

# Übungsfall: Folter zur Rettung des Entführungsopfers?

Von Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Tobias R. Kappelmann, LL.M., Bonn

Bei der vorliegenden Klausur handelt es sich um eine Referendarexamensklausur. Der Schwerpunkt der Aufgabenstellung liegt auf der Diskussion einer möglichen Rechtfertigung der sog. „Rettungsfolter“ unter besonderer Berücksichtigung der einschlägigen Normen des Polizei- und Verfassungsrechts und ihrem Verhältnis zu den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen.

## Sachverhalt

X braucht dringend Geld, um seinen aufwändigen Lebensstil zu finanzieren. Er fasst daher den Plan, die 8-jährige Tochter T des reichen Industriellen I zu entführen und von diesem ein Lösegeld zu verlangen. Als sich T auf den Weg von der Schule zum nahe gelegenen Elternhaus begibt, lauert X ihr auf, zerrt sie in sein Auto und fährt mit ihr zu einem verlassenen Bauernhof. Dort fesselt und knebelt er T und sperrt sie in einen Schuppen.

Anschließend fährt er zurück in die Stadt und stellt I seine Lösegeldforderung in Höhe von 1 Million Euro. Falls I nicht zahle, werde T „einen tödlichen Unfall erleiden“. Als X zum Bauernhof zurückkehrt, um nach T zu sehen, muss er zu seinem Entsetzen feststellen, dass T an ihrem Knebel erstickt ist, kurz nachdem er sie dort zurückgelassen hat.

Nach kurzer Überlegung begibt er sich gleichwohl zu dem für die Geldübergabe verabredeten Treffpunkt. Dort wird er von der Polizei festgenommen. Die zugleich eingeleitete Suche nach T bleibt ohne Erfolg. Bei seinen Vernehmungen schweigt X beharrlich. Sämtliche Versuche des ermittelnden Polizeibeamten B, von X den Aufenthaltsort der T zu erfahren, schlagen fehl.

Der Vorgesetzte V des B weist diesen daraufhin an, X zu drohen, dass er erhebliche Schmerzen erleiden werde, wenn er den Aufenthaltsort der T nicht offenbare, und den X erforderlichenfalls mit Gewalt zu einer Aussage zu zwingen. Auf entsprechende Drohungen des X reagiert X nicht. Daraufhin überdehnt B das Handgelenk des X und fügt diesem damit erhebliche, nicht auszuhaltende Schmerzen zu, bis X sein Schweigen bricht und den Ort preisgibt, an dem sich die T befindet.

V und B sagen später aus, sie seien davon ausgegangen, dass T noch gelebt habe, und hätten keine andere Möglichkeit mehr gesehen, um deren Leben zu retten. B macht außerdem geltend, dass er verpflichtet gewesen sei, die Weisung des V zu befolgen.

Strafbarkeit von X, B und V ?

## Auszug aus dem Polizeigesetz NRW

§ 9 Befragung, Auskunftspflicht, allgemeine Regeln der Datenerhebung

(1) <sup>1</sup>Die Polizei kann jede Person befragen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie sachdienliche Angaben machen kann, die für die Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind. <sup>2</sup>Für die Dauer der Befragung kann die Person angehalten werden.

(2) <sup>1</sup>Eine Person, deren Befragung nach Absatz 1 zulässig ist, ist verpflichtet, auf Frage Namen, Vornamen, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und Staatsangehörigkeit anzugeben. <sup>2</sup>Sie ist zu weiteren Auskünften verpflichtet, soweit gesetzliche Handlungspflichten bestehen.

(3) <sup>1</sup>Die Befragung richtet sich an die betroffene Person. <sup>2</sup>Ist deren Befragung nicht oder nicht rechtzeitig möglich oder würde sie die Erfüllung der polizeilichen Aufgabe erheblich erschweren oder gefährden, können die Daten auch ohne Kenntnis der betroffenen Person erhoben werden, wenn dies zur Aufgabenwahrnehmung gemäß Absatz 1 erforderlich ist.

## § 10 Vorladung

(1) Die Polizei kann eine Person schriftlich oder mündlich vorladen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person sachdienliche Angaben machen kann, die für die Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind,

2. das zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen erforderlich ist.

(2) <sup>1</sup>Bei der Vorladung soll deren Grund angegeben werden. <sup>2</sup>Bei der Festsetzung des Zeitpunkts soll auf den Beruf und die sonstigen Lebensverhältnisse der betroffenen Person Rücksicht genommen werden.

(3) <sup>1</sup>Leistet eine betroffene Person der Vorladung ohne hinreichenden Grund keine Folge, so kann sie zwangsweise durchgesetzt werden,

1. wenn die Angaben zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich sind,

2. zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen.

<sup>2</sup>Die zwangsweise Vorführung darf nur auf Grund richterlicher Anordnung erfolgen, es sei denn, dass Gefahr im Verzug vorliegt.

(4) § 136a der Strafprozessordnung gilt entsprechend.

[...]

## § 55 Unmittelbarer Zwang

(1) <sup>1</sup>Die Polizei kann unmittelbaren Zwang anwenden, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen oder keinen Erfolg versprechen oder unzumutbar sind. <sup>2</sup>Für die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwanges gelten die §§ 57 ff.

(2) Unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ist ausgeschlossen.

## § 57 Rechtliche Grundlagen

(1) Ist die Polizei nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften zur Anwendung unmittelbaren Zwanges befugt, gelten für die Art und Weise der Anwendung die §§ 58 bis 66 und, soweit sich aus diesen nichts Abweichendes ergibt, die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes.

(2) Die Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.

## § 58 Begriffsbestimmungen, zugelassene Waffen

(1) Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen.

[...]

## § 59 Handeln auf Anordnung

(1) <sup>1</sup>Die Polizeivollzugsbeamten sind verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden, der von einem Weisungsberechtigten angeordnet wird. <sup>2</sup>Das gilt nicht, wenn die Anordnung die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist.

(2) <sup>1</sup>Eine Anordnung darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. <sup>2</sup>Befolgt der Polizeivollzugsbeamte die Anordnung trotzdem, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, dass dadurch eine Straftat begangen wird.

(3) Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Anordnung hat der Polizeivollzugsbeamte dem Anordnenden gegenüber vorzubringen, soweit das nach den Umständen möglich ist.

(4) § 59 Abs. 2 und 3 des Landesbeamtengesetzes ist nicht anzuwenden.

**Auszug aus dem Landesverwaltungsverfahrensgesetz NRW (VwVfG NRW)**

## § 26 [Beweismittel]

(2) [...] <sup>4</sup>Der Auskunftspflichtige kann die Auskunft auf solche Fragen, zu deren Beantwortung er durch Rechtsvorschrift verpflichtet ist, verweigern, wenn deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.

**Auszug aus der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK]**

## Art. 3 [Verbot der Folter]

Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

**Auszug aus dem Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 (BGBl. 1990 II S. 246) [FolterÜ]**

## Art. 1 [Definition der Folter; gesetzlich zulässige Sanktionen]

(1) Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck „Folter“ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen

Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden.

[...]

## Art. 2 [Pflichten der Vertragsstaaten; keine Rechtfertigung durch Notstand oder Befehl]

(1) Jeder Vertragsstaat trifft wirksame gesetzgeberische, verwaltungsmäßige, gerichtliche oder sonstige Maßnahmen, um Folterungen in allen seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Gebieten zu verhindern.

(2) Außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art, sei es Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, dürfen nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden.

(3) Eine von einem Vorgesetzten oder einem Träger öffentlicher Gewalt erteilte Weisung darf nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden.

## Art. 4 [Obligatorische Strafandrohung]

(1) Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass nach seinem Strafrecht alle Folterhandlungen als Straftaten gelten. Das Gleiche gilt für versuchte Folterung und für von irgendeiner Person begangene Handlungen, die eine Mittäterschaft oder Teilnahme an einer Folterung darstellen.

**Auszug aus dem Landesbeamtengesetz NRW [LBG NRW]**

## § 59 Rechtmäßigkeit des Handelns

(1) Der Beamte trägt für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung

**Lösung****A. Strafbarkeit des X****I. §§ 255, 22, 23 Abs. 1<sup>1</sup>**

X könnte sich wegen versuchter räuberischer Erpressung strafbar gemacht haben, indem er von I ein Lösegeld für die Freilassung der T forderte.<sup>2</sup>

**1. Tatentschluss<sup>3</sup>**

Der subjektive Tatbestand setzt zunächst einen auf eine räu-

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Von dem chronologischen Aufbau wird an dieser Stelle abgewichen, da anderenfalls im Rahmen des subjektiven Tatbestands des § 239a der Tatbestand des § 253 bzw. § 255 inzi- dent zu prüfen wäre.

<sup>3</sup> Die Vorprüfung, ob die Tat vollendet und der Versuch strafbar ist, sollte gedanklich erfolgen, bedarf jedoch in der Regel nicht der schriftlichen Niederlegung. In den Fällen, in denen die fehlende Vollendung begründungsbedürftig ist, sollte das vollendete Delikt vor einem entsprechenden Versuch geprüft werden. Der Hinweis auf die Strafbarkeit des Versuchs kann durch die Benennung der einschlägigen Bestimmungen in der Überschrift erfolgen, siehe *Hardtung*, Jura 1996, 293 ff.

berische Erpressung gerichteten Tatentschluss voraus. X müsste also Vorsatz in Bezug auf eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gehabt haben. Er hat dem I gedroht, dass T „einen tödlichen Unfall erleiden werde“, also eine Drohung gegen das Leben der T ausgesprochen. Eine Drohung, die sich gegen einen anderen als den Erpressten richtet, ist nach h.M. ausreichend, sofern sich diese für den letztgenannten als erhebliches eigenes Übel darstellt.<sup>4</sup> Da die eigene Tochter gefährdet war, ist dies in Bezug auf I zu bejahen. Das gilt auch für die Gegenwärtigkeit der Gefahr, denn diese ist gegeben, wenn sie sich alsbald oder in aller nächster Zeit realisieren kann.<sup>5</sup>

Vorsatz in Bezug auf eine qualifizierte Drohung i.S.d. § 255 liegt somit vor. X hatte weiterhin den Vorsatz, den I mit dieser Drohung zu einer Handlung in Form der Zahlung von Lösegeld zu nötigen (s. § 253 Abs. 1). Soweit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 253 eine Vermögensverfügung des Opfers verlangt wird<sup>6</sup>, liegt eine solche mit der Zahlung des Lösegeldes an X vor. Infolge der Zahlung sollte I einen Vermögensnachteil erleiden (1 Million Euro). X handelte auch in der Absicht, sich selbst um die dem Schaden des I entsprechende Summe zu Unrecht zu bereichern. Der subjektive Tatbestand ist daher erfüllt.

## 2. Unmittelbares Ansetzen

Mit dem Aussprechen der Drohung gegenüber I hat X unmittelbar zur Tat angesetzt (§ 22). Der objektive Tatbestand ist daher ebenfalls gegeben.

## 3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

X handelte auch rechtswidrig und schuldhaft und hat sich somit nach §§ 255, 22, 23 Abs. 1 strafbar gemacht.

## II. § 239a Abs. 1 Alt. 1

X könnte sich wegen erpresserischen Menschenraubes (§ 239a) strafbar gemacht haben, indem er T in das Auto zerrte und zu dem Bauernhof brachte.

### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 239a Abs. 1 Alt. 1 setzt voraus, dass der Täter einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt. Eines anderen Menschen bemächtigt

<sup>4</sup> BGH NStZ 1987, 222 (223); *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 253 Rn. 6, § 255 Rn. 2; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 255 Rn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 42 Rn. 54; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 727. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, sofern man nur die Bedrohung angehöriger oder nahe stehender Personen (s. § 35) ausreichen lässt, so *Zaczyk*, JZ 1985, 1059 (1061).

<sup>5</sup> BGH NJW 1997, 265 (266); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 34 Rn. 17 i.V.m. *Eser*, ebenda, § 255 Rn. 2.

<sup>6</sup> So *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 709 ff. m.w.N.

sich, wer diesen in seine physische Gewalt bringt.<sup>7</sup> Indem er T zu dem gemeinsamen Gehöft brachte und sie dort fesselte und einsperrte, brachte X die T in seine Gewalt und bemächtigte sich somit eines Menschen. Das Entführen unterwirft das Opfer einer Veränderung des Aufenthaltsortes mit der Wirkung, dass es der Herrschaftsgewalt des Täters ausgeliefert ist.<sup>8</sup> X zerrte die T in sein Auto und brachte sie zu dem Gehöft, wo T infolge der Ortsveränderung der Herrschaftsgewalt des X ausgeliefert war. X hat die T demnach auch entführt. Der objektive Tatbestand des § 239a Abs. 1 Alt. 1 ist daher erfüllt.<sup>9</sup>

### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt zunächst Vorsatz voraus. X wollte die T entführen und sich ihrer bemächtigen und handelte daher insoweit vorsätzlich. Weitere Voraussetzung des § 239a Abs. 1 Alt. 1 ist die Absicht, die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen. X plante bei der Ausführung der Tathandlung, dem I anschließend eine Lösegeldforderung zu stellen, mithin eine räuberische Erpressung (§ 255) zu begehen (s.o. 1.). Zur Begehung dieser Tat wollte A die Sorge eines Dritten (I) um das Wohl des Opfers (T) ausnutzen. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

### 3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

X handelte auch rechtswidrig und schuldhaft und hat sich daher nach § 239a Abs. 1 Alt. 1 strafbar gemacht.

## III. § 239a Abs. 3

X könnte sich darüber hinaus wegen erpresserischen Menschenraubes mit Todesfolge strafbar gemacht haben.

### 1. Grundtatbestand

Der Grundtatbestand des § 239a Abs. 1 ist erfüllt (s.o. 2.).

### 2. Erfolgsqualifikation

X hat den Tod der T verursacht, indem er sie knebelte und sie daraufhin an dem Knebel erstickte. Der tatbestandsspezifische Gefährdungsbezug ist gegeben, da der Tod auf einer Gefahr beruhte, die mit der Verwirklichung des Grundtatbestands (§ 239a Abs. 1), d.h. mit der Fesselung und Knebelung als Teil des Sich-Bemächtigens, geschaffen wurde. X handelte auch objektiv und subjektiv leichtfertig, indem er die achtjährige T knebelte und anschließend allein ließ.

<sup>7</sup> BGH NStZ 1996, 276; 2002, 31; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 742.

<sup>8</sup> *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 742.

<sup>9</sup> Ob man in dem Entführen eine Vorstufe (*Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 454) oder einen Unterfall des Sich-Bemächtigens sieht (*Horn*, in: Rudolphi u.a. [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 59. Lieferung, Stand: Oktober 2003, § 239a Rn. 4), kann an dieser Stelle offen bleiben.

**3. Ergebnis**

X hat sich nach § 239a Abs. 3 strafbar gemacht.

**IV. § 239b Abs. 1 Alt. 1**

X könnte sich außerdem wegen Geiselnahme strafbar gemacht haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Der objektive Tatbestand ist erfüllt, denn X hat die T entführt und sich ihrer bemächtigt (s.o. 2. a).

**2. Subjektiver Tatbestand**

Der subjektive Tatbestand ist ebenfalls erfüllt, denn X handelte, um einen Dritten (I) durch die Drohung mit dem Tod des Opfers (T) zu einer Handlung (Zahlung des Lösegeldes) zu nötigen (vgl.o. 2. b).

**3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis**

X handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. § 239b ist allerdings im Verhältnis zu § 239a subsidiär.<sup>10</sup>

**V. § 239b Abs. 2 i.V.m. § 239a Abs. 3**

Der Tatbestand der Geiselnahme mit Todesfolge ist zwar erfüllt (vgl. o. 3.); die Geiselnahme tritt jedoch auch insoweit hinter den erpresserischen Menschenraub zurück (s.o. 4.).

**VI. §§ 255, 251, 22, 23 Abs. 1**

X könnte sich außerdem wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung mit Todesfolge strafbar gemacht haben. Der in § 255 enthaltene Verweis erstreckt sich auch auf § 251.<sup>11</sup>

**1. Grundtatbestand**

Der Grundtatbestand des Versuchs ist gegeben (s.o. 1.).

**2. Erfolgsqualifikation**

X müsste darüber hinaus durch die Tat den Tod des Opfers (T) verursacht haben, d.h. durch eine Handlung, die spezifischer Bestandteil der Begehung der räuberischen Erpressung bzw. des Versuchs ist.<sup>12</sup>

Als X mit der Drohung gegenüber I zur Tat angesetzt hat, war T bereits tot, d.h. X hat den Tod der T vor Versuchsbeginn verursacht. Die schwere Folge ist somit nicht durch die Tat eingetreten.

**3. Ergebnis**

Die Voraussetzungen des § 251 sind nicht erfüllt. X ist folglich nicht strafbar nach §§ 255, 251, 22, 23 Abs. 1.

**VII. § 239 Abs. 1, Abs. 4**

X könnte sich außerdem wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge strafbar gemacht haben.

**1. Grundtatbestand**

Er hat die T vorsätzlich gefesselt, geknebelt und in den Schuppen eingesperrt. Der Tatbestand des § 239 Abs. 1 ist somit erfüllt.

**2. Erfolgsqualifikation**

X hat durch die Tat (Knebelung) den Tod der T verursacht. Der tatbestandsspezifische Zusammenhang zwischen Freiheitsberaubung und tödlicher Folge ist gegeben; X handelte insoweit objektiv sorgfaltswidrig, § 18 (vgl. o. 3.).

**3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis**

Rechtswidrigkeit und Schuld sind ebenfalls gegeben; insbesondere war der Tod der T für ihn subjektiv vorhersehbar und vermeidbar. Der Tatbestand des § 239 Abs. 1, Abs. 4 tritt allerdings gegenüber dem spezielleren § 239a zurück.<sup>13, 14</sup>

**VIII. Ergebnis**

Fraglich ist das Konkurrenzverhältnis zwischen § 239a und § 255. Zwischen einem Dauerdelikt (§ 239a) und einem Zustandsdelikt (§ 255) besteht Tateinheit, sofern das Dauerdelikt Voraussetzung für die Begehung des Zustandsdelikts ist.<sup>15</sup> Da nach dem Plan des X die durch das Dauerdelikt (§ 239a) begründete Herrschaftsgewalt über T Voraussetzung für die Begehung der versuchten räuberischen Erpressung (§ 255) war, besteht somit Tateinheit. Da keine Gesetzeskonkurrenz zwischen § 239a und § 255 anzunehmen ist<sup>16</sup>, stehen diese Taten somit zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz (§ 52).

X hat sich nach § 239a Abs. 1 Alt. 1, Abs. 3 und §§ 255, 22, 23 Abs. 1, 52 strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des B****I. § 340**

B könnte sich, indem er dem X den Arm auf den Rücken drehte, wegen Körperverletzung im Amt strafbar gemacht haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Der objektive Tatbestand setzt zunächst als Täter einen Amtsträger voraus. B ist als Beamter des Polizeidienstes Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2a). Des Weiteren müsste B während der Ausübung seines Dienstes eine Körperverletzung i.S.d. § 223 begangen haben. In Betracht kommt eine körperliche Misshandlung (§ 223 Abs. 1 Alt. 1), d.h. eine

<sup>13</sup> Eser (Fn. 4), § 239a Rn. 45.

<sup>14</sup> Die Prüfung des ebenfalls tatbestandlich in Tateinheit – Eser (Fn. 4), § 239a Rn. 45 – verwirklichten § 235 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2, Abs. 5 wurde nicht erwartet, aber mit Zusatzpunkten honoriert.

<sup>15</sup> S. BGHSt 18, 29 (33 f.); vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 779.

<sup>16</sup> BGHSt 16, 316 (320); Eser (Fn. 4), § 239a Rn. 45; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 239a Rn. 21.

<sup>10</sup> BGHSt 25, 386; Eser (Fn. 3), § 239b Rn. 20.

<sup>11</sup> Eser (Fn. 4), § 255 Rn. 4.

<sup>12</sup> Siehe Eser (Fn. 4), § 251 Rn. 4.

üble unangemessene Behandlung, welche das körperliche Wohlbefinden mehr als unerheblich beeinträchtigt<sup>17</sup>. Indem B das Handgelenk des X überdehnte, bis dieser nicht mehr auszuhaltende Schmerzen verspürte, behandelte er ihn übel und unangemessen; durch die zugefügten Schmerzen wurde das körperliche Wohlbefinden des X mehr als unerheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung liegt daher vor. Die Misshandlung wurde auch während der Dienstausbübung begangen, nämlich im Rahmen der polizeilichen Vernehmung des X über den Aufenthaltsort der T. Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

### 2. Subjektiver Tatbestand

B handelte auch vorsätzlich. Der Tatbestand des § 340 Abs. 1 S. 1 ist daher gegeben.

### 3. Rechtswidrigkeit

B müsste außerdem rechtswidrig gehandelt haben.

a) Als Rechtfertigungsgrund kommt zunächst eine öffentlich-rechtliche Handlungsbefugnis in Betracht. Die Misshandlung könnte als rechtmäßige Maßnahme zur Vollstreckung eines an X gerichteten Auskunftsverlangens gerechtfertigt sein.

Zu denken wäre hier an eine polizeiliche Befragung als Standardmaßnahme der Vernehmung (und Vorladung) gem. den §§ 9 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1, 3 S. 1 Nr. 1 PolG NRW. Dagegen spricht jedoch, dass grundsätzlich keine über die Angabe von Personalien hinausgehende Auskunftspflicht besteht (§ 9 Abs. 2 S. 1 PolG NRW). Eine weitergehende Auskunftspflicht besteht nach § 9 Abs. 2 S. 2 PolG NRW nur bei gesetzlichen Handlungspflichten.<sup>18</sup> Es herrscht allerdings Uneinigkeit darüber, ob sich § 9 Abs. 2 S. 2 PolG NRW auch auf polizeigesetzliche Pflichten oder allein auf solche außerhalb des Polizeigesetzes bezieht. Nach einer Ansicht reicht die polizeirechtliche Verantwortlichkeit eines Störers für die dem Opfer drohenden Gefahren aus. Eine engere Auslegung des § 9 stellt allein auf Handlungspflichten außerhalb des Polizeirechts ab (u.a. auch aus § 323c StGB).<sup>19</sup> In jedem Fall ist aber die Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Abgabe einer Erklärung unzulässig (§ 55 Abs. 2 PolG NRW), d.h. die Anwendung von körperlicher Gewalt gegenüber X war nicht von der polizeirechtlichen Ermächtigung gedeckt. Auch nach § 10 Abs. 4 PolG NRW i.V.m. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ist die Misshandlung zur Erzwingung einer Aussage verboten. Dieses Ergebnis entspricht auch dem verfassungsrechtlichen Verbot der körperlichen Misshandlung festgehaltener Personen (Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG). Die körperliche Misshandlung des

X kann daher nicht nach den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des Polizeirechts gerechtfertigt werden.<sup>20, 21</sup>

b) B könnte jedoch nach § 32 gerechtfertigt sein, da sein Verhalten als Nothilfe zugunsten der T gewertet werden könnte. Dies setzt jedoch voraus, dass auf das hoheitliche Handeln des B als Polizeivollzugsbeamter die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe anwendbar sind.

<sup>20</sup> Nicht eindeutig wird die Frage beurteilt, inwieweit einem Verdächtigen in solch einer Situation ein Aussageverweigerungsrecht zusteht. Anders als in anderen Bundesländern (vgl. etwa § 18 Abs. 6 S. 2, 3 Sächs. PolizeiG) enthält das PolG NRW nämlich keine Norm, welche die Kollision von strafprozessualen Aussageverweigerungsrecht und der gefahrenabwehrrechtlichen Auskunftspflicht regelt. Allein § 26 Abs. 2 S. 4 VwVfG NRW normiert, dass der Auskunftspflichtige die Auskunft auf solche Fragen, zu deren Beantwortung er durch Rechtsvorschrift verpflichtet ist, verweigern kann, wenn deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1-3 ZPO bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem OWiG aussetzen würde. Vereinzelt wird angenommen, dass das PolG dem VwVfG vorgeht und somit ein Aussageverweigerungsrecht ausschließt (*Scholler/Schloer*, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1993, S. 104 f.). Es gibt gute Argumente, hier eine Lücke der polizeigesetzlichen Regelung anzunehmen, die durch eine entsprechende Anwendung von § 26 Abs. 2 S. 4 VwVfG NRW zu schließen ist (so *Gusy*, NVwZ 1991, 614 [618]; *Haurand/Vahle*, NVwZ 2003, 513 [517]). Von den Bearbeitern der Klausur wurde nicht erwartet, dass sie diese recht spezielle Problematik gesehen haben.

<sup>21</sup> Zum Teil wird eine teleologische Reduktion des Verbotes des unmittelbaren Zwangs zur Herbeiführung einer Aussage vorgenommen und ein solcher Zwang unter den Voraussetzungen, die für den finalen Rettungsschuss gelten, für zulässig gehalten (s. *Brugger*, JZ 2000, 165 [168 f.]). Die Auseinandersetzung mit dieser Ansicht wurde nicht erwartet. Darüber hinaus sind auf Seiten des (potentiellen!) Täters unterschiedliche Grundrechte betroffen, je nachdem, ob es sich um den finalen Rettungsschuss oder um Folter handelt. Gegen eine entsprechende Analogie wird jedoch geltend gemacht, dass der Schutz des Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) gesetzlichen Einschränkungen unterworfen werden kann, während der über Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierte Schutz vor Folter absolut gewährleistet ist. Dieser Schutz kann auch nicht durch staatliche Schutzpflichten zugunsten Dritter relativiert werden (s. dazu sogleich bei § 32; a.A. *Brugger*, JZ 2000, 165 [169]). Zudem wird die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit zum finalen Rettungsschuss bezweifelt. So werde beim finalen Rettungsschuss die von einem sicher identifizierten Angreifer ausgehende, unmittelbare Gefahr sofort und endgültig beseitigt. Dabei sei der Schuss das einzige und letzte Mittel um die konkrete Gefahr zu beseitigen. Zudem werde beim finalen Rettungsschuss keine Handlung, sondern eine Unterlassung erzwungen, s. LG Frankfurt im Fall Daschner, NJW 2005, 692 (695).

<sup>17</sup> *Wessels/Hettinger* (Fn. 9), Rn. 255.

<sup>18</sup> Eine erweiterte Auskunftspflicht zur Abwehr einer Gefahr für Leib und Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte besteht allerdings in anderen Bundesländern: § 18 Abs. 6 S. 1 PolG Sachsen; § 27 Abs. 4 S. 1 PolG BW; § 12 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 SOG Hessen.

<sup>19</sup> Vgl. näher zur Problematik *Haurand/Vahle*, NSStZ 2003, 513 (516 f.).

aa) Die h.M. geht davon aus, dass sich auch Amtsträger auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen können.<sup>22</sup> So hat der BGH in seiner Entscheidung zur Kontaktsperre die Ansicht vertreten, dass die Verletzung strafprozessualer Vorschriften mit Hilfe des § 34 gerechtfertigt werden kann.<sup>23</sup> Danach kommt im vorliegenden Fall eine Rechtfertigung nach § 32 in Betracht.

bb) Nach einer anderen Ansicht sind die allgemeinen Rechtfertigungsgründe auf hoheitliches Handeln nicht anwendbar, da die öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse die Grenzen hoheitlichen Handelns abschließend bestimmen<sup>24</sup> bzw. das Folterverbot absoluten Vorrang habe.<sup>25</sup> Eine Anwendung komme allenfalls zum Selbstschutz des Beamten in Betracht.<sup>26</sup> Nach dieser Ansicht wäre eine Rechtfertigung des B nach § 32 ausgeschlossen. Zum Teil wird die grundsätzliche Anwendbarkeit der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe davon abhängig gemacht, dass die öffentlich-rechtliche Eingriffsermächtigung die Konfliktlage nicht speziell und abschließend regelt.<sup>27</sup> Eine solche abschließende Regelung ist in § 55 Abs. 2 PolG NRW vom Gesetzgeber getroffen worden; danach ist die Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen. Trotz des Notrechtsvorbehalts nach § 57 Abs. 2 PolG NRW ist nach dieser Ansicht daher eine Rechtfertigung nach § 32 ebenfalls nicht möglich.

cc) Eine weitere Ansicht differenziert zwischen strafrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Bewertung des Handelns von Hoheitsträgern. Die Anwendung eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes führe nur im Strafrecht zur Rechtfertigung; die Rechtswidrigkeit der Maßnahme im öffentlichen Recht bleibe davon unberührt.<sup>28</sup> Der Anwendung des § 32 auf die

strafrechtliche Bewertung von Bs Verhalten wäre nach dieser Ansicht nicht ausgeschlossen.

dd) Gegen eine Anwendung der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe auf hoheitliches Handeln spricht, dass die Rechtfertigungsgründe damit den Charakter öffentlich-rechtlicher Eingriffsermächtigungen erhalten; ihre eigentliche Funktion besteht indessen darin, die Grenzen privater Freiheitsräume auszugestalten. Die Grenzen staatlicher Eingriffe bedürfen wegen ihrer Bedeutung für die bürgerlichen Freiheiten besonderer demokratischer Legitimation, sie werden daher im Gesetzgebungsverfahren auch intensiver diskutiert.<sup>29</sup> Darüber hinaus gebietet das Rechtsstaatsprinzip, dass bei der Ausgestaltung hoheitlicher Befugnisse das Bestimmtheitsgebot beachtet wird; die Regelungsdichte der §§ 32, 34 genügt diesen Anforderungen nicht.<sup>30</sup> Aus den allgemeinen Rechtfertigungsgründen lässt sich über dies auch keine Zuständigkeitsregelung entnehmen, so dass auch unter diesem Aspekt eine Eingriffsbegrenzung fehlt.<sup>31</sup>

Diesen Bedenken wird Rechnung getragen, wenn zwischen der strafrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bewertung getrennt wird, das Handeln des Hoheitsträgers also öffentlich-rechtlich als rechtswidrig, strafrechtlich hingegen als gerechtfertigt angesehen wird. Allerdings hätte eine (strafrechtliche) Rechtfertigung zur Folge, dass der Verdächtige zur Duldung der – polizeirechtlich rechtswidrigen – Folter verpflichtet wäre.<sup>32</sup> Diese Konsequenz wird vermieden, wenn man lediglich das Vorliegen strafbaren Unrechts verneint: Wie die Entscheidung des BVerfG zur Neufassung des § 218 gezeigt hat, muss ein Verhalten, das nach allgemeinen Wertungen der Rechtsordnung rechtswidrig ist, nicht notwendigerweise auch in Bezug auf die strafrechtliche Bewertung als rechtswidrig bezeichnet werden.<sup>33</sup> Dass nicht jedes Verhalten, welches zivilrechtlich oder verwaltungsrechtlich verboten ist, auch mit Strafe bedroht sein muss, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz, dass der Einsatz staatlicher Strafe zur Durchsetzung staatlicher Ge- bzw. Verbote nur als ultima ratio in Betracht kommt. Andererseits darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass bei gravierenden Rechtsgutsverletzungen dem Strafrecht eine wichtige Orientierungsfunktion zukommt, es mithin einen Widerspruch darstellt, wenn eine schwere Misshandlung als verwaltungsrechtlich verboten, aber strafrechtlich „erlaubt“ gelten soll.<sup>34</sup>

Allerdings sieht sich dieses Ergebnis dem Einwand ausgesetzt, dass der in Ausübung eines Amtes handelnde Bürger gegenüber anderen, privat handelnden Bürgern benachteiligt wird, indem ihm die Berufung auf das Notwehrrecht versagt wird.<sup>35</sup> Der Staat dürfe einen Amtsträger nicht daran hindern,

<sup>22</sup> BayObLG JZ 1991, 936 (937); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 42c; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 108 ff.; *Fahl*, Jura 2007, 743 (744).

<sup>23</sup> BGHSt 27, 260 (262 ff.); *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 32 Rn. 166 ff.; *Hilgendorf*, JZ 2004, 331 (339); *Fahl*, JR 2004, 182 (186).

<sup>24</sup> *Amelung*, NJW 1977, 833 (838, 840); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12/41 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 213 f.; *Rönnau/Hohn*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 218, 220.

<sup>25</sup> So *Welsch*, BayVBl. 2003, 487; *Merkel*, in: Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 375 ff. (383 f.).

<sup>26</sup> *Amelung*, NJW 1977, 833 (839 f.).

<sup>27</sup> So zu § 34 *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 8 Rn. 179; *Perron* (Fn. 22), § 34 Rn. 7; *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 288.

<sup>28</sup> *Günther*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 8), 7. Aufl., 31. Lieferung, Stand: September 1999, § 32 Rn. 17 f.; *Gusy*, Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 178; *Erb* (Fn. 23), § 32 Rn. 169 ff.; *ders.*, Jura 2005, 24 (29); *Herzog*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 32 Rn. 58; *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (301 f.).

<sup>29</sup> *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); *Pawlik* (Fn. 24), S. 198.

<sup>30</sup> *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); *Pawlik* (Fn. 24), S. 198; *Rönnau/Hohn* (Fn. 24), § 32 Rn. 218.

<sup>31</sup> *Pawlik* (Fn. 24), S. 201, 213.

<sup>32</sup> *Rönnau/Hohn* (Fn. 24), § 32 Rn. 219.

<sup>33</sup> BVerfGE 88, 203 (273 ff.); in diesem Sinne auch *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (301 f.).

<sup>34</sup> Vgl. dagegen *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (302).

<sup>35</sup> *Götz*, NJW 2005, 953; *Erb*, Jura 2005, 24 (29); *Jeßberger*, Jura 2003, 711 (713); *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, 613 (620);

seine polizeilichen Befugnisse kraft eigenen Entschlusses in dem zur Rettung des Opfers erforderlichen Umfang zu überschreiten.<sup>36</sup> Es erscheint jedoch fraglich, ob der bereits mit staatlichen Eingriffsbefugnissen ausgestattete Amtsträger mit einem Bürger, der diese Möglichkeiten nicht hat, verglichen werden kann: Die oben genannte Argumentation liefe darauf hinaus, in der Person des Amtsträgers öffentlich-rechtliche Befugnisse und private Notrechte zu vereinigen und auf diese Weise Rechte zum Eingriff in Rechtsgüter Dritter zu kumulieren. Polizeirechtlich nicht vorgesehene Foltermaßnahmen würden damit – vermittelt über das persönliche Notwehrrecht des jeweiligen Amtsträgers – zum jederzeit verfügbaren Bestandteil polizeilicher Aktionsmöglichkeiten und das Folterverbot als Selbstbeschränkung des Staates würde so unterminiert,<sup>37</sup> indem die vom Gesetzgeber vorgesehene Regelung polizeilicher Kompetenzen damit umgangen würden. Das Notwehr- bzw. Nothilferecht des Einzelnen ist gegenüber staatlichen Eingriffsmöglichkeiten subsidiär, d.h. es steht diesem nur zu Gebote, wenn staatliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.<sup>38</sup> Um subsidiäre Notrechte geht es im Falle des folternden polizeilichen Amtsträgers jedoch gerade nicht.<sup>39</sup>

Aus der Sicht des B stellt sich allerdings die Frage, ob die Versagung des Notwehrrechts mit dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung vereinbar ist, da § 32 keine derartige Einschränkung enthält, eine Unterschreitung des Wortlauts mithin gleichbedeutend mit einer verbotenen Analogie zum Nachteil des Täters wäre.<sup>40</sup> Den landesrechtlichen Polizeigesetzen kann ein solcher Regelungsgehalt jedenfalls nicht entnommen werden (s. Art. 31 GG).<sup>41</sup> Sofern man nicht bereits die Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG auf Bestimmungen des Allgemeinen Teils ablehnt<sup>42</sup>, wird man zumindest bei immanenten Schranken von Rechtfertigungsgründen keinen Verfassungsverstoß annehmen können<sup>43</sup> – schließlich sind auch die Voraussetzungen und Grenzen ungeschriebener Rechtfertigungsgründe (z.B. der Einwilligung) nicht gesetzlich geregelt. Die Versagung des Notwehrrechts ergibt sich somit bereits aus § 32 selbst; die Funktion der Polizeigesetze besteht allein darin, dem Amtsträger andere Rechtfertigungsmöglichkeiten zu eröffnen. Das Fehlen derartiger hoheitlicher Befugnisse legt daher die Schlussfolgerung nahe, dass entsprechende Maßnahmen – bei Eingriffen in strafrechtlich geschützte Rechtsgüter – auch strafrechtswidrig sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – in Be-

zug auf den jeweiligen Konflikt eine spezielle öffentlich-rechtliche Regelung gegeben ist.

Wird eine Anwendung des § 32 für zulässig gehalten, sind die Voraussetzungen der Notwehr zu prüfen. Objektiv liegen die Voraussetzungen der Notwehr nicht vor, denn T ist zu diesem Zeitpunkt bereits tot, der Angriff auf ihre Freiheit und ihr Leben ist somit nicht mehr gegenwärtig. Es wäre daher insoweit zu prüfen, ob ein Erlaubnistatbestandsirrtum des B vorliegt, da er glaubt, T sei noch am Leben.<sup>44</sup> Subjektiv liegt daher eine Notwehrlage vor, denn der vermeintliche Angriff des X auf das Leben und die Freiheit der T war gegenwärtig und rechtswidrig.<sup>45</sup> Die Nothilfehandlung war auch erforderlich, denn eine Suchaktion war ohne Erfolg geblieben und X konnte auf andere Weise nicht dazu gebracht werden, den Aufenthaltsort der T zu offenbaren.

Allerdings bestehen Zweifel an der Gebotenheit der Notwehr, denn die gewaltsame Erzwingung einer Auskunft von X könnte mit übergeordneten Rechtsgrundsätzen unvereinbar sein. Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG untersagt ausnahmslos die körperliche oder seelische Misshandlung festgehaltener Personen. Zudem verbietet es das Gebot, die Menschenwürde zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 GG), den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.<sup>46</sup> Mit der Anwendung von Folter wird der Wille einer Person durch Zufügung von Schmerzen gebrochen, sie wird zum bloßen Objekt staatlicher Behandlung erniedrigt, indem sie auf ihre Körperlichkeit reduziert wird.<sup>47</sup> Diese Qualifikation der Folter als erniedrigender und menschenverachtender Behandlung wird auch aus dem Titel des oben erwähnten Übereinkommens gegen Folter und „andere“ grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung deutlich (s. auch Art. 3 EMRK). Es ist dementsprechend allgemein anerkannt, dass Art. 1 Abs. 1 GG den Einzelnen vor staatlicher Folter schützt.<sup>48</sup> Neuerdings mehren sich allerdings Stimmen, die eine normimmanente Abwägung bei der Konkretisierung des Würdeanspruches vornehmen.<sup>49</sup> Mit der Begründung, die Absolutierung des Rechts des Täters auf Schutz seiner Menschenwürde sei im Hinblick auf die prinzipielle

Lackner/Kühl (Fn. 4), § 32 Rn 17; Rogall, JuS 1992, 551 (559); Perron (Fn. 22), § 32 Rn. 42b; Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 113.

<sup>36</sup> Vgl. Merkel (Fn. 25), S. 392 f.

<sup>37</sup> Norouzi, JA 2005, 306 (309).

<sup>38</sup> Lüderssen, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 691 ff. (705).

<sup>39</sup> Rönnau/Hohn (Fn. 24), § 32 Rn. 220.

<sup>40</sup> Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 32 Rn. 17.

<sup>41</sup> Fahl, JR 2004, 182 (188); Seebode, StV 1991, 80 (84).

<sup>42</sup> So für die wortlautunterschreitende Einschränkung gesetzlich normierter Rechtfertigungsgründe Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 48.

<sup>43</sup> S. Wessels/Beulke (Fn. 15), Rn. 342.

<sup>44</sup> Vgl. Jerouschek, JuS 2005, 296 (301).

<sup>45</sup> Zum Vorliegen einer Notwehrlage Merkel (Fn. 25), S. 387 ff.

<sup>46</sup> BVerfGE 50, 166 (175).

<sup>47</sup> Hilgendorf, JZ 2004, 331 (336).

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2005, 656 (657) (zum Fall Daschner); Pieroth/Schlink, Grundrechte, 20. Aufl. 2004, Rn. 361. Nach a.A. steht Art. 1 GG einem Folterverbot jedoch gerade entgegen, vgl. Erb, Jura 2005, 24 (27 f.); s. allgemein zur absoluten Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293); NJW 2003, 1303 (1304); Pieroth/Schlink (Fn. 50), Rn. 365.

<sup>49</sup> Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Abs. 1 Rn. 45 ff.; Götz, NJW 2005, 953 (954 ff.); s. auch Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 133; Kloepfer, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 77 ff. (97 f.).

Gleichrangigkeit von Achtungs- und Schutzpflicht<sup>50</sup> des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verfassungswidrig<sup>51</sup>, wird die sog. „Rettungsfolter“ durch den Staat unter bestimmten Voraussetzungen befürwortet.<sup>52</sup> Gegen eine Abwägbarkeit der Menschenwürde in diesem Sinne wird geltend gemacht, dass die Mitglieder des parlamentarischen Rates die Menschenwürde angesichts der ihnen noch sehr deutlich vor Augen stehenden Greuelthaten des NS-Regimes bewusst an die Spitze der Verfassung gestellt haben. Das strikte Verbot, einem Beschuldigten Gewalt auch nur anzudrohen, ist demnach schon das Ergebnis einer Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen.<sup>53</sup> Dieses Verständnis findet seine Bestätigung in den internationalen Folterverboten (Art. 3 EMRK bzw. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 UN-Folterkonvention). Mag man auch Zweifel daran hegen, ob die Gewaltanwendung im vorliegenden Fall schwerwiegend genug ist, um sie als „Folter“ i.S.d. Art. 3 EMRK bzw. Art. 1 Abs. 1 UN-Folterkonvention anzusehen<sup>54</sup>, so sprechen diese völkerrechtlichen Gewährleistungen doch insgesamt deutlich gegen eine Abwägung mit anderen Grundrechten bzw. Rechtsgütern (Art. 15 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 2 Abs. 2 UN-Folterkonvention). Nach alledem kann eine Anwendung des § 32 auch nicht mit der staatlichen Schutzpflicht für die Grundrechte Dritter begründet werden; eine Rechtfertigung des B nach § 32 ist daher wegen fehlender Gebotenheit zu verneinen.<sup>55</sup> Ein entsprechender Erlaubnistatbestandsirrtum kommt daher nicht in Betracht.<sup>56</sup>

c) B könnte allerdings gerechtfertigt sein, weil er auf Weisung des V handelte und dienstrechtlich zur Befolgung der

Weisung verpflichtet war (s. § 59 Abs. 1 S. 1 PolG NRW). Aus dieser Pflicht wird zum Teil der Schluss gezogen, der die Weisung befolgende Beamte handele nicht rechtswidrig.<sup>57</sup> Nach anderer Ansicht führt die Pflicht des Beamten nur zu einer Entschuldigung.<sup>58</sup> Diese Frage kann jedoch offen bleiben, wenn B zur Befolgung der Weisung nicht verpflichtet war, denn in diesem Fall besteht kein Konflikt zwischen der innenrechtlichen Gehorsamspflicht und der außenrechtlichen Pflicht zur Einhaltung von strafbewehrten Verhaltensnormen.<sup>59</sup>

Nach § 59 Abs. 1 PolG NRW ist B als Vollzugsbeamter verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden, der im Vollzugsdienst von seinem Vorgesetzten angeordnet wird, sofern die Anordnung nicht die Menschenwürde verletzt. V hat den B als dessen Vorgesetzter dazu angewiesen, dem X mit Gewalt zu drohen und diesem erforderlichenfalls auch Schmerzen zuzufügen. V hat somit die Anwendung unmittelbaren Zwanges i.S.d. § 58 Abs. 1 PolG NRW angeordnet. Damit bestand grundsätzlich eine Pflicht des B, diese Anordnung zu befolgen. Eine solche Pflicht besteht jedoch nicht, sofern die Anordnung die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist (§ 59 Abs. 1 S. 2 PolG NRW). Die Anordnung des V war zwar zu dienstlichen Zwecken erfolgt, aber auf die Anwendung von Gewalt zur Erzwungung einer Aussage und damit auf eine Verletzung der Menschenwürde gerichtet (s.o.). B war daher nicht nach § 59 Abs. 1 S. 1 PolG NRW zur Befolgung der Anweisung verpflichtet. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man auf der Grundlage des § 59 Abs. 2 S. 1 PolG NRW. Danach darf die Anordnung nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. B hat durch Befolgung der Anordnung des V ein Vergehen nach § 340 begangen. Eine Pflicht zur Befolgung der Weisung ist daher auch nach § 59 Abs. 2 S. 1 PolG NRW ausgeschlossen; es war ihm vielmehr auch innenrechtlich verboten, die Weisung zu befolgen und X zu misshandeln. Die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht vermag daher die Tat des B ebenfalls nicht zu rechtfertigen. B handelte nach alledem rechtswidrig.

#### 4. Schuld

B müsste außerdem schuldhaft gehandelt haben.

a) In der unverbindlichen Weisung kann ein Entschuldigungsgrund liegen, wenn der Untergebene die Weisung irrtümlich für verbindlich hielt und die Unverbindlichkeit für ihn nicht erkennbar war.<sup>60</sup> Dementsprechend trägt der Vollzugsbeamte die Verantwortung für die Befolgung der Weisung, welche die Begehung von Straftaten zur Folge hat, nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, dass dadurch eine Straftat begangen wird (§ 59 Abs. 2 S. 2 PolG NRW). B hat die Strafbarkeit seines Verhaltens nicht erkannt, sondern auf die Recht-

<sup>50</sup> Ähnlich die Argumentation von *Erb*, Jura 2005, 24 (29), und *Merkel* (Fn. 25), S. 394 f., die in dem gesetzlichen Folterverbot eine staatliche Förderung des vom Täter begangenen Unrechts sehen, dabei allerdings verkennen, dass eine solche Deutung der aus dem Gesetzesvorbehalt resultierenden Begrenzung staatlicher Maßnahmen zum Schutz des Einzelnen die Grenzen zwischen Abwehrensanspruch und Schutzpflicht auflöst.

<sup>51</sup> So *Götz*, NJW 2005, 953 (956).

<sup>52</sup> Zu den Voraussetzungen *Götz*, NJW 2005, 953 (956), mit Verweis auf *Brugger*, JZ 2000, 165 (170 f.).

<sup>53</sup> So LG Frankfurt NJW 2005, 692 (694).

<sup>54</sup> Der EGMR hat die Schwelle zur Annahme von Folter allerdings im Vergleich zur früheren Rechtsprechung deutlich abgesenkt, s. etwa EGMR NJW 2001, 56 (Selmouni); s. dazu *Safferling*, Jura 2008, 101 (102) m.w.N.; für die Annahme von Folter im Daschner-Fall im Sinne „großer seelischer Leiden“ *Schmahl/Steiger*, AVR 43 (2005), 358 (367 f.).

<sup>55</sup> S. zur fehlenden Gebotenheit der Notwehr bei der „Rettungsfolter“ *Herzog* (Fn. 28), § 32 Rn. 59; *Hilgendorf*, JZ 2004, 331 (339); *Jefberger*, Jura 2003, 711 (714); *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 289a; s. auch *Rönnau/Hohn* (Fn. 24), § 32 Rn. 224.

<sup>56</sup> Wer gleichwohl (subjektiv) zu einer Rechtfertigung nach § 32 gelangt, wird sich mit den Folgen des Erlaubnistatbestandsirrtums auseinandersetzen müssen (direkte oder analoge Anwendung des § 16 oder des § 17), s. dazu statt vieler *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 11 ff. m.w.N.

<sup>57</sup> *Kühl* (Fn. 27), § 9 Rn. 118d.

<sup>58</sup> *Amelung*, JuS 1986, 329 (337).

<sup>59</sup> Vgl. *Hoyer*, in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen, 2000, S. 183 ff. (189).

<sup>60</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 450.



mäßigkeit der Weisung des V vertraut. Fraglich ist, ob die Strafbarkeit der Misshandlung nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich war. Dagegen spricht, dass B der Rettung der T grundsätzlich mit Recht einen hohen Wert zumessen konnte. Andererseits ist das Verbot der Folter ein so elementarer Bestandteil der verfassungsrechtlichen Ordnung und des völkerrechtlich anerkannten grund- und menschenrechtlichen Mindeststandards, dass seine uneingeschränkte Beachtung von jedem Polizeibeamten erwartet werden kann. Die Anwendung von Foltermaßnahmen ist ein „Tabubruch“, dessen Rechtswidrigkeit hier nach den dem B bekannten Umständen offensichtlich ist. B ist daher nicht aufgrund der Weisung des V entschuldigt.<sup>61</sup>

b) Da B die Anwendung von Gewalt gegenüber X als rechtmäßig ansah, könnte seine Schuld aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17) ausgeschlossen sein. B hielt sein Verhalten für gerechtfertigt und unterlag damit einem Erlaubnisirrtum; er irrte somit über die strafrechtliche Bewertung seines Verhaltens. Ein Irrtum i.S.d. § 17 liegt damit vor. Fraglich ist, ob dieser Irrtum unvermeidbar gewesen ist. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen unter aa) verwiesen werden: Die Anwendung von Folter ist ein Tabubruch, so dass B bei zumutbarer Anspannung von Wissen und Gewissen hätte erkennen können und müssen, dass sein Verhalten strafrechtlich verboten war. Der Verbotsirrtum war daher vermeidbar. Die Schuld des B ist somit nicht nach § 17 S. 1 ausgeschlossen.

c) B könnte nach § 35 entschuldigt sein. Der entschuldigende Notstand setzt eine Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit für den Täter, einen seiner Angehörigen oder eine ihm nahestehende Person voraus. Für T bestand bereits objektiv keine Lebensgefahr, als B handelte, da sie zu diesem Zeitpunkt bereits tot war. Eine Entschuldigung ist aber auch nach Maßgabe der Irrtumsregelung des § 35 Abs. 2 ausgeschlossen, denn unabhängig davon, dass B glaubte, T sei noch am Leben, war diese – was B wusste – für diesen weder ein Angehöriger noch eine nahestehende Person. Eine Entschuldigung nach § 35 Abs. 2 scheidet damit aus.

d) Als letzte Möglichkeit für eine Entschuldigung des B ist schließlich der übergesetzliche Notstand in Betracht zu ziehen.<sup>62</sup> Ein Schuldabschluss setzt danach folgendes Voraus: Das gerettete Gut ist von existentiellem Gewicht (1.), das verletzte Gut wäre ohnehin verloren (2.), es besteht keine andere Möglichkeit zur Erhaltung des geretteten Gutes (3.) und der Täter handelt mit dem Willen, das gerettete Gut zu erhalten (4.).<sup>63</sup> Wiederum lässt sich gegen einen Schuldabschluss bereits vorbringen, dass das zu erhaltende Gut (Leben

der T) ungeachtet der Tatsache, dass es von existentiellem Gewicht ist, nicht mehr gerettet werden kann (s.o.). Das LG Frankfurt schloss den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand im Fall Daschner mit der Begründung aus, dass die Androhung der Folter nicht das einzige unabweisbar erforderliche Mittel zur Hilfe gewesen sei und es insofern an der erforderlichen unlösbaren Pflichtenkollision fehle.<sup>64</sup> Entscheidend ist aber – und das spricht auch gegen eine Entschuldigung nach Maßgabe der Vorstellung des B – dass das verletzte Gut (Menschenwürde des X, Schutz vor Folter) nicht ohnehin verloren ist. Dieser Aspekt unterscheidet den vorliegenden Fall von dem als Beispiel für den übergesetzlichen Notstand wiederholt zitierten Fall des Anstaltsarztes, der sich unter dem NS-Regime vor die Wahl gestellt sah, entweder an Euthanasie-Programmen mitzuwirken und dabei Schlimmeres zu verhindern oder seine Stellung zugunsten anderer regimetreuer Ärzte zu räumen, mit der Folge, dass sehr viel mehr geistesranke Menschen getötet worden wären.<sup>65</sup> Gegen eine Anwendung des übergesetzlichen Notstandes auf staatliche Organe in vergleichbaren Fällen überhaupt spricht ferner, dass dies dem geltenden Organisations- und Kompetenzrecht widerspricht.<sup>66</sup> B kann sich daher nicht auf eine Entschuldigung aufgrund übergesetzlichen Notstandes berufen. B handelte nach alledem schuldhaft.

### 5. Ergebnis

B ist daher nach § 340 strafbar.

## II. § 343 Abs. 1 Nr. 1

B könnte sich, indem er den X durch Androhen von Schmerzen zur Mitteilung des Aufenthaltsortes der T zwang, wegen Aussageerpressung (§ 343) strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt zunächst als Täter einen Amtsträger voraus, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren berufen ist. Der Polizeibeamte B ist Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2a) und als Strafverfolgungsorgan zur Mitwirkung am Strafverfahren berufen (§ 163 StPO). Des Weiteren müsste B das Opfer körperlich misshandelt, gegen dieses Gewalt angewendet oder damit gedroht oder das Opfer seelisch gequält haben. B hat X körperlich misshandelt und ihm zuvor mit der Anwendung von Gewalt gedroht. Der objektive Tatbestand ist daher erfüllt.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz und die Absicht der Nötigung in Bezug auf eine Aussage, Erklärung oder deren Unterlassen in dem jeweiligen Verfahren voraus. B handelte vorsätzlich in Bezug auf den objektiven Tatbestand. Er handelte auch in der Absicht, den X zu einer Aussage – nämlich über den Aufenthaltsort der T – zu zwingen. Der subjektive

<sup>61</sup> A.A. vertretbar. Zur Begründung könnte darauf verwiesen werden, dass in jüngerer Zeit sogar von Seiten der Rechtswissenschaft – wenn auch entgegen der ganz h.M. – die Folter im Einzelfall bereits de lege lata für zulässig gehalten worden ist, s. *Brugger*, JZ 2000, 165 (168 ff.); s. dazu o. zur Rechtfertigung nach § 32.

<sup>62</sup> Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 501 f.; *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 452; für einen Verantwortlichkeitsausschluss *Roxin* (Fn. 22), § 22 Rn. 147 ff.

<sup>63</sup> *Jakobs* (Fn. 24), 22/42.

<sup>64</sup> LG Frankfurt NJW 2005, 692 (695).

<sup>65</sup> S. nur *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 452 m.w.N.

<sup>66</sup> In diesem Sinne LG Frankfurt NJW 2005, 692 (695), mit Verweis auf *Böckenförde*, NJW 1978, 1881.

Tatbestand des § 343 Abs. 1 setzt aber des Weiteren voraus, dass die abzunötigende Aussage oder Erklärung (bzw. deren Unterlassung) sich auf das jeweilige Verfahren bezieht.<sup>67</sup> Die Aussage des X wollte indessen B nicht im Rahmen des Strafverfahrens, d.h. zur Überführung des X als Täter, erzwingen, sondern zu dem präventiv-polizeilichen Zweck, das Leben der T zu retten. Er handelte daher nicht in der Absicht, den X zu nötigen, *in dem Verfahren* etwas auszusagen. Der subjektive Tatbestand ist daher nicht erfüllt.

### 3. Ergebnis

B hat sich nicht nach § 343 Abs. 1 Nr. 1 strafbar gemacht.

### III. § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3

B könnte sich allerdings wegen Nötigung in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 240 Abs. 1 setzt zunächst die Anwendung von Gewalt oder die Drohung mit einem empfindlichen Übel voraus. B hat gegenüber X Gewalt angewandt, indem er ihn körperlich misshandelte. Mit der Anwendung von Gewalt hat B den X zu einer Handlung genötigt, denn er hat ihn gezwungen, den Aufenthaltsort der T zu offenbaren. Der objektive Tatbestand des § 240 Abs. 1 ist also erfüllt.<sup>68</sup>

#### 2. Subjektiver Tatbestand

B handelte auch vorsätzlich; der subjektive Tatbestand ist somit ebenfalls gegeben.

#### 3. Rechtswidrigkeit

B müsste außerdem rechtswidrig gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe greifen nicht ein (s.o. I. c). Die Nötigung ist nach § 240 Abs. 2 rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Der von B verfolgte Zweck, das Leben der T zu retten, spricht gegen die Annahme der Verwerflichkeit. Gleichwohl ist das dazu eingesetzte Mittel, die Anwendung von Folter, ein so schwerwiegender Verstoß gegen die Grund- und Menschenrechte, dass es selbst zur Rettung eines Menschenlebens nicht zugelassen werden kann. Das Folterverbot gilt ausnahmslos und ist einer Abwägung nicht zugänglich (s.o.). Die Erzwingung der Aussage des X durch Anwendung von Gewalt ist daher als verwerflich anzusehen. B handelte daher rechtswidrig i.S.d. § 240 Abs. 2.

<sup>67</sup> Horn/Wolter, in: Rudolphi u.a. (Fn. 9), 7. Aufl., 54. Lieferung, Stand: März 2002, § 343 Rn. 11b; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 343 Rn. 4; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 77 Rn. 28; a.A. Kinzig, ZStW 115 (2003), 791 (795 f.).

<sup>68</sup> Die Drohung mit Gewalt führte nicht zu dem Nötigungserfolg, insoweit liegt also nur ein Versuch vor, der in der einheitlichen vollendeten Tat aufgeht.

#### 4. Schuld

B handelte zwar im Vertrauen auf die Verbindlichkeit der Weisung des P, er konnte den darin liegenden Verstoß gegen Strafgesetze jedoch ohne Weiteres erkennen (§ 59 Abs. 2 S. 2 PolG NRW, s.o. 2. d). B handelte daher schuldhaft.

#### 5. Strafzumessung

Im Rahmen der Strafzumessung könnte der Strafrahmen des § 240 Abs. 4 S. 1 zur Anwendung kommen. Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere vor, wenn der Täter seine Befugnisse oder Stellung als Amtsträger missbraucht (§ 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 3). B hat seine amtliche Stellung zur Nötigung missbraucht, indem er den X im Rahmen der polizeilichen Vernehmung mit Gewalt zu einer Aussage nötigte. Ein besonders schwerer Fall liegt daher vor.

#### 6. Ergebnis

B hat sich nach § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3 strafbar gemacht.

### IV. Ergebnis

B hat sich nach §§ 340, 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, 52 strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit des V

#### I. § 340

V könnte sich wegen Körperverletzung im Amt strafbar gemacht haben, indem er den B dazu anwies, X mit erheblichen Schmerzen zu drohen und ihm erforderlichenfalls auch Schmerzen zuzufügen.

#### 1. Objektiver Tatbestand

V ist – wie B – Amtsträger i.S.d. § 340 (vgl. o. II. 1.). Indem er dem B die Anweisung gab, gegebenenfalls mit Gewalt eine Aussage des X zu erzwingen, ließ er den B während der Ausübung seines Dienstes eine Körperverletzung begehen.<sup>69</sup>

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Er handelte dabei auch vorsätzlich in Bezug auf die von B verübte Körperverletzung und die Wirkung seiner Anweisung. Der Tatbestand des § 340 ist somit erfüllt.

#### 3. Rechtswidrigkeit

V müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Die Anordnung von Foltermaßnahmen kann, wie deren Durchführung durch B, weder durch polizeirechtliche Befugnisse noch mit Hilfe des § 32 gerechtfertigt werden (s.o. II. 1. c). V handelte daher rechtswidrig.

#### 4. Schuld

V müsste des Weiteren schuldhaft gehandelt haben. Da er die Anwendung von Gewalt gegenüber X als rechtmäßig ansah, könnte seine Schuld aufgrund eines unvermeidbaren Verbots-

<sup>69</sup> Das „Begehen-Lassen“ umfasst die mittelbare Täterschaft und die Anstiftung, s. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 340 Rn. 2.

irrtums (§ 17) ausgeschlossen sein. Insoweit kann auf die Ausführungen zu B verwiesen werden (s.o. II. 1. d) bb): V unterlag zwar einem Verbotsirrtum; dieser Irrtum war jedoch vermeidbar, da V bei zumutbarer Anspannung von Wissen und Gewissen hätte erkennen können und müssen, dass sein Verhalten strafrechtlich verboten war. V handelte somit schuldhaft.

*5. Ergebnis*

V hat sich demzufolge nach § 340 strafbar gemacht.

**II. § 357 i.V.m. § 240**

V könnte sich wegen Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat (§ 357) strafbar gemacht haben, indem er den B dazu anwies, X mit erheblichen Schmerzen zu drohen und ihm erforderlichenfalls auch Schmerzen zuzufügen, um eine Aussage über den Aufenthaltsort der T zu erzwingen.

*1. Objektiver Tatbestand*

Der objektive Tatbestand des § 357 Abs. 1 setzt zunächst voraus, dass ein Vorgesetzter einen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet. V ist Vorgesetzter des B. Eine rechtswidrige Tat des Untergebenen liegt in Gestalt der Nötigung (§ 240) vor (s.o. II. 3.). Bei der rechtswidrigen Tat im Amt muss es sich um ein Amtsdelikt handeln, sondern es ist ausreichend, dass die Tat in Ausübung des Amtes begangen wird.<sup>70</sup> Dies ist bei der im Rahmen der polizeilichen Vernehmung begangenen Nötigung (§ 240) der Fall. „Verleiten“ ist erfolgreiches Bestimmen i.S.d. § 26.<sup>71</sup> Durch seine Weisung hat V bei B den Tatentschluss zur Begehung der Nötigung hervorgerufen. Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

*2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis*

V handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft; er verwirklicht zudem auch selbst den besonders schweren Fall i.S.d. § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 3. Er ist somit strafbar nach § 357 Abs. 1 Alt. 1 i.V.m. § 340 Abs. 1 und § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3.

**III. §§ 240, 26**

Das Verhalten des V verwirklicht zugleich den Tatbestand der Anstiftung; insoweit kann sinngemäß auf die Ausführungen unter 2. verwiesen werden. Die Beteiligung des Vorgesetzten an Straftaten seiner Untergebenen ist allerdings in § 357 selbständig unter Strafe gestellt. Die allgemeinen Teilnahmevorschriften treten daher zurück.<sup>72</sup>

**IV. Ergebnis**

V ist strafbar nach § 340 Abs. 1, § 357 Abs. 1 Alt. 1 i.V.m. § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, § 52.

**D. Gesamtergebnis**

X hat sich gem. § 239a Abs. 1 Alt. 1, Abs. 3, §§ 255, 22, 23 Abs. 1, § 52 strafbar gemacht.

B hat sich nach § 340, § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, § 52 strafbar gemacht.

V hat sich nach § 340, § 357 Abs. 1 Alt. 1 i.V.m. § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, § 52 strafbar gemacht.

<sup>70</sup> Cramer, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 357 Rn. 9 m.w.N.

<sup>71</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 357 Rn. 3; weitergehend (jede Einwirkung, d.h. auch das Verleiten zur unvorsätzlichen Tat) Cramer (Fn. 70), § 357 Rn. 5.

<sup>72</sup> Cramer (Fn. 70), § 357 Rn. 1.