



## AKTUELLE EXAMENSRELEVANTE ENTWICKLUNGEN IM ALLGEMEINEN TEIL DES STRAFRECHTS (TEIL I)

PROF. DR. WOLFGANG MITSCH\*

### I. Einleitung

Das Erste Juristische Examen würde ein Student wahrscheinlich im Strafrecht heute auch dann noch bestehen, wenn er sich die allgemeinen Lehren des Strafrechts ausschließlich mit dem Lehrbuch von *Wessels* aus dem Jahr 1985 beigebracht hätte. Bekanntlich erscheint dieses Lehrbuch – inzwischen „*Wessels/Beulke/Satzger*“ – jedes Jahr in aktualisierter Fassung, so dass gegenwärtig schon die 45. Auflage (2015) vorliegt. Von Jahr zu Jahr wächst der Stoff an neuen Entscheidungen und Publikationen und vergrößert kontinuierlich den Umfang dieses Lehrbuches wie auch der anderen Lehrbücher.<sup>1</sup> Andererseits verändert sich die Dogmatik des Strafrechts kaum, selbst im Rückblick über einen längeren Zeitraum. Zudem herrscht in der Gesetzgebung im Bereich des Allgemeinen Strafrechts seit Jahrzehnten nahezu völliger Stillstand. Zum Beispiel ist der „Erlaubnistatbestandsirrtum“ immer noch nicht im StGB normiert,<sup>2</sup> wie das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements<sup>3</sup> oder wie

der „fehlgeschlagene Versuch“<sup>4</sup> zu behandeln ist, erfährt man aus dem Text des StGB heute eben so wenig wie im Jahr 1975.<sup>5</sup> Wer – wie der Autor – seine ersten Strafrechtskenntnisse in den Jahren zwischen 1976 und 1980 erworben hat, könnte davon auch heute noch zehren, selbst wenn er seitdem einen langen ununterbrochenen Winterschlaf gehalten hätte. Erfolg im Examen garantiert nicht eine Menge gespeicherter Detailinformationen, sondern sichere verstandesmäßige Beherrschung der grundlegenden Strukturen, Zusammenhänge und Begriffe, die im Grundstudium erlernt und im weiteren Verlauf des Studiums verfestigt werden. Mit diesem Knowhow bekommt man auch unbekannte und neuartige Fallkonstellationen in den Griff. Für den in der Berufspraxis stehenden Juristen ist diese Befähigung lebensnotwendig, dasselbe gilt aber auch für den fortgeschrittenen Studenten. Gleichwohl ist es selbstverständlich hilfreich und in gewissem Maße unerlässlich, als Examenskandidat darüber informiert zu sein, worüber in der Literatur gerade besonders intensiv diskutiert wird und mit welchen neuen Fallgestaltungen es die Rechtsprechung aktuell zu tun hat.

\* Der Autor ist Professor für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Erkennbar nicht nur am Anwachsen der Seitenzahlen (*Wessels* 15. Aufl.: 285 S.; *Wessels/Beulke/Satzger* 45. Aufl.: 458 S.), sondern auch an Umfang und Ausdifferenzierung der Sachwortverzeichnisse. Die meisten der unten (II. – XII.) thematisierten Begriffe findet man im Sachverzeichnis der 45. Auflage des *Wessels/Beulke/Satzger*, dagegen nicht im Sachverzeichnis der 15. Auflage des *Wessels*.

<sup>2</sup> *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 53.

<sup>3</sup> *Roxin*, AT I, § 14 Rn. 94.

<sup>4</sup> *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 30 Rn. 77.

<sup>5</sup> Am 1.1. 1975 trat der durch das 2. Strafrechtsreformgesetz v. 4.7. 1969 geschaffene vollständig neue Allgemeine Teil des StGB in Kraft; vgl. *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 6; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, vor § 1 Rn. 4; *Roxin*, AT I, § 4 Rn. 42. Die Veränderungen, die der AT seitdem erfahren hat, sind gering und betreffen nicht die Lehre von der Straftat; vgl. *Lackner/Kühl*, aaO, LVII-LXVIII; *Fischer*, aaO, LI-LKI.

Man sollte aber bei der Beschäftigung damit nicht zu detailverliebt an den Stoff herangehen und sich nicht damit belasten, z. B. die Begründung des BGH für die „Sittenwidrigkeit“ i.S.d. § 228 StGB in den Fällen der organisierten Massenschlägereien auswendig lernen zu wollen.<sup>6</sup> Wichtiger ist, stets den Zusammenhang mit dem Gesetz und dem unumstrittenen und unveränderlichen Bestand an strafrechtsdogmatischer Erkenntnis im Auge zu behalten. Das Strafrecht ist eine Landkarte, die für jeden Fall einen Ort enthält, wo er hingehört. Diesen Ort zu finden, ist die Aufgabe, bei der die Fähigkeit zu systematischer Strafrechtsanwendung, die ein erfolgreiches Studium vermittelt hat, der Kompass ist. Auf diese Weise ist man in der Lage, eine passable juristische Stellungnahme zu jedem Fall und Thema zu verfassen, ohne eine umfangreiche Entscheidungsbegründung und die vielen Urteilsbesprechungen in den Fachzeitschriften gelesen zu haben. Das ist schon deswegen so, weil Sie gar nicht die Zeit haben, auch nur annähernd vollständig zu erfassen, was laufend publiziert wird. Schließlich gibt es neben dem Strafrecht ja auch noch andere Fächer, in denen Sie sich auf die Prüfung vorbereiten müssen. Um über „brandaktuelle“ Entwicklungen hinreichend informiert zu sein, genügt das Durcharbeiten eines der jährlich in neuer Auflage erscheinenden Lehrbücher – neben *Wessels/Beulke/Satzger* noch *Rengier* –, die jedenfalls die wichtigsten Neuigkeiten seit dem Erscheinen der Voraufgabe zuverlässig aufnehmen und erläutern. Der vorliegende Text will Ihnen einen Teil dieser Arbeit abnehmen, indem er einige Themen aufbereitet, denen in jüngerer Zeit ein auffallend hohes Maß an Aufmerksamkeit geschenkt worden ist und die deshalb für Aufgabensteller und Prüfer im Examen eine entsprechend gesteigerte Inspirationswirkung haben dürften. Der Autor hat sich zu diesem Zweck die 15. Auflage des AT-Lehrbuches von Johannes *Wessels* aus dem Jahr 1985 antiquarisch besorgt, um zu überprüfen, welche Spuren drei Jahrzehnte Strafrechtsgeschichte bei den einzelnen Themen hinterlassen haben. Auf dieses Buch sowie auf die aktuelle Auflage des *Wessels/Beulke/Satzger* wird daher im Text immer wieder Bezug genommen.

## II. Erfolgsverursachung durch Mitwirkung an Gremienbeschlüssen

### 1. Sachverhalt

Erstmalig durch die „*Lederspray*“-Entscheidung des BGH im Jahr 1990<sup>7</sup> zog diese Thematik die

Aufmerksamkeit der Strafrechtswissenschaft auf sich. Der Fall warf zahlreiche schwierige strafrechtsdogmatische Probleme auf<sup>8</sup>, von denen hier nur eins herausgegriffen werden soll. Die relevante Sachverhaltskonstellation stellt sich folgendermaßen dar: in dem kollegialen Geschäftsführungsgremium eines Unternehmens werden Beschlüsse über den Vertrieb eines Artikels (z. B. ein Schuhpflege- oder ein Holzschutzmittel) gefasst, dessen bestimmungsgemäße Verwendung durch den Verbraucher Gesundheitsschäden hervorruft. Das aus mehr als zwei Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern bestehende Entscheidungsgremium beschließt das Produkt in den Verkehr zu bringen bzw. – nachdem die Schädlichkeit bekannt wurde – nicht zurückzurufen. Daraufhin kommt es zu Strafverfahren gegen die an der Abstimmung beteiligten Gremienmitglieder, die für das Inverkehrbringen bzw. gegen den Rückruf des gesundheitsgefährdenden Produkts gestimmt haben.

### 2. Strafrechtsdogmatische Behandlung

Die strafrechtliche Bewertung des Abstimmungsverhaltens ist einfach, wenn der Gremiumsbeschluss für den Vertrieb bzw. gegen den Rückruf mit einer einzigen Stimme Mehrheit gefasst wurde. Dann ist jedes diese Mehrheit tragende Einzelvotum kausal für das Inverkehrbringen bzw. für das Inverkehrlassen des schädlichen Produkts und damit auch für die dadurch verursachten Gesundheitsschäden.<sup>9</sup> Schwierig wird es, wenn der Beschluss mit mindestens zwei Stimmen Mehrheit oder gar einstimmig zustande kam.<sup>10</sup> Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist dann nämlich jede Einzelstimme nicht ursächlich für das Zustandekommen des Beschlusses und somit für die daraus resultierenden Konsequenzen. Denn in Bezug auf jede Stimme ergibt sich die Hypothese, dass der Beschluss gleichwohl zustande gekommen wäre, wenn der Stimmberechtigte gegen die Mehrheit gestimmt oder sich der Stimme enthalten hätte. Man kann die Stimme „wegdenken“, ohne dass der Erfolg entfiel. Es scheint somit gar kein Gremiumsmitglied durch sein Abstimmungsverhalten den Beschluss und die gesundheitsschädlichen Beschlussfolgen verursacht zu haben, obwohl alle oder die überwiegende Mehrheit der Mitglieder für die Beschlussvorlage gestimmt haben. Somit könnte auch niemand wegen einer vollendeten Körperverletzung (§§ 223, 229 StGB) strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Relativ leicht lässt sich dieses Ergebnis

<sup>6</sup> Dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 564; die 15. Auflage kannte das Thema noch nicht, vgl. *Wessels*, S. 100.

<sup>7</sup> BGHSt 37, 106, Urt. v. 6.7. 1990 – 2 StR 549/89.

<sup>8</sup> Vgl. – im Kontext „Kausalität und objektive Zurechnung“ – *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 23 Rn. 113: „Problemfall Gremienentscheidungen.“

<sup>9</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 225.

<sup>10</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 226; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 37.

vermeiden, wenn die Abstimmenden zumindest bedingten Körperverletzungsvorsatz hatten, es also für möglich hielten und billigend in Kauf nahmen, dass das Produkt bei den Konsumenten Gesundheitsschäden hervorruft. Dann ist Strafbarkeit wegen versuchter Körperverletzung begründet, weil jeder Abstimmende davon ausgehen musste, dass seine Stimme ausschlaggebend für einen mit nur einer Stimme Mehrheit gefassten Beschluss sein könnte. Nicht möglich ist Versuchsstrafbarkeit, wenn lediglich Körperverletzungsfahrlässigkeit im Raum steht. Denn fahrlässige Versuche sind nach geltendem Strafrecht nicht strafbar. Auch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung in Mittäterschaft, bei der es nur darauf ankäme, dass der Beschluss insgesamt für die Gesundheitsschäden ursächlich ist<sup>11</sup>, kommt im Rahmen des Tatbestandes „Fahrlässige Körperverletzung“ (§ 229 StGB) nach h.M. nicht in Betracht.<sup>12</sup>

Die Kausalitätsformel, bei der danach gefragt wird, ob der Erfolg entfielen würde, wenn die Tathandlung „hinweggedacht“ würde,<sup>13</sup> scheint hier in ähnlicher Weise zu versagen, wie in den klassischen Lehrbuch-Beispielen der „Doppelkausalität“ bzw. „alternativen Kausalität“<sup>14</sup>: zwei Täter schütten unabhängig voneinander je eine tödliche Dosis Giftpulver in eine Tasse Kaffee, die anschließend von dem ahnungslosen Opfer ausgetrunken wird.<sup>15</sup> Da jede Einzeldosis weggedacht werden kann, ohne dass der Todeserfolg entfielen würde, hat keiner der beiden Täter den Tod des Opfers verursacht.<sup>16</sup> Um dieses absurde Ergebnis<sup>17</sup> zu vermeiden, wird vorgeschlagen die Conditio-Formel (Äquivalenztheorie<sup>18</sup>) „in modifizierter Form“ anzuwenden: *Von mehreren Bedingungen, die zwar alternativ, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen würde, ist jede erfolgsursächlich.*<sup>19</sup> Der Gremienbeschluss-Fall wird als eine „der alternativen Kausalität vergleichbare Konstellation“

<sup>11</sup> Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 9. Kap. Rn. 13; Rengier, AT, § 13 Rn. 36.

<sup>12</sup> Zur Mittäterschaft der Geschäftsführer im Falle von Vorsatz *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743).

<sup>13</sup> *Wessels*, AT, 15. Aufl. S. 46; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. Rn. 218 (S. 62).

<sup>14</sup> Nicht zu verwechseln mit der „kumulativen“ Kausalität, dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 223.

<sup>15</sup> *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 228; *Murmann*, Grundkurs, § 23 Rn. 19; *Rengier*, AT, § 13 Rn. 27.

<sup>16</sup> *B. Heinrich*, AT, Rn. 229; *Murmann*, Grundkurs, § 23 Rn. 20.

<sup>17</sup> *B. Heinrich*, AT, Rn. 229: „Dies kann aber im Ergebnis nicht richtig sein.“; *Rengier*, AT, § 13 Rn. 28: „schwer nachvollziehbare Ergebnis“.

<sup>18</sup> *B. Heinrich*, AT, Rn. 222.

<sup>19</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. Rn. 222; ebenso bereits *Wessels*, AT, 15. Aufl. S. 46; *B. Heinrich*, AT, Rn. 229; *Lackner/Kühl*, vor § 13 Rn. 11; *Murmann*, Grundkurs, § 23 Rn. 20; a.A. *Frister*, AT, 9. Kap. Rn. 13; *Kudlich*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier (SSW)*, StGB, 2. Aufl. 2014, vor § 13 Rn. 37.

<sup>20</sup> / „im Grenzbereich zwischen den herkömmlichen Fällen der alternativen und kumulativen Kausalität“<sup>21</sup> bezeichnet. Demzufolge wird die Kausalität der Einzelstimme wie im Fall des doppelt vergifteten Kaffees dadurch begründet, dass beim Wegdenken dieser Stimme und der anderen für die Erreichung der Mehrheit erforderlichen Stimmen der Beschluss und damit der Körperverletzungserfolg entfielen.<sup>22</sup> Es ist offensichtlich, dass diese Begründung von der zugrunde gelegten Kausalitätsumschreibung abweicht und ihre Akzeptanz aus dem gewünschten Ergebnis gewinnt.<sup>23</sup> Dieses Dilemma ist schon in der Conditio-Formel angelegt, die ohnehin keine Information über das physikalische Phänomen „Kausalität“, sondern nur über den für die Strafrechtsanwendung handhabbar gemachten Begriff „Kausalität“ liefert.<sup>24</sup> Daher ruft die „Modifizierung“ dieser Formel in den kritischen Fällen der alternativen Kausalität keine Bedenken hervor. Eine Formel, die von vornherein nur eine begrenzte Leistungsfähigkeit hat, braucht nicht sklavisches Exekutiv zu werden. Allerdings ist damit zugleich das Urteil über ihre generelle Untauglichkeit gesprochen.<sup>25</sup>

### III. Garantenstellung zur Unterbindung betrieblicher Straftaten

#### 1. Sachverhalt

In der strafgerichtlichen Praxis gewinnt gegenwärtig immer größere Bedeutung die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Angehörigen eines Unternehmens oder Betriebes für Missstände, Gefahren und delinquentes Verhalten innerhalb der betrieblichen Sphäre. Dabei geht es nicht allein um die Haftung für die aktive Verursachung derartiger Zustände und Ereignisse, sondern zumindest in gleichem Maße um Strafbarkeit wegen unterlassener Vorkehrungen und Interventionen gegen die Entstehung und Entwicklung von Verläufen, an deren Ende ein strafrechtlich relevanter Rechtsgutschaden steht. Es handelt sich also um Fallgestaltungen mit starker Affinität zum Bereich der (unechten)

<sup>20</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 226.

<sup>21</sup> *Rengier*, AT, § 13 Rn. 35.

<sup>22</sup> *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743); a. A. *Murmann*, Grundkurs, § 23 Rn. 115, der letztlich die Strafbarkeit der Gremienmitglieder darauf stützt, dass sie die Ausführung des gesundheitsschädigenden Gremienbeschlusses nicht verhindert haben.

<sup>23</sup> *Rengier*, AT, § 13 Rn. 36: „Im Ergebnis ist man sich weitgehend einig ...“; *Murmann*, Grundkurs, § 23 Rn. 114: „... führt dies allerdings zu dem unbefriedigenden Ergebnis ...“

<sup>24</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. Rn. 221; ebenso bereits *Wessels*, AT, 15. Aufl. S. 46; *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 64.

<sup>25</sup> *Fischer*, vor § 13 Rn. 22: „Die Äquivalenz-Theorie ist methodischen Einwänden ausgesetzt.“

Unterlassungsdelikte. Typische Sachverhalte sind zum einen das bereits oben unter II. thematisierte Inverkehrbringen (inkl. Nicht-Rückruf) fehlerhafter Gebrauchs- und Konsumgüter (strafrechtliche Produkthaftung)<sup>26</sup> und zum anderen Fehler bei der Wahrnehmung von „Compliance“-Aufgaben sowie vom Arbeitgeber bzw. Vorgesetzten nicht unterbundenen „Mobbing“ einzelner Arbeitnehmer durch Kollegen. Zu den beiden letztgenannten Themenkreisen hat der BGH zwei aufsehenerregende Entscheidungen erlassen: In dem BGHSt 54, 44 ff<sup>27</sup> („Berliner Stadtreinigung“) zugrunde liegenden Fall war dem Angeklagten als Leiter der Rechtsabteilung der Berliner Stadtreinigungsbetriebe die Innenrevision unterstellt. In dieser Position ließ es der Angeklagte zu, dass von Seiten der Stadtreinigungsbetriebe auf der Grundlage fehlerhafter Tariffestsetzungen von Grundstückseigentümern um insgesamt 23 Mio. Euro überhöhte Entgelte für die Straßenreinigung erhoben wurden. Als Täter eines durch aktives Tun begangenen Betrugs war dafür ein anderer Mitarbeiter des Unternehmens verantwortlich. Dem Angeklagten wurde zur Last gelegt, dass er dagegen nicht eingeschritten ist. In dem „Mobbing-Fall“, dessen revisionsgerichtliche Beurteilung in BGHSt 57, 42 ff<sup>28</sup> veröffentlicht ist, hatte der Angeklagte nicht verhindert, dass ein einzelner Arbeitnehmer des städtischen Bauhofs von mehreren Kollegen über einen längeren Zeitraum wiederholt in übelster Weise misshandelt, gequält und gedemütigt wurde. Der Angeklagte hatte die Stellung eines Vorarbeiters und war unmittelbarer Vorgesetzter der Mobbing-Täter.

## 2. Strafrechtsdogmatische Behandlung

Sowohl die Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen zum Betrug (§§ 263, 27, 13 StGB) im *Stadtreinigungsfall* als auch die Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen zu gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung und Nötigung (§§ 223, 224, 240, 27, 13 StGB) im *Mobbing-Fall* setzt eine Garantenstellung des Angeklagten voraus, § 13 StGB. Die Voraussetzungen der Garantenstellung sind vom Gesetzgeber weder in § 13 StGB noch an anderer strafgesetzlicher Stelle festgelegt.<sup>29</sup> Daher herrscht darüber in Rechtsprechung und Lehre große Unsicherheit im Detail. Im Lehrbuch von *Wessels* hieß es dazu im Jahr 1985: „Die Frage, wann und auf welche Weise eine strafrechtlich relevante

Garantenstellung entsteht, ist noch nicht abschließend geklärt“.<sup>30</sup> Heute – im Jahr 2016 – ist diese Frage ungeklärter denn je.<sup>31</sup> „Verfassungsrechtliche Bedenken“ zu äußern gehört deshalb zwar zum Standardrepertoire strafrechtlicher Lehrbücher und Kommentare.<sup>32</sup> Gleichwohl wird die Gesamtlegal-situation überwiegend als verfassungsrechtlich akzeptabel bezeichnet.<sup>33</sup> Mit den in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Verboten der Analogie oder gewohnheitsrechtlicher Strafbarkeitsbegründung wird dabei teilweise recht lässig umgegangen.<sup>34</sup> Nur wenige Autoren sprechen klar und entschieden von einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und daraus resultierender Verfassungswidrigkeit gem. Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>35</sup> Symptomatisch für die allgemeine Beliebigkeit ist, dass in Lehre und Rechtsprechung Garantenstellungen nicht (mehr) aus formalen Rechtsquellen (Gesetz, Vertrag), sondern aus einer tatsächlich übernommenen oder übertragenen Beschützer- oder Überwacherposition abgeleitet werden.<sup>36</sup> Deren rechtliche Entstehungsbedingungen seien gleichgültig. Das Funktionieren gesellschaftlichen Lebens beruhe auf der Verteilung von Zuständigkeiten für Schutz und Überwachung. Das Vertrauen auf die ordnungsgemäße Wahrnehmung dieser Zuständigkeiten erfahre strafrechtlichen Schutz in Gestalt der unechten Unterlassungsdelikte. Die rechtliche Seite der tatsächlichen Innehabung einer solchen Position sei die Garantenstellung im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB. Zu den zu überwachenden Gefahrenquellen gehöre unter anderem der eigene Körper jedes Menschen. Daraus resultiere die Garantenstellung aus Ingerenz

<sup>26</sup> Zur Garantenstellung aus der „Pflicht zur Produktbeobachtung“ BGHSt 37, 106 (114 ff.); *Rengier*, AT, § 50 Rn. 59.

<sup>27</sup> Sachverhalt und Lösungshinweise bei *Wessels/Beulke/Satzger*, 45. Aufl. 2015, Rn. 1017.

<sup>28</sup> Sachverhalt und Lösungshinweise bei *Wessels/Beulke/Satzger*, 45. Aufl. 2015, Rn. 1020; *Rengier*, AT, § 50 Rn. 69.

<sup>29</sup> *Weigend*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 18.

<sup>30</sup> *Wessels*, AT, 15. Aufl. 1985, S. 211.

<sup>31</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 1005: „Die Frage, wann und auf welche Weise eine strafrechtlich relevante Garantenstellung entsteht, ist noch nicht abschließend geklärt.“

<sup>32</sup> *Freund*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 26; *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 5; *LK-Weigend* § 13 Rn. 19; *Wohlens/Gaede*, in: Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 3.

<sup>33</sup> BVerfGE 96, 68 ff.; *SSW-Kudlich*, § 13 Rn. 3.

<sup>34</sup> Vgl. z. B. Schönke/Schröder/Stree/Bosch, § 13 Rn. 5/6: „Ganz im Gegenteil gewährleistet gerade die Ableitung von Garantenpflichten im Wege des Analogieschlusses zu bereits anerkannten Pflichtenstellungen die hinreichende Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung“; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn. 91: „Wer durch sein Verhalten die Gefahr eines Schadenseintritts heraufbeschwört, ist als Garant verpflichtet, den Schadenseintritt zu verhindern. Dieser Satz hat auch ohne nähere Begründung eine Überzeugungskraft, die ihn fast als gewohnheitsrechtlich geltenden Rechtssatz erscheinen lässt“.

<sup>35</sup> *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 214; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 42; *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 49.

<sup>36</sup> *Wessels*, AT, 15. Aufl. 1985, S. 211; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 1005; *Rengier*, AT, § 50 Rn. 3.

bei eigenverantwortlichen Personen und die Garantstellung von Aufsichtspflichtigen (z. B. Eltern) bei Personen ohne eigene Verantwortlichkeit (z. B. minderjährige Kinder). Diese „Funktionenlehre“ taugt zwar zur Herstellung eines Systems von Garantstellungen, gibt aber keinerlei Informationen über die rechtliche Entstehungsgrundlage.<sup>37</sup> In seiner jetzigen Form ist der inhaltsleere § 13 StGB eine Aufforderung an die Rechtsprechung zur Erfindung von Garantstellungen. Das ist ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sowie gegen die verfassungsrechtliche Differenzierung in gesetzgebende, verwaltende und rechtsprechende Staatsgewalt (sog. „Gewaltenteilung“: Legislative, Exekutive, Judikative).

Der BGH hat im Stadtreinigungs-Fall eine Garantstellung des Angeklagten mit der „Übernahme eines Pflichtenkreises“ begründet.<sup>38</sup> Auf die „Rechtsform“ der Übertragung der Pflichten komme es nicht an. Deshalb sei hier nicht der rechtliche Pflichten begründende Dienstvertrag des Angeklagten ausschlaggebend, sondern vielmehr „ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Übertragenden [den Dienstherrn des Angekl., W.M.] gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu überantworten“.<sup>39</sup> Im Mobbing-Fall hatte der vor dem BGH die Anklage vertretende Generalbundesanwalt eine Garantstellung bejaht, der BGH hat sie im Einklang mit dem Landgericht verneint. Dabei lässt die Begründung des BGH im Grundsätzlichen alles offen.<sup>40</sup> Möglich wäre es, dass dem Angeklagten auf Grund seines Arbeitsvertrages mit der Stadt die Pflicht übertragen worden ist, als Vorgesetzter Schutzaufgaben zugunsten nachgeordneter Arbeitnehmer wahrzunehmen. Aber der Geschädigte habe nicht zu dem Personenkreis gehört, für dessen Schutz der Angeklagte verantwortlich gewesen sei. Auch eine Überwachungspflicht gegenüber den ihm unterstellten Arbeitnehmern habe der Angeklagte nicht gehabt. Eine solche Pflicht zur Verhinderung von Straftaten könne es zwar geben. Sie beschränke sich aber auf die Verhinderung „betriebsbezogener Straftaten“ und um solche habe es sich bei den Misshandlungen und Demütigungen des Geschädigten durch seine Kollegen nicht gehandelt. Der Inhaber des Betriebs und die für ihn Aufsichtspflichtigen wahrnehmenden Mitarbeiter hätten keine Pflicht, „auch solche Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten zu verhindern, die nicht Ausfluss seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftender Gefahren

sind, sondern die sich außerhalb seines Betriebs genauso ereignen könnten.“<sup>41</sup>

Schaut man nach der Lektüre dieser beiden BGH-Entscheidungen noch einmal in das AT-Lehrbuch von *Wessels* aus dem Jahr 1985, stellt man fest, dass es mit dem dort gespeicherten strafrechtlichen Wissen der damaligen Zeit möglich gewesen wäre, das Problem recht eng einzukreisen.<sup>42</sup> Aber zum Kern der Begründungen vorzustoßen, wie die beiden BGH-Strafsenate sie in ihren Verfahren entwickelt haben, wäre gewiss nicht möglich gewesen. Fälle wie diese waren damals in der Ausbildungsliteratur kein Thema. Was dazu in aktuellen Lehrbüchern zu lesen ist, trägt zur Entwirrung auch wenig bei. Der Verfasser des Lehrbuches *Wessels/Beulke/Satzger* von 2015 lehnt die Entscheidung des BGH im Stadtreinigungs-Fall ab<sup>43</sup> und fasst die Entscheidung des Mobbing-Falls ohne eigene Stellungnahme knapp zusammen.<sup>44</sup> In beiden Fällen wäre der Rechtssicherheit mehr damit gedient gewesen, den vertraglichen Rechtsverhältnissen der Beteiligten größere Bedeutung für die Schutz- und Überwachungspflichten zuzumessen.<sup>45</sup> Dann hätte sich auch im Mobbing-Fall überzeugend begründen lassen, dass der Arbeitgeber – die Stadt – gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer eine Schutzpflicht hatte, die ihrerseits durch Arbeitsvertrag auf den Angeklagten überwältigt worden ist. Das nichtssagende Etikett „betriebsbezogen“ ist nicht geeignet, das Martyrium des schikanierten Arbeiters aus dem Verantwortungsbereich seines Arbeitgebers und des für diesen handelnden Leitungspersonals zu entfernen. Der Arbeitgeber schuldet seinem Arbeitnehmer Schutz gegen Übergriffe anderer Arbeitnehmer. Diese vertragliche Nebenpflicht ist Korrelat der arbeitsvertraglichen Pflicht des Arbeitnehmers zur Anwesenheit an der Betriebsstätte.<sup>46</sup> Denn auf Grund dieser arbeitsvertraglichen Pflicht hat der gepeinigter Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit, sich selbst zu schützen, indem er der Arbeitsstätte fernbleibt oder von dort – sobald er wieder angegriffen wird – die Flucht ergreift. Am Arbeitsplatz missandelt zu werden und sich nicht durch Meiden dieses Ortes davor selbst schützen zu können, ist ein „betriebsbezogenes“ Risiko des Arbeitnehmers, das einzugehen er seinem Vertragspartner – dem Arbeitgeber – schuldet. Im Gegenzug muss dieser ihm dafür den Schutz bieten, der erforderlich ist, um die Einschränkung der Selbstschutzmöglichkeiten zu kompensieren. Wenn der Arbeitgeber

<sup>37</sup> SSW-Kudlich, § 13 Rn. 16.

<sup>38</sup> BGHSt 54, 44 (48).

<sup>39</sup> BGHSt 54, 44 (49).

<sup>40</sup> BGHSt 57, 42 (45): „Dabei kann dahinstehen .... Selbst wenn hier ... anzunehmen sein sollte ...“.

<sup>41</sup> BGHSt 57, 42 (46); im Ergebnis zustimmend *Rengier*, AT, § 50 Rn. 69.

<sup>42</sup> *Wessels*, AT, 15. Aufl. 1985, S. 212 („aus der freiwilligen Übernahme von Schutz- und Beistandspflichten“); S. 213 („aus der Pflicht zur Beaufsichtigung Dritter“).

<sup>43</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 1017.

<sup>44</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 1020.

<sup>45</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 21 Rn. 63 ff.

<sup>46</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 21 Rn. 85.

die Wahrnehmung dieser Schutzpflicht vertraglich auf einen Mitarbeiter überträgt, rückt dieser in die Garantenstellung des Arbeitgebers ein.

## IV. Hypothetische Einwilligung

### 1. Sachverhalt

Die Thematik der „hypothetischen Einwilligung“ hat gegenwärtig noch einen gegenständlich eng begrenzten Wirkungskreis, was mit ihrer Herkunft aus dem Bereich des zivilrechtlichen Arzthaftungsrechts zusammenhängt. Durch das Patientenrechtgesetz von 2013 wurde sie in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB zum Bestandteil des geltenden Bürgerlichen Rechts ernannt. Die Rechtsprechung der Strafgerichte hatte die Rechtsfigur schon vor der Jahrtausendwende in das Arztstrafrecht übernommen.<sup>47</sup> Fälle außerhalb dieses medizinrechtlichen Bereichs sind bislang noch nicht in nennenswertem Ausmaß bekannt geworden. Die Strafrechtswissenschaft diskutiert jedoch über das Thema mit großer Intensität und unter wesentlich breiterem Blickwinkel. Eine Anwendung auf „allgemeine“ Strafrechtsfälle jenseits des Arztrechts erscheint also als nicht ausgeschlossen. Eine typische Sachverhaltskonstellation aus der Rechtsprechung des BGH ist der Fall einer Nachoperation im Anschluss an eine vorangegangene missglückte Bandscheibenoperation.<sup>48</sup> Die Patientin P war wegen schwerer Bandscheibenbeschwerden im Lendenwirbelbereich von der Ärztin K nach ordnungsgemäßer Aufklärung operiert worden. Bei der Ausführung der Operation unterließ K eine Verwechslung, die zur Folge hatte, dass die falsche Bandscheibe (mit einem nur leichten Prolaps) operiert wurde. Der schwere Bandscheibenvorfall blieb indessen unbehandelt. Aus diesem Grund ließen die Beschwerden der Patientin nicht nach und es traten postoperativ Komplikationen auf. Nachdem daraufhin K ihren Fehler bemerkt hatte, erklärte sie der P wahrheitswidrig, es sei ein erneuter Bandscheibenvorfall aufgetreten, der durch eine zweite Operation entfernt werden müsse. Den Behandlungsfehler der ersten Operation verschwieg die K. Diese wollte dadurch die Einwilligung der P in eine weitere Operation erschleichen, um dabei die Gelegenheit zu erhalten, den Fehler der ersten Operation zu korrigieren und zu vertuschen. Dieses Vorhaben gelang. P erteilte ihre Einwilligung und K entfernte bei der zweiten Operation den schweren Bandscheibenvorfall, den sie schon durch die erste Operation hätte entfernen müssen. Als später alles herauskam, stellte sich auch heraus, dass P in die zweite Operation auch dann eingewilligt hätte,

wenn K ihr zuvor die Wahrheit gesagt und ihren Operationsfehler aufgedeckt hätte.

### 2. Strafrechtsdogmatische Behandlung

Die hypothetische Einwilligung entfaltet eine unrechts- und strafbarkeitsausschließende Wirkung nur unter der Voraussetzung, dass die ärztliche Maßnahme, auf die sie sich bezieht, den Tatbestand einer Körperverletzung (§§ 223, 229 StGB) erfüllt. Das ist im Bereich der ärztlichen Heilbehandlung umstritten, soweit es um lege artis durchgeführte Maßnahmen geht.<sup>49</sup> Die Rechtsprechung bewertet den Eingriff in die physische Substanz des menschlichen Körpers generell als tatbestandsmäßige Körperverletzung ungeachtet seiner heilsamen Wirkung im konkreten Fall.<sup>50</sup> Im „Bandscheiben-Fall“ hat K daher sowohl durch die erste als auch durch die zweite Operation tatbestandsmäßige Körperverletzung begangen. Wegen des Fehlers bei der ersten Bandscheiben-Operation ist Strafbarkeit aus § 229 StGB begründet. Vorsätzliche Körperverletzung (§ 223 StGB) kommt nicht in Betracht, weil K die Fehlerhaftigkeit ihres Handelns nicht bemerkte und sich deshalb vorstellte, ihre Tat sei von der rechtfertigenden Einwilligung der P gedeckt. Sie befand sich also in einem Erlaubnistatbestandsirrtum. Dieser Irrtum schließt gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB bzw. in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift den Vorsatz aus.<sup>51</sup> Fraglich ist die Strafbarkeit der zweiten Bandscheiben-Operation. Obwohl K dabei alles richtig gemacht hat, hat sie nach der Grundannahme der Rechtsprechung zum ärztlichen Heileingriff den objektiven Tatbestand des § 223 StGB erfüllt. Daher bedarf es zum Ausschluss des Unrechts und der Strafbarkeit einer wirksamen Einwilligung der Patientin. Diese ist nach wohl noch h. M. ein Rechtfertigungsgrund, der die Tatbestandsmäßigkeit unberührt lässt und die Rechtswidrigkeit ausschließt.<sup>52</sup> Wäre im „Bandscheiben-Fall“ die erklärte Einwilligung der P in die zweite Operation wirksam gewesen, hätte K keine rechtswidrige Tat begangen und bliebe deshalb straffrei. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer rechtfertigenden Einwilligung sind gesetzlich nicht geregelt. Außer in § 228 (früher: § 226a) nimmt das StGB zu ihr nicht Stellung. Ihre Geltungsgrundlage ist daher Gewohnheitsrecht. Ungeachtet vieler Differenzen en detail herrscht dem Grund nach Konsens darüber, dass eine wirksame Einwilligung

<sup>47</sup> BGH, NStZ 1996, 34; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 580.

<sup>48</sup> *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2013, Rn. 72; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 581.

<sup>49</sup> *Lackner/Kühl*, § 228 Rn. 14.

<sup>50</sup> BGH, NStZ 1996, 34 (35).

<sup>51</sup> *Wessels*, AT, 15. Aufl. 1985, S. 129; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 709; *Rengier*, AT, § 30 Rn. 20.

<sup>52</sup> *Wessels*, AT, 15. Aufl. 1985, S. 98; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 550.

frei von Willensmängeln sein muss.<sup>53</sup> In Bezug auf die spezielle Situation des ärztlichen Heileingriffs bedarf es zur Gewährleistung hinreichender Informiertheit und Irrtumsfreiheit des Patienten einer eingehenden ärztlichen Aufklärung.<sup>54</sup> Diese Aufklärung, ihre Richtigkeit und Vollständigkeit ist also eine unmittelbare Wirksamkeitsvoraussetzung der rechtfertigenden Einwilligung.<sup>55</sup> Natürlich muss die Aufklärung vor dem Eingriff erteilt werden, weil auch die Einwilligung selbst nur dann rechtserheblich sein kann, wenn sie vor der Tat erklärt wurde und während er Tatbegehung noch Bestand hat, also nicht vorher widerrufen worden ist.<sup>56</sup> Was die Patientin nach der erfolgreichen zweiten Operation erfahren und daraufhin in Bezug auf ihre Einstellung zu dieser Operation geäußert hat, vermag somit zu einer rechtfertigenden Einwilligung nichts beizutragen. Die Einwilligung, die sie vor dieser Operation ausdrücklich erklärt hatte, war aber unwirksam. Denn K hatte die P nicht ordnungsgemäß aufgeklärt, sondern sogar absichtlich über den medizinischen Zweck des zweiten Eingriffs getäuscht.

An dieser Stelle rückt nun die ursprünglich im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht kreierte und später in Strafverfahren gegen Mediziner von den Gerichten aufgegriffene Figur der „hypothetischen Einwilligung“ in den Vordergrund. Bevor auf deren dogmatische Natur näher eingegangen wird, ist aber darauf hinzuweisen, dass es sich um etwas anderes handelt als die „mutmaßliche Einwilligung“.<sup>57</sup> Zwar sind die beiden Einwilligungsunterarten sehr ähnlich. Beide stützen sich auf die Mutmaßung, dass der Patient im Zeitpunkt der ärztlichen Maßnahme dieser Behandlung zugestimmt hätte. Aber auf „mutmaßliche Einwilligung“ darf nur abgestellt werden, wenn es im Zeitpunkt der Tat faktisch nicht möglich ist, eine Willensbekundung des Betroffenen herbeizuführen – z. B. weil es sich um eine bewusstlose Person handelt – und der Eingriff auch nicht aufgeschoben werden kann (z. B. wegen akuter Lebensgefahr), bis der Betroffene wieder willensbildungs- und äußerungsfähig geworden ist.<sup>58</sup> In Fällen der hypothetischen Einwilligung liegt eine derartige Dringlichkeitssituation nicht vor.<sup>59</sup> Der Patient kann sich vor dem ärztlichen Eingriff

entscheiden und dies dem Arzt kundgeben. Genau das geschieht ja auch infolge der vorangegangenen Aufklärung. Wäre diese Aufklärung korrekt gewesen, würde sich die Frage nach einem Einwilligungssurrogat von vornherein nicht stellen. Sie stellt sich, weil die Aufklärung fehlerhaft und die daraufhin erklärte Einwilligung unwirksam war. Die Antwort auf die Frage nach dem Einwilligungssurrogat kann jedoch nicht „mutmaßliche Einwilligung“ lauten. Eben deshalb wurde die hypothetische Einwilligung „erfunden“. Praktische Relevanz erlangt diese stets nach der Tat, wenn – hauptsächlich auf Grund entsprechender Äußerungen des betroffenen Patienten – bekannt wird, dass dieser in den ärztlichen Eingriff auch dann eingewilligt hätte, wenn er zuvor ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre. Im Bandscheiben-Fall war es so: die Patientin wäre mit der zweiten Operation einverstanden gewesen, wenn ihr zuvor die Wahrheit über den Behandlungsfehler bei der ersten Operation offenbart worden wäre. Daraufhin entschied der BGH, dass die angeklagte Ärztin sich nicht wegen Körperverletzung strafbar gemacht habe. Die Integration der hypothetischen Einwilligung in das System der Strafrechtsdogmatik erweist sich jedoch als schwierig. Einigkeit darüber ist schon deswegen nicht herzustellen, weil eine deutliche Mehrheit in der Strafrechtswissenschaft die hypothetische Einwilligung grundsätzlich ablehnt. Mit der Anerkennung dieses Straflosigkeitgrundes werde das Erfordernis einer ärztlichen Aufklärung hinfällig und die Patientenautonomie, deren Sicherung die Aufklärungspflicht dient, untergraben.<sup>60</sup>

Im Lager derjenigen, die sich für die hypothetische Einwilligung aussprechen, werden verschiedene dogmatische Erklärungen vorgeschlagen: die Rechtsprechung scheint in der hypothetischen Einwilligung einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund neben Einwilligung und mutmaßlicher Einwilligung zu sehen.<sup>61</sup> In der Literatur werden vor allem Konstruktionen favorisiert, die in Anlehnung an die „objektive Zurechnung des Erfolges“ auf das Fehlen des Schutzzweckszusammenhanges zwischen Aufklärungsmangel und Einwilligungsmangel abstellen.<sup>62</sup> Zwar sei die Tat ohne wirksame Einwilligung ausgeführt worden und daher rechtswidrig.<sup>63</sup> Der Schutzzweck der Aufklärungspflicht sei deswegen aber nicht verfehlt worden, weil der Patient tatsächlich nicht vor einer Entscheidung geschützt werden musste, die er nach korrekter Aufklärung so nicht erklärt hätte. Wie sich der

<sup>53</sup> Wessels, AT, 15. Aufl. 1985, S. 99; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 557.

<sup>54</sup> Lackner/Kühl, § 228 Rn. 14.

<sup>55</sup> Wessels, AT, 15. Aufl. 1985, S. 99; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 558.

<sup>56</sup> Wessels, AT, 15. Aufl. 1985, S. 100; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 566.

<sup>57</sup> Rengier, AT, § 23 Rn. 62: „darf auf keinen Fall mit der mutmaßlichen Einwilligung verwechselt werden“.

<sup>58</sup> Wessels, AT, 15. Aufl. 1985, S. 100; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 570.

<sup>59</sup> Roxin, AT I, § 13 Rn. 132.

<sup>60</sup> Frister, AT, 15/35; dagegen SSW-Rosenau, vor § 32 Rn. 53.

<sup>61</sup> BGH, StV 2004, 377; dagegen Freund, AT, § 3 Rn. 44b; Roxin, AT I, § 13 Rn. 122.

<sup>62</sup> Fischer, § 223 Rn. 33; Lackner/Kühl, § 228 Rn. 17a; Murmann, Grundkurs, § 25 Rn. 132; Roxin, AT I, § 13 Rn. 120; SSW-Rosenau, vor § 32 Rn. 52.

<sup>63</sup> Roxin, AT I, § 13 Rn. 122.

Bearbeiter einer Strafrechtsklausur entscheidet, ist letztlich egal. Denn wenn er mit seinem Gutachten bis zu dieser Entscheidungssituation gekommen ist, hat er zuvor schon so viel anspruchsvolle Strafrechtsanwendung geleistet, dass die Güte seiner Gesamtleistung von dieser Entscheidung nicht mehr abhängt. Der Begründungsweg, der oben in groben Strichen skizziert wurde ist das, worauf es ankommt.

## V. Rettungsfolter als Notwehr

### 1. Sachverhalt

Einer der spektakulärsten Kriminalfälle Deutschlands nach der Jahrtausendwende war die Entführung und Ermordung des 11-jährigen Bankierssohns Jakob von Metzler durch den Jurastudenten Magnus Gäfgen in Frankfurt am Main. Schon dieses grausame Verbrechen sorgte für Aufsehen und Empörung in der Bevölkerung. Fast noch mehr öffentliche Erregung verursachte aber der Versuch der Frankfurter Polizei, das entführte Kind zu finden, zu befreien und vor dem drohenden Tod zu retten: nachdem der Tatverdächtige Gäfgen verhaftet werden konnte, bemühten sich Beamte der Frankfurter Kriminalpolizei vergeblich, den Beschuldigten in Verhören zur Preisgabe des Ortes zu bewegen, an dem das Kind gefangen gehalten wurde. Da mit dem alsbaldigen Versterben des hilflosen Jungen zu rechnen war, entschloss sich der stellvertretende Polizeipräsident Wolfgang Daschner, dem Beschuldigten schwere körperliche Misshandlungen androhen zu lassen, falls er den Aufenthaltsort des Kindes nicht verrate. Tatsächlich beugte sich Gäfgen schließlich dem Druck und führte die Beamten zu dem Ort, wo er den entführten Jungen eingesperrt hatte. Dieser war aber in der Zwischenzeit verstorben. Nachdem Daschner selbst seine gegenüber Gäfgen praktizierte Vernehmungsmethode seinen Vorgesetzten angezeigt hatte und die Informationen an die Öffentlichkeit gelangten, brach eine Diskussion von seltener Heftigkeit über das Thema „Folter“ los. Gegner und Befürworter der von Daschner angewandten Methode stritten teilweise stark emotionalisiert und mit grotesk übersteigter moralischer Selbstgerechtigkeit über die Zulässigkeit der Anwendung von Folter als letztem Mittel zur Verhinderung eines sonst unabwendbaren Todes. In der rechtswissenschaftlichen Debatte fokussierte sich der Austausch der Argumente alsbald auf die Rechtfertigungsgründe „Nothilfe“ (§ 32 StGB) und „Notstand“ (§ 34 StGB). Von großem Medienaufgebot begleitet fand vor dem Landgericht Frankfurt am Main die Hauptverhandlung gegen Wolfgang Daschner und einen weiteren Kriminalbeamten statt. Im Einklang mit der in der rechtswissenschaftlichen Diskussion vorherrschenden Ansicht, dass Folter durch nichts zu rechtfertigen und absolut verboten

sei, verurteilte das Gericht den Angeklagten, weil er es zugelassen habe (§ 357 StGB)<sup>64</sup>, dass der mitangeklagte Kriminalkommissar den Beschuldigten Gäfgen zu seiner Aussage genötigt (§ 240 StGB) habe.<sup>65</sup> Dass es ihm dabei nur um die Lebensrettung des entführten Jungen ging, vermochte die Tat nach Ansicht des Landgerichts weder zu rechtfertigen<sup>66</sup> noch zu entschuldigen.<sup>67</sup> Da das Gericht jedoch die Schuld des Angeklagten als gering ansah, verzichtete es auf eine Bestrafung und begnügte sich mit einer Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 StGB.<sup>68</sup>

### 2. Strafrechtsdogmatische Behandlung

Mit dem Fall *Daschner/Gäfgen/von Metzler* hielt der Begriff „Folter“ erstmalig Einzug in die Strafrechtslehrbücher, deren Stichwortverzeichnisse zuvor diesen Begriff nicht enthalten hatten. Inzwischen hat sich für die spezielle Konstellation der zum Zweck der Lebensrettung angewandten Folter der Ausdruck „Rettungsfolter“ eingebürgert.<sup>69</sup> Schlägt man bei den unter Fußnote 69 angegebenen Quellen nach, erfährt man, dass es um ein Thema geht, das etwas mit Notwehr (§ 32 StGB) zu tun hat. Genauer gesagt geht es um die altruistische Verteidigung, die üblicherweise als „Nothilfe“ bezeichnet wird und im Text des § 32 Abs. 2 StGB von den Worten „... Angriff von ... einem anderen abzuwenden“ berührt ist. Um die Rechtfertigung der Rettungsfolter nach § 32 StGB dreht sich der Streit hauptsächlich. § 34 StGB als Rechtfertigungsgrundlage spielt daneben eine untergeordnete Rolle.<sup>70</sup> Bei der Prüfung der Notwehrvoraussetzungen ist die erste zu überwindende Hürde die Kontroverse um die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Rechtfertigungsvorschrift auf straftatbestandsmäßiges hoheitliches Handeln.<sup>71</sup> Dieses Thema ist zwar nicht folterspezifisch, muss aber erörtert werden, wenn – wie im Fall *Daschner* – dienstliches Handeln eines Polizeibeamten zu würdigen ist.<sup>72</sup> Auf der Basis der klar dominierenden Ansicht, dass § 32 StGB durchaus auch auf

<sup>64</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (693).

<sup>65</sup> Dazu, dass eine Strafbarkeit aus § 343 StGB nicht begründet ist, LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (695).

<sup>66</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (693-695).

<sup>67</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (695).

<sup>68</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (696).

<sup>69</sup> So im Sachverzeichnis von *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. 2015 auf Seite 449 linke Spalte; unter Stichwort „Folter“ findet man die einschlägigen Erläuterungen bei *Gropp*, AT, 4. Aufl. 2015, S. 658 linke Spalte; *Kühl*, AT, S. 930 linke Spalte und bei *Rengier*, AT, S. 578 linke Spalte.

<sup>70</sup> Dazu *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (302).

<sup>71</sup> *Erb*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 32 Rn. 186 ff.; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 148 ff.; *Rönnau/Hohn*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 216 ff.; *Rengier*, AT, § 18 Rn. 95; *Roxin*, AT I, § 15 Rn. 108 ff.

<sup>72</sup> *B. Heinrich*, AT, Rn. 395.



hoheitliche Gefahrabwendungsmaßnahmen von Polizeibeamten angewendet werden kann,<sup>73</sup> sind sodann die einzelnen Merkmale der Notwehrvorschrift § 32 Abs. 2 StGB zu prüfen. Unproblematisch ist der „gegenwärtige rechtswidrige Angriff“: das Einsperren und Gefangenhalten des entführten Jungen ist ein andauernder Angriff auf die Freiheit des Kindes sowie ein unmittelbar bevorstehender Angriff auf sein Leben.<sup>74</sup> Unter der Voraussetzung, dass das Kind noch lebt – was im Fall Jakob von Metzler nicht mehr der Fall war<sup>75</sup> – ist der auf den Entführer ausgeübte Zwang zur Preisgabe des Opferverstecks auch geeignet diesen Angriff abzuwenden. Die „Folter“ ist daher eine „Verteidigung“, die auch erforderlich ist, wenn eine Befreiung des Entführten auf andere Weise nicht möglich ist.<sup>76</sup> Der dogmatische Grund dafür, dass Rechtsprechung und herrschende Strafrechtslehre im Ergebnis eine Rechtfertigung aus § 32 StGB doch ablehnen, ist somit im Bereich der „Gebotenheit“ der Notwehr verankert, § 32 Abs. 1 StGB: da die Folter in verschiedenen supranationalen Normen wie z. B. Art. 3, 15 EMRK unter ein absolutes ausnahmsloses Verbot gestellt ist und zudem als Verletzung der ebenfalls gegen abwägende Relativierung immunisierten Menschenwürde (Art. 1 GG) verstoße, bestehe eine unüberwindliche Notwehrschranke.<sup>77</sup> Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB scheitert daran, dass die Folter kein „angemessenes Mittel“ sei.<sup>78</sup> Eine von zahlreichen Anhängern unterstützte Gegenmeinung lehnt diesen Rigorismus ab und weist unter anderem auf die verletzte Menschenwürde des Entführungsofers hin.<sup>79</sup> Danach ist eine Rechtfertigung der Folterpraktiken auf der Grundlage des § 32 StGB möglich.<sup>80</sup> Noch wenig erörtert ist die Fallvariation, in der nicht ein Polizeibeamter, sondern eine Privatperson – z. B. der Vater des entführten Kindes – Folter gegen den mutmaßlichen Entführer anwendet. Allerdings wird auch zu dieser Konstellation überwiegend der Ausschluss

des Nothilferechts wegen mangelnder „Gebotenheit“ behauptet.<sup>81</sup> Soweit der Folter-Täter zu der zu rettenden Person in einer persönlichen Nähebeziehung steht, kann seine Tat auf der Grundlage des § 35 StGB zumindest entschuldigt werden.<sup>82</sup> Den Angeklagten im Verfahren *Daschner* konnte so nicht geholfen werden, weil sie keine Angehörigen des entführten Jungen waren.<sup>83</sup> Vereinzelt wird mit Blick auf den starken Gewissensdruck, dem auch nicht nahestehende Personen ausgesetzt sein können („Die Polizei – dein Freund und Helfer“), eine übergesetzliche Entschuldigung vorgeschlagen.<sup>84</sup> Insgesamt ist auch nach mehr als 10 Jahren, die seit der Entscheidung des LG Frankfurt vergangen sind, der Meinungsstand so kontrovers wie zuvor. Auch wenn es keine neuen realen Fälle mehr geben sollte, ist das Thema für den universitären Unterricht und gewiss auch für Examensaufgaben nach wie vor sehr interessant. Hochkompliziert wird die strafrechtliche Würdigung, wenn es nicht mehr nur um die Würdigung der lebensrettenden Folter selbst geht, sondern um den gewissermaßen spiegelbildlichen Fall der Unterlassung lebensrettender Folter oder – noch schwieriger – der aktiven Vereitelung lebensrettender Folter.<sup>85</sup>

## VI. Notwehr gegen Amtsträger

### 1. Sachverhalt

Gewissermaßen ein „Seitenwechsel“ der Polizei im Vergleich zu der oben erörterten „Rettungs-Folter“-Konstellation kennzeichnet das Geschehen, um dessen notwehrrechtliche Bedeutung es hier geht: befinden sich die Polizeibeamten in der Rettungs-Folter-Situation als angriffsabwehrende Nothelfer auf der Seite des Angegriffenen, sind sie in der im Folgenden zu besprechenden Thematik selbst die Angreifer, gegen deren rechtsverletzendes Handeln sich ein Bürger wehrt. Es geht also um die Frage, ob dieser Bürger nach § 32 StGB gerechtfertigt ist, wenn er sich gewalttätig – also durch gem. §§ 113, 223, 212, 22 StGB strafatbestandsmäßiges Handeln – dem polizeilichen Zugriff zu entziehen versucht.<sup>86</sup> Erst vor kurzem hatte der BGH Gelegenheit, als Revisionsgericht zu einem derartigen

<sup>73</sup> MK-Erb, § 32 Rn. 189; Rengier, AT, § 18 Rn. 96; a.A. LK-Römmel/Hohn, § 32 Rn. 220 ff.

<sup>74</sup> Kühl, AT, § 7 Rn. 156a.

<sup>75</sup> Deswegen ging es in dem Verfahren gegen *Daschner* um einen Erlaubnistatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB entspr.) bzgl. § 32 StGB.

<sup>76</sup> Die Erforderlichkeit bestreitet im Fall *Daschner* Roxin, AT I, § 15 Rn. 105, weil seiner Meinung nach nicht alles versucht worden sei, das Schweigen des Tatverdächtigen mit dem Hinweis auf die lockende Strafmilderung im Falle einer Kooperation zu brechen.

<sup>77</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (694); Fischer, § 32 Rn. 14; Roxin, AT I, § 15 Rn. 106; SSW-Rosenau, § 32 Rn. 37a; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 427.

<sup>78</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (693); Roxin, AT I, § 16 Rn. 97.

<sup>79</sup> Brugger, Der Staat, Bd. 35 (1996), 67 (79); Murmann, Grundkurs, § 25 Rn. 104.

<sup>80</sup> MK-Erb, § 32 Rn. 6 ff.; Kühl, AT, § 7 Rn. 156a; Lackner/Kühl, § 32 Rn. 14.

<sup>81</sup> Schönke/Schröder/Perron, § 32 Rn. 62a; a.A. Murmann, Grundkurs, § 25 Rn. 104.

<sup>82</sup> Rengier, AT, § 18 Rn. 99; Schönke/Schröder/Perron, § 32 Rn. 62a.

<sup>83</sup> LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (695); Roxin, AT I, § 22 Rn. 166.

<sup>84</sup> Roxin, AT I, § 22 Rn. 168; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 679; dagegen im Fall *Daschner* LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (695); zust. Roxin, AT I, § 22 Rn. 169.

<sup>85</sup> Dazu ausführlich Mitsch, FS Roxin, 2011, 639 ff.

<sup>86</sup> Die Thematik ist noch relativ neu und wurde im Notwehrkapitel des Lehrbuchs von Wessels, AT, 15. Aufl. 1985 weder bei der Rechtswidrigkeit des Angriffs (S. 89) noch bei der Gebotenheit der Notwehr (S. 93 ff.) erwähnt.

Tatgeschehen Stellung zu nehmen.<sup>87</sup> Zugrunde lag eine Polizeiaktion, wie sie angesichts des Zustroms von schutz- und asylsuchenden Flüchtlingen wahrscheinlich häufig vorkommen wird: die zuständige Ausländerbehörde hatte die Polizei ersucht, bei der Abschiebung (§ 34 AsylVfG, § 58 AufenthG) eines abgelehnten Asylbewerbers aus dem Irak Vollzugshilfe zu leisten. Dabei war aber übersehen worden, dass die Behörde dem Abzuschiebenden noch eine mehrwöchige Duldung gewährt hatte, die nicht widerrufen (was möglich gewesen wäre, vgl. § 60a Abs. 5 S. 2 AufenthG) worden war. Der Asylbewerber war versehentlich nicht über die unmittelbar bevorstehende Abschiebung informiert worden. Dies wussten die Polizeibeamten, die den Iraker von seiner Wohnung zum Flughafen in Frankfurt am Main bringen sollten, aber nicht. Sie gingen vielmehr davon aus, dass der Mann sofort abzuschieben war und ihm dies von der Behörde auch ordnungsgemäß bekannt gegeben worden war. Gegen die von den Polizeibeamten ausgesprochene Aufforderung, sie zum Flughafen zu begleiten, widersetzte sich der Iraker. Er drohte mit Suizid, flüchtete über den Balkon in eine benachbarte Wohnung und versteckte sich dort in einem Geräteschuppen. Als die Polizeibeamten ihn dort aufspürten, bedrohte er sie mit einem Messer und führte Stichbewegungen gegen einen der Beamten aus, ohne diesen aber zu verletzen. Da er dabei mit Tötungsvorsatz handelte, wurde er unter anderem wegen versuchten Totschlags angeklagt und verurteilt.

## 2. Strafrechtsdogmatische Behandlung

Im Mittelpunkt der Entscheidung des BGH stand die Frage, ob dem Angeklagten gegenüber den ihn bedrängenden Polizeibeamten ein Notwehrrecht zustand. Grundsätzlich ist die Anwendung des § 32 StGB bei gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen einem Bürger und der ihm gegenüber hoheitlich auftretenden Staatsmacht möglich. Notwehrfähiger Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB kann auch das Handeln eines Amtsträgers sein, der seine Befugnis zu hoheitlichem Handeln wahrnimmt und dabei ein rechtlich geschütztes Individualrechtsgut gefährdet oder verletzt. Maßstab für die Rechtfertigung der dagegen geübten Abwehr ist wie beim Angriff einer Privatperson § 32 StGB. Vor allem ist der Bürger nicht darauf verwiesen, die hoheitliche Maßnahme ungeachtet ihrer möglicherweise unzweifelhaften Rechtswidrigkeit zunächst einmal zu dulden und die Verteidigung seiner Rechte nachträglich durch Wahrnehmung der verwaltungsrechtlichen und verwaltungsprozessrechtlichen Rechtsbehelfe (z. B. Fortsetzungsfeststellungsklage, Amtshaftungsansprüche) geltend zu machen. Man

darf sich sofort dagegen wehren, wenn der Staat „angreift“ und dabei die Grenzen von Recht und Gesetz überschreitet. Voraussetzung ist, dass das Handeln des Amtsträgers rechtswidrig im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB ist. Da die „vollziehende Gewalt“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG „an Gesetz und Recht gebunden“ ist, liegt es nahe, die Rechtswidrigkeit des Angriffs daran zu messen, ob der Amtsträger die für sein Handeln geltenden Rechtmäßigkeitsbestimmungen missachtet hat. Konkret würde das z. B. bedeuten, dass der gewaltsame Versuch einen Ausländer abzuschieben, der nach dem maßgebenden Ausländerrecht (Aufenthaltsgesetz) nicht oder jedenfalls zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschoben werden darf, ein rechtswidriger Angriff gegen diesen Ausländer ist. Denn eine von der Behörde verfügte Duldung setzt den Vollzug der Abschiebung zeitweilig aus, vgl. § 60a AufenthG. So war die aufenthaltsrechtliche Lage in dem Fall, über den der BGH zu entscheiden hatte. Das Vorgehen der Ausländerbehörde und damit auch das Vorgehen der Polizei gegen den irakischen Asylbewerber war ein gegenwärtiger Angriff<sup>88</sup> und verstieß gegen die Regeln des Aufenthaltsrechts.<sup>89</sup> Dennoch verneinte der BGH einen rechtswidrigen Angriff der Polizeibeamten und sprach daher dem Angeklagten das Notwehrrecht ab.<sup>90</sup> Dies stimmt mit der in der Literatur vorherrschenden Ansicht überein und bestätigt, dass dem Notwehrrecht ein eigenständiger Rechtswidrigkeitsbegriff zugrunde liegt.<sup>91</sup>

Da das deutsche Notwehrrecht außerordentlich „schneidig“ ausgestaltet ist,<sup>92</sup> muss bei der Auslegung der einzelnen Notwehrmerkmale darauf geachtet werden, dass der Einklang mit den zugrunde liegenden Grundgedanken der Notwehr gewahrt bleibt. Die Schärfe des Notwehrrechts, die sich durch das Fehlen einer Ausweichobliegenheit und einer Verhältnismäßigkeitschranke äußert, gewinnt ihre Legitimation vor allem aus der Verantwortlichkeit des Angreifers für den Konflikt. Der Angreifer bringt sich durch sein eigenes Verhalten in die für ihn rechtlich äußerst ungünstige Lage, in der auf seine Belange nur durch die Notwehrgrenzen „gegenwärtig“ und „erforderlich“ Rücksicht genommen wird. Das ist legitim, weil der Angreifer sich durch Unterlassung oder Beendigung des Angriffs selbst schützen kann und die mittels Notwehr zugefügte Verletzung deshalb als Folge selbstgefährdenden Verhaltens bewertet werden kann. Wo diese Selbstschutzzfähigkeit des Angreifers nicht vorhanden oder vermindert ist, muss

<sup>87</sup> BGHSt 60, 253 ff.

<sup>88</sup> BGHSt 60, 253 (256).

<sup>89</sup> BGHSt 60, 253 (257).

<sup>90</sup> BGHSt 60, 253 (258).

<sup>91</sup> Kühl, AT, § 7 Rn. 70: „... eigentlich zu bejahende Notwehr-Frage ist mit einem Fragezeichen versehen worden.“

<sup>92</sup> Kühl, AT, § 7 Rn. 4.

entsprechend die Schärfe der zulässigen Verteidigung zurückgenommen oder das Notwehrrecht ganz ausgeschlossen werden. Das erklärt z. B. die „sozialethische“ Einschränkung des Notwehrrechts gegenüber schuldunfähigen oder sich irrenden Angreifern.<sup>93</sup> Auch hoheitlich handelnde Amtsträger sind Angreifer mit reduzierter Selbstschuttfähigkeit und haben deshalb Anspruch auf eine notwehrrechtliche Sonderbehandlung. Vor allem fehlt ihnen die im Normalfall eines notwehrfähigen Angriffs vorhandene Möglichkeit zur Unterlassung des Handelns, das sich zu einem Angriff gegen einen anderen entwickelt. Während ein Bürger, der einen anderen attackiert, sich vor den drohenden Notwehrfolgen einfach dadurch schützen kann, dass er den Angriff von vornherein unterlässt oder zumindest rechtzeitig abbricht, ist der Amtsträger zur Erfüllung seiner Dienstpflicht verpflichtet. Er verhielte sich rechtswidrig, wenn er untätig bliebe und z. B. einer Gefahr, für deren Bekämpfung er zuständig ist, ihren freien Lauf ließe.<sup>94</sup> Zudem handelt er häufig auf Grund Weisung seines Vorgesetzten und hat deshalb auch eine Gehorsamspflicht zu beachten.<sup>95</sup> Hinzu kommt, dass der Beamte im Vollzugsdienst oft mit Situationen konfrontiert ist, in denen er rasch entscheiden muss ohne die Zeit und die Mittel zu einer gründlichen und umfassenden Aufklärung des Sachverhalts zu haben.<sup>96</sup> Er kann sich also auch in irrums- und fehlentscheidungsträchtigen Lagen nicht vor einer Entscheidung drücken, sondern muss in Sekundenschnelle abwägen, Alternativen ausloten und die möglichen Folgen seiner Entscheidung antizipieren. Dass er dabei leicht die gesetzlichen Grenzen überschreiten kann, ist ein typisches Berufsrisiko, dem das Notwehrrecht angepasst werden muss. Dem rechtswidrigen Verhalten des hoheitlich handelnden Amtsträgers darf deshalb nicht mit der vollen Härte und Schärfe des Notwehrrechts begegnet werden.

Dogmatisch gibt es zwei Varianten der Umsetzung dieses Gedankens: entweder werden die Anforderungen an die Rechtswidrigkeit des Angriffs heraufgesetzt oder es wird – wie bei anderen Fallgruppen – die notwendige Einschränkung des Notwehrrechts durch flexible Handhabung der „Gebotenheit“ (§ 32 Abs. 1 StGB) im konkreten Fall herbeigeführt. Nach der Gebotenheits-Lösung unterliegt das Notwehr-Merkmal des „rechtswidrigen Angriffs“ keinerlei Einschränkungen. Der Angriff des Amtsträgers ist rechtswidrig, wenn er gegen geltendes Recht verstößt. Davon wäre auch in dem obigen Abschiebungs-Fall auszugehen. Auf der Ebene der Gebotenheit müsste dann unter Würdigung sämtlicher relevanter Umstände des

Einzelfalles entschieden werden, ob und in welcher Stärke dem Angegriffenen das Notwehrrecht gegen den Amtsträger zusteht.<sup>97</sup> Daran erkennt man, dass dieser Lösungsweg zu vermehrter Rechtsunsicherheit führt.<sup>98</sup> denn nachdem festgestellt ist, dass der Angegriffene kein uneingeschränktes Selbstverteidigungsrecht hat, muss auf einer weiteren Stufe noch über die konkrete Rechtsfolge entschieden werden. In Betracht kommt eine Einschränkung der zulässigen Verteidigungsintensität oder – im äußersten Fall – der völlige Ausschluss des Notwehrrechts. Verarbeitet man indessen alle Gesichtspunkte, die eine erhöhte Rücksichtnahme gegenüber einem hoheitlichen Angreifer gebieten, bereits bei der Feststellung des rechtswidrigen Angriffs, ist die Rechtsfolge eindeutig: wenn der Angriff auf Grund der erhöhten Anforderungen an die Rechtswidrigkeit nicht rechtswidrig ist, entfällt das Notwehrrecht des Angegriffenen.<sup>99</sup> Das ist für den Bürger zwar hart, aber nicht unzumutbar, da die hinzunehmende Rechtseinbuße in der Regel nur eine vorübergehende sein wird und gegen rechtswidrige Maßnahmen der Staatsgewalt immer effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist, vgl. Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>100</sup> Die Alternative wäre eine gewalttätige Auseinandersetzung, die sich leicht zu einer blutigen und am Ende tödlichen Eskalation auswachsen kann. Bedenkt man, dass die Polizeibeamten in der Regel die „Stärkeren“ sind, könnte eine wirksame Gegenwehr des Bürgers häufig nur durch Einsatz von lebensgefährlichen Waffen ermöglicht werden.<sup>101</sup> Darauf würde die Polizei womöglich ihrerseits mit Waffengewalt antworten. Ein solches Blutbad wäre inakzeptabel und würde das Notwehrrecht insgesamt diskreditieren.<sup>102</sup> Daher ist die überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagene Einschränkung des Rechtswidrigkeits-Begriffs vorzugswürdig. Solange die hoheitliche Maßnahme mit dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht schlechthin unvereinbar, also willkürlich und der zugrunde liegende Verwaltungsakt daher nicht nichtig (§ 44 VwVfG) ist, hat der betroffene Bürger eine Duldungspflicht. Erst bei offensichtlicher und dem handelnden Amtsträger bewusster Rechtswidrigkeit liegt eine Notwehrlage vor.<sup>103</sup> Ob auf dieser Grundlage dann immer noch eine Einschränkung

<sup>93</sup> Kühl, AT, § 7 Rn. 19.

<sup>94</sup> BGHSt 60, 253 (260).

<sup>95</sup> Erb, FS Gössel, 2002, 217 (222).

<sup>96</sup> BGHSt 60, 253 (259); Erb, JR 2016, 29 (31).

<sup>97</sup> OLG Hamm, JR 2010, 361 (362); Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 531.

<sup>98</sup> Erb, JR 2016, 29 (33) spricht in diesem Zusammenhang zutreffend vom „schwammigen Feld“ der sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts.

<sup>99</sup> Erb, FS Gössel, 2002, 217 (223); Zimmermann, JR 2010, 363 (365).

<sup>100</sup> Erb, JR 2016, 29 (32).

<sup>101</sup> BGHSt 60, 253 (263).

<sup>102</sup> Treffend Erb, JR 2016, 29 (30) Fn. 3 : „absurde Konsequenzen“, „sinnlose Eskalationen“.

<sup>103</sup> BGHSt 60, 253 (263); Erb, JR 2016, 29 (31).

der Verteidigungsbefugnis im Rahmen der Gebotenheits-Prüfung zu beachten ist, richtet sich nach den allgemeinen Gebotenheits-Regeln. Denkbar ist, dass aus dem Gesichtspunkt des krassen Missverhältnisses (Beispiel: gegen einen evident rechtswidrigen „Platzverweis“ wehrt sich der Betroffene mit einem tödlichen Pistolenschuss) das Notwehrrecht reduziert und die alle Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 StGB erfüllende Verteidigung daher nicht gerechtfertigt ist.

Die Entscheidung ist im Lichte der aktuellen „Flüchtlingskrise“ nicht ohne politische Brisanz. Was der BGH zur Auslegung des Notwehrmerkmals „rechtswidriger Angriff“ verkündet, ist zwar gut begründet und nimmt dem Notwehrrecht an der richtigen Stelle etwas von seiner Schärfe. Auf der anderen Seite verwundert die Wortkargheit der Entscheidungsgründe zu einem etwaigen Irrtum des Angeklagten über Bestehen und Reichweite seines Notwehrrechts gegenüber dem Polizeibeamten, der ihn immerhin unter Verletzung seines aufenthaltsrechtlichen Status festnehmen und gewaltsam zur Abschiebung bringen wollte. Auch der Angeklagte hatte nicht die Zeit und Muße, sich in aller Ruhe über die Rechtslage Klarheit zu verschaffen, sich dann als vorbildlicher Staatsbürger (der er nicht ist) widerstandslos zum Flughafen bringen zu lassen und darauf zu vertrauen, nach der Ankunft in seiner irakischen Heimat schon noch zu seinem Recht zu kommen. Wie soll überhaupt ein irakischer Staatsangehöriger, dem die Ausländerbehörde offiziell einen Aufschub seiner Abschiebung zugestanden hat, erkennen können, dass es nach deutschem Recht nicht erlaubt ist, sich gegen die rechtswidrige Maßnahme der Polizei zur Wehr zu setzen? Immerhin ist die Einschränkung des Notwehrrechts gegenüber hoheitlich handelnden Amtsträgern ein hoch umstrittenes Thema. Zwar hielt sich der Angeklagte seit 2002 in der Bundesrepublik auf, hätte also genügend Zeit gehabt, sich vorsorglich kundig zu machen, falls es zu einer Konfrontation mit der Polizei kommen sollte.

Das wäre zweifellos im Zusammenhang mit der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums zu erörtern. Offenbar hat das Landgericht, das den Angeklagten wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten verurteilt hatte, einen Verbotsirrtum entweder überhaupt nicht in Erwägung gezogen oder zumindest für vermeidbar gehalten. Wie letzteres zu begründen ist, dürfte für den interessierten Leser, der versucht sich in die Lage des von der sofortigen Abschiebung bedrohten Ausländers zu versetzen, eine spannende Frage sein. Der BGH äußert sich dazu mit ziemlich dünnen Bemerkungen:<sup>104</sup> „Ebenso wenig belegen die Feststellungen einen Erlaubnisirrtum als besondere Erscheinungsform des Verbotsirrtums (§ 17 StGB). Weitere Ausführungen dazu waren nicht geboten. Dem Angeklagten kam es allein auf die Ermöglichung seiner Flucht an. Über die Rechtmäßigkeit des Messereinsatzes zum Erreichen dieses Zieles hat er nicht erkennbar reflektiert.“ Auch würde man gern einige Informationen darüber erhalten, welche tatsächlichen Aussichten der Angeklagte gehabt hätte, gegen die Verletzung seiner Rechte durch die deutsche Staatsgewalt von Erbil (Irak) – wohin die Reise gehen sollte – aus vor einem deutschen Verwaltungsgericht und irgendwann auch vor dem Bundesverfassungsgericht vorzugehen. Denn die damit zusammenhängende Duldungspflicht des Angeklagten gegenüber dem rechtswidrigen Polizeieinsatz ist eine tragende Säule im Argumentationsgebäude des BGH. Daher bleibt nach der Lektüre dieser Entscheidung, die in der Literatur wegen ihrer „klaren dogmatischen Linien“ zu Recht gelobt wird,<sup>105</sup> doch ein bitterer Beigeschmack zurück.

(Teil II des Beitrags im nächsten Heft.)

<sup>104</sup> Randnummer 47 der Entscheidungsbegründung (in BGHSt 60, 253 ff und JR 2016, 24 ff nicht abgedruckt).

<sup>105</sup> Erb, JR 2016, 29 (33).

# ÖR-verstehen.de

Das Kleingruppen-Repetitorium.