

Tod oder Folter

L ö s u n g

A. Strafbarkeit des V

I. Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatopfer

T ist im Verhältnis zu V eine andere Person.

b) Körperliche Misshandlung

Die Schläge ins Gesicht sind unangemessene üble Behandlungen, die das körperliche Wohlbefinden des T mehr als nur unerheblich beeinträchtigen. V hat T körperlich misshandelt.

Ob die Tat des V auch „Gesundheitsbeschädigung“ ist, kann dahingestellt bleiben.

EXKURS : Das Eingreifen etwaiger Rechtfertigungsgründe (Notwehr, Notstand) berührt den objektiven Tatbestand nicht. Die „Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen“, die diese strafatsystematische Zuordnung vorschlägt, ist abzulehnen.

2. Subjektiver Tatbestand

V hat vorsätzlich gehandelt, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn ein Rechtfertigungsgrund eingreift.

a) Notwehr, § 32 StGB

aa) Angriff

(1) Die Entführung des B ist ein Angriff auf die Freiheit, die Gesundheit und das Leben des B.

(2) Die Weigerung der Preisgabe des Ortes, an dem sich B in Gefangenschaft befindet, ist ein Angriff auf die Freiheit, die Gesundheit und das Leben des B. Es handelt sich um einen Angriff durch Unterlassen. Ein Unterlassen kann dann Angriff iSd § 32 StGB sein, wenn durch das Unterlassen eine Pflicht zum Handeln verletzt wird. T ist verpflichtet, die Gefangenschaft des B sofort zu beenden bzw. dazu beizutragen, daß andere (Polizei) die Gefangenschaft des B beenden können. Es handelt sich um eine rechtliche – nicht bloß moralische – Pflicht. Rechtsgrundlage der Pflicht ist die durch Ingerenz begründete Garantenstellung, die T gegenüber B hat, § 13 StGB¹. Außerdem könnte man die Pflicht zur Beendigung der Gefangenschaft des B auf § 323 c StGB stützen.

bb) Gegenwärtig

(1) Ob der durch aktives Tun – in der Entführung bestehende – Angriff noch gegenwärtig ist, ist fraglich. Die Entführungshandlung ist abgeschlossen und liegt zeitlich bereits weit zurück. Was aber noch gegenwärtig ist, ist die Folge des Entführungsakts, die Gefangenschaft des B. Wenn man also die Gegenwärtigkeit des Angriffs an den Angriffsfolgen ausrichtet², ist der auf der aktiven Entführungshandlung basierende Angriff noch gegenwärtig³.

(2) Die Gegenwärtigkeit des Angriffs könnte auch damit begründet werden, daß Freiheitsberaubung, Geiselnahme und erpresserischer Menschenraub Dauerdelikte sind. Beim Dauerdelikt gilt die tatbestandsmäßige Handlung als so lange andauernd, bis der unrechtmäßige Zustand – die Gefangenschaft – wieder aufgehoben ist. Folglich dauert auch der in der Verwirklichung des Dauerdeliktstatbestands enthaltene Angriff an, bis der rechtswidrige Zustand beendet ist⁴.

Gegen diese Begründung bestehen aber Bedenken⁵. Denn tatsächlich entfaltet T nach der Herstellung der Gefangenschaft keine weiteren andauernden Aktivitäten mehr, die als tatbe-

¹ Dagegen Kretschmer, RuP 2003, 102 (112).

² So z. B. SK-Günther, § 32 Rn 80 : „Auch wer sein entführtes Opfer in einem einsamen Versteck ausgesetzt hat, um es dort seinem Schicksal zu überlassen, ... greift weiter an, bis das Opfer verhungert ... ist.“

³ Jeßberger, Jura 2003, 711 (713).

⁴ Kühl, Strafrecht AT, § 8 Rn 45 : „Außer Streit als fortdauernde (und deshalb gegenwärtige) Angriffe sind Verhaltensweisen, die sich strafatbestandlich als Freiheitsberaubungen gem. § 239 oder als Hausfriedensbruch gem. § 123 (= sog. Dauerdelikte) darstellen.“

⁵ Kretschmer, RuP 2003, 102 (111).

standsmäßiges freiheitsberaubendes Verhalten qualifiziert werden könnten. Außerdem hat T seit seiner Festnahme keine Herrschaft mehr über den B. Er hat nicht mehr den Handlungsspielraum, der es ihm erlauben würde, aktive Maßnahmen mit unmittelbarer Wirkung auf den Gefangenen-Status des B zu ergreifen. Das Verhalten des T nach Abschluß der freiheitsberaubenden Aktivität ist ein bloßes Unterlassen.

(3) Der in dem Unterlassen bestehende Angriff – Zurückhaltung der Information über den Aufenthaltsort des B – ist im Zeitpunkt der Körperverletzungshandlung des V gegenwärtig.

Da die von T angegriffenen Rechtsgüter solche des B sind, handelt es sich bei der Tat des V um Nothilfe (Notwehrhilfe). Diese wird rechtlich der Notwehr-Selbstverteidigung gleichgestellt.

cc) Rechtswidrig

(1) Die Entführung des B war rechtswidrig.

(2) Rechtswidrig ist auch die weitere Aufrechterhaltung der Gefangenschaft des B.

(3) Die Zurückhaltung der Information über den Aufenthaltsort des B (Angriff durch Unterlassen) ist rechtswidrig, wenn T unter den konkreten Umständen zur Herausgabe der Information verpflichtet ist. T ist durch die Entführung des B, die diesen in die Gefahr des Todes gebracht hat, Inhaber einer Garantenstellung geworden (§ 13 StGB). Rechtsgrund der Garantenstellung ist Ingerenz. Aus dieser Garantenstellung resultiert eine Garantenpflicht, die nur ausgeschlossen ist, wenn ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift oder die Vornahme der gebotenen Handlung rechtswidrig wäre. Hier hätte T seiner Garantenstellung gerecht werden können, indem er dem V bzw. der Polizei mitgeteilt hätte, an welchem Ort sich der gefangene B befindet. Die Vornahme einer solchen Handlung wäre nicht rechtswidrig gewesen. Die Nichtvornahme der Handlung wäre durch keinen allgemeinen Rechtfertigungsgrund gedeckt gewesen. Auch das strafprozessuale Recht, sich als Beschuldigter nicht selbst belasten zu müssen („nemo tenetur se ipsum accusare“) rechtfertigt das Schweigen des T nicht. Zum einen hätte die Information keine selbstbelastende Wirkung, wenn von vornherein feststünde, daß diese Angabe im Strafverfahren nicht gegen T verwertet werden darf. Zum anderen ist infolge einer Güterabwägung das aus dem nemo-tenetur-Prinzip resultierende Recht zur Mitwirkungsverweigerung einzuschränken : wenn es um die Rettung eines Menschenlebens geht, dürfen von dem Beschuldigten auch Angaben mit belastendem Inhalt verlangt werden.

dd) Verteidigung

Die körperlichen Misshandlungen haben die Eigenschaften einer Verteidigung.

(1) Die Schläge sind ex ante gesehen ein geeignetes Mittel, den T zum Reden zu bringen, dadurch das Leben des B zu retten und somit die Beendigung des notwehrfähigen Angriffs zu bewirken.

(2) Die rechtsgutsbeeinträchtigende Wirkung der Schläge trifft mit T den Angreifer. Die Tat des V geht deshalb in die richtige Richtung. Die Körperverletzung trifft mit T keinen Nichtangreifer.

ee) Erforderlich

(1) V selbst hatte kein anderes – milderer – Mittel, mit dem er den Angriff des T hätte erfolgreich abwehren können.

(2) Die Polizeibeamten waren ebenfalls nicht in der Lage, mit legalen und in der Beeinträchtigungswirkung milderer Mitteln den T zum Reden zu bringen und auf diese Weise den Angriff des T abzuwehren.

Die Schläge des V waren also das einzige geeignete Mittel, um den Angriff des T abzuwehren. Daher waren sie eine erforderliche Verteidigung.

ff) Subjektives Rechtfertigungselement

V kannte alle Tatsachen, durch die die objektiven Merkmale der Notwehr erfüllt werden. Zudem handelte er mit der Absicht, den Angriff des T abzuwehren.

gg) Geboten

Möglicherweise greift eine übergesetzliche Notwehreinschränkung ein.

(1) Die in diesem Zusammenhang üblicherweise thematisierten vier Fallgruppen (krasses Gütermisshverhältnis, Angriffsprovokation, Verantwortlichkeitsmangel beim Angreifer, Auseinandersetzung in einer engen persönlichen Beziehung)⁶ sind hier nicht einschlägig.

(2) Notwehreinschränkend könnte sich aber das Folterverbot auswirken. Dieses ist in verschiedenen internationalen völkerrechtlichen Vereinbarungen verankert (siehe Anhang zum Aufgabentext) und genießt im nationalen Recht als Komponente des Menschenwürdeschutzes (Art 1 GG; Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG) Verfassungsrang. In erster Linie richtet sich die limitierende Wirkung des Folterverbots aber gegen hoheitliche Tätigkeit, also das amtliche Handeln von Staatsorganen, z. B. Polizeibeamten. Private sind nicht Normadressaten der Anti-Folter-Konvention und auch nicht des Art. 1 GG. Das Notwehrrecht des Bürgers könnte also nur aus Rechtsgründen eingeschränkt werden, die im Notwehrrecht oder im Rechtsinstitut Notwehr selbst wurzeln. Die herrschende Notwehrlehre könnte mit den tragenden Grundgedanken des Notwehrrechts argumentieren und behaupten, das „Rechtswahrungsprinzip“ vertrage sich nicht mit einer Verteidigungsmethode, die die Merkmale von „Folter“ hat. Die Rechtsordnung werde durch eine Notwehrhandlung, mit der die Menschenwürde des Angreifers verletzt wird, nicht geschützt, nicht gestärkt, sondern – im Gegenteil – diskreditiert. Eine Rechtsordnung, die dem Bürger eine Verteidigung mit dem Mittel der Folter erlaube, setze sich zu den höchsten Grundsätzen des Rechts in Widerspruch und verspiele damit ihre soziale und ethische Legitimation⁷.

Mit dieser oder einer ähnlichen Argumentation lässt sich das Ergebnis begründen, daß die Notwehr des V nicht geboten ist (§ 32 Abs. 1 StGB) und daher die Tat des V nicht rechtfertigen kann.

⁶ Kühl, AT, § 7 Rn 168.

⁷ Jeßberger, Jura 2003, 711 (714); Kretschmer, RuP 2003, 102 (111); Kinzig, ZStW 115 (2003), 791 (811).

(3) Das entgegengesetzte Ergebnis ist aber ebenfalls vertretbar⁸. Denn dem Wortlaut des § 32 StGB lässt sich nichts für eine derartige Einschränkung der Notwehr entnehmen. Zudem ist die Rückführung des Notwehr-Instituts auf das Prinzip der „Rechtsbewährung“ nicht unumstritten. Viele vertreten die beachtliche Meinung, das Notwehrrecht basiere allein auf dem Prinzip des berechtigten Selbst- bzw. Individualgüterschutzes.

b) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB, § 228 BGB entsprechend

Wer eine auf § 32 StGB gestützte Rechtfertigung ablehnt, muß den Rechtfertigungsgrund Notstand prüfen.

Da der von der Notstandstat betroffene T Urheber der Gefahr, die mit der Tat abgewendet werden soll, ist, handelt es sich um den Fall eines Defensivnotstandes. Aus diesem Grund ist § 228 BGB zumindest zur Auslegung des § 34 StGB unter Berücksichtigung des Defensivnotstandsaspekts heranzuziehen.

aa) Gefahr für ein Rechtsgut

Freiheit, Gesundheit und Leben des B sind in Gefahr.

bb) Gegenwärtig

Die Gefahr für Freiheit, Gesundheit und Leben des B ist gegenwärtig.

cc) Notstandshandlung

Die Tat des V müßte geeignet sein, die Gefahr abzuwenden. Das ist der Fall, da B noch am Leben ist und durch die Erwirkung der Information des T durch Befreiung gerettet werden könnte.

dd) Erforderlich

Die Gefahr dürfte „nicht anders abwendbar“, d. h. die Notstandshandlung müßte erforderlich sein. Da es weder für V noch für die Polizeibeamten andere Gefahrabwendungsmöglichkeiten gab, war die Notstandshandlung des V erforderlich.

ee) Güter- und Interessenabwägung

(1) Gemäß § 34 Satz 1 StGB müßte das Interesse an der Gefahrabwendung das Interesse an der Integrität der Güter, die durch die Gefahrabwendungshandlung beeinträchtigt werden, wesentlich überwiegen.

⁸ Jerouschek/Kölbel, JZ 2003, 613 (620); Erb, in : Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2003, § 32 Rn 173 : „Mißhandlung eines Geiselnahmers als Nothilfe. ... Die Erwägung, ein solches Verhalten könne als Verletzung der Menschenwürde auch im Verhältnis von Bürgern untereinander um keinen Preis toleriert werden, vermag nicht zu überzeugen.“

(2) Da es hier um einen Fall des Defensivnotstands geht, ist bei der Definition des rechtfertigungstauglichen Interessengewichts aber auch § 228 BGB zu berücksichtigen. Danach ist die Tat schon dann gerechtfertigt, wenn „der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr“ steht. Für die Rechtfertigung wird also erheblich weniger verlangt als ein „wesentliches Überwiegen“ des Gefahrabwendungsinteresses. Ausreichend ist ein geringfügig überwiegendes Gefahrabwendungsinteresse, ausreichend ist ein gleichwertiges Gefahrabwendungsinteresse, ausreichend ist sogar ein unwesentlich geringer wiegendes Gefahrabwendungsinteresse.

Es ist anerkannt, daß der spezifische Maßstab des § 228 BGB nicht nur bei Sachbeschädigungen, sondern auch bei Notstandstaten, die sich gegen andere Rechtsgüter richten, anwendbar ist.

(3) Stellt man auf der Eingriffsseite (= Rechtsgüter, die durch die Notstandstat verletzt werden) allein auf die durch die Schläge beeinträchtigte Gesundheit des T ab, kommt man selbst auf der Basis des strengen Maßstabes des § 34 S. 1 StGB zu einer Rechtfertigung. Denn auf der Erhaltungsseite (= Rechtsgut, das durch die Notstandstat aus der Gefahrensituation errettet werden soll) steht das Leben des B auf dem Spiel. Ins Verhältnis zu der verletzten Körperintegrität des T gesetzt, stellt sich eindeutig ein klares und wesentliches Interessenübergewicht zugunsten der Gefahrabwendung heraus.

(4) Da man aber in die Interessenabwägung auch noch andere durch die Tat berührte Interessen einbeziehen muß, ist auch der spezifische „Folter-Aspekt“ zu berücksichtigen. Mit in die Waagschale ist also die „Menschenwürde“ zu legen. Deren hoher Wert und der extreme Grad an rechtlicher und ethischer Ächtung, die die Folter weltweit und in Deutschland erfährt, sind geeignet, das Gewichtsverhältnis entscheidend zuungunsten der Gefahrabwendung zu verändern. Dies gilt jedenfalls, wenn man sich an dem Maßstab des § 34 S. 1 StGB orientiert. Aber selbst vor dem Hintergrund des wesentlich täterfreundlicheren § 228 BGB kann sich nichts anderes ergeben. Denn wenn sogar der außerordentlich täterfreundliche Rechtfertigungsgrund § 32 StGB von dem Folterverbot derogiert wird, dann kann der rechtfertigende Notstand – selbst der Defensivnotstand – keine Rechtfertigung begründen, zu deren Begründung die Notwehr im selben konkreten Fall nicht in der Lage wäre.

(5) Das entgegengesetzte Ergebnis ist allerdings auch vertretbar, insbesondere, wenn man schon eine auf § 32 StGB gestützte Rechtfertigung bejaht, ist die Rechtfertigung auf der Grundlage des § 34 StGB, § 228 BGB geradezu zwingend⁹. Das subjektive Rechtfertigungselement ist gegeben. Zweifel an der Notstandsresistenz des Folterverbots erwachsen auch aus der Tatsache, daß das Strafrecht keinen Straftatbestand kennt, der die Menschenwürdeverletzung durch Folter unter eine entsprechend hohe Strafdrohung stellt. Insbesondere greift § 226 StGB nur dann ein, wenn durch die Folter eine der abschließend aufgeführten Gesundheitsschäden verursacht hat. Merkwürdig ist, daß § 211 StGB zwar die grausame Tötung deutlich über die nicht grausame Tötung (§ 212 StGB) hebt, die grausame Körperverletzung dagegen in keinem Tatbetsand der §§ 223 ff. StGB explizit erfaßt ist. Nur im Rahmen der Garantenbeziehung des § 225 StGB ist das „Quälen“ und „rohe Mißhandeln“ erwähnt.

(6) Vertretbar ist weiterhin, die Rechtfertigung aus § 34 StGB nicht am Fehlen eines Interessenübergewichts, sondern am Fehlen der „Angemessenheit“ (§ 34 Satz 2 StGB) scheitern zu lassen.

⁹ Jerouschek/Kölbels, JZ 2003, 613 (620).

c) Ergebnis zur Rechtswidrigkeit / Rechtfertigung

Vertretbar sind mehrere verschiedene Ergebnisse :

(1) Rechtfertigung gem. § 32 StGB (dann zugleich auch auf Grund § 34 StGB, § 228 BGB).

(2) Keine Rechtfertigung aus § 32 StGB und auch keine Rechtfertigung aus § 34 StGB, § 228 BGB.

(3) Wohl nicht begründbar ist das Ergebnis, eine Rechtfertigung aus § 34 StGB, § 228 BGB zu bejahen und zugleich Rechtfertigung aus § 32 StGB zu verneinen.

Nicht eingegangen wird hier auf die Lehre von *Günther*, nach dem in bestimmten Fällen die spezifische „Strafrechtswidrigkeit“ ausgeschlossen sein kann, obwohl die Tat im Urteil der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung rechtswidrig ist. Im Ergebnis ließe sich auch nach dieser täterfreundlichen Lehre das Strafunrecht der Tat nicht ausschließen. Der Makel der Folter wiegt auch dafür zu schwer.

4. Schuld

Wer die Rechtswidrigkeit der Tat bejaht hat, muß auch noch die Schuld prüfen.

Die Schuld könnte durch entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 1 StGB) ausgeschlossen sein.

a) Gefahr

Leben, Gesundheit (Leib) und Freiheit des B sind in Gefahr.

b) Gegenwärtig

Die Gefahr ist gegenwärtig.

c) Angehöriger

Die Gefahr betrifft den Sohn des V. Gefährdet ist daher ein Angehöriger des V, § 11 Abs. 1 Nr. 1 a StGB.

d) Notstandshandlung

Die Schläge des V sind eine Maßnahme, die zur Abwendung der Gefahr geeignet ist.

e) Erforderlich

Die Gefahr war nicht anders abwendbar (s. o. 3 b dd).

f) Unzumutbarkeit

Es liegen keine Umstände vor, die zum Anlaß genommen werden könnten, dem V zuzumuten, die Gefahr hinzunehmen. Daß sich V mit der einzigen erfolgversprechenden Gefahrabwendungshandlung über das Folterverbot hinwegsetzt, macht die Notlage des B nicht zu einer Gefahr, deren Hinnahme dem V zugemutet werden könnte.

g) Gefahrabwendungswille

V handelte mit dem Willen, die Gefahr abzuwenden.

V ist entschuldigt.

5. Ergebnis

V hat sich nicht aus § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Nötigung, § 240 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatopfer

T ist ein Mensch.

b) Gewalt

Die Schläge ins Gesicht des T sind Gewalt.

c) Handlung, Duldung oder Unterlassung

Es kam zwar nicht dazu, daß T den Ort nennt, an dem B gefangen gehalten wird. Immerhin reagierte T auf die Gewalt des V aber, indem er sagte „Aufhören ! Ich sage alles“. Das ist eine Handlung.

d) Nötigt

Nötigung bedeutet Überwindung eines entgegenstehenden Willens. Der Wille des Opfers muß sich gegen die vom Täter mit der Gewaltanwendung oder Drohung verbundene Forderung eines bestimmten Verhaltens (Handlung, Duldung oder Unterlassung) richten. T wollte den

Ort, an dem er den B gefangen hält, dem V nicht sagen. Er wollte auch nicht sagen „Ich sage alles“. Sein Wille stand also gegen die darauf gerichtete Forderung des V. Hätte V den T nicht geschlagen, hätte T nicht versprochen „alles zu sagen“. Diese Handlung des T beruht also auf der Gewaltanwendung des V. Folglich wurde T von V zu der Handlung genötigt.

e) Freiheitsverletzung

Nötigung ist ein Delikt gegen die Freiheit. Das geschützte Rechtsgut wird als Willensentschließungsfreiheit und Willensbetätigungsfreiheit definiert.

aa) Versteht man unter dieser Freiheit das Gegebenensein der tatsächlichen Voraussetzungen einer Willensbildung und Willensbetätigung, ist auch die Freiheit zum Schweigen durch den Nötigungstatbestand geschützt. Denn Freiheit ist danach alles, was der Mensch tatsächlich kann. T konnte den Ort, an dem B gefangen gehalten wurde, verschweigen. Daß er ihn nicht verschweigen durfte, sondern die Information vielmehr geben mußte, ist ohne Einfluß auf das Schutzgut „Freiheit“. In diesem rechtlich neutralen Sinn versteht die h. M. das Rechtsgut „Freiheit“ des § 240 StGB.

bb) Versteht man aber unter der strafrechtlich geschützten Freiheit nur eine solche, die sich im Rahmen des rechtlich Erlaubten bewegt, fallen alle Willensbetätigungen aus dem Schutzbereich heraus, die gegen das Recht verstoßen. Zur geschützten Freiheit gehört nur, was der Mensch darf. Die faktische Freiheit, rechtswidrige Taten zu begehen, ist dann keine durch den Nötigungstatbestand geschützte Freiheit. Beispielsweise wäre dann die gewaltsame Hinderung an der Begehung einer Straftat keine tatbestandsmäßige Nötigung des – an der Tat gehinderten – Straftäters. Denn eine Freiheit zur Begehung von Straftaten gibt es nur jenseits des Rechts, der Gebrauch dieser Freiheit ist eine Übertretung, eine Verletzung des Rechts. In der Literatur wird von einigen das geschützte Rechtsgut des Nötigungstatbestandes so eng definiert. Geschützt ist nur der Entfaltungsspielraum, der mit der Rechtsordnung in Einklang steht. Wer zu einer Handlung gezwungen wird, zu deren Vollzug er verpflichtet ist, wird nicht tatbestandsmäßig genötigt. Wer an einer Handlung gehindert wird, die verboten ist, also zu einer Unterlassung gezwungen wird, zu der er verpflichtet ist, wird nicht tatbestandsmäßig genötigt. Denn seine Freiheit, sich rechtskonform nach Belieben zu entfalten, wird nicht tangiert¹⁰.

Hier war T verpflichtet, dem V oder der Polizei zu sagen, an welchem Ort sich der noch lebende gefangene B befindet¹¹. Rechtliche Grundlage dieser Handlungspflicht ist die Garantenstellung aus Ingerenz. Die Gewaltanwendung des V zielt also nur auf ein Verhalten des T, zu dem dieser ohnehin rechtlich verpflichtet war. Der Wille, den Aufenthaltsort des B nicht mitzuteilen, ist nicht rechtlich geschützt. Demnach wurde durch die Tat des V das Erfolgsunrecht der Nötigung nicht verwirklicht.

cc) Folgt man der Meinung bb) ist der objektive Tatbestand des § 240 S. 1 StGB nicht erfüllt und V nicht wegen Nötigung strafbar. Folgt man der Meinung aa) hat V den objektiven Tatbestand der Nötigung erfüllt.

¹⁰ Grundlegend dazu *Jakobs*, Festschrift für Karl Peters, 1974, S. 69 ff.

¹¹ *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, 613 (615).

2. Subjektiver Tatbestand

V hat vorsätzlich gehandelt, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

a) Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Wer oben bei § 223 StGB eine Rechtfertigung (aus § 32 StGB sowie aus § 34 StGB, § 228 BGB) bejaht hat, kommt auch hier zu dem Ergebnis, daß die Tat nicht rechtswidrig ist, weil diese Rechtfertigungsgründe eingreifen.

Wer oben bei § 223 StGB eine Rechtfertigung verneint hat, kommt auch hier zu dem Zwischenergebnis, daß die Rechtswidrigkeit der Nötigung nicht durch das Eingreifen eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes ausgeschlossen ist.

b) Verwerflichkeit, § 240 Abs. 2 StGB

aa) Der von V mit der Tat verfolgte Zweck – Abwehr des Angriffs des T, Rettung des B – ist gewiß nicht verwerflich.

bb) Verwerflich könnte aber das angewandte Mittel sein. Das Folterverbot hat nach verbreiteter Ansicht einen so hohen Rang, daß es selbst die Rechtfertigungswirkung einer Tat, die alle Merkmale des § 32 Abs. 2 StGB erfüllt, auszuschließen vermag (s. o.). Diese notwehrschädliche Wirkung impliziert eine Bewertung der Folterhandlung, die einen extremen Grad rechtlicher und ethischer Ablehnung erreicht. Die Handlung ist nachgerade verabscheuungswürdig und absolut inakzeptabel. Derartige Prädikate zwingen aber dazu, die Handlung als „verwerflich“ zu bewerten. Alles andere wäre ein Widerspruch. Daher wird man die Rechtswidrigkeit der Nötigung nach § 240 Abs. 2 StGB bejahen müssen.

4. Schuld

Wie oben bei der Körperverletzung (I 4) ist auch bei der Nötigung die Erfüllung der Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands (§ 35 Abs. 1 StGB) festzustellen. Der Entschuldigungsgrund greift zugunsten des V ein. V ist entschuldigt.

5. Ergebnis

V hat sich nicht aus § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Versuchte Nötigung, §§ 240 Abs. 3, 22 StGB

Die Nötigung des V ist teilweise unvollendet geblieben, weil V es nicht geschafft hat, den T zur Preisgabe des Ortes, an dem B gefangen gehalten wird, zu zwingen. Insofern kommt versuchte Nötigung in Betracht. Die Strafbarkeit entfällt jedoch wie bei der vollendeten Nötigung gem. § 35 StGB.

IV. Ergebnis

V hat sich nicht strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des P

I. Körperverletzung im Amt, § 340 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Objektive Tatbestandsmerkmale des § 223 Abs. 1 StGB

aa) V ist eine andere Person.

bb) Indem P dem V den Arm schmerzhaft auf den Rücken gedreht hat, hat er den V körperlich misshandelt.

b) Qualifizierende objektive Tatbestandsmerkmale des § 340 Abs. 1 StGB

aa) P ist als Polizeibeamter Amtsträger, § 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB.

bb) P befand sich zur Zeit der Tat im Dienst. Er hat daher die Körperverletzung „während der Ausübung seines Dienstes“ begangen.

2. Subjektiver Tatbestand

P handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

a) Die Tat könnte durch eine polizeigesetzliche Befugnis gerechtfertigt sein. Gibt ein Gesetz einem Amtsträger die Befugnis zur Vornahme von hoheitlichen – d. h. dem Staat zurechenbaren - Eingriffen, die straftatbestandsmäßiges Verhalten beinhalten, wirkt diese Befugnisnorm im strafrechtlichen Bewertungszusammenhang als Rechtfertigungsgrund. Hier ergibt sich die Eingriffsbefugnis des P aus dem BbgPolG.

aa) Polizeiliche Aufgabe

Gemäß § 1 Abs. 1 BbgPolG gehört zu den Aufgaben der Polizei die Abwendung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere die Verhütung von Straftaten. Da V gem. § 35 StGB entschuldigt ist, ist sein Verhalten keine Straftat. Daher kann man seine Tat wohl auch nicht als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung qualifizieren. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß V zu seiner Tat von dem Polizeibeamten K quasi „angestiftet“ worden ist. Daher könnte das Verhalten des K eine Straftat – begangen in mittelbarer Täterschaft – sein. K hat es zugelassen, daß V den T mißhandelt. Da V für sein Verhalten selbst nicht verantwortlich ist, ist er „Werkzeug“ des K. Indem P gegen die Folter des V einschreitet, wehrt er eine Straftat des K ab. Dies ist von der Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 1 BbgPolG gedeckt.

bb) Befugnis zur Anwendung körperlicher Gewalt

Die Befugnis zur Anwendung körperlicher Gewalt gegen V läßt sich auf § 10 Abs. 1 iVm §§ 58 ff BbgPolG stützen. Nach § 10 Abs. 1 BbgPolG konnte P dem V befehlen, die Mißhandlungen des T einzustellen („So geht das aber nicht !“). Die Befolgung dieser Anordnung durfte P durch Anwendung unmittelbaren Zwangs durchsetzen. Gemäß § 61 Abs. 1 BbgPolG umfaßt das Recht zur Anwendung unmittelbaren Zwangs auch die unmittelbare körperliche Gewalt gegen Personen. Von der Androhung der Gewalt konnte gem. § 64 Abs. 1 S. 2 BbgPolG abgesehen werden. Die Maßnahme war in der konkreten Situation verhältnismäßig, § 3 BbgPolG.

Die Tat des P ist durch die polizeigesetzlichen Vorschriften gerechtfertigt.

b) Die Tat könnte auch durch Notwehr (genauer : Nothilfe bzw. Notwehrhilfe) gerechtfertigt sein, § 32 StGB.

aa) Die umstrittene Frage, ob § 32 StGB die Funktion einer Befugnisnorm für hoheitliche Eingriffe in Freiheit und andere Rechte der Bürger hat, kann hier unbeantwortet bleiben. Denn hier geht es nur um die Frage, ob die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung der Strafbarkeit ausgeschlossen ist. Nach jedenfalls überwiegender Ansicht kommt § 32 StGB als Bewertungsnorm für das Verhalten von Polizeibeamten und anderen Amtsträgern zur Anwendung, soweit es um die strafrechtliche Beurteilung der Tat eines Amtsträgers geht. Wenn nämlich die allgemeinen Straftatbestände auf Polizeibeamte und andere Amtsträger in gleicher Weise zur Anwendung kommen wie auf Zivilpersonen, dann muß der Amtsträger auch in den Genuß der Normen des StGB kommen, die als Rechtfertigungsgrund oder Entschuldigungsgrund Strafbarkeit ausschließen. Es wäre widersprüchlich, als Maßstab für die strafrechtliche Be-

wertung der Tat eines Polizeibeamten und als rechtliche Grundlage für die Begründung strafrechtlichen Unrechts zwar § 223 StGB und § 340 StGB heranzuziehen, die dem gleichen Gesetz angehörende Notwehrvorschrift § 32 aber für unanwendbar zu erklären. Aus dem Wortlaut des § 32 StGB ergibt sich nicht, daß dieser Rechtfertigungsgrund das Verhalten von Hoheitsträgern nicht erfaßt. Vielmehr ergibt sich aus dem gesetzssystematischen Zusammenhang, daß § 32 StGB auf jede Tat anwendbar sein kann, deren Straftatbestandsmäßigkeit sich aus einer Vorschrift des StGB-BT ergibt. Denn der Anwendungsbereich von Rechtfertigungsvorschriften des StGB sind die Vorschriften des StGB, durch deren „Erfüllung“ Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit begründet werden. Wenn also die Tat eines Polizeibeamten den Straftatbestand § 223 StGB oder § 340 StGB erfüllt, dann ist damit zugleich die prinzipielle Anwendbarkeit des § 32 StGB auf diese Tat begründet. Also könnte die Nichtanwendung des § 32 StGB nur damit begründet werden, daß das StGB insgesamt allein auf privates Handeln zugeschnitten ist und hoheitliches Handeln einem Sonderrecht unterliegt, wie das teilweise beim Wehrstrafrecht der Fall ist. Dann müßte auch die Anwendung des § 223 StGB und des § 340 StGB ausgeschlossen sein. Das aber ist selbstverständlich nicht der Fall. Das StGB ist daher ohne Einschränkung auf das Verhalten von Polizeibeamten anzuwenden.

bb) Die Schläge ins Gesicht und die Drohung mit weiteren Mißhandlungen sind Angriffe des V auf die körperliche Unversehrtheit und die Willensentschließungsfreiheit des T.

cc) Diese Angriffe waren zur Zeit der Tat des P gegenwärtig.

dd) Wenn man eine auf § 32 StGB gestützte Rechtfertigung der von V begangenen Körperverletzung und Nötigung verneint (s.o. A. I. 3.), muß man hier die Rechtswidrigkeit des Angriffs bejahen.

ee) Die Tat des P war eine Verteidigung. Sie war zur Abwehr des Angriffs geeignet und sie richtete sich gegen den Angreifer V.

ff) Die Verteidigung war erforderlich, weil P keine anderen Mittel hatte, um den Angriff des V abzuwehren.

gg) P handelte mit Verteidigungswillen.

hh) Die Notwehr war auch geboten. Zwar ist das Notwehrrecht gegenüber einem Angreifer, der gem. § 35 Abs. 1 StGB entschuldigt ist, eingeschränkt. Diese Einschränkung geht jedoch nicht so weit, daß jegliche Abwehrmaßnahme unzulässig wäre. Die relativ moderate Körperverletzung ist eine Verteidigung, die auch mit Rücksicht auf die fehlende Verantwortlichkeit des V für seinen Angriff noch geboten ist.

Die Tat des P ist gerechtfertigt.

4. Ergebnis

P ist nicht aus § 340 Abs. 1 StGB strafbar.

II. Nötigung, § 240 Abs. 1 StGB (Opfer V)

1. Objektiver Tatbestand

a) V ist eine Person.

b) Der Polizeigriff des P ist Gewalt.

c) V hat infolge der Gewaltanwendung weitere Schläge in das Gesicht des T unterlassen. Die Gewalt war ursächlich für dieses Unterlassen.

d) Da V den T schlagen wollte und das Schlagen nicht unterlassen wollte, hat P mit der Gewalt einen entgegenstehenden Willen des V gebrochen. Also hat P den V genötigt.

e) aa) Wenn man mit Jakobs und anderen davon ausgeht, daß die Freiheit nur im Rahmen des rechtliche Erlaubten geschützt ist, wurde V nicht verletzt. Er hatte keine Recht, den T zu schlagen. Er war verpflichtet, die Schläge zu unterlassen. Die Gewalt des P hat den rechtskonformen Entfaltungsspielraum des V nicht tangiert.

bb) Nach h. M. kommt es hingegen nicht darauf an, ob V an der Ausübung rechtskonformer oder rechtswidriger Entfaltungsfreiheit gehindert wurde.

2. Subjektiver Tatbestand

P handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

Da die Körperverletzung durch Notwehr und polizeirechtliche Eingriffsbefugnis gerechtfertigt ist, ist auch die nötigende Gewalt gerechtfertigt. Die Nötigung ist nicht rechtswidrig. Auf § 240 Abs. 2 StGB braucht man nicht mehr einzugehen.

4. Ergebnis

P ist nicht aus § 240 Abs. 1 StGB strafbar.

III. Totschlag, § 212 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatopfer

B ist ein anderer Mensch.

b) Taterfolg

B ist gestorben, also tot.

c) Tathandlung

aa) P hat Gewalt gegen V angewendet. Diese Handlung ist aktives Tun und daher mögliche Grundlage eines Totschlags als Begehungsdelikt. Die aktive Vereitelung fremder Rettungsmaßnahmen wird überwiegend als aktives Tun qualifiziert¹².

bb) Nur vereinzelt wird eine Handlung, die bewirkt, daß ein anderer eine erfolgsabwendende Handlung nicht vollziehen kann, also diese Handlung – gezwungenermaßen – unterläßt, als Unterlassung qualifiziert¹³. Diese Einordnung hat deswegen eine gewisse Plausibilität, weil zur Begründung des Kausalzusammenhanges zwischen der rettungsvereitelnden Handlung (hier : des P) und dem Erfolg (hier : Tod des B) eine Handlung „hinzugedacht“ werden muß (die unterbundene Handlung des V >>> Mißhandlung des T)¹⁴. Hinzudenken einer unterlassenen Handlung ist die Methode zur Feststellung eines Kausalzusammenhanges beim Unterlassungserfolgsdelikt. Allerdings wird dort das unterlassene Handeln *des Täters* hinzugedacht, während hier das unterlassene Handeln *eines Dritten* hinzugedacht wird. Das – aktive (!) - Handeln des P muß hingegen „hinweggedacht“ werden, um die Kausalität dieser Handlung für den Erfolg zu begründen. Deshalb besteht kein Grund, die Aktivität des P kontrafaktisch in ein Unterlassen umzudeuten.

d) Objektive Zurechnung des Erfolges

aa) Kausalität

Hätte P den V nicht an weiteren Schlägen gehindert, hätte T das Versteck des B verraten. Dann wäre B rechtzeitig gefunden und gerettet worden. Die Handlung des P kann also nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg – der Tod des B – entfielen. Daher ist die Handlung des P kausal für den Tod des B¹⁵.

¹² Kühl, AT, 4. Aufl. 2002, § 18 Rn 20.

¹³ NK-Seelmann, § 13 Rn 25.

¹⁴ Roxin, AT I, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn 33.

¹⁵ Kühl, AT, § 4 Rn 18.

bb) Zurechnungsausschluß

(1) Kausalität allein begründet aber nach heute h. M. die objektive Zurechnung des Erfolges noch nicht bzw. nicht allein¹⁶. Der Erfolg muß auch normativ als rechtlich mißbilligte Folge einer rechtlich mißbilligten Handlung bezeichnet werden können. Hier stellt sich die Frage, ob die objektive Zurechnung des Todes der B zur Handlung des P auf der Basis der nach h. M. rechtswidrigen Foltertat des V möglich ist. Nur durch das Hinzudenken und Zuendedenken der Folteraktion des V ist es ja möglich, einen quasi-kausalen Zusammenhang zwischen dem Eingriff des P und dem Tod des B zu begründen. Nun beinhaltet aber die objektive Zurechnung nicht lediglich eine wertneutrale naturwissenschaftliche Erklärung des Erfolgseintritts als Folge der Handlung, sondern die objektive Zurechnung enthält auch eine Bewertung des Zusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg. In der Strafrechtslehre wird dies durch die Formel *„Objektiv zurechenbar ist ein durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann, wenn dieses Verhalten eine rechtlich mißbilligte Gefahr des Erfolgseintritts geschaffen und diese Gefahr sich auch tatsächlich in dem konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat“*¹⁷. Für „Gefahr“ kann man auch den Begriff „Risiko“ verwenden.

- Risiko : Hier hat P durch sein Eingreifen die Gefahr / das Risiko geschaffen, daß B stirbt, weil die infolge einer dem T – durch „Folter“ - abgenötigten Information mögliche Rettung vereitelt wird. Indem P den V an weiterem Foltern hinderte, schuf er die Gefahr, daß die einzige mögliche Rettungsaktion scheitert und B infolgedessen verstirbt.

- Rechtliche Mißbilligung : Diese Gefahr ist aber nicht rechtlich mißbilligt. Wenn man mit der h. M. eine Rechtfertigung der Folter sogar auf der Basis des „scharfen“ Notwehrrechts ablehnt, heißt dies, daß die auf Folter basierende Rettungsaktion rechtlich mißbilligt wird. Folglich ist das Gegenteil der Rettungsaktion, also das Unterbleiben der Rettungsaktion, gerade nicht rechtlich mißbilligt, sondern rechtlich gebilligt. Das Risiko, um das es hier geht, ist das Unterbleiben der Rettung. P hat dieses Risiko einer unterbliebenen bzw. fehlgeschlagenen Rettungsaktion geschaffen. Dieses Risiko ist – wie gesehen – nicht rechtlich mißbilligt. Das Recht bewertet vielmehr das Unterbleiben der Rettung durch Folter als rechtskonformen Zustand. Eben diesen Zustand (keine Folter, keine Rettung des B) hat P mit seiner Folterabwehr geschaffen. Er hat keine rechtlich mißbilligte Gefahr geschaffen.

Somit kann der Todeserfolg der Handlung des P nicht objektiv zugerechnet werden.

Danach hat sich P nicht aus § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

(2) In der Strafrechtslehre wird die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht von allen Autoren anerkannt. Es gibt Strafrechtswissenschaftler, die an der klassischen Lehre festhalten, nach der bei Erfolgsdelikten zur Begründung des tatbestandsmäßigen Zusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg nur die Kausalität erforderlich ist. Diese Autoren haben im vorliegenden Fall keine Möglichkeit, die Erfüllung des objektiven Tatbestandes zu verneinen. Sie müssen deshalb die Prüfung auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes fortsetzen.

¹⁶ Kühl, AT, § 4 Rn 36.

¹⁷ SK-Rudolphi vor § 1 Rn 57; Kühl, AT, § 4 Rn 4; Roxin, AT I, § 11 Rn 44.

2. Subjektiver Tatbestand

P handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

a) Notwehr, § 32 StGB

Eine Rechtfertigung aus § 32 StGB scheidet aus, da die Tat des P dem B gegenüber nicht die Qualität „Verteidigung“ hat. B greift niemanden an. Angreifer ist nur der V, hier geht es aber um einen tatbestandsmäßigen Totschlag gegenüber B. § 32 StGB könnte die Tötung des B nur rechtfertigen, wenn B Angreifer wäre.

b) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

aa) Eine Gefahr für mehrere Rechtsgüter – körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Menschenwürde des T – liegt vor.

bb) Diese Gefahr ist gegenwärtig.

cc) Die Handlung des P, durch die der Tod des B verursacht wurde, ist zur Abwendung der Gefahr geeignet.

dd) Die Gefahr kann nicht anders abgewendet werden. Die Handlung des P ist daher zur Gefahrabwendung erforderlich.

ee) Das Interesse an der Abwendung der Gefahr müßte das Interesse an der Erhaltung des Lebens des B wesentlich überwiegen. Dies kann man nur unter der Prämisse annehmen, daß das Interesse an der Verhinderung von Verletzungen der Menschenwürde (Art. 1 GG) stets das Interesse am Schutz des Lebens wesentlich überwiegt und zwar unabhängig von der Schwere der drohenden Menschenwürdeverletzung.

Dies wird man aber nicht begründen können. Bedenkt man, daß die Verletzung der Menschenwürde des T hier strafatbestandlich nur die Qualität einer Körperverletzung und einer Nötigung hat, die Vereitelung der Rettung des B hingegen die strafatbestandliche Qualität eines Totschlags, ist ein wesentlich überwiegendes Interesse an der Gefahrabwendung offensichtlich ausgeschlossen. Schon die erheblich unterschiedlichen Strafdrohungen der §§ 223, 240 StGB einerseits und des § 212 StGB andererseits zeigen, daß das wesentlich überwiegende Interesse vielmehr auf der Gegenseite liegt : Das Interesse an der Abwendung des Todes des B überwiegt das Interesse an der Abwendung einer Körperverletzung und Nötigung des T erheblich.

4. Schuld

Eine Entschuldigung des P nach § 35 Abs. 1 StGB kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil T weder ein Angehöriger des P noch eine sonst dem P nahestehende Person ist. Auch für das Vorliegen eines „übergesetzlichen entschuldigenden Notstands“ bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

5. Ergebnis

Wenn man die Lehre von der „objektiven Zurechnung“ vertritt, kommt man hier zur Strafflosigkeit des P.

Lehnt man die Lehre von der objektiven Zurechnung ab, kommt man zu dem Ergebnis, daß sich P aus § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

IV. Freiheitsberaubung mit Todesfolge, § 239 Abs. 1, Abs. IV StGB

1. Grundtatbestand, § 239 Abs. 1 StGB

a) Objektiver Tatbestand

a) B ist ein Mensch.

b) B ist eingesperrt.

c) aa) Hätte P den V nicht an weiteren Mißhandlungen des T gehindert, hätte T das Versteck des B verraten und B wäre daraufhin befreit worden. Die Handlung des P ist deshalb dafür ursächlich, daß B weiter eingesperrt ist. P hat die Fortdauer der Gefangenschaft des B verursacht.

bb) Wie bei § 212 Abs. 1 StGB ist aber auch hier zusätzlich zur Kausalität die Frage der objektiven Zurechnung aufzuwerfen. Die Frage ist genauso zu beantworten wie oben bei § 212 Abs. 1 StGB. Wenn man also der Lehre von der objektiven Zurechnung folgt, muß man schon den objektiven Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB verneinen.

Wer die Lehre von der objektiven Zurechnung ablehnt, kommt zur Bejahung des objektiven Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB.

b) Subjektiver Tatbestand

P hat vorsätzlich gehandelt, § 15 StGB.

2. Qualifizierende Folge

a) B ist gestorben.

b) Der Tod des B ist eine Folge der Nichtbefreiung. Indem P die mögliche Befreiung des B vereitelte, verursachte er den Tod des B (s. o. bei § 212 Abs. 1 StGB).

c) Der Tod müsste Verwirklichung eines spezifischen Todesrisikos der Freiheitsberaubung sein. B ist gestorben, weil er in seiner Gefangenschaft Lebensumständen ausgesetzt war, die durch Mangel an Grundvoraussetzungen für Überleben (Nahrung, Trinkwasser, Medikamente, Temperatur, Luft zum Atmen) gekennzeichnet waren. Das ist die typische lebensgefährliche Situation eines Opfers, das über einen längeren Zeitraum seiner Freiheit beraubt ist. In dem Tod des B hat sich also die spezifische Lebensgefahr der Freiheitsberaubung verwirklicht.

d) P hatte Vorsatz bzgl. des Todes (nach § 18 StGB genügt sogar Fahrlässigkeit).

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist nicht gerechtfertigt (s. o. bei § 212 Abs. 1 StGB).

4. Schuld

P ist nicht entschuldigt.

5. Ergebnis

Nach h. M. ist P nicht aus § 239 Abs. 1, Abs. 4 StGB strafbar.

Diejenigen, die die Lehre von der objektiven Zurechnung ablehnen, müßten Strafbarkeit des P aus § 239 Abs. 1, Abs. 4 StGB bejahen.

ENDE

