entsprechende Information mithin ganz unterblieb oder nicht in ausreichender Form erfolgte. In diesen Fällen ist nicht sichergestellt, dass der Drogenabhängige über dieselben für seine Entscheidung relevanten Kenntnisse verfügte, wie der behandelnde Arzt.³⁰ Aber auch dann sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen nichtsdestotrotz (für alle Beteiligten ersichtlich)³¹ eine ausreichende Informationsbasis des Patienten besteht. Zu Recht wird in der Rechtsprechung betont, dass langjähriger Drogenkonsum, der mit entsprechenden Erfahrungen einhergeht, auch ein Wissen bezüglich der Wirkung sowie der Gefahr einer Überdosierung indiziert.³² Das muss dann konsequenterweise auch für den hier vorliegenden (in Konsumentenkreisen offenbar üblichen) missbräuchlichen Konsum ausgekochter Schmerzpfaster gelten.

Der vorliegende Beschluss des 1. Senats fügt sich in diese bereits existierenden Maßstäbe ein. Zu Recht wurde die erstinstanzliche Annahme von überlegenem Wissen des Arztes allein durch das (einseitige) Abstellen auf dessen naturgemäß überlegene fachliche Kenntnis abgelehnt. Der BGH stellt demgegenüber auf den Wissenstand beider Seiten ab und bezieht den Umstand, dass der sich selbst Gefährdende über langjährige Erfahrungen mit Suchtmitteln verfügte, in die Bewertung mit ein.³³ Eine abschließende Entscheidung wird mangels ausreichender Feststellungen zu dieser Frage nicht getroffen, aber der Senat lässt deutlich erkennen, dass er der Annahme von

²⁵ In BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 30 sowie Rz. 71 ist vom „Fachwissen“ die Rede, später in Rz. 77 vom „Sachwissen“. BGH NStZ 2011, 342 nennt allein das „überlegene Fachwissen“; BGH NStZ 1985, 25 sowie BGH NStZ 2001, 205, 206 erwähnen allein das „überlegene Sachwissen“.

²⁶ Deutlich v.a. in BGH NJW 2000, 2286, 2287.

²⁷ BGH NStZ 1985, 25, 26; BGH NJW 2000, 2286, 2287.

²⁸ BayObLG, Beschl. v. 11.12.2001, 5St RR 298/01 Rn. 16.

²⁹ S. dazu *Albrecht/Kaspar* JuS 2010, 1071 (mit Bezug auf die Entscheidung des AG Garmisch-Partenkirchen).

³⁰ BayObLG NJW 2003, 371, 372.

³¹ Ist dies nicht der Fall, glaubt der Arzt also, dass dem Patienten entsprechende ausreichende Kenntnisse fehlen, kommt bei vorsätzlichem Handeln eine versuchte Körperverletzung oder sogar Tötung in Betracht, während es im Fahrlässigkeitsbereich mangels Strafbarkeit des Versuchs bei der Straflosigkeit des Arztes bleibt.

³² BayObLG JZ 1997, 522; s. auch BGH NStZ 2011, 341, 342.

³³ BGH Beschl. v. 16.1.2014, 1 StR 389/13 Rz.; s. auch BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 79.

„Eigenverantwortlichkeit“ nahe steht. In aller Kürze lässt sich die Entscheidung so zusammenfassen, dass nicht spezifisches Fachwissen ausschlaggebend ist, sondern das für die konkrete Entscheidung ausreichende Sachwissen.³⁴

Die Entscheidung gibt damit zugleich Anlass, darüber nachzudenken, ob die Formel vom „überlegenen Sachwissen“ als Kriterium der Eigenverantwortlichkeit der Entscheidung nicht missverständlich ist und zugunsten einer zumindest im ersten Schritt einseitigen, allein auf den sich selbst Gefährdenden und seinen Wissensstand bezogenen Betrachtung aufgegeben werden sollte.

Der BGH betont zwar, dass die „Überlegenheit“ des Wissens zwingend „Feststellungen zum Wissensstand sowohl des die Selbstgefährdung Fördernden als auch des sich selbst Gefährdenden“ erforderlich mache.³⁵ Das setzt aber eben voraus, dass man am vergleichenden Kriterium der „Überlegenheit“ des Wissensstandes festhalten will. Und genau das versteht sich nicht von selbst. Denn ob ein Mensch über ausreichend Informationen verfügt, um in autonomer Weise von seinem Selbstbestimmungsrecht bzw. seiner allgemeinen Handlungsfreiheit Gebrauch zu machen, oder ob Fehlvorstellungen bzw. schlichte Unkenntnis dem entgegenstehen, hängt doch naheliegender Weise zunächst nur von einer auf *seine* Person bezogenen Betrachtungsweise ab; das ist bei der Beurteilung der rechtfertigenden Einwilligung im Hinblick auf bestehende Wissensmängel nicht anders.

Manche Formulierungen des BGH deuten in diese Richtung, beispielsweise folgende Aussage im oben erwähnten Methadon-Fall (auch wenn die Prüfung mit dem Hinweis auf „überlegenes Sachwissen“ eingeleitet wird): „Maßgebend ist, ob der sich selbst Gefährdende bzw. Verletzende das rechtsgutsbezogene Risiko seines Verhaltens zutreffend eingeschätzt hat.“³⁶ Vom Wissensstand der anderen Person ist hier – zu Recht – nicht die Rede.

Verfügt der sich selbst Gefährdende über das, was man als das im jeweiligen Einzelfall erforderliche „Basiswissen“ bezeichnen könnte, ist es nach hier vertretener Ansicht irrelevant, ob der an der Selbstgefährdung Beteiligte über noch vertiefere Spezialkenntnisse verfügt. Ein solches „Wissensgefälle“³⁷ verleiht letzterem dann auch keine „Herrschaft“ über das Geschehen und steht der eigenverantwortlichen Entscheidung des anderen nicht entgegen.³⁸ Legte man diese Perspektive zugrunde, würde man zugleich das Missverständnis vermeiden, dass allein überlegenes Fachwissen des Arztes zum Ausschluss der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung führt, wie es im vorliegenden Fall vom Landgericht vorschnell angenommen wurde.

Nur wenn eine ausreichende Wissensbasis des sich selbst Gefährdenden (aus welchen Gründen auch immer) *fehlt*, steht fest, dass seine Entscheidung nicht eigenverantwortlich war.

Und erst bei der Anschlussfrage, ob ein anderer für die Folgen dieser nicht eigenverantwortlich herbeigeführten Gefährdung strafrechtlich verantwortlich ist, kommt die Frage des „überlegenen Wissens“ in den Blick, wobei dann nach hier vertretener Ansicht zwischen einem möglichen Vorsatz- und einem Fahrlässigkeitsvorwurf zu differenzieren ist.

Es liegt zunächst nahe, dass bei (im Hinblick auf den Verletzungs- oder Todeserfolg) *vorsätzlichem* Handeln ein Wissensgefälle bestehen muss, weil nur auf diese Weise eine vom Vorsatz getragene Herrschaft über das Geschehen entsteht – das folgt aber ohnehin aus den allgemeinen Anforderungen der mittelbaren Täterschaft kraft „Wissensherrschaft“³⁹. In den Fällen des Wissensgefälles bietet es sich – nebenbei bemerkt – ohnehin an, von „Wissensherrschaft“ zu sprechen und nicht, wie es die Rechtsprechung in einigen Entscheidungen zur vorliegenden Thematik vornimmt, von „Handlungsherrschaft“⁴⁰. Letzterer Begriff sollte besser für die oben als Frage der unmittelbaren Tatbeherrschung bezeichnete Abgrenzung von Selbst- oder Fremdgefährdung reserviert bleiben, um beide Aspekte nicht in unklarer Weise zu vermischen. Das äußerliche Geschehen, die selbstgefährdende Handlung, wurde im Schmerzpfasterfall klar vom Patienten gesteuert. Ihm oblag die (hier eng verstandene) Handlungsherrschaft. Das überlegene Wissen des Arztes ändert an *diesem* Herrschaftsverhältnis nichts, sondern kann ggf. dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen, wenn der sich selbst Gefährdende aufgrund fehlenden Basiswissens nicht eigenverantwortlich gehandelt hat.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob in den Selbstgefährdungsfällen auch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit „überlegenes Wissen“ der anderen Person voraussetzt. Zwingend ist das nicht, denn wer pflichtwidrig die Rechtsgüter Leib oder Leben eines anderen kausal schädigt und sich nicht auf einen Zurechnungsaussschlussgrund berufen kann, erfüllt nach allgemeinen Grundsätzen den Tatbestand des § 222 StGB bzw. § 229 StGB. Auch wenn der die Substanz Überlassende selbst keine Kenntnisse über deren Gefahren hat, insofern also kein Wissensgefälle, sondern eher ein Gleichlauf des (Un-)Wissens besteht, wird man eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach allgemeinen Maßstäben nicht pauschal ausschließen können⁴¹.

Der BGH sieht das offenbar anders, wenn er (ohne nähere Begründung) ausführt, dass auch bei der Frage der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit eine „Handlungsherrschaft aufgrund überlegenen Sachwissens oder aufgrund erkennbarer Mängel der Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung bei dem sich selbst Gefährdenden“ vorliegen müsse.⁴² Dabei wird aber weder deutlich, wa-

³⁴ So deutlich auch BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 81.

³⁵ BGH Beschl. v. 16.1.2014, 1 StR 389/14 Rz. 25.

³⁶ BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 80.

³⁷ Sickor GesR 2014, 471.

³⁸ Vgl. auch BGH NStZ 2001, 205, 206.

³⁹ BGH NStZ 2009, 504, 505.

⁴⁰ Vgl. BGH Beschl. v. 16.1.2014, 1 StR 389/13 Rz. 24 m. w. N.

⁴¹ Vgl. BGH NStZ 2011, 341, 342, wo in einer solchen Konstellation überzeugend eine Vorsatzstrafbarkeit mangels Irrtumsherrschaft abgelehnt wird, die Möglichkeit einer fahrlässigen Tötung aber bejaht wird. So auch bereits BGH NStZ 1983, 72. S. zu dieser Frage auch *Hardtung* NStZ 2001, 206, 207.

⁴² BGH Beschl. v. 16.1.2014, 1 StR 389/13 Rz. 41.

rum der Herrschaftsaspekt auch innerhalb der Fahrlässigkeitsdogmatik relevant sein sollte, noch, warum der letztgenannte Aspekt der „erkennbaren“ (nicht zwingend tatsächlich erkannten!) Verantwortlichkeitsdefizite auf Seiten des sich selbst Gefährdenden auch eine „Handlungsherrschaft“ des anderen begründen sollte.

3. Irrelevanz der Garantenstellung des Arztes

Eine wichtige Klarstellung enthält der Beschluss des BGH insofern, als dort (wie auch in der erwähnten Parallelentscheidung zum Methadon-Fall⁴³) die Irrelevanz der Garantenstellung des Arztes für die Frage der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung betont wird⁴⁴. Der Senat führt dazu aus:

„Soweit dem Urteil des Senats vom 18. Juli 1978 (1 StR 209/78, JR 1979, 429) die Rechtsauffassung entnommen werden könnte, die aus der Behandlung eines opiatabhängigen Patienten resultierende Garantenpflicht des behandelnden Substitutionsarztes begründe eine ‚besondere Sorgfaltspflicht‘ des Arztes, Schaden von seinem Patienten abzuwenden, und führe – unabhängig von der Freiverantwortlichkeit des Patienten – stets zu einer Täterschaft begründenden Herrschaft des Arztes über das selbstschädigende Verhalten des Patienten, wäre daran nicht festzuhalten.“⁴⁵

Das ist als wichtige Klarstellung zu begrüßen, zumal die im damaligen Urteil angenommene strengere Verantwortlichkeit von Garanten in der Literatur kritisiert wurde,⁴⁶ der BGH in späteren Entscheidungen aber mehrfach offen ließ, ob er an dieser Linie festhalten wolle.⁴⁷

In der Tat lässt sich aus der Zuständigkeit des Arztes für das Wohl des Patienten, die eine entsprechende Handlungspflicht des Arztes im Sinne von § 13 StGB begründet, nicht ableiten, dass er umgekehrt im Sinne einer „Generalverantwortlichkeit“ auch für von ihm zwar mit verursachte, aber vom Patienten selbst und in ausreichender Kenntnis der Risiken vorgenommene gefährliche Handlungen bestraft werden kann.

Dagegen wäre systematisch einzuwenden, dass es bei der Garantenstellung um eine Pflicht zum Tätigwerden geht, die gem. § 13 I StGB zur Strafbarkeit wegen Unterlassens führen kann. Auch wenn man Verbindungslinien zwischen der Lehre von den Garantenpflichten und der Lehre der objektiven Zurechnung anerkennt, ist doch nicht zu übersehen, dass sich die konkreten Fragestellungen

unterscheiden. Im hier vorliegenden Fall geht es um die Zurechnung der durch aktives Handeln eines anderen hervorgerufenen (Selbst-)Schädigung und nicht um die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eigenes Untätigbleiben. Schon deswegen ist es nicht naheliegend, aus der Existenz einer Garantenstellung des Arztes auf die Zurechenbarkeit eines vom Patienten selbst und an sich eigenverantwortlich herbeigeführten Schädigungserfolges zu schließen.

Entscheidend kommt hinzu, dass das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht des Patienten anerkanntermaßen der Garantenpflicht des Arztes konkrete Grenzen zieht. Verzichtet der Patient beispielsweise auf eine lebensverlängernde invasive Behandlung seitens des Arztes, ist letzterer nicht nur nicht verpflichtet, zum Wohle des Patienten einzugreifen, es ist ihm vielmehr untersagt, wenn er sich nicht der Gefahr einer strafbaren Körperverletzung aussetzen will. Es ist vor diesem Hintergrund nicht zu sehen, warum aus der grundsätzlichen Existenz einer Garantenstellung des Arztes geschlossen werden sollte, dass die eigenverantwortliche Entscheidung des sich selbst gefährdenden Patienten dadurch in ihrer Bedeutung beschränkt sein sollte. Auf den Punkt gebracht: Die Eigenverantwortlichkeit begrenzt die Garantenpflicht, nicht etwa begrenzt die Garantenpflicht die Eigenverantwortlichkeit.

IV. Fazit

Die (auch nur fahrlässige, erst recht die vorsätzliche) Förderung der Selbstschädigung von Patienten entspricht offensichtlich nicht dem generellen ärztlichen Auftrag, das Wohl der Patienten zu fördern und umgekehrt Leiden zu mindern. Kommt es zu solchen Verhaltensweisen im Rahmen der Abgabe oder Verschreibung von gefährlichen Substanzen, stehen Verstöße gegen staatliche Gesetze (bspw. das BtMG⁴⁸ oder AMG) oder das ärztliche Standesrecht mit den entsprechenden Konsequenzen im Raum. Einer Sanktionierung gerade der vom Rechtsgutsträger eigenverantwortlich herbeigeführten Selbstschädigung oder –gefährdung mit den Mitteln des Strafrechts bedarf es dagegen nicht. Es ist daher zustimmungswürdig, dass der BGH diese Linie auch im aktuellen Urteil weiter verfolgt und auf diese Weise etwas mehr Rechtssicherheit für Ärzte schafft, die ihren Patienten (beispielsweise im Rahmen von Substitutionsbehandlungen) potenziell gefährliche und missbrauchsanfällige Substanzen überlassen. Die Problematik, stets mit „einem Bein im Gefängnis“ zu stehen,⁴⁹ über die Ärzte häufig klagen, wird auf diese Weise nicht beseitigt, aber doch (aus in der Sache überzeugenden Gründen) abgemildert.

⁴³ BGH Urt. v. 28.1.2014, 1 StR 494/13 Rz. 87.

⁴⁴ Vgl. dazu bereits OLG Zweibrücken NStZ 1995, 89; Roxin NStZ 1984, 411, 412.

⁴⁵ BGH Beschl. v. 16.1.2014, 1 StR 389/13 Rz. 33.

⁴⁶ Hirsch JR 1979, 429 ff.; s. auch Roxin NStZ 1984, 411, 412.

⁴⁷ BGH NStZ 1984, 410, 411; sowie BGH NStZ 1985, 25.

⁴⁸ Vgl. Roxin NStZ 1984, 411.

⁴⁹ Roxin NStZ 1984, 411, 412.

Zum Mordmerkmal der Heimtücke

Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 5.9.2012 – 2 StR 242/12 = HRRS 2012 Nr. 1065

Von Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen

I. Einleitung

Kein Mordmerkmal ist in der revisionsgerichtlichen Praxis so bedeutsam und bereitet in seiner Anwendung so große Schwierigkeiten wie die Heimtücke.¹ Die Sachgerechtigkeit dieses Kriteriums für eine Qualifizierung des Tötungsunrechts zum Mord wird grundsätzlich bestritten.² Das Bemühen, dem Merkmal eine tragfähige ratio zu unterlegen, hat zu schon im Ansatz unterschiedlichen Konzeptionen geführt.

Der BGH definiert in seiner ständigen Rechtsprechung die Heimtücke als das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung.³ Die besondere Verwerflichkeit heimtückischer Begehung, die die lebenslange Freiheitsstrafe legitimieren soll, liege in der gesteigerten Gefährlichkeit, weil dem Opfer aufgrund der Arglosigkeit Selbstschutzmöglichkeiten entzogen würden.⁴

Das Erfordernis einer feindlichen Willensrichtung hat zu dieser ratio ersichtlich keinen Bezug, sondern beruht auf der Einsicht, dass die einseitige Betonung der besonderen Opfergefährlichkeit gegenläufige unrechts- und schuld mindernde Gesichtspunkte in unangemessener Weise ausblendet.⁵ Diese Einsicht berücksichtigt die Rechtsprechung in ganz unterschiedlicher Weise: Das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung reduziert den Anwendungsbereich von § 211 StGB um die spezielle Fallgruppe eines Handelns zum vermeintlich Besten des Opfers. Eine Normativierung des Begriffs der Arglosigkeit ermöglicht das gleiche Ergebnis in Konstellationen, in denen ein Angriff aufgrund einer Notwehrlage, in die das Opfer den Täter gebracht hat, nach den Maßstäben der Rechtsordnung tolerabel war, aber in concreto vom Opfer nicht erwartet wurde.⁶ Für verbleibende Fälle, in

denen die Verwerflichkeit aufgrund der besonderen Vorgeschichte reduziert erscheint, lehnt der BGH eine Reduktion des Tatbestandes des § 211 StGB ab und weicht auf eine gesetzlich nicht vorgesehene Korrektur bei den Rechtsfolgen aus.⁷

Aber auch soweit es die „Kerndefinition“ betrifft, also das bewusste Ausnutzen der Arg- und darauf beruhenden Wehrlosigkeit, hat es die Rechtsprechung nicht vermocht, aus dem von ihr betonten Gesichtspunkt der besonders gesteigerten Gefährlichkeit für das Opfer eine überzeugende Leitlinie für die Auslegung zu entwickeln. Entsprechend ist sie teils schwankend und uneinheitlich, teils unklar und schwer nachvollziehbar.⁸ Den Instanzgerichten bereitet es deshalb nicht selten Schwierigkeiten, die Vorgaben des BGH umzusetzen.⁹

Besonders problematisch erscheint es, wenn das Mordmerkmal der Heimtücke durch die Rechtsprechung partiell eine extensive Auslegung erfährt, die weder durch den Wortlaut noch durch die ratio dieses Merkmals veranlasst ist. Zum Beleg für diese These soll von einer bislang noch fast unbemerkt gebliebenen Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH aus 2012 ausgegangen werden, die eine neuerliche Ausdehnung der Heimtücke zur Folge hat (II.).¹⁰ Sodann soll im Rahmen grundsätzlicher Überlegungen zur ratio der hervorgehobenen Heimtückestrafbarekeit für eine stärkere Orientierung an der Planmäßigkeit der Begehung plädiert werden, wobei ein besonderes Augenmerk auf die dogmatisch-konstruktiven Schwierigkeiten im Umgang mit diesem, auch in der Rechtsprechung gebräuchlichen Kriterium gelegt werden soll (III.).

steigerten Opfergefährlichkeit nicht besonders verwerflich; *Zaczyk* JuS 2004, 750, 752; auch *Duttge*, in: Festschrift für Krey (2010), 61 f.; BGH NStZ 2007, 523, 525 = HRRS 2007 Nr. 616.

⁷ Grundlegend BGHSt (GrS) 30, 105, 116 ff.; zur Kritik etwa *Spendel* JR 1983, 271.

⁸ Vgl. dazu nur *Geppert* Jura 2007, 270 ff.; NK/*Neumann*, 4. Aufl. (2013), § 211 Rn. 47; *Rengier*, in: Festschrift für Küper (2007), S. 473 ff.; *Spendel* JR 1983, 270.

⁹ *Geppert* Jura 2007, 270.

¹⁰ Es findet sich lediglich eine Besprechung von *Jäger* JA 2013, 312, der dem BGH hinsichtlich des Vorliegens eines Heimtückemordes zustimmt und es für „unverständlich“ hält, dass das Landgericht dieses Mordmerkmal verneint hat.

¹ *Eser* NStZ 1983, 436; *Geppert* Jura 2007, 270.

² In diesem Sinne etwa *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 123 ff.

³ BGHSt 32, 382, 383 f.

⁴ BGHSt 11, 139, 143.

⁵ Siehe auch *Mitsch* JZ 2008, 338 f. mit instruktiven Überlegungen zum Verhältnis von § 212 Abs. 1 und 2 StGB zu § 211 StGB.

⁶ BGHSt 48, 207. Die tatsächlich bestehende Arg- und darauf beruhende Wehrlosigkeit des Opfers streitet hier zwar für die Annahme von Heimtücke, aber der Täter handelt mit Blick auf das vorausgegangene Opferverhalten trotz der ge-

II. Der Beschluss des BGH v. 5.9.2012 – 2 StR 242/12 (Vorinstanz LG Wiesbaden vom 23.1.2012 – 1 Kls – 4444 Js 15344/11)

Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die zur Tatzeit 15 Jahre alten Angeklagten H, Ö und K hatten einen ersichtlich stark betrunkenen Straßenmusiker angesprochen und zunächst mit ihm in friedlicher Stimmung eine Zigarette geraucht. Als sie sich bereits einige Schritte von dem Musiker entfernt hatten, fassten sie den gemeinsamen Entschluss, ihn zusammenzuschlagen. Sie vereinbarten, gemäß einem bereits bei früheren gemeinsamen Taten praktizierten Muster in der Weise vorzugehen, dass jeder der Beteiligten überraschend auf das Opfer eintreten oder einschlagen sollte, wobei im Vorhinein eine Reihenfolge festgelegt wurde. Vereinbarungsgemäß trat sodann zuerst der Angeklagte Ö dem am Boden sitzenden Musiker ins Gesicht. Nachdem das zunächst nach hinten gefallene Opfer wieder in eine aufrechte Position gelangt war, trat ihm der Angeklagte K ins Gesicht. Der Geschädigte fiel erneut nach hinten und blieb, vermutlich bewusstlos, regungslos liegen. Nunmehr trat der Angeklagte H dem am Boden liegenden Opfer mit zwei Stampfritten in das Gesicht, wobei er den Tod des Opfers billigend in Kauf nahm. Ö zog H von dem Geschädigten weg und fragte „Bist Du verrückt? Willst Du den etwa umbringen? Komm, wir gehen!“ Gleichwohl trat H nochmals wuchtig in das Gesicht des Tatopfers, das kurz darauf an den von H zugefügten Verletzungen verstarb.

Vom BGH unbeanstandet hat das LG niedrige Beweggründe bejaht, weil H aus Spaß an der Ausübung von Gewalt handelte und ihn das Gefühl der Macht über das Leben des Opfers faszinierte. Der BGH vermisst allerdings die Prüfung des Merkmals der Mordlust. Tatsächlich hätte die Annahme dieses Mordmerkmals nahe gelegen: Es ist gerade die Selbstzweckhaftigkeit der Tötung, der „Spaß an der Ausübung von Gewalt“, der hier für das Vorliegen von Mordlust spricht.¹¹ Da die Mordlust einen Unterfall der niedrigen Beweggründe darstellt, ändert ihr Vorliegen zwar nichts daran, dass damit auch niedrige Beweggründe gegeben sind. Aber es nimmt der gesetzlichen Bestimmtheit ihre Kraft und ist deshalb eine sachwidrige Schwächung von Art. 103 Abs. 2 GG durch das Gericht, wenn es auf das allgemeinere Merkmal ausweicht, anstatt das speziellere zu prüfen. Freilich konnte diese Auslassung die Angeklagten als Revisionsführer nicht beschweren.

Ebenfalls nicht beschweren konnte die Angeklagten der Umstand, dass das LG das Mordmerkmal der Heimtücke abgelehnt hat. Zur Begründung führt es an, dass das Opfer aufgrund der vorangegangenen Tritte von Ö und K nicht mehr arglos gewesen sei.¹² Der BGH dagegen hält für die Beurteilung der Arglosigkeit nicht den Zeitpunkt der von H geführten Tritte, sondern bereits den Zeit-

punkt, zu dem Ö und K mit Körperverletzungsvorsatz auf das Opfer eingetreten hatten, für ausschlaggebend. In diesem Moment habe sich das Opfer keines Angriffs versehen. Die Maßgeblichkeit dieses frühen Zeitpunkts begründet der BGH damit, dass die von Ö und K gegen den arglosen Musiker geführten Tritte „in unmittelbarem Fortgang des gemeinschaftlichen Handelns in die mit Tötungsvorsatz ausgeführten Tritte des Angeklagten H“ übergegangen seien.¹³

Die damit gegebene Begründung dürfte allerdings auch nach Auffassung des BGH noch nicht vollständig sein. Die vom BGH zitierte Literaturstelle und die in Bezug genommene ältere Rechtsprechung verlangen über den zeitlichen Unmittelbarkeitszusammenhang hinaus objektiv einen fortwirkenden Überraschungseffekt und subjektiv dessen bewusste Ausnutzung durch den Täter.¹⁴ Tatsächlich sind es gerade diese Kriterien, die eine Relevanz der anfänglichen Arglosigkeit für die spätere Tatausführung plausibel machen könnten. Der BGH ist offenbar stillschweigend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen einer bewussten Ausnutzung eines fortwirkenden Überraschungseffekts vorliegend erfüllt sind. Es ist wohl der Verzicht auf eine explizite Begründung, der eine erstaunliche Implikation der Entscheidung nicht deutlich hervortreten lässt, nämlich die Annahme, dass es für den fortwirkenden Überraschungseffekt ohne Bedeutung sein soll, dass das Opfer möglicherweise nach dem Tritt von K bewusstlos war.

Grundsätzlich geht der BGH bekanntlich davon aus, dass Bewusstlosigkeit der Annahme von Arglosigkeit entgegen stehe, weil der Bewusstlose – in Abgrenzung zum Schlafenden – seine Arglosigkeit nicht in seinen Zustand „mitnehme“.¹⁵ Wird aber die Bewusstlosigkeit des Opfers durch eine Handlung herbeigeführt, die Teil eines auf Tötung des Opfers gerichteten Planes ist, so soll der Zeitpunkt der Herbeiführung der Bewusstlosigkeit maßgeblich sein, und zwar auch dann, wenn die Handlung, mit der die Bewusstlosigkeit herbeigeführt wird, noch nicht den Eintritt in das Versuchsstadium markiert.¹⁶ In der vorliegenden Entscheidung gibt der BGH zu erkennen, dass die Herbeiführung der Bewusstlosigkeit vor Eintritt in das Versuchsstadium auch dann der Arglosigkeit nicht entgegenstehen soll, wenn sie noch nicht Teil eines Tötungsvorhabens ist. Der BGH kombiniert also seine Rechtsprechung zur im Rahmen eines Tötungsvorhabens herbeigeführten Bewusstlosigkeit mit den Entscheidungen, die ein Fortwirken anfänglicher Arglosigkeit bei einem zunächst nicht auf eine Tötung des Opfers gerichteten Überraschungsangriff für die Annahme von Arglosigkeit ausreichen lassen. In der Zusammenfassung heißt das: Ein Ausnutzen der Arglosigkeit liegt auch dann vor, wenn ein nicht tötungsvorsätzlich gegen einen

¹¹ Vgl. etwa SSW-StGB/Momsen, 2. Aufl. (2014), § 211 Rn. 6 ff.

¹² LG Wiesbaden vom 23.1.2012 – 1 Kls – 4444 Js 15344/11, Bl. 70.

¹³ Kritisch zu solchen Ausdehnungen des Heimtückemerkmals Rengier, in: Festschrift für Küper (2007), S. 476 (Argumente: Bemühen um restriktive Interpretation und Rechtssicherheit).

¹⁴ Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), § 211 Rn. 37; BGH NStZ 2006, 502 = HRRS 2006 Nr. 622; NStZ-RR 2008, 238 = HRRS 2008 Nr. 447; NStZ 2009, 29, 30 = HRRS 2008 Nr. 783 (m. Anm. Puppe NStZ 2009, 208 ff.).

¹⁵ Z.B. BGH StV 1981, 523; NStZ-RR 2004, 139, 140.

¹⁶ Vgl. BGH NStZ 2008, 569 = HRRS 2008 Nr. 552; MüKo-StGB/Schneider, 2. Aufl. (2012), § 211 Rn. 172; zur Kritik F.-C. Schroeder JR 2008, 391, 392.

Ahnungslosen geführter Überraschungsangriff dessen Bewusstlosigkeit zur Folge hat und der Täter die so herbeigeführte Gelegenheit dann für eine Tötungshandlung nutzt.

Die innere Unstimmigkeit dieser Position deutet sich bereits darin an, dass nicht mehr erkennbar ist, welche Rolle das vom BGH auch für den vorliegenden Fall betonte Unmittelbarkeitserfordernis noch spielen soll. Denn mit der einmal eingetretenen Bewusstlosigkeit kommt es unter dem Aspekt der fortwirkenden Arglosigkeit nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt sich der Täter zur Ausübung tödlicher Gewalt entschließt. Der gegen das zunächst noch arglose Opfer geführte Angriff wirkt schlicht so lange fort, wie die Bewusstlosigkeit andauert. Das Leerlaufen des Unmittelbarkeitserfordernisses bei Tötung eines bewusstlosen Opfers verdeutlicht, dass die Ausdehnung der Rechtsprechung zum fortwirkenden Überraschungseffekt auf Fälle, in denen das Opfer sein Bewusstsein verliert, mit der ratio dieser Rechtsprechung nicht mehr im Einklang steht. Mit den Kriterien der Unmittelbarkeit und des fortwirkenden Überraschungseffekts sind offenbar eigentlich ganz andere Konstellationen angesprochen, nämlich solche, in denen das Opfer sich gewissermaßen von dem ersten Schreck noch nicht erholt hat, wenn der Täter zu tötungsvorsätzlich motivierten weiteren Attacken übergeht.¹⁷ Nur für solche Fälle lässt sich begründet sagen, dass dem schließlich vom Tötungsvorsatz getragenen Angriff aufgrund der Kürze der Zeit und der emotionalen Überforderung noch ein Überraschungsmoment inne wohnt, so dass sich das Opfer noch nicht in Abwehrbereitschaft versetzen kann.

Dieser Gedanke trägt vorliegend ersichtlich nicht: Der vom Tötungsvorsatz getragene Tritt konnte das bereits bewusstlose Opfer nicht mehr überraschen – und die zur Bewusstlosigkeit führende Überraschung war nicht Teil eines Tötungsvorhabens. Der vom BGH erweckte Eindruck, er bewege sich im Rahmen einer bereits durch die bisherige Rechtsprechung gezogenen Bahn, führt also in die Irre. Vielmehr setzt er sich mit der Ausdehnung der Heimtücke in Widerspruch zu seinen eigenen Prämissen.

III. Die ratio der Heimtücke und das Zeitmoment – eine kritische Analyse der Rechtsprechung

Die Entscheidung bietet Anlass, grundsätzlicher noch zu fragen, ob es überhaupt Zustimmung verdient, wenn der BGH den Überraschungsangriff auf ein ahnungsloses Opfer generell als Ausnutzung von dessen Arglosigkeit interpretiert.

Schon eine Orientierung am Wortlaut legt diese Auslegung nicht nahe, weil bezweifelt werden kann, ob das begrifflich vorausgesetzte „Tückische“ sich in einer über-

raschenden Vorgehensweise gegen das Opfer erschöpfen kann.¹⁸

Vor allem lässt sich die ratio der herausgehobenen Heimtückestrafbarekeit gegen eine solche Interpretation anführen. Dabei ist noch nicht zu beanstanden, dass der BGH die Unrechtssteigerung auf die besondere Opfergefährlichkeit stützt. Die grundsätzlich gegen die unrechtssteigernde Relevanz des Unterlaufens von Selbstschutzmöglichkeiten erhobenen Bedenken vermögen nicht durchzugreifen. Es entspricht auch sonst der Wertung des Gesetzgebers, dass Verhaltensweisen, die für das Opfer besonders gefährlich sind, qualifizierend wirken können. Unter dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes ist das eine blanke Selbstverständlichkeit. Freilich mag man es für inkonsistent halten, dass der Gesetzgeber mit der Heimtücke nur einen einzelnen Typus gesteigerter Opfergefährdung erfasst und auf eine generelle Qualifizierung besonders gefährlichen Verhaltens verzichtet hat.¹⁹ Das gilt insbesondere für die auf den ersten Blick nicht selbstverständliche Hervorhebung verdeckten Verhaltens im Verhältnis zum offenen Einsatz brachialer Gewalt durch einen körperlich überlegenen oder bewaffneten Täter.²⁰ Aber dass der Gesetzgeber auch andere Begehungsformen hätte qualifizieren können, desavouiert für sich genommen noch nicht die getroffene Auswahl.²¹ Es wird sich schwerlich sagen lassen, dass diese Auswahl willkürlich ist. Das zeigt sich nicht nur an der erheblichen praktischen Relevanz des Mordmerkmals der Heimtücke.²² Es folgt vor allem daraus, dass diese Relevanz kein Zufall sein dürfte, sondern auf einen zusätzlichen Gefährdungsaspekt hindeutet, der gerade die heimtückische Begehungsweise kennzeichnet (und bei offener Gewaltanwendung fehlt): Auch jenseits der zweifelhaften „Hemmschwellentheorie“²³ bleibt die Einsicht, dass die

¹⁸ In diesem Sinne *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil (2009), Rn. 128; *Hillenkamp*, in: Festschrift für Rudolphi (2004), S. 477 ff.; *Lackner* NStZ 1981, 349; *NK/Neumann* (Fn. 8), § 211 Rn. 72; *Neumann* StV 2009, 526; *Schild* JA 1991, 55; *Seebode* StV 2004, 597 f.; *Spendel* JR 1983, 270, 271 f.; *ders.* StV 1984, 46; eingehend *Schmoller* ZStW 99 (1987), 412 ff. Es ist, gerade mit Blick auf den restriktiven Gehalt dieses Aspekts, der im Begriff der Heimtücke angelegt ist, nicht legitimierbar, ihm jede Bedeutung zu versagen. Es ist ein erstaunlicher Umgang mit dem Gesetz, wenn eine Orientierung an dessen Begrifflichkeiten in „die Gefahr des Abgleitens regelgeleiteter Norminterpretation in eine freihändige negative Typenkorrektur“ führen soll, so aber *MüKo-StGB/Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 158; ähnlich *BGHSt* (GrS) 11, 139, 144.

¹⁹ *Müssig*, Mord und Totschlag (2005), S. 301.

²⁰ *Jakobs* JZ 1984, 997; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 126; *Schmoller* ZStW 99 (1987), 400 f.

²¹ *Zorn*, Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal? (2013), S. 201; auch *Jakobs* JZ 1984, 997.

²² *Eser* NStZ 1983, 433, 436; *LK-StGB/Jähnke*, 11. Aufl. (2005), § 211 Rn. 38; *MüKo-StGB/Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 144.

²³ Zuletzt hat der BGH (St 57, 183, 189 ff. = HRRS 2012 Nr. 435) die Berechtigung einer besonderen Hemmschwellen"theorie" in Zweifel gezogen und zu Recht lediglich die allgemeinen Anforderungen an eine sorgfältige Vorsatzprüfung betont; vgl. dazu *Heghmanns* ZJS 2012, 826 ff.; *Heintschel-Heinegg* JA 2012, 633; *Jahn* JuS 2012, 757 ff.; *Leitmeier* NJW 2012, 2850 ff.; *Mandla* NStZ 2012, 695 ff.; *Puppe* JR 2012, 477 ff.; *Sinn/Bohnhorst* StV 2012, 661 ff.

¹⁷ Zusammenfassend *MüKo-StGB/Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 151.

Entscheidung für die Zerstörung fremden Lebens auch aus Sicht des Täters in aller Regel von besonderem Gewicht und es dementsprechend eine besondere „Leistung“ ist, diese Entscheidung durchzuhalten. Es liegt zumindest nahe, dass gerade die Konfrontation mit dem Opfer in besonderer Weise die Chance – aus der Sicht des Täters: das „Risiko“ – birgt, dass der Täter seinen Entschluss nicht durchzuhalten vermag.²⁴ Die List richtet sich so gesehen nicht nur gegen das Opfer, sondern auch gegen den Täter selbst, für den es im Regelfall eine beängstigende Vorstellung sein wird, sich vor der Tat mit dem Opfer auseinandersetzen zu müssen. Und dies eben nicht (nur) wegen des Risikos physischer Unterlegenheit, sondern auch wegen der damit verbundenen emotionalen Belastung. Möglicherweise ist nämlich der größte Gegner bei der Umsetzung eines Tötungsvorhabens nicht das Opfer, sondern der Täter selbst, der sein Gewissen in ganz besonderer Weise herausfordert.²⁵

Diese Überlegungen sichern zumindest die Berechtigung dafür, gerade der heimtückischen Begehung wegen der gesteigerten Opfergefährdung einen besonderen Platz zuzuweisen.²⁶ Dabei ist freilich eine gewisse Ambivalenz der Argumentation mit Blick auf die Verwerflichkeit der Tat nicht zu bestreiten, denn die objektiv gesteigerte Gefährlichkeit resultiert damit (auch) aus der Annahme, dass der Täter grundsätzlich Respekt vor dem verletzten Rechtsgut hat. Diese Ambivalenz kommt in besonders deutlicher Form in den Fällen zum Tragen, in denen es an der feindlichen Willensrichtung fehlt, in denen also das Rechtsgut besonders gefährdet wird, obwohl der Täter es doch grundsätzlich – und gerade auch in der Person des konkreten Opfers – schätzt.²⁷ In diesem Befund spiegelt sich aber letztlich nur die bereits erwähnte Schwäche des Merkmals der Heimtücke, dass es nämlich einseitig die Gefährlichkeit der Begehungsweise in den Blick nimmt und eine entlastende Berücksichtigung der Motivation des Täters nicht vorsieht.²⁸

Es ist im Vorstehenden schon angedeutet, dass auch ein anderer geläufiger Einwand gegen eine Begründung der Heimtücke aus der gesteigerten Opfergefährdung nicht trifft. Es ist dies der Einwand, dass der körperlich Unterlegene auf die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers zur Erreichung seines Ziels angewiesen

sei.²⁹ Die Heimtückedefinition der Rechtsprechung benachteilige den Schwachen gegenüber dem physisch Starken.³⁰ Diese Annahme ist empirisch schon deshalb wenig plausibel, weil zahlreiche Entscheidungen zeigen, dass physische Überlegenheit kein Grund dafür ist, auf die Ausnutzung der auf Arglosigkeit gegründeten Wehrlosigkeit zu verzichten.³¹ Das zeigt gerade auch der vorliegende Fall: Das Opfer war offensichtlich auch unabhängig von einer heimtückischen Begehungsweise physisch den drei Angeklagten hoffnungslos unterlegen. Das verdeutlicht nochmals, dass der Hinweis auf die physischen Kräfteverhältnisse deutlich zu kurz greift: Auch der körperlich Überlegene kann zur Durchhaltung seines Vorhabens auf eine heimtückische Begehungsweise angewiesen sein oder darin zumindest einen wesentlichen Vorteil sehen. Es stellt eine Verkürzung sozialer Interaktion dar – und eine solche ist auch die Tötung, namentlich in ihrer kriminologisch bedeutsamen Ausprägung als Beziehungsdelikt³² –, wenn diese auf eine körperliche Auseinandersetzung reduziert wird. Letztlich steht hinter dem Bild des benachteiligten Schwachen die Vorstellung der geprügelten, unterdrückten und körperlich unterlegenen Ehefrau, die sich schließlich zur Tötung des schlafenden Tyrannen entschließt.³³ Wenn hier das Verhalten der Ehefrau weniger verwerflich und damit die Mordstrafe nicht angemessen erscheint, so liegt das an der besonderen Vorgeschichte, also an dem vorangegangenen Fehlverhalten des Opfers und der psychischen Befindlichkeit der Täterin. An der gesteigerten Gefährlichkeit für das Opfer, also an der die Heimtücke kennzeichnenden besonderen Opfergefährlichkeit, ändert das alles nichts. Deshalb muss ein Korrektiv, wie oben schon angemerkt, jenseits des von der Rechtsprechung favorisierten Heimtückebegriffs angesiedelt sein.³⁴

Auch wenn man nach alledem eine gesteigerte Opfergefährdung durch reduzierte Selbstschutzmöglichkeiten grundsätzlich als qualifizierenden Umstand akzeptiert, ist damit noch nicht ausgemacht, dass die vom BGH für

²⁴ Vgl. BGHSt 11, 139; 30, 105, 116.

²⁵ Diese Einsicht dürfte auch die Basis der Annahme sein, dass die Wehrlosigkeit auch dann zu verneinen sein könne, wenn dem Opfer die Möglichkeit verbleibt, verbal auf das Opfer einzuwirken, es etwa anzuflehen (z.B. BGH NStZ 2009, 29, 30 = HRRS 2008 Nr. 738; kritisch etwa NK/Neumann (Fn. 8), § 211 Rn. 68). Die Abwehr richtet sich damit nicht gegen die physischen Möglichkeiten des Angreifers, sondern auf die Mobilisierung seines Gewissens.

²⁶ Dabei steht es diesen typisierenden Überlegungen nicht entgegen, dass sie nicht auf jeden Einzelfall heimtückischer Tötung passen. Es geht hier nur darum, plausibel zu machen, weshalb gerade eine bestimmte Fallgruppe gesteigerter Opfergefährdung gesetzlich hervorgehoben ist.

²⁷ Vgl. BGH NStZ 2006, 338 = HRRS 2006 Nr. 247.

²⁸ Es kann begrifflich auch schwerlich überzeugen, beim Fehlen einer feindlichen Willensrichtung das spezifisch „Tückische“ der Tat abzulehnen (so aber BGHSt [GrS] 9, 385, 390; Seebode StV 2004, 597).

²⁹ Vgl. Geppert Jura 2007, 271; Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 125; Otto Jura 1994, 147.

³⁰ Frommel StV 1987, 293; Lackner NStZ 1981, 349; Seebode StV 2004, 598.

³¹ Vgl. z. B. BGH NStZ 2006, 338 = HRRS 2006 Nr. 247; NStZ-RR 2004, 139, 140; NStZ 2009, 29 = HRRS 2008 Nr. 738 (wobei freilich das Geschehen nicht in allen Fällen [eindeutig] als heimtückisch zu bewerten ist); Schmöller ZStW 99 (1987), 395, weist zutreffend darauf hin, dass offene Attacken generell selten sind.

³² Eingehend Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 21 ff.

³³ Jescheck JZ 1957, 386, 387.

³⁴ A.A. Spindel JR 1983, 272 f.; ders., StV 1984, 46, der in problematischer Entfernung von der konkreten Ausführungsart eine „heimtückische innere Haltung“ fordert, was zu einer allgemeinen Gesinnungsbewertung führt: So soll die Ehefrau, die ihren tyrannischen Ehemann im Schlaf erschlägt, unabhängig von der Planmäßigkeit ihres Vorgehens nicht heimtückisch getötet haben: „Sie hat ersichtlich nicht aus Verschlagenheit heraus gehandelt, sondern aus größter Verzweiflung“ (StV 1984, 46; ähnlich auch Hillenkamp, in: Festschrift für Rudolphi [2004], S. 477 ff. zum Fall des in einer Notwehrlage befindlichen Täters). Diese allgemeine Gesinnungsbewertung löst den Heimtücke-begriff auf. Dazu, dass dem Aspekt des „Tückischen“ als objektiv-subjektiver Sinneinheit gleichwohl Relevanz zukommt, siehe noch unten.

ausreichend gehaltene Verschlechterung der Opferlage tatsächlich die Qualifikation zum Mord trägt. Die Legitimität des Strafraumensprungs ist nicht schon damit begründet, dass sich weniger gefährliche Tötungshandlungen vorstellen lassen. Denn selbstverständlich sind auch die von § 212 StGB erfassten Tötungshandlungen lebensgefährlich. Entscheidend ist demnach, dass die heimtückische Tötung vor der Folie des „Normalfalls“ der vorsätzlichen Tötung den gravierenden Unrechtsprung trägt, der sich in der Strafandrohung spiegelt.

Folgt man dem von der Rechtsprechung favorisierten Verständnis der Ausnutzung der Arglosigkeit, so liegt der – in § 212 StGB vertypete – Normalfall dann vor, wenn der Täter seinem (zum Argwohn fähigen)³⁵ Opfer mit offener Angriffsabsicht so gegenübertritt, dass es noch eine realistische Gelegenheit hat, Gegenmaßnahmen zu ergreifen.

Diese Umschreibung, bei der das zur Gegenwehr grundsätzlich fähige Opfer eine Chance hat, sich zur Wehr zu setzen, ist als Charakterisierung des Normalfalls allerdings nicht akzeptabel.³⁶ Denn zu den grundlegenden Rahmenbedingungen in einer freiheitlichen Gesellschaft gehört das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Handelns anderer. Nach diesem auch sonst anerkannten Vertrauensgrundsatz³⁷ entspricht die Arglosigkeit dem normativen Normalfall. Umgekehrt: Das Misstrauen des argwöhnischen Opfers kennzeichnet eine Situation, in der das Grundvertrauen bereits erschüttert ist, also ein gestörtes Rechtsverhältnis. Es ist im Konzept der Rechtsprechung gerade das allgemeine Grundvertrauen, dessen Verletzung die Qualifizierung tragen soll. Dieses Grundvertrauen ist freilich bei jeder Straftat verletzt; der Heimtückemord hebt sich so gesehen nicht besonders ab. In Wahrheit lässt sich hier also schwerlich von einer gesteigerten Gefährlichkeit für das Opfer sprechen, weil es der normalen Situation entspricht, nicht mit einem Angriff auf Leben oder körperliche Integrität zu rechnen.³⁸

Diese Überlegungen können zum einen dazu führen, die Verletzung eines gesteigerten Vertrauensverhältnisses zu verlangen. Damit verschiebt sich die Begründung der besonderen Verwerflichkeit auf die Verletzung der herausgehobenen Vertrauensbeziehung, wobei die miss-

brüchliche Inanspruchnahme solchen Vertrauens wegen der besonderen Verletzlichkeit des Vertrauenden zugleich auch eine gesteigerte Opfergefährlichkeit begründet.³⁹ Freilich ist die damit angesprochene Lehre vom verwerflichen Vertrauensbruch den bekannten Bedenken hinsichtlich ihrer gesetzesbestimmten Ausgestaltung ausgesetzt. Und wertungsmäßig erscheint die auf ihrer Basis unvermeidliche Ausklammerung des planmäßigen Überfalls auf einen Unbekannten nicht überzeugend.⁴⁰

Auch wenn man der Lehre vom verwerflichen Vertrauensbruch nicht folgen will, so sollte doch klar geworden sein, dass sich das bewusste Ausnutzen der Arglosigkeit nicht darin erschöpfen kann, dass der Täter die Ahnungslosigkeit des Opfers als günstige Gelegenheit zu dessen Tötung erfasst und nutzt.⁴¹ Um es zu illustrieren: Wer das Opfer in ihm abgewandter Position vorfindet, muss es zur Abwehr des Heimtückevorwurfs nicht zum Umdrehen bewegen und ihm dann noch Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor er es erschießt.⁴² Und wer das Opfer schlafend vorfindet, handelt nicht deshalb heimtückisch, weil er es nicht weckt, um ihm Gelegenheit zu einem Abwehrversuch zu geben, bevor er es ersticht.⁴³ Und schließlich lässt sich keine gesteigerte Verwerflichkeit aus dem Umstand begründen, dass der Täter einen Kompatenten tötet, ohne vorab die behandelnden Ärzte als schutzbereite Personen über diese Absicht unterrichtet zu haben.⁴⁴ Die Beispiele zeigen auch, dass in den Fällen, in denen sich der Täter lediglich eine zufällig vorgefundene günstige Situation zunutze macht, der Heimtückevorwurf in der Sache ein Unterlassen zum Gegenstand hat, nämlich das Unterlassen der Beseitigung der Arglosigkeit.⁴⁵

³⁹ Was freilich auch von der näheren Ausgestaltung der Lehre abhängt: Das freundliche Gespräch unter Unbekannten schafft noch kein gesteigertes Vertrauen bezogen auf das Unterbleiben von Angriffen auf das Leben; *Schmoller ZStW* 99 (1987), 408.

⁴⁰ *Neumann StV* 2009, 526; *Schmoller ZStW* 99 (1987), 405 f.; *Spendel JR* 1983, 270.

⁴¹ *Seebode StV* 2004, 597. Es ist im Schrifttum schon wiederholt darauf hingewiesen worden, „dass die Heimlichkeit und das mit ihr verbundene Überraschungsmoment für sich allein weder unter Unrechts- noch unter Schuldgesichtspunkten den großen Sanktionsprung zur absoluten Strafe rechtfertigen“ können; *Lackner NSTZ* 1981, 349.

⁴² Allein das Umdrehen würde nach der Rechtsprechung nicht genügen, wenn die Tat dann so schnell erfolgt, dass der Überraschungseffekt das Ergreifen von Abwehrmöglichkeiten ausschließt.

⁴³ Zutreffend *Seebode StV* 2004, 598. Da das Gesetz bei der Grausamkeit tendenziell umgekehrt wertet, also besondere Aggressivität im Vorfeld des Todeseintritts qualifiziert, könnte diese Vorgehensweise dann ebenfalls zur Qualifizierung führen; s. *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 126.

⁴⁴ A.A. *BGH StV* 2009, 524, 525 = HRRS 2008 Nr. 432; zutreffend kritisch *Neumann StV* 2009, 526.

⁴⁵ Gegen diese Überlegung lässt sich nicht einwenden, dass es nicht um eine Pflicht des Täters gehe, dem Opfer eine Abwehrchance zu verschaffen, sondern der Täter eben verpflichtet sei, die Tötung zu unterlassen. Das ist natürlich ohnedies richtig, bezieht sich aber nur auf die Pflichtwidrigkeit der vorsätzlichen Tötung überhaupt (also nach § 212 StGB). Worum es hier aber geht ist die Frage, ob die Pflichtverletzung deshalb herausgehoben ist, weil der Täter eine Situation der Arglosigkeit und darauf beruhender

³⁵ Beim konstitutionell zur Fassung von Argwohn unfähigen Opfer, etwa bei einem Kleinkind, ist eine heimtückische Tötung dagegen von vornherein nicht möglich; zusammenfassend *Murmans*, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl. (2013), § 21 Rn. 38.

³⁶ In diesem Sinne etwa *Geppert Jura* 2007, 271; *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil (2009), Rn. 127; *Otto Jura* 1994, 147; *Miehe JuS* 1996, 1003; so auch das LG Mühlhausen als Vorinstanz zu *BGH NSTZ* 2006, 338, 339 = HRRS 2006 Nr. 247, nach den dort mitgeteilten Entscheidungsgründen. Der BGH hat die Rechtsansicht des LG freilich verworfen.

³⁷ Dazu etwa *Murmans*, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl. (2013), § 23 Rn. 50 ff.

³⁸ A.A. z.B. *MüKo-StGB/Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 144, der von einer „besonders großen“ Erfolgssicherheit ausgeht (aber was soll das Besondere ausmachen? Die fehlende Ankündigung?) und darauf verweist, dass der Täter durch „sein unerwartetes Vorgehen“ die Abwehrmechanismen des Opfers unterläuft (aber sollte es nicht grundsätzlich unerwartet sein, von einem Mitmenschen getötet zu werden?).

Eine gesteigerte Verwerflichkeit lässt sich erst (und allenfalls) dann begründen, wenn (zumindest) das Grundvertrauen in besonderer Weise instrumentalisiert wird, der Täter also gezielt die Arglosigkeit des Opfers in sein Tatvorhaben integriert.⁴⁶ Erst eine solche Planmäßigkeit erlaubt es, begrifflich von einem tückischen Vorgehen sprechen.^{47, 48} Das ist natürlich einmal dort der Fall, wo der Täter auf das Opfer einwirkt, um Misstrauen nicht aufkommen zu lassen oder zunächst vorhandenes Misstrauen zu zerstreuen. Aber es besteht auch sonst die Möglichkeit, das Grundvertrauen in einen Tatplan zu integrieren. So liegt es etwa, wenn der Täter gezielt abwartet, bis er das Opfer in abgewendeter Position oder schlafend vorfindet.⁴⁹ Auch das Auflauern, um dann überraschend anzugreifen, hebt sich deutlich vom Ausnutzen einer zufällig vorgefundenen Gelegenheit ab; der geplante Überfall auf einen Ahnungslosen bleibt also heimtückisch.

Insgesamt lässt sich damit zwar nicht die bloß bewusst überraschende Begehungsweise als heimtückisch verstehen, wohl aber ein Verhalten, das diesen Effekt gezielt in einen Tötungsplan integriert und damit das grundsätzliche Vertrauensverhältnis nicht nur als gegeben hin nimmt, sondern gezielt instrumentalisiert.

Solche Fälle planmäßiger Begehungsweise werden nun freilich auch von der Rechtsprechung der Heimtücke zugeordnet. Da die Planmäßigkeit des Verhaltens für den BGH aber nicht konstitutiv für die Annahme von Heimtücke ist, kommt dieser Gesichtspunkt nicht zum Tragen, wenn der Täter letztlich im Ausführungsstadium überraschend vorgeht.⁵⁰ Für den BGH tritt die Planmäßigkeit

Wehrlosigkeit vorfindet und für die Realisierung seines Tötungsentschlusses nutzt.

⁴⁶ Zutreffend *Neumann* StV 2009, 526; NK/*Neumann* (Fn. 8), § 211 Rn. 72; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 37. Aufl. (2013), Rn. 108; *Seebode* StV 2004, 598, verlangt, „dass den Täter die vorgefundene, objektive Situation der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung bestimmt hat“; ähnlich *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil (2009), Rn. 127, 129; *Spendel* JR 1983, 272 f. verlangt weniger spezifisch eine „heimtückische innere Haltung“; *ders.* StV 1984, 46; ähnlich *Miehe* JuS 1996, 1003 f. Dazu, dass dieser Ansatz bei *Spendel* zu einer problematischen Entfernung von der konkreten Ausführungsart und hin zu einer allgemeinen Gesinnungsbewertung führt, schon oben Fn. 34.

⁴⁷ Noch weitergehend *Schmoller* ZStW 99 (1987), 414 ff., der (S. 416) „nur eine außergewöhnlich intensiv und raffiniert vorbereitete Tötung als heimtückisch beurteilt“ sehen möchte.

⁴⁸ Damit ist die Heimtücke nicht auf absichtliche Tötungen beschränkt (so aber wohl *Miehe* JuS 1996, 1003). Denn geplant muss nicht die Tötung, sondern die Art des tödlichen Angriffs verlaufen. Das ist aber z.B. auch dann der Fall, wenn der Täter das Opfer in eine Falle lockt, um es vorübergehend „auszuschalten“ und dabei seinen Tod billigend in Kauf nimmt.

⁴⁹ Dieses Abwarten vermag dann auch die Charakterisierung des Verhaltens als „tückisch“ zu tragen; vgl. *Zorn*, Die Heimtücke (Fn. 21), S. 52.

⁵⁰ Zutreffend *M.-K. Meyer* JR 1986, 134. Für die Rechtsprechung kann der Gesichtspunkt der Planmäßigkeit (versus Spontaneität) aber auch in den „Überraschungsfällen“ Relevanz für das subjektive Erfordernis des bewussten Ausnutzens erlangen: Planmäßigkeit indiziert ein Ausnutzungs-

erst dann in den Fokus, wenn im Zeitpunkt der Tatausführung das Opfer nicht mehr arglos ist.⁵¹ So liegt es insbesondere in den Fällen des Falle-Stellens, wenn etwa der Täter das Opfer in ein einsames Waldstück lockt, um ihm dort offen entgegenzutreten. Hier dient die Planmäßigkeit dann dazu, eine Ausnahme von dem Postulat zu begründen, dass die Arglosigkeit zu Beginn der Ausführungshandlung vorliegen müsse.⁵² Die sachliche Berechtigung eines solchen Regel-Ausnahme-Verhältnisses und die daraus zu ziehenden Konsequenzen sind aber, wie *Küper* schreibt, noch nicht geklärt „und kaum in Angriff genommen“.⁵³

Ausgehend von der ratio der Heimtücke ist dieses zeitliche Regel-/Ausnahme-Verhältnis nicht ohne weiteres einsichtig.⁵⁴ Denn unter dem Aspekt der Opfergefährlichkeit ist nicht der Zeitpunkt, sondern die Ausnutzung der Arglosigkeit und der darauf beruhenden Wehrlosigkeit entscheidend.⁵⁵

Wenn der BGH dennoch die Formulierung einer Regel für erforderlich hält, wonach die Arglosigkeit zu Beginn der Ausführungshandlung vorliegen müsse, so dürfte ihm dabei die Annahme vor Augen stehen, dass die Verwirklichung eines Tatbestandes generell das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen im Zeitpunkt der Tatausführung voraussetzt (Koinzidenzprinzip).⁵⁶ Gehört die Ausnutzung der Arglosigkeit zur Heimtücke und fehlt es daran zu Beginn der Tatausführung, so bleibt im Ausführungszeitpunkt lediglich die Tötung eines wehrlosen Opfers, welche zur Begründung von Heimtücke nicht ausreichen würde.

Die ausnahmsweise Anerkennung von Heimtücke in Fällen, bei denen die Arglosigkeit bereits vor Beginn der Ausführungshandlung entfallen ist, stützt die Rechtsprechung darauf, dass die anfängliche Arglosigkeit noch in

bewusst sein; vgl. BGH NStZ 2006, 167, 169 = HRRS 2005 Nr. 735; NStZ 2006, 503, 504 = HRRS 2006 Nr. 413.

⁵¹ Deshalb wird verschiedentlich von „zwei Tatvarianten der heimtückischen Tötung“ gesprochen (LK-StGB/*Jähnke* (Fn. 22), § 211 Rn. 41, der allerdings [Rn. 42] für die Überraschungsfälle nicht auf den Versuchsbeginn, sondern auf das Vorliegen eines Angriffs im Sinne der Notwehr abstellen will).

⁵² BGHSt 22, 77; BGH NStZ 2008, 569 = HRRS 2008 Nr. 552.

⁵³ *Küper* JuS 2000, 744; vgl. auch *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl. (2012), Rn. 103: dogmatisch nicht ganz zweifelsfreie Ansicht.

⁵⁴ Siehe *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil (2009), Rn. 144 f.; *M.-K. Meyer* JR 1986, 134; MüKo-StGB/*Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 164.

⁵⁵ Deshalb verlangt der BGH ja auch im Rahmen der Regelfälle nicht fortbestehende Arglosigkeit im Zeitpunkt der Tötungshandlung, sondern nur zu Beginn des Ausführungsstadiums.

⁵⁶ *Rengier*, in: Festschrift für *Küper* (2007), S. 474; in diesem Sinne wohl auch MüKo-StGB/*Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 164; *Kargl* StraFo 2001, 368, vermutet den Grund darin, dass die Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in der Regel erst beim Eintritt des Täters in das Versuchsstadium wesentlich reduziert seien. Aber das dürfte angesichts der engen Fassung des Versuchsstadiums schon in tatsächlicher Hinsicht häufig nicht treffend sein. Vor allem taugt die dann eher zufällige Koinzidenz nicht zur Formulierung eines Prinzips.

das Ausführungsstadium fortwirke.⁵⁷ Das „Fortwirken“ soll also Surrogat für das tatsächliche Vorliegen von Arglosigkeit im Ausführungsstadium sein.⁵⁸ Entsprechend wird das Ausnutzungsbewusstsein als Wissen um die Auswirkungen der anfänglichen Arglosigkeit interpretiert.

Der dogmatischen Herausforderung, die in dem von der h.M. postulierten Regel-/Ausnahme-Verhältnis liegt, werden diese Überlegungen nicht gerecht. Die Rede vom „Hineinwirken“ ist zwar für die Reduzierung der Abwehrmöglichkeiten im Ausführungsstadium, also für das Erfordernis der Wehrlosigkeit, treffend. Bezogen auf die Arglosigkeit vermag sie aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass objektive und subjektive Umstände zur Begründung der Tatbestandsverwirklichung herangezogen werden, die ausschließlich im Vorbereitungsstadium vorliegen. Die Wehrlosigkeit im Ausführungsstadium verkörpert nicht deren planmäßige Herbeiführung. Beispielhaft: Wenn der Täter dem Opfer an einer einsamen Stelle im Wald offen gegenübertritt, hängt die Ausnutzung der Arglosigkeit davon ab, ob er es an dieser Stelle gelockt hat; eine isolierte Betrachtung der Situation im Ausführungsstadium gibt über diese Vorgeschichte keinen Aufschluss. Und auch das Bewusstsein des Täters von der Planrealisierung im Ausführungsstadium vermag nicht die planende Gestaltung im Vorbereitungsstadium zu ersetzen: Planung ist nicht nachträgliche Interpretation, sondern Gestaltung ex ante.

Mit der Anerkennung einer Ausnutzung der Arglosigkeit in den Fällen des Falle-Stellens ist also nicht weniger behauptet, als dass das Tatumrecht objektiv wie subjektiv durch das Verhalten im Vorbereitungsstadium mitgeprägt wird. Diese Annahme ist nicht ganz so revolutionär, wie sie auf den ersten Blick aussieht. Zumindest im Bereich der Strafzumessung gibt es für eine Unrechtsrelevanz von Umständen, die im Vorbereitungsstadium angesiedelt sind, Vorbilder. Im Bereich der Tötungsdelikte ist hier der provozierte Totschlag nach § 213 StGB zu nennen, dem nach zutreffender Auffassung mit Blick auf die Mitverantwortung des Opfers auch unrechtmindernde Bedeutung zukommt.⁵⁹ Hier ist anerkannt, dass auch Provokationen strafmildernd wirken, die zeitlich vor Beginn des Ausführungsstadiums liegen, solange der

„motivationspsychologische Zusammenhang“ zwischen Provokation und späterer Tat besteht.⁶⁰ Der objektive Unrechtsgehalt wird hier also nicht lediglich von der Tatausführung, sondern auch von Umständen im Vorfeld der Tat geprägt. Gegen diese Parallele lässt sich nicht überzeugend einwenden, der Vergleich hinke, weil § 213 StGB kein Tatbestand ist. Denn die Norm weist strukturell erhebliche Ähnlichkeiten mit einer Privilegierung auf.⁶¹ Sie könnte vom Gesetzgeber ohne Änderung ihres sachlichen Gehalts leicht zu einer solchen umgestaltet werden.

Soweit ersichtlich, hat sich bislang vor allem *Neumann* explizit um ein dogmatisches Modell für eine Vorverlagerung der Arglosigkeit bemüht.⁶² Er vertritt die Auffassung, eine Ausnahme von der Zeitregel sei gar nicht erforderlich, wenn man „mit dem BGH auf den Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs abstellt.“⁶³ Es ist aber wohl nicht berechtigt, dem BGH die Meinung zuzuschreiben, der Tötungsvorsatz könne bereits im Vorbereitungsstadium vorliegen.⁶⁴ *Neumann* sieht freilich, dass mit seiner Position der herkömmliche Vorsatzbegriff gesprengt wird, und meint: „es besteht kein zwingender Grund, den Begriff des Vorsatzes hier in einem technischen, auf die Versuchs- (und Vollendungs-) Phase beschränkten Sinne zu verstehen.“ Dieser Kunstgriff erscheint allerdings nicht überzeugend. Denn der Tötungswille ist im Vorbereitungsstadium zwar das Motiv für das listige Vorgehen des Täters, der das Geschehen steuernde Wille bezieht sich aber noch nicht auf die Tötung, sondern auf das Ausnutzen der Arglosigkeit zur Vorbereitung einer solchen. Es geht also richtigerweise um eine Interpretation der Heimtücke und um die Behauptung, dass diese, soweit es die Ausnutzung der Arglosigkeit anbelangt, ihren objektiven und subjektiven Gehalt auch aus Umständen beziehen kann, die im Vorbereitungsstadium liegen.

⁵⁷ BGHSt 22, 77, 79; ebenso etwa SK-StGB/Sinn, § 211 Rn. 45 unter Hinweis auf die Sachgerechtigkeit dieses Ergebnisses bei „wertender Betrachtung“.

⁵⁸ Ähnlich lässt sich auch die Behandlung des schlafenden Opfers durch die Rechtsprechung als Anwendungsfall einer Ausnahme von dem Erfordernis aktueller Arglosigkeit bei Tatbegehung interpretieren (s. *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil (2009), Rn. 141). Hier stützt sich die Rechtsprechung freilich nicht auf das Fortwirken eines planmäßigen Vorgehens, sondern auf das Fortwirken anfänglicher Arglosigkeit in einen Zustand der mangelnden Fähigkeit zum Argwohn. Die bloße Einsicht in einen solchen Zustand kann, wie im Text gezeigt, nicht schon belastend wirken.

⁵⁹ *Mitsch* JuS 1996, 29 (auch unter Hinweis darauf, dass bei alleiniger Berücksichtigung der subjektiven Seite das tatsächliche Vorliegen einer Provokation nicht erforderlich wäre, sondern nur deren unverschuldete Annahme); *Otto*, BT, 7. Aufl. (2005), § 5 Rn. 3; *Zwiehoff*, Die provozierte Tötung (2001), S. 20; A.A. etwa *NK/Neumann* (Fn. 8), § 213 Rn. 6.

⁶⁰ BGH NStZ 1995, 83; *StraFo* 2011, 63 = HRRS 2010 Nr. 938; *Schönke/Schröder/Eser*, 29. Aufl. (2014), § 213 Rn. 9; *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht (2011), S. 133; weiterführend *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010) S. 261 ff.

⁶¹ Dazu etwa *Mitsch* JuS 1996, 28.

⁶² *NK/Neumann* (Fn. 8), § 211 Rn. 66. Vgl. auch *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil (2009), Rn. 144 ff.; *Kargl* *StraFo* 2001, 368; *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. (2012), S. 195; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. (2009), § 2 Rn. 48, wendet sich explizit gegen einen Rückgriff auf Umstände, die dem Ausführungsstadium vorgelagert sind.

⁶³ Ähnlich stellt auch *LK-StGB/Jähnke* (Fn. 22), § 211 Rn. 41 auf den bereits (im Vorbereitungsstadium) vorliegenden „Angriff“ durch die listige Annäherung an das Opfer ab. Und auch *Küper* JuS 2000, 744, spricht davon, dass „die mit Tötungsvorsatz gegen ein argloses Opfer gerichtete, planmäßige Tatvorbereitung, die dem im Ausführungsstadium nicht mehr arglosen Opfer schon vorgehend Verteidigungsmöglichkeiten entzieht, wegen dieser, in die eigentliche Tötungsphase hineinreichenden Wirkungen, bereits der ‚Tötungshandlung‘ zuzurechnen ist“.

⁶⁴ *Rengier*, in: *Festschrift für Küper* (2007), S. 476; auch bei *Müko-StGB/Schneider* (Fn. 16), § 211 Rn. 145, 146, 163 findet sich die Gleichsetzung des „Beginns des Angriffs auf das Leben“ und des „Zeitpunkts der Tathandlung“.

Sieht man den materialen Grund für die herausgehobene Heimtückestrafbarkeit wesentlich im planmäßigen Vorgehen des Täters, so sinkt das für die h.M. normativ bedeutsame Zeitkriterium der Arglosigkeit im Ausführungsstadium zu einem phänomenologischen Befund herab. Unter dem leitenden Aspekt der Opfergefährlichkeit spielt der Zeitpunkt, zu dem der Täter die Arglosigkeit für seine Zwecke instrumentalisiert, keine Rolle. Eine langfristige, das Vorbereitungsstadium einbeziehende Planung begründet keinesfalls geringere Gefahren für das Opfer als ein Plan, dessen Umsetzung auf das Ausführungsstadium begrenzt ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ein Strafrecht, das verschiedentlich ganze Tatbestände der Vertypung von Vorbereitungshandlungen widmet, außerstande sein sollte, diesen Unrechtstypus zu erfassen.⁶⁵ Die Heimtücke kann demnach ein zeitlich gestrecktes Unrechtsgeschehen sein, das im Ausführungsstadium gewissermaßen in der Tötung eines Wehrlosen kulminiert. An dem Versuchsbeginn ändert diese

⁶⁵ Kritisch dagegen MüKo-StGB/Schneider (Fn. 16), § 211 Rn. 166 f., der die Vorverlagerung allerdings „wertungsmäßig nachvollziehbar“ findet und deshalb für eine Anwendung von § 212 Abs. 2 StGB plädiert. Es ist aber nicht erkennbar, weshalb eine Verschiebung in den Bereich der Strafzumessung einer – unter klaren Voraussetzungen auch Vorverlagerungen einbeziehenden – Interpretation der Heimtücke überlegen sein soll. Kritisch auch Rengier, in: Festschrift für Küper (2007), S. 476 f., der u.a. auf das Mordmerkmal der Grausamkeit hinweist, welches jedenfalls die Tatausführung kennzeichnen müsse. Dieser Vergleich scheint freilich mit Blick auf die unterschiedlichen Strukturen der Merkmale nicht tragfähig; die Heimtücke ist gewissermaßen zweigliedrig und die Arglosigkeit steht in einem Kausalzusammenhang zu der Wehrlosigkeit im Ausführungsstadium.

Interpretation selbstverständlich nichts.⁶⁶ Denn die Ausführungshandlung bleibt die Tötung eines Wehrlosen. Unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes ist diese Auslegung vorzugswürdig, weil sie mit dem Erfordernis eines planmäßigen Vorgehens begrifflich an die „Tücke“ anknüpft. Teleologisch führt sie den Gedanken der Opfergefährlichkeit zur Konsequenz. Letztlich wird auf diese Weise lediglich die Rechtsprechung zum Falle- Stellen auf eine klarere dogmatische Grundlage gestellt.

IV. Konsequenzen für die BGH-Entscheidung

Die eingangs erörterte Entscheidung leidet nach alledem nicht nur an inneren Widersprüchlichkeiten, sondern verdient auch deshalb keine Zustimmung, weil der Täter die Arglosigkeit des Opfers nicht zu einem bestimmten Faktor in seinem Tötungsvorhaben gemacht hat. Eine restriktive Interpretation der Heimtücke, der zufolge die bloße Überraschung des ahnungslosen Opfers für ein Ausnutzen der Arglosigkeit nicht ausreicht, muss zu der Einsicht führen, dass schon die den tödlichen Tritten vorausgegangene Attacken von Ö und K (wenn man einmal ausblendet, dass es bei deren Handeln ohnedies am Tötungsvorsatz fehlt) nicht als ein die Heimtücke begründendes Ausnutzen der Arglosigkeit erscheinen.

⁶⁶ Was sich freilich schwerlich vermeiden ließe, wenn man die planmäßige Vorbereitung der Tötung bereits der „Tötungshandlung“ zurechnen würde (so Küper JuS 2000, 744), denn damit ließe sich nur schwer der Gedanke abweisen, dass die Tatbegehung damit beginnt, dass das Opfer in eine Falle gelockt wird.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR – und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

982. BGH 1 StR 494/13 – Urteil vom 28. Januar 2014 (LG Deggendorf)

BGHSt; fahrlässige Tötung und Totschlag (objektive Zurechnung; eigenverantwortliche Selbstgefährdung; Handlungsherrschaft des Substitutionsarztes); begründete Anwendung bei der ärztlichen Verschreibung von Betäubungsmitteln im Rahmen der Substitutionstherapie opiatabhängiger Patienten (Take-Home-Verordnung; stabile Einstellung und Kontrolle des Beikonsums; BtMVV; Richtlinien zur Durchführung der substituionsgestützten Behandlung Opiatabhängiger: Vorsatz und Bewertung nach der Richtlinie).

§ 222 StGB; § 212 StGB; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. a BtMG; § 13 Abs. 1 BtMG; § 5 BtMVV; § 15 StGB

983. BVerfG 1 BvR 482/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 28. Juli 2014 (OLG Düsseldorf / LG Duisburg)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (enge Auslegung des Begriffs der Schmähkritik; kritische Äußerung über eine RichterIn in einem Zivilprozess; Recht auf polemische Zuspitzung; mehrdeutige Äußerungen; überschaubarer Adressatenkreis; „Kampf ums Recht“).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

984. BVerfG 2 BvR 64/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2014 (OLG München / LG Memmingen)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus der Maßregelunterbringung; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Erheblichkeit; Grad der Wahrscheinlichkeit); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Führungsaufsicht; Auflagen und Weisungen; erfolgreich durchlaufene Lockerungen; Zuverlässigkeit und Absprachefähigkeit des Unterbrachten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

985. BVerfG 2 BvR 571/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Juli 2014 (LG Münster / AG Münster)

Wiederaufnahme eines Strafbefehlsverfahrens wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (Rechtsstaatsprinzip; Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes; neue Tatsachen; Abgrenzung zu Rechtsanwendungsfehlern; Aufklärungspflicht des Wiederaufnahmegerichts).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 359 Nr. 5 StPO; § 373a Abs. 2 StPO; § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG; § 6 Abs. 3 Nr. 3 FeV

986. BVerfG 2 BvR 689/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juli 2014 (OLG München)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung); externer Sachverständiger (Sollvorschrift; Abweichung nur in Ausnahmefällen; fehlende Bereitschaft des Unterbrachten zur Mitwirkung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 67e Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 4 StPO

987. BVerfG 2 BvR 1056/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juli 2014 (OLG Hamm)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus der Maßregelunterbringung; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Begründungsanforderungen; Erörterung einer möglichen bedingten Entlassung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

988. BVerfG 2 BvR 2632/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. August 2014 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot

bestmöglicher Sachaufklärung); Sachverständigengutachten (Erforderlichkeit bei Prognoseentscheidungen; Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen; Pflicht zur regelmäßigen Heranziehung eines „externen“ Sachverständigen; Berücksichtigung neuer Entwicklungen in der Person des Verurteilten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67d StGB; § 463 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 454 Abs. 2 StPO

989. BVerfG 2 BvR 2848/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juli 2014 (OLG Hamm / LG Bochum)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherheitsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Erheblichkeit; Grad der Wahrscheinlichkeit; fehlende Gewaltausübung durch den Untergebrachten); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Führungsaufsicht; Auflagen und Weisungen; nahezu 27 Jahre dauernde Unterbringung; ausgeschöpfte Behandlungsmöglichkeiten im Maßregelvollzug).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

990. BGH 1 StR 390/14 – Beschluss vom 20. August 2014 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

991. BGH 1 StR 649/13 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Stuttgart)

Anspruch auf rechtliches Gehör; Anhörungsrüge.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

992. BGH 2 StR 113/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Erfurt)

Notwehrexzess (Vorliegen von asthenischen Affekten: widersprüchliche Bewertung).

§ 33 StGB

993. BGH 2 StR 163/14 – Verfügung vom 25. September 2014 (LG Fulda)

BGHS; Recht auf Beistand eines Verteidigers (Anwesenheit des gewählten Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 350 StPO

994. BGH 2 StR 164/14 – Urteil vom 24. September 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des gefährlichen Gegenstands); Strafzumessung (erforderliche Begründung).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 46 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

995. BGH 2 StR 20/14 – Urteil vom 23. Juli 2014 (LG Erfurt)

Erweiterter Verfall (Voraussetzungen)

§ 73d Abs. 1 StGB

996. BGH 2 StR 221/14 – Beschluss vom 24. Juli 2014 (LG Aachen)

Untreue (hier: Missbrauch eines Anwaltsanderkonto; Vermögensnachteil: fälliger Geldanspruch des Täters als Kompensation); Strafzumessung (Berücksichtigung von anwaltsrechtlichen Sanktionen); Berufsverbot (Voraussetzungen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 114 Abs. 1 BRAO; § 70 Abs. 1 StPO

997. BGH 2 StR 30/14 – Beschluss vom 26. August 2014 (LG Aachen)

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

998. BGH 2 StR 269/14 – Beschluss vom 11. September 2014 (LG Darmstadt)

Beihilfe zum schweren Raub.

§ 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB; § 27 Abs. 1 StGB

999. BGH 2 StR 605/13 – Urteil vom 20. August 2014 (LG Marburg)

Mord (Heimtücke: subjektive Voraussetzungen; niedere Beweggründe: subjektive Voraussetzungen).

§ 211 StGB

1000. BGH 4 StR 126/14 – Beschluss vom 29. Juli 2014 (LG Bochum)

Mitteilungspflichten über außerhalb der Hauptverhandlung stattfindende Verständigungsgespräche (Vorliegen mitteilungspflichtiger Gespräche; Umfang der Mitteilungspflicht; Auswirkung von Besetzungswechseln; Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1001. BGH 4 StR 207/14 – Beschluss vom 11. September 2014 (LG Essen)

Betrug (Tateinheit: natürliche Handlungseinheit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

1002. BGH 4 StR 222/14 – Urteil vom 25. September 2014 (LG Dortmund)

Tatrichterliche Strafzumessung (Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht: mangelnde Feststellungen).

§ 261 StPO; § 46 Abs. 1 StGB

1003. BGH 4 StR 231/14 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Detmold)

Tateinheit bei mehreren Beteiligten.

§ 52 StGB; § 53 StGB

1004. BGH 4 StR 251/14 – Beschluss vom 9. September 2014 (LG Essen)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Taterfolg: konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert; absichtlich verursachte Verkehrsunfälle).

§ 315b Abs. 1 StGB

1005. BGH 4 StR 312/14 – Beschluss vom 11. September 2014 (LG Detmold)

Leichtfertige Geldwäsche (Gegenstand der Leichtfertigkeit: Katalogtat, Begründung im Urteil); sukzessive Beihilfe zum Computerbetrug (Beendigung der Tat).

§ 261 Abs. 1, 5 StGB; § 263a Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

1006. BGH 4 StR 314/14 – Beschluss vom 9. September 2014 (LG Münster)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB; § 54 StGB

1007. BGH 4 StR 330/14 – Beschluss vom 28. August 2014 (LG Detmold)

Hilfe zur Aufklärung von schweren Straftaten (Kronzeugenregelung).
§ 46d Abs. 1 Nr. 1 StGB

1008. BGH 4 StR 473/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Magdeburg)

Kostentragungspflicht des Verurteilten (Kosten für besondere, den Angeklagten entlastenden Untersuchungen: Voraussetzungen einer Entlastung des Angeklagten).
§ 465 Abs. 2 StPO

1009. BGH 4 StR 586/13 – Urteil vom 25. September 2014 (LG Arnsberg)

BGHSt; Betrug durch Unterlassen (Garantenstellung des Anwalts für seinen Mandanten; hier: erforderliche Aufklärung über voraussichtliche gesetzliche Vergütung bei Wahl eines anderen Vergütungsmodells); Wucher.
§ 13 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG; § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB

1010. BGH 1 StR 304/14 – Beschluss vom 18. September 2014 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

1011. BGH 1 StR 323/14 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Ravensburg)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1012. BGH 1 StR 343/14 – Beschluss vom 3. September 2014 (LG München II)

Verwertungsverbot nach dem BZRG (Tilgungsreife); minder schwerer Fall des vorsätzlichen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitführen von Waffen
§ 46 StGB; § 51 Abs. 1 BZRG; § 63 BZRG; § 30a Abs. 3 BtMG

1013. BGH 1 StR 421/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Mannheim)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.
§ 346 Abs. 2 StPO

1014. BGH 1 StR 166/07 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (BGH)

Festsetzung des Gegenstandswertes für die Tätigkeit des Vertreters der Verfallsbeteiligten im Revisionsverfahren.
§ 33 Abs. 1 RVG; § 2 Abs. 1 RVG

1015. BGH 1 StR 70/14 – Beschluss vom 4. September 2014 (LG Schwerin)

Brandstiftung (Anwendung auf eine Unterstellhalle: Carport); gerichtliche Hinweispflicht; Berücksichtigung prozessordnungsgemäß festgestellter aber nicht mehr verfolgter Sachverhaltsteile in der Strafzumessung.
§ 306 StGB; § 154a StPO; § 46 StGB; Art. 6 EMRK

1016. BGH 2 StR 128/14 – Beschluss vom 13. August 2014 (LG Bonn)

Begriff der prozessualen Tat (Strafklageverbrauch; Unterscheidbarkeit von gleichförmigen Serientaten bei der Verfahrenseinstellung).
§ 264 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 154 Abs. 2 StPO

1017. BGH 2 StR 191/14 – Beschluss vom 17. September 2014 (LG Aachen)

Vollendung beim Diebstahl (Gewahrsamsbruch; Versuch).
§ 242 StGB

1018. BGH 2 StR 261/14 – Beschluss vom 17. September 2014 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

1019. BGH 2 StR 303/14 – Beschluss vom 1. Oktober 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

1020. BGH 2 StR 325/14 – Beschluss vom 17. September 2014 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

1021. BGH 2 ARs 375/14 (2 AR 220/14) – Beschluss vom 14. Oktober 2014 (BGH)

Entscheidung über die Verbindung von Verfahren durch das gemeinschaftliche obere Gericht.
§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 2 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 3 Abs. 1 StPO

1022. BGH 4 StR 174/14 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Dortmund)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1023. BGH 4 StR 259/14 – Beschluss vom 27. August 2014 (LG Magdeburg)

Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (berechtigtes oder entschuldigtes Sich Entfernen; rechtfertigender Notstand).
§ 142 StGB; § 34 StGB

1024. BGH 4 StR 298/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

1025. BGH 4 StR 375/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (LG Frankenthal)

Vollendetes Herstellen von Betäubungsmitteln (Eigenverbrauch; Abgrenzung vom Herstellen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Bestimmung der erheblichen Menge).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1026. BGH 4 StR 473/13 – Urteil vom 4. September 2014 (LG Magdeburg)

BGHSt; Freiheitsberaubung durch Unterlassen durch Polizeibeamte nach nichtrichterlicher Ingewahrsamnahme oder Festnahme (Quasikausalität; Zurechnungszusammenhang; hypothetische Fortdauer der Freiheitsentziehung; vermeidbarer Verbotsirrtum hinsichtlich der Pflicht zur Wahrung des Richtervorbehalts; Abgrenzung Tun und Unterlassen; unverzügliche Vorführung vor einen Richter: Bedeutung der 12-Stundenfrist); Voraussetzungen der fahrlässigen Tötung; Verfahrensrüge der Abwesenheit eines Dolmetschers zugunsten der Nebenklage.

§ 13 Abs. 1 StGB; § 222 StGB; § 239 Abs. 1 und Abs. 4 StGB; § 17 StGB; Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG; § 163c Abs. 2 StPO; § 40 Abs. 2 SOG LSA

1027. BGH 3 StR 203/14 – Urteil vom 21. August 2014 (LG Stralsund)

Rechtsfehlerfreie tatrichterliche Verneinung von Mordmerkmalen (hier: Verdeckungsabsicht und niedrige Beweggründe).

§ 211 StGB; § 261 StPO

1028. BGH 3 StR 203/14 – Beschluss vom 21. August 2014 (LG Stralsund)

Totschlag durch Unterlassen (tateinheitliche Beihilfe zur Körperverletzung; einheitliches Geschehen; doppelte Anwendung des Zweifelssatzes); Doppelverwertungsverbot bei der Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung des strafbegründenden Verhaltens selbst).

§ 212 StGB; 223 StGB; § 13 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB

1029. BGH 3 StR 208/14 – Urteil vom 21. August 2014 (LG Hannover)

Ablehnung des Antrags auf aussagepsychologische Begutachtung eines Belastungszeugen aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts (Zulässigkeit trotz Verweigerung der Einwilligung des Zeugen in die Exploration).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1030. BGH 3 StR 245/14 – Beschluss vom 21. August 2014 (LG Schwerin)

Gesamtstrafenbildung (Einbeziehung von Einzelstrafen; Erledigungszeitpunkt; Härtefallausgleich; Beschlussverfahren); Verhältnis von Verfallsanordnung und Gesamtstrafenausspruch.

§ 55 StGB; § 354 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

1031. BGH 3 StR 245/14 – Beschluss vom 21. August 2014 (LG Schwerin)

Gesamtstrafenbildung (Einbeziehung von Einzelstrafen; Erledigungszeitpunkt; Härtefallausgleich; Beschlussverfahren); Verhältnis von Verfallsanordnung und Gesamtstrafenausspruch.

§ 55 StGB; § 354 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

1032. BGH 3 StR 271/14 – Beschluss vom 5. August 2014 (LG Kleve)

Verhältnis von verminderter Schuldfähigkeit und verminderter Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Aufhebung eines unter Anordnung der Unterbringung in einem

psychiatrischen Krankenhaus ergangenen Freispruchs auf die Revision des Angeklagten hin.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO

1033. BGH 3 StR 283/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Wuppertal)

Begründete Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Misstrauen gegen die Unparteilichkeit: Vortätigkeit an sich kein Ablehnungsgrund, Hinzutreten besonderer Umstände, unsachliche Äußerung zum Nachteil des Angeklagten).

§ 24 Abs. 2 StPO

1034. BGH 3 StR 315/14 – Beschluss vom 20. August 2014 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung (unzulässige strafschärfende Berücksichtigung nicht abgeurteilter Taten ohne deren prozessordnungsgemäße Feststellung).

§ 46 StGB

1035. BGH 3 StR 320/14 – Beschluss vom 20. August 2014 (LG Oldenburg)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Einbeziehung einer nicht erledigten Geldstrafe trotz zuvor begründeter Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

1036. BGH 3 StR 325/14 – Beschluss vom 2. September 2014 (LG Düsseldorf)

Unzureichend begründete Adhäsionsentscheidung (formelhafte allgemeine Erwägungen; Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten).

§ 403 StPO; § 406 StPO

1037. BGH 3 StR 326/14 – Beschluss vom 19. August 2014 (LG Kleve)

Anforderungen an die Feststellung eines mittäterschaftsbegründenden Tatbeitrags bei mehreren gleichartigen Betrugstaten.

§ 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1038. BGH 3 StR 338/14 – Beschluss vom 20. August 2014 (LG Hannover)

Teileinstellung des Verfahrens

§ 154 Abs. 2 StPO

1039. BGH 3 StR 342/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Koblenz)

Teileinstellung wegen fehlender wirksamer Anklage bzgl. einer von mehreren angeklagten Taten.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 200 StPO

1040. BGH 3 StR 346/14 – Beschluss vom 2. September 2014 (LG Stade)

Entscheidung über die Zubilligung einer Entschädigung im Beschlusswege bei im Übrigen unbegründeter Revision.

§ 406a Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

1041. BGH 3 StR 362/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Stade)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1042. BGH 3 StR 372/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Stade)

Anforderungen an die Anordnung der unbefristeten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (unzureichende Darlegung der zukünftigen Gefährlichkeit des Angeklagten); Schuldunfähigkeit aufgrund einer Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie.

§ 63 StGB; § 20 StGB

1043. BGH 3 StR 373/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Wuppertal)

Räuberischer Diebstahl (Vollendung der Wegnahme bei kleinen Gegenständen; Besitzerhaltungsabsicht: keine Täterschaft des an der Vortat nicht mittäterschaftlich Beteiligten, der auch nicht im Besitz der Beute ist).

§ 252 StGB; § 242 StGB; § 25 StGB

1044. BGH 3 StR 398/13 – Beschluss vom 5. August 2014 (LG Mönchengladbach)

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

1045. BGH 3 StR 407/13 – Beschluss vom 16. September 2014

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

1046. BGH 3 StR 423/14 – Beschluss vom 16. September 2014 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Einbeziehung einer nicht vor der früheren Verurteilung begangenen Tat; Begriff der Tatbegehung).

§ 55 StGB

1047. BGH 3 StR 437/12 – Urteil vom 4. September 2014 (LG Lüneburg)

Inverkehrbringen verbotener Arzneimittel (synthetische Cannabinoide; Arzneimittelbegriff; Stoffe ohne gesundheitsfördernde Wirkung keine Arzneimittel, richtlinienkonforme Auslegung des Arzneimittelbegriffs; Vorlage).

§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG; § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG; Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG vom 6. November 2001 in der durch die Richtlinie 2004/27/EG geänderten Fassung

1048. BGH 5 StR 169/14 – Beschluss vom 23. September 2014

Unzulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen die Kosten- und Auslagenentscheidung.

§ 464 Abs. 3 StPO

1049. BGH 5 StR 302/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Lübeck)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1050. BGH 5 StR 315/14 – Beschluss vom 10. September 2014 (LG Berlin)

Betrug (Subsidiarität des Versuchs gegenüber der Vollen- dung bei verschiedenen Entwicklungsstufen desselben deliktischen Angriffs).

§ 263 StGB; § 23 StGB

1051. BGH 5 StR 377/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Braunschweig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1052. BGH 5 StR 381/14 – Beschluss vom 9. September 2014 (LG Göttingen)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; unzu- reichende tatrichterliche Beweiswürdigung in Aussage- gegen-Aussage-Konstellation.

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 261 StPO

1053. BGH 5 StR 389/14 – Beschluss vom 7. Oktober 2014 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1054. BGH 5 StR 399/14 – Beschluss vom 24. September 2014 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Teileinstel- lung.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

1055. BGH 5 StR 410/14 – Beschluss vom 23. September 2014 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1056. BGH 5 StR 445/14 – Beschluss vom 8. Oktober 2014 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1057. BGH AK 27-28/14 – Beschluss vom 1. Oktober 2014

Terroristische Vereinigung im Ausland außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union; dringender Tatverdacht; Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität.

§ 129a Abs. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

1058. BGH AK 27-28/14 – Beschluss vom 1. Oktober 2014

Terroristische Vereinigung im Ausland außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union; dringender Tatverdacht; Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität.

§ 129a Abs. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

1059. BGH AK 29/14 – Beschluss vom 16. Oktober 2014

Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Aus- land außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union („Islamischer Staat“); Fortdauer der Unters- suchungshaft (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

1060. BGH AK 32/14 – Beschluss vom 16. Ok- tober 2014

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht); mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland; versuchte Anstiftung zum Mord.

§ 112 StPO; § 120 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 30 StGB; § 211 StGB

1061. BGH StB 22/14 – Beschluss vom 28. August 2014

Haftbeschwerde während laufender Hauptverhandlung (eingeschränkte Beurteilung der Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts durch das Beschwerdegericht).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 304 StPO