

Examensklausur – Strafrecht: Feuer im Polizeigewahrsam*

Von Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin**

Sachverhalt

A ist Asylbewerber und einer Unterkunft in Berlin-Spandau zugewiesen. An einem sommerlichen Samstag trifft er sich mit seinem Freund B. Die beiden trinken zusammen mehrere Flaschen Bier und eine halbe Flasche Wodka. A schlägt vor, einen Ausflug zu einem nur wenige Kilometer entfernten brandenburgischen Badesee zu unternehmen, obwohl er hierfür bei der Ausländerbehörde keinen Antrag gestellt hat. So hatten sich B und A bereits an den beiden vorangegangenen Wochenenden die Zeit vertrieben, wobei A von der Behörde auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens hingewiesen worden war. B hat dieses Wochenende keine Zeit. Er bietet dem A jedoch sein Auto für den Ausflug an, obwohl er weiß, dass A keine Fahrerlaubnis besitzt. A nimmt das Angebot an und macht sich auf den Weg.

Kurz hinter der brandenburgischen Landesgrenze führen die Polizeibeamten P und K eine Verkehrskontrolle durch. Sie halten den A an, der keine Personalpapiere vorweisen kann und offenbar Alkohol konsumiert hat. Ein Atemalkoholtest, dem A zustimmt, ergibt eine Atemalkoholkonzentration (AAK) von 1,4 Promille. Ohne sich weitere Gedanken zu machen, beschließen P und K, dem nicht erfreuten A eine Blutprobe entnehmen zu lassen und ihn hierfür sowie zur Personalienfeststellung auf die Wache zu verbringen.

Auf der Wache müssen P und K feststellen, dass kein Arzt zur Verfügung steht, um die Blutprobe zu entnehmen. Sie beschließen daraufhin, dies selbst zu tun. A lässt die Blutentnahme ohne weiteres über sich ergehen. Die Blutalkoholkonzentrationsmessung ergibt ebenfalls einen Wert von 1,4 Promille. Im weiteren Verlauf beschwert sich A wiederholt über die lange Dauer seines Aufenthalts auf der Wache, der wegen der noch andauernden Personalienfeststellung erforderlich ist. Schließlich versucht er, aus dem Polizeirevier zu flüchten. Als P und K ihn davon abhalten, tritt er um sich und verletzt sich dabei selbst. P beschließt daraufhin, A in eine Zelle des Polizeigewahrsams zu verbringen, bis alle Formalien erledigt sind und A gehen kann. Er verbringt ihn in eine Zelle, wo er A an die dort befindliche Schaumstoffmatratze fesselt.

Einige Zeit nach seiner Rückkehr in das Dienstzimmer hört P über eine in der Zelle des A installierte Gegensprechanlage laute Schreie. Er stellt die Anlage leiser, damit er ungestört telefonieren kann, denn er findet, A habe sich gewisse Unannehmlichkeiten seiner Lage selbst zuzuschreiben. Dabei hält er es nicht für ausgeschlossen, dass sich A Verlet-

zungen zuzieht. Wenige Minuten darauf löst der in der Zelle des A befindliche Rauchmelder Alarm aus. P entschließt sich, in der Zelle nachzusehen. Als er die Zelle erreicht, steht diese bereits vollständig in Flammen. A verstirbt infolge des Brandes. Hätte P bereits vor dem Alarm des Rauchmelders reagiert, hätte A mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet werden können. Wie das Feuer entstanden ist, kann im Nachhinein nicht sicher festgestellt werden.

Bearbeitervermerk

1. Wie haben sich die Beteiligten strafbar gemacht? Prüfen Sie auch die Strafbarkeit des A, obwohl dieser verstorben ist. Gehen Sie davon aus, dass das Verbringen *in die Zelle* (nicht das Verbringen auf die Wache) und die Fesselung rechtmäßig waren. Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

2. Wäre die entnommene Blutprobe in einem Strafverfahren verwertbar?

Auszug aus dem Asylverfahrensgesetz:

§ 56 Räumliche Beschränkung

(1) Die Aufenthaltsgestattung ist räumlich auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt, in dem die für die Aufnahme des Ausländers zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt. In den Fällen des § 14 Abs. 2 Satz 1 ist die Aufenthaltsgestattung räumlich auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt, in dem der Ausländer sich aufhält.

(2) Wenn der Ausländer verpflichtet ist, in dem Bezirk einer anderen Ausländerbehörde Aufenthalt zu nehmen, ist die Aufenthaltsgestattung räumlich auf deren Bezirk beschränkt. [...]

§ 85 Sonstige Straftaten

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 50 Abs. 6, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 2 Satz 1, sich nicht unverzüglich zu der angegebenen Stelle begibt,

2. wiederholt einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 Abs. 1 oder 2, jeweils auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, zuwiderhandelt, [...]

Lösung

Frage 1

1. Handlungsabschnitt: Das Geschehen bis zum Erreichen der Wache

A. Strafbarkeit des A wegen des Fahrens mit dem Auto über die Landesgrenze

I. § 316 Abs. 1 StGB

Indem A nach dem Konsum mehrerer Flaschen Bier und des Wodkas mit dem Auto des B gefahren ist, könnte er sich wegen Trunkenheit im Verkehr gemäß § 316 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

* Der Fall ist an den des Oury Jalloh, der 2005 in einer Zelle eines Polizeireviers in Dessau gefesselt verbrannte, nur angelehnt, entspricht ihm also nicht. Insbesondere wurden verschiedene Umstände des Sachverhalts aus didaktischen Gründen vereinfacht, an anderen Stellen wurde der Sachverhalt erweitert.

** Der Autor ist Juniorprofessor für Strafrecht und Strafverfahrensrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.

1. Objektiver Tatbestand

Objektiv müsste A im Zustand der Fahruntüchtigkeit bzw. Fahrunsicherheit ein Fahrzeug im öffentlichen Verkehrsraum geführt haben. Fahrzeug ist jedes zur Ortsveränderung bestimmte Fortbewegungsmittel zur Beförderung von Personen oder Gütern,¹ also auch der PKW des B. Diesen hat A selbst unmittelbar in Bewegung gesetzt und somit geführt. Das Merkmal des öffentlichen Verkehrsraumes bestimmt sich nach Gesichtspunkten des Wegerechts (Widmung zum Verkehr) oder des Verkehrsrechts.² Hier hat A das Fahrzeug auf einer Landstraße geführt, die zum Verkehr gewidmet ist. Mithin hat A im öffentlichen Verkehrsraum ein Fahrzeug geführt.

Weiterhin müsste A im Zustand der Fahrunsicherheit bzw. Fahruntüchtigkeit gehandelt haben. Diese liegt vor, wenn die Gesamtleistungsfähigkeit des Fahrers infolge Enttömmung bzw. geistig-seelischer oder körperlicher Leistungsausfälle so weit herabgesetzt ist, dass er nicht mehr fähig ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke auch bei plötzlichem Auftreten schwieriger Verkehrslagen sicher zu steuern.³ Relative Fahruntüchtigkeit liegt vor ab einer Blutalkoholkonzentration (BAK) von 0,3 ‰, wenn zusätzlich Ausfallerscheinungen auftreten. Absolute Fahruntüchtigkeit ist gegeben ab einer BAK von 1,1 ‰; hier ist kein zusätzliches Auftreten von Ausfallerscheinungen erforderlich.⁴ Das Vorliegen des Merkmals hängt nicht von der Wirkung des Alkohols im Einzelfall ab, sondern wird beim Erreichen des Grenzwerts unwiderleglich vermutet.⁵ Hier sind bei A zwar keine äußeren Anhaltspunkte für eine Fahrunsicherheit ersichtlich. Allerdings wurde in seinem Blut eine BAK von 1,4 ‰ festgestellt, so dass absolute Fahruntüchtigkeit gegeben ist.⁶

Die Fahrunsicherheit muss durch den Genuss alkoholischer Getränke oder anderer Rauschmittel herbeigeführt worden sein.⁷ A hat mehrere Flaschen Bier sowie Wodka getrunken und gerade dadurch die Fahruntüchtigkeit herbeigeführt.

2. Subjektiver Tatbestand

Der mindestens erforderliche bedingte Vorsatz liegt vor, wenn der Täter die alkoholbedingte Fahrunsicherheit für möglich hält und billigend in Kauf nimmt bzw. sich mit ihr abfindet und gleichwohl ein Kfz führt. Kenntnis der tatsächlichen BAK oder der Grenzwerte ist nicht erforderlich, da es sich dabei nur um Beweisregeln handelt.⁸ Als verständigem Erwachsenen war A aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung klar, dass seine Fahrtüchtigkeit nach dem Genuss mehrerer Flaschen Bier zuzüglich Wodka beeinträchtigt sein könnte. Er hielt es daher für möglich, dass er fahrunsicher ist, und nahm dies billigend in Kauf, als er mit dem PKW des B fuhr.⁹

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte mangels eingreifender Rechtfertigungsgründe rechtswidrig. Auch an der Schuldhaftigkeit seines Handelns bestehen keine Zweifel. Da seine BAK nur 1,4 ‰ betrug, hatte er den Bereich verminderter Schuldfähigkeit oder gar Schuldunfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB noch nicht erreicht.¹⁰

4. Ergebnis

Indem A nach dem Genuss von Bier und Wodka das Auto des B fuhr, hat er sich wegen Trunkenheit im Verkehr gemäß § 316 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG

Indem A mit dem Auto des B fuhr, ohne im Besitz einer Fahrerlaubnis zu sein, könnte er sich gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG strafbar gemacht haben.

Objektiv muss der Fahrzeugführer ein Fahrzeug, für das nach § 2 StVG eine Fahrerlaubnis erforderlich ist, ohne selbige geführt haben. A hat, wie bereits dargelegt, den PKW des B auf öffentlichen Straßen gefahren. Demnach führte er ein Fahrzeug ohne die hierfür erforderliche Fahrerlaubnis. Subjektiv setzt der Tatbestand beim Kfz-Führer (Nr. 1) mindestens bedingten Vorsatz für das Führen des Kfz und das Fehlen der Fahrerlaubnis voraus.¹¹ Als erwachsenem und verständigem Menschen musste A klar sein, dass zum Führen von Kfz eine Fahrerlaubnis notwendig ist und dass er über eine solche nicht verfügt.

A hat sich wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG strafbar gemacht.

¹ BayObLG NStZ-RR 2001, 26.

² *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 142 Rn. 15.

³ BGHSt 13, 83 (90); *Herzog*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 316 Rn. 9; *Geppert*, Jura 2001, 559 (561).

⁴ BGHSt 37, 89 (95); *König*, JA 2003, 131 (132); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 315c Rn. 6a.

⁵ BVerfG NJW 1995, 125 f.; BGHSt 5, 168 (170); 10, 265 (267); 13, 83 (84).

⁶ Die festgestellte AAK alleine reicht nicht aus, um absolute Fahrunsicherheit nachweisen zu können, siehe OLG Naumburg NStZ-RR 2001, 105 (106).

⁷ *Herzog* (Fn. 3), § 316 Rn. 10; vgl. BayObLG NZV 1990, 317.

⁸ *König*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 316 Rn. 188; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 316 Rn. 23.

⁹ Sofern vorsätzliches Handeln abgelehnt wird, ist § 316 Abs. 2 StGB zu prüfen.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 2460 (2461); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 20 Rn. 19.

¹¹ *Janker*, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 21. Aufl. 2010, § 21 Rn. 10; *Janiszewski*, Verkehrsstrafrecht, 5. Aufl. 2004, Rn. 630.

III. § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG

Indem A mit dem Auto des B die Landesgrenze zwischen Berlin und Brandenburg überfahren hat, könnte er sich wegen wiederholten Verstoßes gegen die so genannte „Residenzpflicht“ strafbar gemacht haben, die als Institut stark umstritten ist.¹²

1. Objektiver Tatbestand

Taugliche Täter im Sinne von § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG sind nur Asylbewerber, d.h. Ausländer, die in der Bundesrepublik Asyl beantragt haben und deren Anerkennungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist.¹³ Dies ist bei A der Fall.

Tathandlung ist die wiederholte Zuwiderhandlung gegen die gesetzlich begründete Aufenthaltsbeschränkung des § 56 Abs. 1 AsylVfG. Tatbestandsmäßig ist jedes Verlassen des Aufenthaltsbezirks, das nicht nach §§ 57, 58 AsylVfG erlaubt ist, unabhängig davon, zu welchem Zweck es erfolgt. A ist hier einer Aufnahmeeinrichtung in Berlin zugewiesen, sodass er die Stadt nicht ohne Erlaubnis verlassen dürfte. Gleichwohl überfährt er die Landesgrenze zu Brandenburg, ohne dies vorher beantragt zu haben. Er handelt damit der Aufenthaltsbeschränkung zuwider.

Es müsste sich zudem um einen wiederholten Verstoß handeln. Zwar fuhr A auch an den beiden vorangegangenen Wochenenden zum See. Fraglich ist aber, ob dies allein ausreicht oder eine tatsächliche Ahndung der vorherigen Zuwiderhandlungen vorauszusetzen ist.¹⁴ Die h.M. lehnt dies zwar ab,¹⁵ größtenteils wird aber zumindest eine behördliche Reaktion mit Warnfunktion gefordert.¹⁶ Zwar liege die ordnungsrechtliche Ahndung des Erstverstoßes im Ermessen der Behörde und könne damit nur Indiz, nicht Voraussetzung für § 85 Nr. 2 AsylVfG sein.¹⁷ Dem Täter müsse, um die Bestrafung wegen wiederholter Vergehen zu rechtfertigen, sein vorheriges Fehlverhalten aber vor Augen geführt worden sein, wozu es Maßnahmen mit besonderer Warnfunktion be-

dürfe.¹⁸ Da A zumindest auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen wurde, ist diese Warnfunktion hier gegeben, so dass jedenfalls nach h.M. ein wiederholter Verstoß vorliegt.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht müsste A vorsätzlich gehandelt haben. Eine besondere Absicht ist nicht erforderlich.¹⁹ Spätestens nach dem Hinweis der Behörde handelte A hinsichtlich des Verstoßes vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist im Hinblick auf § 17 StGB davon auszugehen, dass A die Strafbewehrung einschlägiger Verstöße ebenso wie seine Aufenthaltspflicht kennt.

4. Ergebnis

A hat sich somit nach § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B wegen des Verleihens des Autos**I. §§ 316 Abs. 1, 26 StGB**

Indem B dem A sein Auto für den Ausflug angeboten hat, könnte er sich wegen Anstiftung zur Trunkenheit im Verkehr strafbar gemacht haben.²⁰

1. Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist mit der festgestellten Trunkenheitsfahrt des A gegeben. Fraglich ist nur, ob B den A auch hierzu bestimmt hat. Bestimmen bedeutet das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter.²¹ Zwar kommt der Vorschlag zur Fahrt von A. Aber dieser hatte kein eigenes Auto zur Verfügung und eine Autofahrt ohne den B auch nicht im Sinn. Erst dadurch, dass B dem A seinen PKW anbietet, entsteht bei A die Idee, selbst mit dem Wagen zu fahren, obgleich er bereits Alkohol konsumiert hat. Mithin wird bei A erst durch das Anbieten des Fahrzeugs der Tatentschluss hervorgerufen, womit ein Bestimmen i.S.v. § 26 StGB gegeben ist.

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv erfordert die Anstiftung den so genannten doppelten Anstiftervorsatz.²² Das heißt, B hätte mindestens mit dolus eventualis sowohl für die Vollendung der vorsätzlichen

¹² Zur verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Kritik an räumlichen Beschränkungen im Asylverfahrensrecht AG Hattingen InfAuslR 1987, 134; AG Hattingen InfAuslR 1989, 162 ff.; AG Kirchhain MDR 1992, 799 f.; *Tiemann*, NVwZ 1987, 10; *Wingerter*, in: Hofmann/Hoffmann (Hrsg.), Ausländerrecht, Handkommentar, 2008, § 56 AsylVfG Rn. 2.

¹³ *Schmidt-Sommerfeld*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, 2009, § 85 AsylVfG Rn. 18 f.

¹⁴ So BVerfG NVwZ 1997, 1109 (1111); AG Homburg StV 1984, 381 (382) zu § 34 Abs. 1 AsylVfG a.F.

¹⁵ OLG Celle NStZ 1984, 324; *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 184. Lfg., Stand: April 2011, § 85 AsylVfG Rn. 8 m.w.N.

¹⁶ OLG Stuttgart StV 2002, 298 (299); *Wingerter* (Fn. 12), § 85 AsylVfG Rn. 10; wohl auch OLG Karlsruhe NStZ 1988, 560 (561); a.A. *Renner*, Ausländerrecht, Kommentar, 9. Aufl. 2011, § 85 AsylVfG Rn. 11.

¹⁷ *Schmidt-Sommerfeld* (Fn. 13), § 85 AsylVfG Rn. 37.

¹⁸ *Wingerter* (Fn. 12), § 85 AsylVfG Rn. 10.

¹⁹ *Renner* (Fn. 16), § 85 AsylVfG Rn. 15; *Schmidt-Sommerfeld* (Fn. 14), § 85 AsylVfG Rn. 48.

²⁰ Vorsicht: Bei eigenhändigen Delikten ist nur für eine Täterschaft erforderlich, dass der Betreffende die Tathandlung selbst ausführt. Für eine Teilnahme wird dies nicht verlangt.

²¹ *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Rn. 256; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 26 Rn. 2.

²² *Satzger*, Jura 2008, 514 (516); *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 572.

rechtswidrigen Haupttat als auch für das Bestimmen handeln müssen.

Zwar ist B hier nur „Mitzechender“ und verabreicht dem A nicht den Alkohol. Er stellt ihm jedoch sein Auto zur Verfügung, ohne welches die Trunkenheitsfahrt nicht möglich gewesen wäre. Dabei musste ihm klar sein, dass A bereits so viel getrunken hatte, dass er das Auto nicht mehr sicher führen konnte. Mindestens hat er die Fahruntüchtigkeit des A billigend in Kauf genommen. Er handelte somit mit *dolus eventualis* für die Verwirklichung des § 316 StGB durch A.

Angesichts der Umstände musste dem B auch klar sein, dass erst sein Verleiheangebot und die damit eröffnete Möglichkeit für A, mit dem Auto zu fahren, bei diesem den Tatentschluss hervorrufen würde. Der subjektive Tatbestand ist daher gegeben.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld und Ergebnis

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, weshalb sich B nach §§ 316 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht hat.

II. § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 26 StGB

Anstiftung zu § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG ist nach den allgemeinen Grundsätzen möglich.²³ Eine geeignete Haupttat liegt vor, wie oben festgestellt wurde. Für das Bestimmen des A gilt das soeben zu § 316 StGB Gesagte entsprechend. Auch hier handelte B mit doppeltem Anstiftersvorsatz, denn er wusste, dass A keine Fahrerlaubnis besitzt. Er hat sich daher auch nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 26 StGB strafbar gemacht.

III. § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG

Weiterhin könnte B sich durch das Verleihen des Autos auch nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG strafbar gemacht haben. Es handelte sich um seinen PKW, so dass davon auszugehen ist, dass er der Halter ist. Auch hat er es zugelassen, dass A mit dem Auto fährt, obwohl ihm bewusst war, dass A die erforderliche Fahrerlaubnis nicht besitzt. Mithin hat sich B auch nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG strafbar gemacht.

IV. § 85 Nr. 2 AsylVfG, § 26 StGB

Schließlich könnte sich B auch wegen Anstiftung des A zu dessen Tat gem. § 85 Nr. 2 AsylVfG strafbar gemacht haben. Zwar ist eine geeignete Haupttat gegeben. Allerdings ist fraglich, ob B den A auch zu dieser bestimmt, also seinen Tatentschluss mitverursacht hat. Im Gegensatz zur Trunkenheitsfahrt ist hier eher davon auszugehen, dass A bei seinem Vorschlag für den Ausflug bereits selbst den festen Entschluss gefasst hatte, gegen die „Residenzpflicht“ zu verstoßen, wenn auch nicht als Fahrer. Er konnte daher von A hierzu nicht mehr bestimmt werden, weshalb eine Strafbarkeit an dieser Stelle ausscheidet.

²³ Janker (Fn. 11), § 21 Rn. 18; Janiszewski (Fn. 11), Rn. 633a.

V. § 85 Nr. 2 AsylVfG, § 27 StGB

Allerdings könnte sich B wegen Beihilfe zu der Tat strafbar gemacht haben. Hierfür müsste eine Hilfeleistung vorliegen. Dies meint jede Handlung, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter physisch oder psychisch fördert, sie also ermöglicht oder erleichtert oder die Rechtsgutsverletzung verstärkt.²⁴ Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non* ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich.²⁵ Mit dem Auto konnte A wesentlich schneller zum Badensee gelangen und somit auch die Landesgrenze überschreiten, als dies sonst der Fall gewesen wäre. Darüber hinaus hat B die Tat des A auch psychisch gefördert.

Fraglich ist allerdings wie es sich auswirkt, dass es sich bei dem Verleihen des Autos um eine neutrale Alltagshandlung handelt. Insofern werden sehr verschiedene Wege vorgeschlagen um eine Beihilfestrafbarkeit zu begrenzen. Während in der Literatur vor allem Ansätze auf der objektiven Ebene, etwa in Form der Sozialadäquanz oder bei der objektiven Zurechnung, angeführt werden,²⁶ legt die Rechtsprechung einzelfallbezogen einen Schwerpunkt auf den subjektiven Tatbestand. Dabei geht sie von dem Grundsatz aus, dass Alltagshandlungen nicht in jedem Fall neutral sind, sondern ihren Alltagscharakter verlieren, wenn der Hilfeleistende weiß, dass das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer Straftat gerichtet ist, weil dann eine Solidarisierung mit dem Täter stattfindet.²⁷ Vorliegend ist zweifelhaft, ob dem B überhaupt bewusst ist, dass A mit dem wiederholten Überschreiten der Landesgrenze ohne Erlaubnis eine Straftat begeht. Zwar ist B ein Freund des A. Dies bedeutet jedoch nicht ohne weiteres, dass er die Strafbarkeit des Verhaltens erfasst und dass ihm bekannt ist, dass A keine Erlaubnis für das Verlassen Berlins hat. Daher ist zu seinen Gunsten anzunehmen, dass er nicht von einem Verstoß gegen die „Residenzpflicht“ ausging. Somit liegt nach der Rechtsprechung – ebenso wie nach verschiedenen der in der Literatur vertretenen Ansätzen – eine neutrale Alltagshandlung vor (a.A. vertretbar).

C. Strafbarkeit von P und K wegen des Verbringens auf die Wache

I. § 239 Abs. 1 StGB

Indem P und K den A zur Wache verbracht haben, könnten sie sich wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Tathandlung ist ein Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit, durch den ein Mensch des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt wird. Es muss die Möglichkeit genommen werden, sich nach dem eigenen Willen fortzubewegen,

²⁴ BGHSt 42, 135 (136); 46, 107 (109); BGH NStZ 1985, 318.

²⁵ BGH NStZ 2007, 230 (232).

²⁶ Überblick bei Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 27 Rn. 10b.

²⁷ BGHSt 46, 107 (113); BGH NStZ 2000, 34; BGH NStZ 2001, 364 (365).

durch Einsperren oder auf andere Weise.²⁸ P und K verbrachten den A zur Wache, wo er sich weiter aufhalten musste und verhindert wurde, dass er sich entfernt. Mithin war die Fortbewegungsfreiheit des A eingeschränkt.

A war über diese Entwicklung nicht erfreut, so dass auch nicht von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis ausgegangen werden kann.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. P und K kam es hier gerade darauf an, dass sich der A nicht fortbewegt.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist allerdings ob P und K auch rechtswidrig gehandelt haben. Dies könnte insbesondere ausgeschlossen sein, wenn sie unter Ausübung ihrer amtlichen Befugnisse gehandelt haben.

a) § 81a StPO

Das Verbringen auf die Wache sollte zum einen der Entnahme einer Blutprobe dienen, so dass zunächst § 81a StPO als Rechtsgrundlage auch für das Verbringen in Betracht kommt. Die Norm enthält zwar keine ausdrückliche Ermächtigung, die Blutentnahme durchzusetzen und dafür notwendige Grundrechtseingriffe vorzunehmen. Es ist jedoch anerkannt, dass sie zumindest kurzfristige Freiheitsentziehungen im Wege der Annexkompetenz erlaubt.²⁹

Für eine Rechtfertigung wäre es allerdings erforderlich, dass die Voraussetzungen des § 81a StPO gegeben sind. Dabei ist hier insbesondere die Anordnungscompetenz von P und K fraglich. Zuständig für die Anordnung ist primär der Richter (§ 81a Abs. 2 StPO). P und K dürften die Maßnahme selbst nur bei Gefahr im Verzug anordnen, wobei auch noch eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft Vorrang hätte.³⁰ Gefahr im Verzug liegt nur vor, wenn wegen der Verzögerung durch die Einholung einer richterlichen Anordnung eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs droht. Die Annahme dessen setzt regelmäßig den erfolglosen Versuch voraus, eine richterliche Anordnung zu erlangen.³¹ Dies ist hier nicht geschehen, P und K haben sich nicht einmal Gedanken dazu gemacht. Auch liegen keine besonderen Gründe für eine Eilbedürftigkeit wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs vor. Mangels Gefahr im Verzug waren P und K daher nicht zur Anordnung berechtigt, so dass § 81a StPO als Rechtfertigungsgrund ausscheidet.

²⁸ BGHSt 32, 183 (188 f.); Fischer (Fn. 10), § 239 Rn. 6; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 239 Rn. 4.

²⁹ S. OLG Karlsruhe StV 2009, 516 (517); Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 81a Rn. 10.

³⁰ Vgl. BVerfG StV 2007, 281 (282); BVerfG NStZ 2011, 289.

³¹ BVerfGE 103, 142 (155); BVerfG NJW 2007, 1345 (1346).

b) § 163b Abs. 1 StPO

Als weitere Befugnisnorm kommt § 163b Abs. 1 i.V.m. § 163c StPO in Betracht. Hiernach ist es den Beamten des Polizeidienstes gestattet, eine einer Straftat verdächtige Person zur Identitätsfeststellung festzuhalten. Dabei kann der Betroffene auch zur Dienststelle verbracht werden wenn dies erforderlich³² und die Feststellung sonst nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist.³³ A ist, wie bereits festgestellt, verschiedener Straftaten verdächtig. Mangels Personalpapieren ist es vor Ort nicht möglich, seine Identität festzustellen. Daher ist davon auszugehen, dass das Verbringen auf die Wache verhältnismäßig war. P und K handelten hierbei auch zum Zweck der Personalienfeststellung. Die Maßnahme ist daher gerechtfertigt.

II. Ergebnis

Das Verbringen des A auf die Dienststelle ist durch § 163b Abs. 1 StPO gerechtfertigt. P und K haben sich daher nicht strafbar gemacht. Dies gilt ebenso für § 240 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB.

D. Konkurrenzen und Ergebnis

A hat sich durch das Fahren mit dem Wagen über die Landesgrenze nach §§ 316 Abs. 1 StGB, § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG in Tateinheit strafbar gemacht.

B hat sich tateinheitlich wegen §§ 316 Abs. 1, 26 StGB und § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 26 StGB sowie auch wegen § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG strafbar gemacht, der aus Klarstellungsgründen nicht zurücktritt.

2. Handlungsabschnitt: Das Geschehen auf der Wache

A. Strafbarkeit von P und K wegen der Blutentnahme

I. §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4 StGB

Durch die Blutentnahme könnten sich P und K weiterhin wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Das Entnehmen von Blut mittels einer Kanüle stellt eine üble unangemessene Behandlung dar, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt, so dass eine körperliche Misshandlung gegeben ist. P und K handelten dabei als Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) während der Ausübung ihres Dienstes.

Ein gefährliches Werkzeug gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ein solches, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art der Verwendung im konkreten Einzelfall

³² Erb, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 163b Rn. 31; Wolter, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2010, § 163b Rn. 31.

³³ BVerfG StV 2011, 389 (390).

geeignet ist, erhebliche Verletzung hervorzurufen.³⁴ Dies ist hinsichtlich der verwendeten Spritze nicht ganz zweifelsfrei, wenn man von einer ordnungsgemäßen Verwendung ausgeht.³⁵ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass P und K keine Ärzte sind, so dass die Frage zu bejahen ist. Zudem handelten P und K gemeinschaftlich, so dass auch § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gegeben ist.

2. Subjektiver Tatbestand

P und K handelten hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes auch mit Vorsatz.

3. Rechtswidrigkeit

Auch hier stellt sich indes die Frage, ob der Eingriff rechtswidrig war. In Betracht kommen könnte zunächst eine Rechtfertigung durch Amtsbefugnisse. Doch gestattet § 81a StPO nach Abs. 1 S. 2 nur Blutentnahmen durch einen Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst, so dass P und K hierdurch gerade nicht gerechtfertigt werden.

Weiterhin könnte eine rechtfertigende Einwilligung durch A in Betracht kommen, der der Blutentnahme nicht widersprochen hat. Es handelt sich um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und damit ein in den Grenzen des § 228 StGB disponibles Recht. Von einer Einwilligung kann aber nur bei einer freiwilligen, ernstlichen und in Kenntnis der Sachlage und des Weigerungsrechts erteilten ausdrücklichen Zustimmung ausgegangen werden.³⁶ A hat hier die Blutentnahme nur über sich ergehen lassen, sie also bestenfalls geduldet. Eine Einwilligung kann hierin nicht erblickt werden. Somit handelten P und K auch rechtswidrig.

4. Schuld

Die Schuld könnte ausgeschlossen sein, wenn P und K in dem Glauben handelten, zu der Blutentnahme befugt zu sein. Insofern könnte ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB in Form des Erlaubnisirrtums in Betracht kommen.³⁷ Selbst wenn P und K hier einer solchen Fehlvorstellung unterlagen war diese aber jedenfalls nicht unvermeidbar, da P und K als Polizeibeamte die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen kennen oder sich erkundigen müssen. § 17 StGB lässt die Schuld daher nicht entfallen.

³⁴ *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 224 Rn. 19; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 224 Rn. 5; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 224 Rn. 14.

³⁵ *Fischer* (Fn. 10), § 224 Rn. 9; *Geppert*, Jura 1986, 532 (536); *Paeffgen* (Fn. 34), § 224 Rn. 16.

³⁶ OLG Karlsruhe NStZ 2005, 399 (400); *Krause*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81a Rn. 13 f.

³⁷ Vgl. BGHSt 3, 358 (364).

II. Ergebnis

P und K haben sich durch die Blutentnahme wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt nach §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A wegen des Umsichtretens

I. § 113 Abs. 1 StGB

Indem A bei seinem Fluchtversuch um sich getreten hat, könnte er sich wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der Widerstand muss bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung geleistet werden; die allgemeine Dienstausbübung ist nicht geschützt. Vollstreckungshandlung sind nur solche Diensthandlungen, die der Durchsetzung eines bereits konkretisierten staatlichen Willens dienen.³⁸ Der Handelnde muss Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sein, der im Einzelfall zur Vollstreckung von z.B. Gesetzen berufen ist. Die Polizeibeamten P und K sind unstreitig solche Amtsträger, die ihre Befugnisse aus §§ 163b, 163c StPO bzw. § 127 StPO nutzen. Hierbei handelt es sich um eine hinreichend konkretisierte Vollstreckungshandlung.³⁹ Gegen selbige müsste A sodann auch Widerstand geleistet haben. Widerstand leisten ist jede Tätigkeit, die die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme verhindern oder erschweren soll.⁴⁰ Dies trifft auf das Treten des A zu.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich, also mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.

3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit: Rechtmäßigkeit der Diensthandlung

Nur die rechtmäßig betätigte Vollstreckungsgewalt soll geschützt werden.⁴¹ Nach der h.M. beurteilt sich die Rechtmäßigkeit nach einem formell-strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff. Danach kommt es ohne Rücksicht auf das jeweilige sachliche Recht nur darauf an, dass die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Beamten zum Eingreifen gegeben ist, die gesetzlichen Förmlichkeiten eingehalten werden und das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde.⁴² Dies ist hier der Fall, soweit es um das Festhalten zur Identitätsfeststellung geht.

³⁸ BGHSt 25, 313 (314 f.); *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 113 Rn. 10; *Paeffgen* (Fn. 34), § 113 Rn. 18.

³⁹ Vgl. *Eser* (Fn. 38), § 113 Rn. 13.

⁴⁰ *Eser* (Fn. 38), § 113 Rn. 40 ff.

⁴¹ *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 113 Rn. 1; *Zöller/Steffens*, JA 2010, 161 (164).

⁴² BGHSt 4, 161 (164); s. auch BGHSt 24, 132; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 271.

4. Ergebnis

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen hat sich A somit gemäß § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem A um sich trat, hat er sich auch wegen versuchter Körperverletzung strafbar gemacht, § 223 Abs. 2 StGB. Ein Erfolgseintritt ist nicht ersichtlich. A hat mit dem Treten jedenfalls billigend in Kauf genommen, einen der Beamten auch zu treffen. Hierin liegt zugleich auch das unmittelbare Ansetzen. Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

A hat sich durch das Treten wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte und versuchter Körperverletzung strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des P wegen der verspäteten Kontrolle der Zelle⁴³

I. §§ 212, 13 StGB

Durch das Ignorieren der Schreie könnte sich P wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht haben. A ist in dem Feuer zu Tode gekommen. Hätte P sofort nach den Schreien Maßnahmen ergriffen, hätte dies verhindert werden können. Nach § 13 StGB ist bei unechten Unterlassungsdelikten eine Garantenstellung notwendig. Der Garant hat auf Grund seiner besonderen Pflichtenstellung rechtlich dafür einzustehen, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt.⁴⁴ Als zuständiger Beamter auf dem Revier kam P gegenüber B eine Garantenstellung als Beschützergarant zu.

Fraglich ist aber, ob P auch mit Tötungsvorsatz handelte, als er den Schreien zunächst nicht nachging. Dafür müsste er den Tod des A zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben.⁴⁵ Hier liegen aber keine Anhaltspunkte dafür vor, dass P mit dem Tod des A gerechnet hätte. Selbst wenn man davon ausgeht, dass P eine Notlage des A für möglich hielt, ist nicht ersichtlich, dass er an eine Todesgefahr dachte und sich mit dieser abgefunden hätte.⁴⁶ Mangels Vorsatz hat sich P daher nicht nach §§ 211, 13 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nr. 5, 227 Abs. 1, 13 StGB

P könnte sich durch das Ignorieren der Schreie aber wegen gefährlicher Körperverletzung mit Todesfolge im Amt durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Hierfür müsste zunächst der Tatbestand einer derart qualifizierten Körperverletzung vorliegen, dem P sodann die tödliche Folge zuzurechnen sein und hinsichtlich selbiger Fahrlässigkeit vorliegen.

a) Objektiver Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung im Amt

A ist bei dem Feuer körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt worden. Dies hätte bei sofortigem Einschreiten durch P als Beschützergaranten nach § 13 StGB (s.o.) zumindest im Ausmaß vermindert werden können. Das Nichteinschreiten erfolgte während der Ausübung des Dienstes und in einem sachlichen Zusammenhang mit diesem, da es zu den Aufgaben des P gehörte, den A mittels der Gegensprechanlage zu überwachen.

Es könnte zudem eine lebensgefährdende Behandlung vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die Vorgehensweise nach den Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden,⁴⁷ wobei dies auch durch Unterlassen geschehen kann.⁴⁸ Dies ist angesichts des Feuers hier der Fall, so dass § 224 Abs. 1 Nr. 5 objektiv vorliegt.

b) Subjektiver Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung im Amt

P müsste vorsätzlich, also mit Wissen und Willen der Tatumstände, gehandelt haben. Er wusste um seine Amtsträgereigenschaft und die damit verbundenen Aufgaben. Daher konnte er auch die seine Garantenstellung begründenden Tatsachen.

Fraglich ist allerdings, ob P mit zumindest bedingtem Vorsatz für die Körperverletzung oder nur bewusst fahrlässig gehandelt hat.⁴⁹ Auf der Ebene des intellektuellen Vorsatzelements genügt es für den dolus eventualis nach h.M., dass der Erfolgseintritt für möglich und nicht ganz fernliegend gehalten wird.⁵⁰ Vorliegend vernahm P die lauten Schreie des

⁴³ Hier sind angesichts der Offenheit des Sachverhalts mit entsprechender Begründung auch andere Ergebnisse vertretbar.

⁴⁴ Fischer (Fn. 10), § 13 Rn. 7; Wessels/Beulke (Fn. 22), Rn. 715.

⁴⁵ BGHSt 7, 363 (369 f.); 36, 1 (9).

⁴⁶ Zur (Anwendbarkeit der) Hemmschwellentheorie bei Unterlassen BGH NSStZ 1992, 125; BGH NSStZ 2007, 402; BGH NSStZ-RR 1998, 101.

⁴⁷ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 12; Hardtung (Fn. 34), § 224 Rn. 30; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 35. Aufl. 2011, Rn. 282.

⁴⁸ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 12a; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 224 Rn. 8.

⁴⁹ S. zur Abgrenzung ausf. Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 96 ff.; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 34), § 15 Rn. 14 ff.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 21 ff.

⁵⁰ Vgl. BGHSt 7, 363 (368 f.); BGH NSStZ 2011, 338 (339); Vogel (Fn. 49), § 15 Rn. 103.

gefesselten A durch eine genau für diesen Fall eingerichtete Gegensprechanlage. Solche Schreie müssen zwar nicht zwingend Ausdruck einer Gefahrensituation sein, sondern können bspw. auch Unmutsäußerungen darstellen. Hier schloss P aber nicht aus, dass sich A Verletzungen zuziehen würde. Den konkreten Ablauf in Form des Feuers musste P dabei nicht vor Augen haben, solange keine wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vorliegt.⁵¹ Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Geschehen außerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren läge und eine andere Bewertung der Tat rechtfertigen würde.⁵²

Neben dem Wissenselement ist ein voluntatives Element erforderlich.⁵³ Dieses ist gegeben, wenn der Täter sich mit dem Erfolgseintritt abgefunden hat, ihn also billigend in Kauf nimmt.⁵⁴ Ob der Erfolg erwünscht oder unerwünscht ist, spielt dabei keine Rolle.⁵⁵ Daher genügt es auch, wenn dem Handelnden das Ergebnis gleichgültig ist.⁵⁶ Hier hat P eine Körperverletzung des A als möglich erkannt und dennoch bewusst auf eine Intervention verzichtet. Er hat sich also mit dem potentiellen Erfolgseintritt abgefunden.

Der Vorsatz des P müsste sich auch auf die Qualifikation der lebensgefährdenden Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erstrecken. Hierfür genügt es nach der Rechtsprechung zwar grundsätzlich, wenn der Täter von den die Gefährlichkeit objektiv begründenden Umständen weiß, auch wenn er diese nicht als lebensgefährlich einschätzt.⁵⁷ Andererseits erfordert der subjektive Tatbestand bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, dass die Tat nach der Vorstellung des Täters auf die Lebensgefährdung angelegt ist.⁵⁸ Nachdem auch für einen Gefesselten nicht jede Notlage lebensbedrohlich wird und P von dem Feuer keine Kenntnis hatte, ist hier zugunsten von P davon auszugehen, dass er nicht mit dem möglichen Eintritt einer lebensbedrohlichen Lage rechnete.

Mithin hat P durch das verspätete Nachsehen in der Zelle zunächst den Tatbestand einer einfachen Körperverletzung im Amt durch Unterlassen verwirklicht.

c) Objektive Zurechnung des Todeserfolges

A ist durch den Brand zu Tode gekommen. Das Nichteinschreiten des P war dafür kausal, da der Tod des A bei schnellerer Reaktion mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können. Bei der Körperverletzung mit Todesfolge ist allerdings ein darüber hinausgehender, engerer Zusammenhang zwischen der Tat und ihrer Folge erforderlich.⁵⁹ Zu prüfen ist deshalb, ob sich in der Todesfolge die spezifischen Gefahren der vorsätzlichen Körperverletzung verwirklicht haben, also ein tatbestandspezifischer Gefahrezusammenhang besteht.

Dabei ist es in diesem Fall weniger erheblich, ob sich dies auf den konkreten Verletzungserfolg (so genannte Letalitätslehre⁶⁰) oder die Verletzungshandlung im weiteren Sinn⁶¹ zu beziehen hat. Im Falle der Körperverletzung durch Unterlassen wird allerdings mitunter verlangt, dass die Todesgefahr durch die unterlassene Handlung erst geschaffen oder erheblich erhöht wird.⁶² Zwar entstand die Gefahr hier durch den Ausbruch des Feuers und nicht durch das Nichteinschreiten des P. Nur hierdurch konnte sich der durch das Feuer verursachte Zustand des A aber so verschlechtern, dass dieser seinen Verletzungen erlag.⁶³ Mithin wurde die Todesgefahr durch das Unterlassen des P zumindest erheblich erhöht, sodass sich der Todeserfolg gerade als Realisierung der spezifischen Gefahr der Körperverletzung darstellt.

d) Fahrlässigkeit hinsichtlich der Todesfolge

Gemäß § 18 StGB müsste P hinsichtlich der Todesfolge wenigstens fahrlässig gehandelt haben. Die erforderliche objektive Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich bereits aus der vorsätzlichen Verwirklichung der Körperverletzung.⁶⁴

Der Erfolg müsste aber auch objektiv voraussehbar gewesen sein, was nach dem Horizont eines umsichtig handelnden Menschen aus dem Verkehrskreis des Täters und allgemeiner Lebenserfahrung zu beurteilen ist.⁶⁵ Was dies konkret erfordert, ist im Einzelnen strittig. Während die Rechtsprechung die Voraussehbarkeit des Erfolgs an sich genügen lässt,⁶⁶

⁵¹ S. RGSt 70, 257 (258); Jäger (Fn. 21), Rn. 85.

⁵² BGHSt 7, 325 (329); Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 81.

⁵³ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 15 Rn. 23 ff. m.w.N.; a.A. etwa Kindhäuser, GA 1994, 197 (203) (sog. Möglichkeitstheorie); Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 15 Rn. 84 (sog. Gleichgültigkeitstheorie); Schumann, JZ 1989, 427 (433) – sog. Wahrscheinlichkeitstheorie.

⁵⁴ BGHSt 36, 1 (9 f.); BGH NStZ 2008, 451; Wessels/Beulke (Fn. 22), Rn. 221 m.w.N.

⁵⁵ BGHSt 7, 363 (369); BGH NStZ-RR 2009, 372 (373); BGH StV 2011, 412.

⁵⁶ BGHSt 50, 1 (6); BGH NStZ-RR 2007, 43 (44).

⁵⁷ BGHSt 19, 352 (353); 36, 1 (15); BGH NJW 1990, 3156; BGH NStZ 2004, 618.

⁵⁸ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 13; enger etwa Hardtung (Fn. 34), § 224 Rn. 36.

⁵⁹ BGHSt 31, 96 (98); Fischer (Fn. 10), § 227 Rn. 3.

⁶⁰ Bussmann, GA 1999, 21 (30); Hillenkamp, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 49), Vor § 22 Rn. 112; Krey/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 271; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 227 Rn. 2; Mitsch, Jura 1993, 18 (20 f.).

⁶¹ BGHSt 31, 96 (101); 48, 34 (37 f.); BGH NStZ 2008, 686 f.

⁶² BGH NJW 1995, 3194 (3195); Fischer (Fn. 10), § 227 Rn. 6 f.

⁶³ Vgl. BGH NStZ 2006, 686.

⁶⁴ Vgl. BGH NJW 1972, 217; Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2011, § 227 Rn. 13; Jäger (Fn. 21), Rn. 376.

⁶⁵ Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 12 Rn. 45; Wessels/Beulke (Fn. 22), Rn. 667a.

⁶⁶ BGHSt 3, 62 (63); 31, 96 (100 f.); BGH NStZ 2001, 478 (479); BGH NStZ 1992, 333 (335).

verlangt die Literatur mehrheitlich aber in unterschiedlicher Abstufung, dass auch der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen vorhersehbar gewesen sein muss.⁶⁷ Daher wird teilweise verlangt, dass auch der Gefahrezusammenhang zwischen Körperverletzung und Todesfolge objektiv erkennbar gewesen ist.

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass P zwar Verletzungen des A in Kauf nahm, aber nicht um deren konkrete Art, insbesondere nichts von dem Feuer wusste. Andererseits war ihm bewusst, dass A erheblich alkoholisiert und gefesselt in einer verschlossenen Zelle lag, als er trotz der Schreie untätig blieb. In dieser Situation liegt es nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass eine Notlage einen potentiell tödlichen Verlauf nimmt, sei es durch Ausbruch eines Feuers oder beispielsweise durch Erbrechen. Schließlich war gerade eine Gegensprechanlage installiert, um Notlagen von Gefangenen, die sich nicht selbst helfen können, zu bemerken und so weitergehenden Folgen vorzubeugen. Ein im Ergebnis tödlicher Verlauf war daher für einen ausgebildeten Polizisten hier keine ganz ungewöhnliche Folge, auch wenn er deren genaue Umstände nicht kannte. Jedenfalls wenn man wie die Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen an die Vorhersehbarkeit stellt, war der tödliche Ausgang für P mithin objektiv voraussehbar.⁶⁸

2. Rechtswidrigkeit

P handelte auch rechtswidrig.

3. Schuld

Insbesondere müsste der Erfolg subjektiv vorhersehbar gewesen sein. Der Täter muss auch nach seinen individuellen Fähigkeiten und persönlichen Kenntnissen in der Lage gewesen sein, die tödliche Folge vorherzusehen und den Gefahrezusammenhang zwischen dieser Folge und seinem Nichthandeln zu erkennen. Insofern bestehen bei P keine Bedenken.

4. Ergebnis

P hat sich nach §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 227 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 222, 13 StGB

P hat sich damit auch der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht.

IV. § 323c StGB

P unterließ es, A bei einem plötzlich eintretenden Ereignis, das Gefahren für Personen oder bedeutende Sachwerte zur Folge hatte (Unglücksfall), Hilfe zu leisten, obwohl dies erforderlich, möglich und zumutbar gewesen wäre. Er hat sich deshalb auch wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar gemacht.

⁶⁷ Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 15 Rn. 200; § 227 Rn. 7.

⁶⁸ Das gegenteilige Ergebnis ist mit entsprechender Begründung auch vertretbar.

D. Konkurrenzen und Ergebnis

P und K haben sich durch die Blutentnahme nach §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4 StGB strafbar gemacht. P hat darüber hinaus und in Tateinheit §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 227 Abs. 1, 13 StGB verwirklicht, §§ 222, 323c StGB treten zurück.

A hat sich durch das Treten wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte und versuchter Körperverletzung in Tateinheit strafbar gemacht.

Frage 2

Das Ergebnis der Blutprobe wäre in einem Strafverfahren unverwertbar, wenn es einem Verwertungsverbot unterliegen würde. Hier kommt ein ungeschriebenes, unselbständiges Verwertungsverbot in Betracht, also ein solches, das sich aus der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung ergibt. Allerdings folgt nach h.M. nicht aus jedem Fehler bei der Beweiserhebung ein Verwertungsverbot, sondern die gegenläufigen Interessen müssen abgewogen werden.

I. Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung

Wie bereits dargestellt, war die Entnahme der Blutprobe aus zwei Gründen rechtswidrig. Zum einen wurde die Anordnungscompetenz nicht beachtet, Gefahr im Verzug war nicht gegeben. Zum anderen hätte die Blutentnahme durch einen Arzt vorgenommen werden müssen.

II. Vorliegen eines Verwertungsverbotes

Fraglich ist aber, ob aus diesen Verstößen auch ein Verwertungsverbot folgt. Zur Klärung dessen sind nach h.M. die Schwere der Tat und die Bedeutung des Beweismittels auf der einen und die Schwere des Rechtsverstoßes bzw. Grundrechtseingriffs auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen und der Schutzzweck der verletzten Norm zu berücksichtigen.⁶⁹

1. Blutentnahme durch P und K

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Lehre soll es nicht zu einem Verwertungsverbot führen, wenn die Blutentnahme durch einen Nichtarzt vorgenommen wird.⁷⁰ Begründet wird dies vor allem mit dem Schutzzweck der Vorschrift, der ausschließlich im Schutz der körperlichen Unversehrtheit gesehen wird und nicht etwa in einer Qualitätsgarantie hinsichtlich der Probe.⁷¹ Eine Verletzung dieses Schutzzwecks könne durch ein Verwertungsverbot nicht geheilt werden.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Annahme eines Verwertungsverbotes präventive Wirkung entfalten und so zukünftigen Verletzungen des Schutzzwecks vorbeugen kann; hingegen mag die folgenlose Verletzung der Norm

⁶⁹ Zu den verschiedenen Ansätzen in der Beweisverbotslehre Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 362 ff.

⁷⁰ BGHSt 24, 125; Senge (Fn. 29), § 81a Rn. 14; Krause (Fn. 36), § 81a Rn. 96 m.w.N.

⁷¹ So aber Schmidt, MDR 1970, 461 (464).

Anreiz zur wiederholten Verletzung bieten.⁷² Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Missachtung des Arztvorbehalts – wie hier – nicht irrtümlich, sondern bewusst geschah.⁷³ Schließlich sind hier nicht, wie in den ursprünglich von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, zumindest Sanitäter oder Medizinalassistenten tätig geworden, sondern medizinisch völlig ungeschulte Beamte. Dies ist bei einer Prüfung anhand des Maßstabs der Abwägungslehre zu berücksichtigen.

2. Fehlerhafte Anordnung

Nach der neueren Rechtsprechung zu § 81a StPO soll bei fehlerhafter Annahme von Gefahr im Verzug und Missachtung des Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot zwar nicht regelmäßig eingreifen. Anderes gilt unter Rückgriff auf die Abwägungslehre aber dann, wenn die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug willkürlich angenommen oder der Richtervorbehalt bewusst umgangen wurde.⁷⁴ Teilweise wird dies schon angenommen, wenn nicht tatsächlich versucht wurde, eine Anordnung zu erwirken.⁷⁵

P und K haben sich überhaupt keine Gedanken über die Anordnungscompetenz gemacht, geschweige denn sich um eine Anordnung bemüht. Dieses gänzliche Ignorieren der Voraussetzungen entspricht einer willkürlichen Annahme von Gefahr im Verzug und stellt eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts dar. Angesichts dessen ist hier vom Vorliegen eines Verwertungsverbot auszugehen.

⁷² Vgl. OLG Hamm NJW 1965, 2019; *Schellhammer*, NJW 1972, 319 (320); *Wedemeyer*, NJW 1971, 1902.

⁷³ *Schünemann*, JA 1972, 633 (640).

⁷⁴ BGH StV 2007, 337 (339); KG NStZ 2010, 468 (469); *Lemke*, in: Julius u.a. (Hrsg.), Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2009, § 81a Rn. 30; *Krause* (Fn. 36), § 81a Rn. 94 m.w.N.

⁷⁵ *Beukelmann*, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 81a Rn. 29.