

Klausurenkurs im Strafrecht - 5. Klausur

Literatur: Brugger, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 165; Erb, Nothilfe durch Folter, Jura 2005, 24; Fahl, Angewandte Rechtsphilosophie – „Darf der Staat foltern?“, JR 2003, 182; Jahn, Gute Folter – schlechte Folter, KritV 2004, 26; Jerouschek/Kölbl, Folter von Staats wegen?, JZ 2003, 613; Jeßberger, „Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu.“, Jura 2003, 711; Neuhaus, Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten strafbar!, GA 2004, 521; Kinzig, Not kennt kein Gebot?, ZStW 115, 790; Norouzi, Folter in Nothilfe - geboten?!, JA 2005, Heft 4; Saliger, Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, ZStW 116, 35; Schroeder, Meinungen zur „Folterdiskussion“, ZRP 2003, 180; – weitere Nachweise im Text

Frage 1

I. Strafbarkeit des Vernehmungsbeamten (V)

1. Rechtsbeugung, § 339 StGB

V ist zwar Amtsträger, § 11 I Nr. 2 lit. a StGB. Die Vernehmung ist aber keine Rechtssache i.S.v. § 339 StGB.

2. Aussageerpressung, § 343 I Nr. 1 StGB

a) Objektiver Tb

Strafbar macht sich nur ein Amtsträger, der zur Mitwirkung in einem Strafverfahren berufen ist und dabei einem anderen (u.a.) Gewalt androht, „um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären“ (subjektives Tatbestandsmerkmal!). Tatbestandsmäßig ist demgemäß jede qualifizierte Abnötigung einer Aussage und Erklärung in dem Kontext eines Strafverfahrens. Erforderlich ist weder, dass die Nötigung Erfolg noch dass die Erpressung einen bestimmten Inhalt hat. Vielmehr genügt jede wahre oder unwahre Gewaltandrohung. Die Drohung muss nicht vom Drohenden verwirklicht werden; ausreichend ist die Übelszufügung durch eine dritte Person (BGHSt 16, 386, 387).

Gleichwohl lehnt die hL eine Strafbarkeit nach § 343 I Nr. 1 StGB ab; festgemacht am Merkmal „an einem Strafverfahren“ bzw. „an einem Verfahren“: Die Androhung sei nicht aus (den einzig für das Strafverfahren relevanten) repressiven Gründen, sondern mit rein präventiver Zielrichtung erfolgt. Der Vernehmungsbeamte sei hier nur zur Gefahrenabwehr tätig geworden (Nachweise bei Erb Jura 2005, 24 Fn. 3; eingehend Rogall FS Rudolphi, 2004, S. 511, 538f.).

Diese Auffassung könnte jedoch sowohl den Wortlaut (allerdings: der Wortlaut bildet die Grenze der Auslegung; Einschränkungen der Strafbarkeit sind als Auslegungsergebnis dagegen unproblematisch) als auch den Zweck und die Tatbestandsstruktur des § 343 StGB verkennen. Dies folgt zunächst aus der doppelten, die Rechtspflege und den Tatbetroffenen umfassenden Schutzrichtung der Vorschrift. Die Unterscheidung ist auch insoweit problematisch, als repressive und präventive Zielsetzungen hier nicht zu trennen sind. Die vollendete Abnötigung der Aussage erfolgte *in einem Verfahren*: Immerhin werden die abgenötigten Aussagen Teil der Verfahrensakten, über deren Verwertbarkeit (auch im Hinblick auf die Fernwirkungslehre) gestritten wird (vgl. LG Frankfurt StV 2003, 325 mit Anm. Weigend StV 2003, 436). Es lässt sich wohl kaum behaupten, *Magnus Gäfgen* hätte diese Aussagen nur gleichsam „gelegentlich“ des Ermittlungsverfahrens gemacht und die Funktion seiner Aussage, auch zur eigenen Überführung beizutragen, trete in den

Bereich des rechtlich Unbeachtlichen zurück. Da nach dem Wortlaut die Abnötigung jeder Aussage tatbestandsmäßig ist und die Verfahrensrelevanz der abgenötigten Aussage umstritten und die Fernwirkungsfrage keineswegs geklärt ist, wie die Diskussion zeigt, lässt sich gut vertreten, es könne auf die Unterscheidung nicht ankommen (vgl zum Ganzen Kinzig ZStW 115, 791, 795f. mwN).

b) Subjektiver Tatbestand

(Sofern der objektive Tatbestand überhaupt bejaht wird:) V handelte vorsätzlich im Hinblick auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestands. Jedoch fehlt es nach hL an der Absicht, G zu einer Aussage „in dem Verfahren“, also in dem gegen G geführten Strafverfahren zu zwingen. Es geht allein darum, das Leben der Geisel zu retten. Die Anwendung gesetzeswidriger Befragungstechniken zum Zweck der polizeilichen Verbrechensbekämpfung erfasst § 343 nicht (vgl Jeßberger Jura 2003, 711, 712).

Beachte: Mit der Gegenansicht ist aber auch der subjektive Tatbestand zu bejahen (vgl. Kinzig ZStW 115, 791, 796; Neuhaus GA 2004, 521, 524)!

3. Nötigung in einem besonders schweren Fall gemäß § 240 I, IV S. 1, 2 Nr. 3 StGB

a) Objektiver Tatbestand: Drohung mit einem empfindlichen Übel

Dass G zur Preisgabe des Verstecks verpflichtet war, spielt nach hM keine Rolle; geschützt ist neben der Willensbetätigungsfreiheit die Willensentschlussfreiheit (aA insbesondere Jakobs FS Peters S. 69ff.; Lesch JA 1995, 889, 896; Wallau JR 2000, 312; SK-Horn § 240 Rn 1f.: geschützt ist nur der Entscheidungsspielraum, der in Einklang mit der Rechtsordnung steht).

b) Subjektiver Tatbestand (+)

c) Rechtswidrigkeit

(1) Polizeirechtlicher unmittelbarer Zwang

Unmittelbarer Zwang darf nicht eingesetzt werden, um die Abgabe einer Erklärung herbeizuführen, Art. 58 II BayPAG. Unzulässige Zwangsmittel dürfen auch nicht angedroht werden. Die Folterverbote in Art. 104 I 2 GG und Art. 3 EMRK bestätigen das.

(2) Befehl

Rechtswidrige Befehle rechtfertigen nicht, Art. 65 BayBG, 62 BayPAG.

(3) Nothilfe, § 32 StGB

Umstritten ist, ob sich Polizeibeamte auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen können:

mM (Jakobs AT 12/42): Nein, wegen des spezielleren Systems staatlicher Befugnisse

hM Ja (umstritten ist, ob die Wirkung über das Strafrecht hinausreicht), wegen Art. 60 II BayPAG, Art. 31 GG, und weil Private sonst nicht auf hoheitliche Hilfe verwiesen werden könnten.

Notwehrlage: (-)

Objektiv hat der Angriff *Gäfgens* (auch der Angriff durch Unterlassen, weil sich G weigert, den Aufenthaltsort des Jungen zu nennen) mit dem Tod des Jungen seinen Abschluss gefunden. Bedenken dagegen könnten sich allerdings aus der erpresserischen Drohung ergeben. Nach *Gäfgens* Ergreifung stand diese Drohung aber wohl nicht mehr im Raum.

(4) Erlaubnistatbestandsirrtum

Die Rechtsfolgen eines Erlaubnistatbestandsirrtums sind zwischen Vorsatztheorie, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, strenger und eingeschränkter Schuldtheorie umstritten (siehe Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 10. Problem, S. 61 ff; eingehend Heuchemer, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2004, passim). Übereinstimmung herrscht aber in den Grundvoraussetzungen:

- Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrunds
- Entsprache die Tätersvorstellung der Wirklichkeit, griffe der Rechtfertigungsgrund ein

Wäre der entführte Junge noch am Leben, könnte eine **Notwehrlage** vorliegen:

- Angriff: auf Fortbewegungsfreiheit und Leben
 - gegenwärtig: fortdauernde Freiheitsberaubung und Lebensbedrohung
 - rechtswidrig
 - Verteidigung
- geeignet und erforderlich: Abgepresste, „wunschgemäße“ Einlassungen mögen eine hohe Fehlerquote haben, sie sind aber in der vorliegenden Konstellation verifizierbar (vgl. Erb Jura 2005, 24). *Gäffen* freizulassen und seine Forderungen zu erfüllen, wäre kein sicheres Abwehrmittel (vgl. Brugger JZ 2000, 165, 167). *Gäffen* eindringlich auf die Rechtsfolgen von § 239 III, IV StGB hinzuweisen (Schroeder ZRP 2003, 180), verspricht ebenfalls keinen hinreichend sicheren Erfolg.
- geboten: Umstritten ist, ob ein Polizeibeamter besonderen soziaethischen Einschränkungen der Notwehr unterliegt. Für den vorliegenden Fall wird vertreten:
- M1 (Erb Jura 2005, 24) Der Nothelfer muss strafrechtlich behandelt werden wie ein Privater. Unter Privaten steht die Menschenwürde nicht über allen anderen Werten, vgl. § 211 StGB. Eine strafbewehrte Pflicht, Unrecht geschehen zu lassen, das die Menschenwürde verletzt (entwürdigende Entführungs- und Erpressungslage), verstieße ihrerseits gegen Art. 1 I GG. Dem Staat gebietet Art. 1 GG in der vorliegenden Kollisionssituation, sich aus dem Konflikt herauszuhalten und den Nothelfer nicht mit Strafe zu bedrohen. Art. 2 und Art. 4 UN Folterkonvention schließen zwar eine Rechtfertigung von Amtsträgern aus, aber nur soweit sie sich auf übergeordnete Gemeinwohlbelange stützt.
- M2 Amtsträger sind die Organe des Staates. Sie nehmen daher an seiner rechtlichen Selbstbeschränkung teil. In Gestalt des Vernehmungsbeamten greift der Staat in die absolut geschützten Rechtspositionen aus Art. 1, Art. 104 I 2 GG, Art. 3 EMRK ein, was ihm ausnahmslos verwehrt ist. Der Vernehmungsbeamte verlässt den Boden der Rechtsordnung und kann sich deshalb nicht auf das Rechtsbewährungsprinzip als Basis der Notwehr berufen.

(Zum gleichen Ergebnis führt eine Prüfung des § 34 StGB unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit s. unten).

Wer den Erlaubnistatbestandsirrtum bejaht, muss den Theorienstreit behandeln. Nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie müsste das Fehlen von Rechtfertigungsgründen festgestellt und die Verwerflichkeit (§ 240 II StGB) geprüft

und bejaht werden. Anschließend wäre in der Schuld die Vorsatzschuld zu verneinen, der Vernehmungsbefugte daher straflos.

(5) Notstand, § 34 StGB

Auch eine gegenwärtige Gefahr besteht objektiv nicht mehr.

(6) Erlaubnistatbestandsirrtum

wie bei Notwehr

d) Schuld

(1) § 35 I StGB (-)

Objektiv keine Gefahr mehr für Leben und Freiheit.

(2) § 35 II StGB (-)

Wegen § 35 I 2 StGB hypothetisch keine Entschuldigung.

(3) § 17 StGB (-)

Ein – indirekter - Verbotsirrtum wäre jedenfalls vermeidbar gewesen.

(4) Übergesetzlicher Notstand (-)

Neben § 35 StGB dürfte dafür kein Raum mehr sein. Vgl. aber auch Schönke/Schröder-Lenckner Vor 32 Rn. 115 ff.

e) Besonders schwerer Fall

§ 240 IV 2 Nr. 3 StGB.

f) Ergebnis

V hat sich wegen Nötigung strafbar gemacht. Seine Belastungssituation findet im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung.

4. Bedrohung, § 241 StGB

a) Objektiver Tb

Bedrohung mit dem Verbrechen - § 12 I StGB! - der Vergewaltigung, § 177 I Nr. 3 StGB

b) Subjektiver Tatbestand

c) RW und Schuld

Wie oben zu § 240 StGB.

5. Ergebnis

Konkurrenzen: § 343 würde § 240 verdrängen (Spezialität); § 241 tritt als Mittel der Drohung zurück (a.A. § 52 vertretbar: Klarstellungsfunktion, dass auch § 177 angedroht).

9,5/

II. Strafbarkeit des PolVizePräs (P)

1. Mittäterschaftliche Nötigung, §§ 240, 25 II StGB

a) Tatbestand

P hat die tatbestandsmäßigen Drohungen nicht selbst ausgesprochen. Möglicherweise können sie ihm nach § 25 II StGB zugerechnet werden. Das setzt einen gemeinsamen Tatplan und eine Tatausführung in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken voraus. Hier dagegen hat der PolVizePräs angeordnet und der Vernehmungsbeamte allein ausgeführt. Mittäterschaft scheidet daher aus (str., vgl. Roxin AT II § 25 Rn. 120 ff.).

2. Nötigung in mittelbarer Täterschaft, §§ 240, 25 I 2. Alt. StGB

a) Tatbestand

P hat die tatbestandsmäßigen Drohungen nicht selbst ausgesprochen. Möglicherweise können sie ihm nach § 25 I 2. Alt. StGB zugerechnet werden. Das setzt voraus, dass die Tat durch einen Tatmittler begangen wird, der als menschliches Werkzeug in den Händen des Hintermanns anzusehen ist.

- V handelte strafrechtlich voll verantwortlich. Die hM hält dennoch eine mittelbare Täterschaft für möglich: P könnte Täter hinter dem – unmittelbaren – Täter V sein. Die Werkzeugqualität des V würde aus seiner Ersetzbarkeit folgen. Roxin AT II § 25 Rn. 107 spricht von Fungibilität.

- Dem P könnte dementsprechend Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft zuwachsen. Nach zutreffender Ansicht kommt eine solche auf Fungibilität beruhende Organisationsherrschaft aber nur in Betracht, wenn ein Machtapparat existiert, der die Ausführung vergleichbarer Befehle im Regelfall sicherstellt (Roxin AT II § 25 Rn. 129 ff.). Das deutsche Beamtenrecht kennt aber keinen Kadavergehorsam. § 56 BBG verpflichtet den Beamten vielmehr dazu, strafbare Befehle zu verweigern. Mittelbare Täterschaft scheidet daher aus.

3. Anstiftung zur Nötigung, §§ 240, 26 StGB

a) Objektiver Tatbestand

b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich erscheint, inwieweit die Tatausführung vom Vorsatz des P gedeckt war. Das kann nur für die Androhung von Schmerzen, nicht aber für die Drohung mit den Negern angenommen werden.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

Ebenso wie V handelt auch der P im Ergebnis rechtswidrig und schuldhaft.

d) Besonders schwerer Fall

§ 240 IV 2 Nr. 3 StGB trifft auch den P.

4. Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung, § 357 i.V.m. § 240 StGB

a) Objektiver Tatbestand

Als Vorgesetzter hat P den V als seinen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat (§ 11 I Nr. 5 StGB) verleitet. Die Tat des Vernehmungsbeamten war allerdings kein Amtsdelikt im Sinne der §§ 331 ff. StGB. Das ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift aber auch nicht nötig, eine Korrumpierung der amtlichen Tätigkeit muss genügen.

b) Subjektiver Tatbestand

Im gleichen Umfang wie bei der Anstiftung handelte P auch vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

Vgl. unter 3.

5. Verleitung eines Untergebenen zu einer Bedrohung, § 357 i.V.m. § 241 StGB

Die Bedrohung mit einem Verbrechen war nicht vom Vorsatz des P umfasst.

6. Ergebnis

§ 357 StGB geht der Anstiftung vor.

5,5/

Frage 2

1. Verfahrenshindernis

Das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses hätte die Einstellung des Verfahrens zur Folge, § 170 II bzw. § 260 III StPO.

In ständiger Rechtsprechung versteht der BGH unter Verfahrenshindernissen "Umstände, die so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein die Zulässigkeit des Verfahrens im Ganzen abhängt" (BGHSt 46, 230, 236 mwN). Sie sind nicht nur im Interesse des Beschuldigten, sondern auch im allgemeinen Interesse gegeben. Eine präzisere Definition ist der Rechtsprechung bislang nicht gelungen.

Zwar finden sich demgegenüber im Schrifttum auch andere Ansätze, die jedoch kaum abweichende Ergebnisse nach sich ziehen (insbesondere Volk, Prozessvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 169 ff, 204 ff; zum pragmatischen Konsens Rieß, 50 Jahre BGH, Festgabe der Wissenschaft, Bd IV, S. 809, 817).

Die Rechtsfolge bei Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (Drohung nach § 136 a I 3 StPO) regelt § 136a III 2 StPO ausdrücklich: Verwertungsverbot. Zwischen der Art des Verstoßes und seiner Schwere unterscheidet das Gesetz nicht. Diese gesetzliche Rechtsfolgenanordnung steht der Annahme eines Verfahrenshindernisses entgegen (so auch BGHSt 45, 321, 334; aA vertretbar).

2. Verwertungsverbot

Die auf die Drohung hin erfolgte Einlassung des Beschuldigten unterliegt einem Verwertungsverbot, § 136a III 2 StPO.

In der Klausur nicht direkt angesprochen (so dass es insoweit für den Bearbeiter nur um einen Zusatzpunkt gehen kann), aber nach dem Sachverhalt nicht so fernliegend, dass in der Klausur "Überflüssiges" behandelt werden würde, ist der Umstand, dass nach der Vernehmung unter Androhung von Übeln weitere Vernehmungen folgten, ohne dass die Vernehmungsbeamten dem Beschuldigten zuvor nochmals unter Druck setzten. Außerdem wurde die Leiche des Opfers gefunden. Problem: Macht das bestehende Verwertungsverbot nicht nur die Angaben unverwertbar, die unter Verletzung des § 136a StPO zu Stande gekommen sind, sondern auch alle späteren Vernehmungen und Beweismittel, zu deren Kenntnis die Strafverfolgungsbehörden ausschließlich auf Grund der "inkriminierten" Vernehmung gelangt sind?

Der BGH hat (mit einem Teil der Literatur; vgl zB Meyer-Goßner StPO § 136a Rn 31) bislang eine Fernwirkung nur sehr restriktiv angenommen. Die Existenz einer generellen Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote hat der BGH bislang verneint (BGHSt 27, 358; 32, 71; 34, 364).

Unverwertbar soll etwa eine Aussage vor dem Ermittlungsrichter sein, bei der sich "die Täuschung der ermittelnden Staatsanwältin über das angebliche Auffinden der Kindesleiche ausgewirkt hat" (BGH NStZ 1996, 291) und ebenso eine Aussage vor dem Haftrichter, bei der der bei der polizeilichen Vernehmung unzulässig ausgeübte Druck, den Angeklagten an die Leiche eines Kindes zu führen, noch im Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung fortwirkt (BGHSt 17, 368) oder auch eine rechtswidrige Täuschung durch den zuvor vernehmenden Polizeibeamten, ohne dass der Richter den "von der Polizei hervorgerufene(n) Irrtum beseitigt oder abgeschwächt oder gar auf die mögliche Unverwertbarkeit" der früheren Angaben, etwa eines Geständnisses, hingewiesen hat (BGHSt 35, 332). Entsprechend hat der BGH auch Bekundungen des Beschuldigten, " die unter dem Eindruck

des Vorhalts " der aus einer unzulässigen Telefonüberwachung erlangten Kenntnisse abgegeben wurden, für unverwertbar gehalten, sofern die Aussage nicht unbeeinflusst vom Vorhalt freiwillig erfolgt (BGHSt 32, 70). Wie diese Rechtsprechung zeigt, ging es in den geschilderten Fällen nicht um eine Fern-, sondern um die Fortwirkung des ursprünglichen Verfahrensverstößes. Im übrigen hat der BGH nur bei einem Verstoß gegen das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10) wegen des damit verbundenen Eingriffs in Art. 10 GG eine Fernwirkung bejaht (BGHSt 29, 244).

Zunächst einmal ist zu berücksichtigen, dass § 136a III 2 StPO einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der verbotenen Vernehmungsmethode und der Aussage verlangt. Eine spätere Aussage, bei der die Willensfreiheit nicht mehr beeinträchtigt war, ist dabei regelmäßig verwertbar. Nur wenn der Verstoß gegen § 136a StPO fortwirkt und damit die Aussagefreiheit weiterhin in rechtserheblicher Weise beeinträchtigt war, wird eine spätere Vernehmung von dem Verwertungsverbot erfasst. Eine solche Fortwirkung des ursprünglichen Verfahrensverstößes liegt beim vorliegenden Sachverhalt nahe, sofern keine qualifizierte Belehrung erfolgt.

Vertretbar ist es aber auch mit einem Teil der Literatur einem Beweisverwertungsverbot grundsätzlich eine Fernwirkung zukommen zu lassen.

3/
18/