

Herzlich willkommen zum Oster-Preview-Newsletter. Wir waren schon immer vor dem Puls der Zeit und damit knapp daneben, werden uns aber bemühen, Ihnen einige Eier ins Nest zu legen.

I. (Rechts-)Politik

< Daschner zu Ostern hinter Gittern? >

Es ist so weit. Prozessauftakt vor dem Landgericht Frankfurt, es geht um den Vorwurf der Nötigung in einem besonders schweren Fall (§ 240 I, IV StGB) sowie zu deren Verleitung (§ 357 I StGB). Angeklagt sind zum einen der Kriminalhauptkommissar Ennigkeit, der den (aus damaliger Sicht mutmaßlichen) Entführer Magnus Gäfgen darauf hinwies, dass die Einsatzleitung überlege, ihn unter Zufügung von Schmerzen oder durch Verabreichen eines Wahrheitsserums zur Aussage über den Verbleib des Jakob von Metzler zu bringen. Und dann ist da noch der ehemalige Polizei-Vize Daschner, der der Einsatzleitung vorstand. Es geht - und darüber wurde in den Medien ausführlich berichtet - um den Vorwurf der Folter und darum, ob denn das der Staat darf.

Über den Fall ist auch schon in dieser Newsletter-Reihe berichtet worden und so wurde überlegt, jetzt erst mal nichts darüber zu schreiben und zumindest den Prozessausgang abzuwarten. Doch die Meinung änderte sich, nachdem der erste Prozesstag vorüber war. Was dabei rumkam, fordert eine Stellungnahme heraus.

Auffällig scheint, dass das Folterverbot als solches niemand in Frage zu stellen scheint. Gut so, aber das entspricht auch geltendem nationalen und internationalen Recht. Könnte im Moment also Daschner sowieso nicht weiterhelfen.

Interessant ist dann schon die Frage nach der Definition von Folter. Es scheint aus Sicht von einigen Experten und Zeitungen geradezu verschiedene Arten von Folter zu geben: Fast-gar-keine Folter, ein bisschen Folter, die Folter für die gute Sache und dann die böse Folter. Und nur bei der letzten Kategorie sind sich alle einig, die ist verboten.

Aber Daschner und böse Folter? Daschner selber sieht seine Androhung gar nicht als Folter an. Folter sei die vorbedachte Auferlegung schwerer körperlicher Qualen, die ernste und grausame Leiden hervorruft". Das bisschen am Ohr zwicken falle dann nicht unter den Folterbegriff. Das sei lediglich unmittelbarer Zwang, den das Polizeirecht kennt und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässt. Wirklich? Die Antwort ist nein. Die Argumentation eine Nebelkerze, genauso die angebliche Vergleichbarkeit mit dem finalen Todesschuss. Da wird Gemüse mit Obst vermischt.

Dann die große Frage nach den Alternativen. Er hätte sich der unterlassenen Hilfeleistung schuldig gemacht. Ein Kind wäre unter staatlicher Aufsicht getötet worden. Auf diesen Argumentationszug springen auch einige Medien auf. Wer sei denn der wahre Täter und wer das Opfer, diese Frage wird gestellt. Es dürfe nicht vergessen werden, dass doch Gäfgen der Böse sei und es um das Leben des kleinen Jakob gegangen ist.

Sollte denn der Staat zusehen? Die Antwort klingt vielleicht hart, aber sie ist eindeutig mit Ja zu beantworten. Der Staat kann eben nicht seinerseits Folter anwenden, um so dem Bösen adäquat begegnen zu können.

Selbst wenn ein Jumbo-Jet mit über 300 Passieren droht abzustürzen, der Staat darf den Täter nicht foltern, um dieses Ereignis abzuwenden. Und diese

Entscheidung ist auch dann noch richtig, wenn tatsächlich das Flugzeug abstürzt und 300 Tote zu vermelden sind. Das Folterverbot ist Ausdruck der Menschenwürde und diese ist abwägungsresistent! Es zeichnet ja gerade den Staat aus, sich nicht auf eine Stufe mit dem „Bösen“ zu stellen. Sonst ist der Staat irgendwann auf der selben Stufe, auf der er jetzt zum Bösen hinabblickt.

Und dementsprechend kann hier auch nicht von einem Einzelfall gesprochen werden. Quasi einer Ausnahmesituation - die nun Daschner nicht zum Vorwurf gereichen könne. Dagegen spricht schon, dass Daschner und Co. fordern, diesbezügliche Kompetenzen in das geltende Recht zu verankern. Zählen wir mal eins und eins zusammen, kann dies doch nur bedeuten: es werden noch mehr solche Fälle erwartet. Von wegen Einzelfall.

Was den konkreten Fall Daschner angeht, so kann Christian Raths (taz vom 19.11.04) zugestimmt werden: Es ist für ihn die Höchststrafe zu fordern. Noch heute verleugnet er, dass sein Tun Folter entspricht. Noch heute verkennt er, dass der Zweck eben nicht die Mittel heiligt! Noch heute ist er gefährlich, weil er jederzeit wieder so handeln würde. Für Herrn Daschner mag die hier vorgenommene juristische Bewertung tragisch sein, und viele werden mit ihm fühlen. Aber aus Sicht eines Rechtsstaats darf es hier kein Mitgefühl geben.

Daschner - und das soll nicht verschwiegen werden - hat aber auch namhafte Leute auf seiner Seite. Prof. Herdegen (Maunz/Dürig GG-Kommentar) meint, Folter sei mit der Menschenwürde durchaus unter Umständen kompatibel. Die Professoren Christian Starck, Winfried Brugger und Eike von Hippel sowie der ehemalige Präsident des BAG Rudolf Otto Kiesel legitimieren das Handeln von Daschner. Ebenso die Mehrheit der an Meinungsumfragen teilnehmenden Bevölkerung. So sind nach einer DNN-Umfrage 60 Prozent dafür, dass die Polizisten das Recht bekommen sollen, bei Vernehmungen Gewalt anzuwenden.

<Daten, Daten und ... Daten>

Datenaustausch und Datenregister sind heutzutage nicht mehr wegzudenkende Stichworte, auch für das Strafrecht. Die Strafverfolgungsorgane behaupten, dass sie mehr Möglichkeiten zur Datenbeschaffung benötigten, um effizienter arbeiten zu können. Das BMJ hat während der letzten Tage zwei Pressemitteilungen bekannt gegeben, die sich mit der Verwendung von Daten befassen.

Die erste kündigt die Vernetzung der Strafregister zwischen Deutschland, Spanien und Frankreich an. Der Transfer von Informationen über Vorstrafen wird bereits 2005 vorangetrieben werden. Die Vernetzung soll das derzeitige papiergebundene und damit zeitaufwändige System durch einen schnellen elektronischen Informationsaustausch ersetzen. Auf diese Pressemitteilung hat der BMJ geantwortet, dass das Projekt auch für andere Mitglieder der EU geöffnet sei.

Die zweite Pressemitteilung geht in Richtung Telekommunikationsdatenverkehr. Der niederländische EU-Ratspräsident hat die Entscheidung getroffen, das Dossier für einen Rahmenbeschluss zur Einführung einer Mindestspeicherfrist für Telekommunikationsverkehrsdaten zunächst nicht im Rat der EU-Justizminister beraten zu lassen. Der Rahmenbeschluss wurde von Frankreich, Schweden, Großbritannien und Irland im April 2004 vorgeschlagen. Die Entscheidung wurde in Deutschland von Justizministerin Zypries begrüßt. In ihrer Antwort sagte Zypries, dass ein solcher Rahmenbeschluss problematisch sein könnte: „Eine europäische Regelung muss mit Blick auf Eingriffe in das

Fernmeldegeheimnis, aber auch im Hinblick auf damit möglicherweise verbundene Belastungen der Wirtschaft dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen." Als Zeichen der Offenheit und des Verständnisses zitiert die Pressemitteilung die Verlängerung der Geltungsdauer der §§ 100g und 100h StPO, welche auf einen Vorschlag der Bundesregierung stattfand.

Auf den ersten Blick sehen die Sorgen des BMJ begründet aus. Trotzdem werden die ökonomischen Vor- und Nachteile der Maßnahmen außer Verhältnis zu den Einschränkungen der betroffenen Freiheitsrechte betont. Das BMJ hält den Rahmenbeschluss vorerst unter den derzeitigen rechtlich-ökonomischen Bedingungen für nicht geeignet. Von den beiden Faktoren Fernmeldegeheimnis (1) und Belastung der Wirtschaft (2), besteht nur bei letzterem die Möglichkeit, dass sich die Bedingungen in Form geringerer Kosten in Zukunft ändern. Heute und in der Zukunft ist und bleibt die Speicherung von Telekommunikationsdaten ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis. Darin liegt auch die Gefährlichkeit der Antwort des BMJ. So versucht das BMJ mit schönen Worten den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis zu verstecken, genau so wie der Osterhase mit schönen Farben die vormals blassen Eier anmalt. Aber Eier sind Eier, egal wie schön die Worte sich anhören.

II. News aus der Forschung

< Vorne einsteigen, bitte! >

So lautet einerseits seit Ostern dieses Jahres die permanente Aufforderung in Berliner Bussen und andererseits der Titel eines Beitrages von RH in der Neuen Justiz 2004, 494 ff. Diese sog. Maßnahmen der technischen Prävention - die delinquentes Verhalten überhaupt nicht erst entstehen lassen sollen - werden häufig als der Stein der Weisen angesehen, ohne die Risiken und Nebenwirkungen in den Blick zu nehmen. Diese scheinen aber immer dann überschaubar zu sein, sofern es um die Flankierung eines klar definierten ökonomischen Ziels geht, bei dem Wettbewerb oder Alternativen bestehen. Denn in einem solchen Fall wird sich aus eben diesem ökonomischen Kalkül heraus eine Abschottung verbieten, die etwa bei den semi closed residential communities (den durch hohe Mauern umgebenen und mit Türstehern versehenen Kleinstaaten; wir berichteten mehrmals) gang und gäbe sind und ein bedrohliches Gesellschaftsbild - der durch grobe Raster definierte potenzielle Feind bleibt zur Sicherheit außen vor - Wirklichkeit werden lässt.

III. News aus der Lehre

< Rechtsprechungsreport StGB >

1) BGH, NSTz 2004 (10) S. 564 f. - Bestechung nach Beendigung der Amtsträgerschaft, §§ 331, 11 Abs. 1 Nr. 2 a.

Die Amtsträgereigenschaft muss zum Tatzeitpunkt noch gegeben sein. Nachwirkende Pflichten können die Bestechungstatbestände gem. §§ 331 ff. nicht begründen. Damit bestätigt der BGH die Rspr. und h.M., welche besagt, dass insbesondere bei den Bestechungsdelikten der Gedanke von nachwirkenden Pflichten nicht trägt. Solche nachwirkenden Pflichten werden allerdings bei den Amtsdelikten konstituiert, welche während der Amtsträgerschaft erlangte Kenntnisse betreffen (so z.B. bei §§ 203 II (Verletzung von Privatgeheimnissen), 206 Abs. 1, 4 (Verletzung des Post und Fernmeldegeheimnisses), 353 b Abs. 1 (Verletzung des Dienstgeheimnisses [...]) und 355 (Verletzung des Steuergeheimnisses)).

2) BGH, NJW 2004 (43) S. 3129 - Amtsträgerschaft bei beurlaubtem Beamten, § 11 Abs. 1 Nr. 2 a.

Beamter ist jeder, der nach beamtenrechtlichen Vorschriften durch die zuständige Stelle in ein Beamtenverhältnis berufen ist, egal ob dies auf Lebenszeit, Widerruf oder Probe erfolgt ist. Selbst eine vorläufige Amtsenthebung berührt die Beamteneigenschaft nicht. Zur Klärung der Beamteneigenschaft kommt es grds. nicht auf die konkrete, ausgeübte Tätigkeit an (z.B. Abordnung an Privatunternehmen), sofern die Dienste nicht völlig außerhalb des Aufgabenbereichs der Behörde liegen. Im Fall handelt es sich um einen Bahnbeamten, der im Zuge der Bahnreform beurlaubt wurde, damit er von der Deutschen Bahn AG angestellt werden konnte.

Grundsätzlich ändert die Beurlaubung nichts an der Beamteneigenschaft (s.o.). Der BGH verneint trotzdem die Eigenschaft als Beamter, da es an einer Zuweisung seines Dienstherrn an die DB AG fehlte und er damit keine Dienste im Sinne des Beamtenrechts leistete.

Die Ausführungen des BGH betreffen die Sonderkonstellation bei der Überführung der DB in privatrechtliche Organisationsformen. In der Klausur ist es einfacher und offensichtlicher, den Bestechungstatbestand jedenfalls an dem Merkmal der Dienstausübung scheitern zu lassen, wobei zu beachten ist, dass es nicht (mehr) erforderlich ist, dass sich die Zuwendung auf eine konkrete vorgenommene oder zukünftige Diensthandlung bezieht.

3) BGH, NSTZ 2004 (10) S. 557 f. - Vermögensschaden bei Rabattbetrug, § 263 Abs. 1.

Die täuschungsbedingte Rabattgewährung stellt grds. keinen Vermögensschaden dar, da dadurch lediglich eine faktische Möglichkeit der Vermögensmehrung beeinträchtigt wird, weil der gewährte Rabatt nur die Gewinnmarge vermindert. Anders kann der Fall allerdings zu beurteilen sein, wenn es sich bei dem Absatzmarkt um einen entspr. starren und homogenen Markt handelt, da dann durch die Rabattgewährung eine gefestigte Gewinnaussicht vereitelt würde. vgl. BGH bei Holtz MDR 1981, 100 (hier Bejahung des Vermögensschadens) und Hefendehl, Vermögensgefährdung und Expektanzen, S. 251.

4) BGH, NSTZ 2004 (10) S. 556 - Schwere räuberische Erpressung bei fortwirkender Zwangslage, § 250 Abs. 2 Nr. 1.

Es liegt keine schwere räuberische Erpressung nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 bei fortwirkender Zwangslage vor. Zwar stellen sich die größeren Probleme des schweren Raubes im Rahmen des Zeitpunktes des „Verwendens“ eines gefährlichen Werkzeugs in der Beendigungsphase der Tat, jedoch stellt der BGH hier klar, dass, sofern noch kein Vorsatz bzgl. der Wegnahme bei der Drohung/Gewaltanwendung bestand, hier nicht Abs. 2 Nr. 1 in Betracht kommt, sondern lediglich Abs. 1 Nr. 1a - „Beisichführen“. Die Gewaltanwendung vor Fassung des Vorsatzes zur Wegnahme ist kein Verwenden.

5) BGH, NSTZ-RR 2004 (11) S. 332 - Mord aus niedrigen Beweggründen bei fehlendem Motiv, § 211.

In der Regel lässt die Tötung aus nichtigem Anlass, wenn also weder das Verhalten des Opfers noch nicht in der Person des Opfers liegende Gründe die Tötung motiviert haben, nicht allein auf das Vorliegen von niedrigen Beweggründen schließen. Liegt kein „nachvollziehbarer“ oder nahe liegender Grund für eine Tötung vor, so kann nicht per se ein eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat und damit niedrige Beweggründe bejaht werden.

Entscheidend ist, dass der Täter nach seiner Bewertung keinen Grund oder Anlass brauche, da der Wert des Lebens des anderen im Verhältnis zu seinen (geringfügigen) Verstimmungen oder Launen zurücktrete. Vgl. dazu BGHSt 47, 128.

Der Entscheidung liegt ein Sachverhalt zu Grunde, der in einer Klausur wohl eher selten abgefragt wird. Man sollte sie gleichwohl kennen, da eine solche Konstellation leichter zu übersehen ist. Nimmt man zur Bestimmung der „Niedrigkeit“ des Beweggrundes eine Gesamtwürdigung unter Einbeziehung der Umstände der Tat, Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit vor, so wird man gleichwohl zum „richtigen“ Ergebnis gelangen.

6) OLG Köln, NStZ-RR 2004 (10) S. 299 - Besitzerhaltungsabsicht bei räuberischem Diebstahl, § 252.

Von der Anwendung von Gewalt bei zu befürchtender Festnahme nach einem Diebstahl kann nicht automatisch auf die nach § 252 erforderlich Beuteerhaltungsabsicht geschlossen werden. Zwar muss die Absicht, den Besitz an der gestohlenen Sache (z.B. eines Ostereies) zu erhalten, nicht der alleinige Beweggrund für den Täter sein. Jedoch bestätigt das OLG, dass andererseits aus der Tatsache, dass der Täter die Beute während der Gewaltanwendung (noch) bei sich hat, nicht auf Gewahrsamerhaltungsabsicht geschlossen werden darf. In der Klausur wird also regelmäßig ein Hinweis auf die Motivationslage des Täters vorhanden sein.

7) BayObLG, NStZ-RR 2004 (9) S. 264 - Schwere Körperverletzung bei Verlust des Sehvermögens und dessen Wiederherstellung, § 226 Abs. 1 Nr. 1.

Die Beseitigung der schweren Folge des § 226 Abs. 1 Nr. 1 liegt nur vor, wenn die Sehkraft, sei es durch natürliche Heilung oder durch Operationen, dauerhaft wesentlich verbessert wird bzw. zumutbar verbessert werden könnte. Nach Darstellung der Rspr.-Änderung und einem Vergleich mit Abs. 1 Nr. 3 (dauernde Entstellung) statuiert das BayObLG, dass es anders als bei Abs. 1 Nr. 3 nicht allein auf das Aussehen, sondern auf die Funktionsfähigkeit des Organs selbst ankommt. Durch Brillen und/oder Kontaktlinsen wird nicht der Verlust des Sehvermögens aufgehoben, sondern lediglich die Auswirkungen des Verlustes gemindert. Ein Verlust des Sehvermögens ist nach der Rspr. jedenfalls bei einem Restsehvermögen von 2%, möglicherweise auch bis 10% anzunehmen, nicht jedoch bei einer Minderung auf 20%.

IV. Die Kategorie, die man nicht braucht

< Ostereinkäufe jetzt! >

Ok, geben wir es zu: Rechtzeitig zu Weihnachten die Geschenke zu besorgen, haben wir nicht mehr geschafft. Jetzt hilft nur ein mutiger Schritt, und zwar nach vorne. Nicht hektisch in die Innenstadt streben - in Freiburg ist man bei großer Hektik auch gleich wieder draußen; bitte Analogie bilden zu: Wanderer kommst Du nach Liechtenstein, tritt nicht daneben, tritt hinein -, sondern Weihnachten canceln. Wie man das problem- und schmerzlos macht, werden wir Ihnen im nächsten NL erklären. Jetzt also sofort zu Penny und Schlecker und auf die Osterhasenkollektion stürzen.

Auch hier werden Sie nicht die Ersten sein, aber noch sind Sie gut dabei. Und denken Sie daran, was zwischenzeitlich alles passieren kann. Noch sind es bis Ostern mehr als vier Monate. Wir raten Ihnen dringend, das eine oder andere Ersatzteil zu erwerben, um nicht plötzlich Ende März wieder laut loszujammern, dass man nun nicht mehr mit der Geburt einer Nichte oder so gerechnet habe. Zu Recht werden Sie einwenden, dass eben diese Nichte nun auf

keinen Fall Schokoladeneier vertilgen sollte, aber warum muss sich dieser Fach-Newsletter auch noch Ernährungsfragen widmen? Was wir aber nicht verschweigen sollten: Schon der eine oder andere Osterhase sah nach der Aufbewahrung in der der Nähe brutzelnder Heizungen danach völlig derangiert aus. Dies ist eben der Nachteil des Kaufes von Hasen im Winter. Nicht immer hat man das Glück, aus einem Osterhasen ein Osterei zaubern zu können, insbesondere kann das obligatorische Bändchen mit der Glocke danach nicht mehr passgenau sitzen. Wir empfehlen daher eine Aufbewahrung im Keller. Der ins Weiß changierende Schokoladenton fällt immer erst dann auf, wenn man in aller Regel schon das Osterfrühstück verlassen hat.

V. Das Beste zum Schluss

< Es war zu befürchten! >

Es war zu befürchten: Auf unser letztes ultimatives Preisausschreiben erreichten uns buchstäblich waschkörbeweise Einsendungen. Selbst Mitglieder des LKW-Teams ließen es sich nicht nehmen, sich am Wettbewerb zu beteiligen, zu attraktiv schien der Preis zu sein, einmal im Kreise der anderen Teammitglieder essen gehen zu dürfen. Die Regel ist nämlich diejenige, dass studentische MitarbeiterInnen am Essen lediglich vom Hörensagen partizipieren dürfen. Schnell war aber die hausinterne Ethikkommission zu dem Entschluss gelangt, erstens alle Vorschläge von Mitgliedern des LKW-Teams zu ignorieren und zweitens - um ein Zeichen zu setzen - diesen ohne Abmahnung sogleich zu kündigen. Die Zensurbehörde - ebenfalls als ständiges Gremium am Institut installiert und Garant dafür, dass mit Sicherheit in den nächsten Jahren keine Veröffentlichungen aus diesem Hause kommen dürfen - sah sich zudem gezwungen, alle Vorschläge bis auf drei zurückzuweisen. Zu despektierlich wurde doch in aller Regel auf das LKW-Team Bezug genommen. Wir räumen Ihnen daher noch einmal eine Chance ein, binnen zweier Wochen einen angemessenen Vorschlag einzureichen (Gradmesser sollte die ARD-Berichterstattung über den Besuch der englischen Königin in Deutschland sein). Der Preis bleibt der Gleiche. Doch aufgepasst: Wir stocken dann um eine Nachspeise auf, wenn die Bildunterschrift einen Bezug zu Ostern aufweist.

Zur richtigen Einstimmung auf das Osterfest ein kleine spielerische Aufgabe. Zeigen Sie Rückrat und spielen Sie es unter dem Weihnachtsbaum, auch wenn Ihre Großtante Ihnen über den Rücken schaut.

<http://envia.envia-tel.de/ostern04/swreichenbach/game.php>

Bis zum nächsten Newsletter. Die Abwicklung der Fakultät bis Ostern ist unser Auftrag.

Ihr Lehrstuhlteam

--

Roland Hefendehl
Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht Juristische Fakultät der
Universität Freiburg
79085 Freiburg
Tel.: (0761) 203 2210
Fax: (0761) 203 2219
Mail: hefendehl@jura.uni-freiburg.de

Netz: <http://strafrecht-online.org>