

## E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

### Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bei der Putativnotwehr („Hells Angels-Fall“)

**Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich dazu berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist.**

**Die gilt auch für die Verwendung einer Schusswaffe. Nur wenn mehrere wirksame Mittel zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, den Angriff zweifelsfrei, sofort und endgültig abzuwehren, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.**

**Unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist der Verteidigende zudem nur dann auf die für den Angreifer weniger gravierende verwiesen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. In der Regel ist der Angegriffene bei einem Schusswaffeneinsatz zwar gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen oder vor einem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen. Die Notwendigkeit eines Warnschusses kann aber nur dann angenommen werden, wenn ein solcher Schuss auch dazu geeignet gewesen wäre, den Angriff endgültig abzuwehren. Ist dies nicht der Fall oder würde ein Warnschuss nur zu einer weiteren Eskalation führen, so ist auch der sofortige Schusswaffeneinsatz gegen den Angreifer gerechtfertigt. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss sich der Verteidiger nicht einlassen. (Leitsätze des Verf.)**

StGB §§ 212, 16, 32

BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11<sup>1</sup>; LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10 (nicht veröffentlicht)

#### I. Einleitung

Der BGH hat am 2.11.2011 ein Urteil erlassen, welches zu einem breiten Echo und kontroversen Diskussionen in der Medienöffentlichkeit geführt hat.<sup>2</sup> Das LG Koblenz<sup>3</sup> hatte ein

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=237e199fb3fc5451ac0552addd9732a&nr=58793&pos=0&anz=1>.

Besprochen bei: Rotsch, ZJS 2012, 109; Hecker, JuS 2012, 263; Engländer, NStZ 2012, 272; Jäger, JA 2012, 227.

<sup>2</sup> Zu Recht kritisch gegenüber Art, Inhalt und Weise der Diskussion in den Medien: Rotsch, ZJS 2012, 109 (110).

<sup>3</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10 (nicht veröffentlicht).

Mitglied der „Hells Angels“ (u.a.) wegen Totschlags zu einer neunjährigen Haftstrafe verurteilt, weil dieses einen Beamten eines Sondereinsatzkommandos (SEK) durch die geschlossene Wohnungstür erschossen hatte.

Der nachfolgende Freispruch durch den BGH vom Vorwurf des Totschlags wurde (u.a.) von dem Bund Deutscher Kriminalbeamter (BDK), der Gewerkschaft der Polizei (GdP) sowie der Deutschen Polizeigewerkschaft heftig kritisiert: Das Urteil könne dazu führen, dass Schwerstkriminelle glauben, sie dürften durch Türen schießen, wenn die Polizei sie festnehmen will. Dies sei ein „falsches Signal“<sup>4</sup>. Mit diesem Urteil werde Menschen, die im Rockermilieu leben und sich ständig bedroht fühlen, ein Freibrief zum ungehinderten Schießen erteilt.<sup>5</sup> Es könne nicht die Botschaft des BGH-Urteils sein, dass sich ein Mitglied der „Hells Angels“ mit einer Schusswaffe gegen ein Mitglied einer rivalisierenden Rockerbande zur Wehr setzen dürfe. Dies sei kein Zeichen eines wehrhaften Staates, der seine Bürger schützt. Mit „dieser Art von höchstinstanzlicher Rechtsprechung“ (sic) würden die Bemühungen, das Agieren von kriminellen Banden der organisierten Kriminalität zu begrenzen, konterkariert.<sup>6</sup>

In der bis dato erschienenen juristischen Fachliteratur hingegen fand die Entscheidung des BGH jedenfalls im Ergebnis überwiegend Zustimmung.<sup>7</sup> Der BGH habe völlig zutreffend die Regeln des Erlaubnistatbestandsirrtums und der Notwehr angewandt.<sup>8</sup> Die Ausführungen des BGH zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung seien überzeugend und entsprächen den von der h.M. vertretenen Grundsätzen.<sup>9</sup> Auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen des Tatgerichts sei die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums „sehr gut vertretbar“, der Freispruch des Angeklagten im Ergebnis richtig.<sup>10</sup>

Der vorliegende Beitrag kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der BGH die Verurteilung des Angeklagten wegen

<sup>4</sup> Witthaut, GdP-Vorsitzender, zitiert nach: Focus online, „Erschossener Familienvater beerdigt“ (abrufbar unter: [http://www.focus.de/panorama/welt/polizistenmord-in-augsburg-erschossener-familienvater-beerdigt\\_aid\\_680933.html](http://www.focus.de/panorama/welt/polizistenmord-in-augsburg-erschossener-familienvater-beerdigt_aid_680933.html)) [zuletzt abgerufen am 14.7.2012]).

<sup>5</sup> Kasel, Landesvorsitzender der Deutschen Polizeigewerkschaft für Rheinland-Pfalz, zitiert nach: Focus online, „Erschossener Familienvater beerdigt“ (Fn. 4).

<sup>6</sup> BDK-Bundesvorsitzender Schulz, Pressemitteilung des BDK: „Putativ-Notwehr, die neue Waffe der Rocker“ v. 4.11.2011, abrufbar unter:

<http://www.bdk.de/der-bdk/aktuelles/pressemitteilungen/putativ-notwehr-die-neue-waffe-der-rocker/> (zuletzt abgerufen am 14.7.2012).

<sup>7</sup> Rotsch, ZJS 2012, 109 (111); Engländer, NStZ 2012, 272 (274); Hecker, JuS 2012, 263 (266), jedenfalls was die Ausführungen des BGH zur Erforderlichkeit betrifft; wohl auch Jäger, JA 2012, 227, der allerdings kritisiert, dass sich der BGH nicht mit dem Merkmal der Gebotenheit und einer etwaigen Einschränkung des Notwehrrechts auseinandergesetzt hat (229 f.) – siehe hierzu ausführlich unten unter V.

<sup>8</sup> Engländer, NStZ 2012, 272 (274).

<sup>9</sup> Hecker, JuS 2012, 263 (266).

<sup>10</sup> Rotsch, ZJS 2012, 109 (110).

Totschlags durch das LG Koblenz zu Recht aufgehoben und den Angeklagten insoweit freigesprochen hat. Zwar ist die o.g. Kritik an dem Urteil des BGH in Anbetracht der tragischen Umstände des Falles<sup>11</sup> durchaus verständlich, doch in der Sache nicht berechtigt.<sup>12</sup> Aufgabe des BGH im Revisionsverfahren ist ausschließlich die Kontrolle der Rechtsanwendung durch das Instanzgericht im Hinblick auf die Frage der Schuld des Angeklagten (vgl. §§ 337, 338 StPO). Der BGH als Revisionsinstanz ist Rechtsanwender und nicht Signalgeber,<sup>13</sup> er ist nicht Vollstreckungsorgan eines „wehrhaften Staates“ und die präventive Verbrechensbekämpfung obliegt ihm allenfalls im Rahmen der Strafzumessung, nicht aber bei der Rechtsfindung. Aus den Ausführungen des BGH wird darüber hinaus ersichtlich, dass es sich um einen absoluten Ausnahmefall handelt, aus welchem sich keine generellen Schlussfolgerungen für eine bestimmte Gruppe von Fällen oder gar abstrakte Handlungsanweisungen ableiten ließen.

## II. Sachverhalt

Nach den – auch vom BGH nicht beanstandeten – tatsächlichen Feststellungen des LG Koblenz<sup>14</sup> wurde der Angeklagte, ein Mitglied der „Hells Angels“, glaubhaft vor einem geplanten Angriff eines Mitglieds der „Bandidos“ gewarnt.<sup>15</sup> Aufgrund einer anderen dem Angeklagten zur Last gelegten Tat<sup>16</sup>

<sup>11</sup> So auch *Volk*, *Der Spiegel* 45/2011, S. 20.

<sup>12</sup> *Engländer*, *NSZ* 2012, 272 (274), der die „scharfe und polemische Kritik“ als „sachlich in keiner Weise nachvollziehbar“ einstuft und dem rheinland-pfälzischen Innenminister und den gewerkschaftlichen Interessenvertretern der Polizei empfiehlt, „diesen Einsatz kritisch zu beleuchten anstatt – womöglich aus falsch verstandener Solidarität – populistische Urteilsschelte zu betreiben“ (275). Darüber hinaus kritisiert *Rotsch*, *ZJS* 2012, 109 (110), zu Recht scharf die öffentliche Aufarbeitung des BGH-Urteils in den Medien und durch Politiker: „[...] von jeglicher juristischer Kenntnis unbefleckte Berichterstattung“, die „an die niedersten Instinkte“ ihrer Leser appelliert; „politisch motivierte Äußerungen eines Nichtjuristen“ mit einer ganz eigenen Zweckbestimmung; „besorgniserregende Fachfremdheit mancher Journalisten“.

<sup>13</sup> Eine solche Signalwirkung wäre im Bereich des Strafrechts ohnehin im Hinblick auf den Schuldgrundsatz problematisch und allenfalls unter dem (ohnehin umstrittenen) Aspekt der „Verteidigung der Rechtsordnung“, vgl. § 56 Abs. 3 StGB, von Relevanz.

<sup>14</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10 (nicht veröffentlicht).

<sup>15</sup> Konkret stellte das LG Koblenz hierzu fest, dass nach entsprechenden Gerüchten ein „Bandidos“-Mitglied vorhabe, ein Mitglied der „Hells Angels“ zu töten oder schwerst zu verletzen, um sich einen von den „Bandidos“ zu vergebenden Aufnäher auf der Kutte mit dem Schriftzug „Expect no mercy“ sowie eine Geldzahlung in Höhe von 25.000,- EUR zu verdienen (Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 22).

<sup>16</sup> Das LG Koblenz wertete diese andere Tat als versuchte räuberische Erpressung, der BGH hingegen „nur“ als versuchte Nötigung: BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 15-17.

wurde (u.a.) gegen diesen ein Durchsuchungsbeschluss erwirkt. Weil der Angeklagte als gewaltbereit eingeschätzt wurde und zudem legal Schusswaffen besaß,<sup>17</sup> sollte ein SEK der Polizei den Angeklagten im Schlaf überraschen. Dadurch sollte eine „stabile Lage“ hergestellt und eine störungsfreie Durchsuchung ermöglicht werden.

Dementsprechend umstellten SEK-Beamte am frühen Morgen des 17.3.2010 das Haus des Angeklagten. Fünf Beamte, darunter ein Türöffnungsspezialist, postierten sich an der Eingangstür. Nachdem der Türöffnungsspezialist bereits zwei von drei Verriegelungen aufgebrochen hatte, wurde der Angeklagte von seiner Verlobten wegen entsprechender Geräusche geweckt. Durch das Schlafzimmerfenster konnte dieser zwar keine Personen erkennen, er hatte aber Stimmen und Geräusche an der Haustür gehört. Daher lud er seine Pistole mit acht Patronen und schaltete das Licht in Flur und Treppe ein. Die SEK-Beamten erhielten über Funk die Meldung „Licht“.

Trotz des eingeschalteten Lichts versuchten die Beamten weiter, die Türe des Angeklagten aufzubrechen, ohne sich in irgendeiner Form zu erkennen zu geben. Aufgrund dieses Umstands schloss der Angeklagte die Möglichkeit eines „normalen“ Einbruchs aus und vermutete stattdessen jenen angekündigten Angriff der „Bandidos“. Der Gedanke eines Polizeieinsatzes kam ihm nicht. Als er durch zwei Ornamentgläser in der Haustür die Umrisse einer Person erkennen konnte, ging der Angeklagte in Deckung und rief „Verpisst euch“. Dieser Ausruf wurde jedoch von den Beamten nicht gehört.<sup>18</sup>

Der Angeklagte rechnete damit, unmittelbar nach dem bevorstehenden Aufbrechen der Tür von mehreren Angreifern beschossen zu werden. Aus diesem Grunde gab er in dieser von ihm als unmittelbar lebensbedrohlich empfundenen Situation zwei Schüsse auf die Tür ab. Dabei nahm er den Tod der sich dahinter in Umrissen erkennbar befindlichen Person billigend in Kauf. Der zweite Schuss traf einen Beamten töd-

<sup>17</sup> Offen bleibt insoweit, warum der Angeklagte überhaupt legal Schusswaffen besitzen durfte. Aufgrund der Einschätzung als gewaltbereit und der Vorgeschichte des Angeklagten sowie der anderen ihm zur Last gelegten Taten dürften jedenfalls an seiner waffenrechtlichen Zuverlässigkeit und persönlichen Eignung (vgl. §§ 5, 6 WaffG) erhebliche Zweifel bestehen. Allerdings kann die Frage der Legalität des Schusswaffenbesitzes jedenfalls im Falle einer späteren gerechtfertigten Notwehrhandlung dahin stehen – der Verteidiger darf alle ihm faktisch zur Verfügung stehenden Abwehrmittel benutzen (vgl. *Erb*, in: *Joecks/Miebach* [Hrsg.], *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 32 Rn. 138 u. 236). Das Verwenden selbst einer unter Verstoß gegen das WaffG besessenen Waffe führt nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit der Notwehrhandlung, vgl. *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 32 Rn. 33 m.w.N.

<sup>18</sup> Nach den detaillierten Feststellungen des LG Koblenz trugen einige der Beamten einen Helm mit eingebautem Aktivgehörschutz (Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 26), was dazu beigetragen haben könnte, dass der Zuruf des Angeklagten nicht gehört wurde.

lich. Daraufhin rief ein anderer Beamter „Sofort aufhören zu schießen. Hier ist die Polizei.“ Der Angeklagte ging daraufhin zurück ins Obergeschoss, begab sich mit seiner Verlobten ins Schlafzimmer, legte dort die Waffe ab und stellte sich mit seiner Verlobten ans Schlafzimmerfenster.<sup>19</sup> Von dort aus rief er: „Wie könnt ihr so was machen? Warum habt ihr nicht geklingelt? Wieso gebt ihr euch nicht zu erkennen?“ Bei der anschließenden widerstandslosen Festnahme wurde er verletzt.<sup>20</sup>

### III. Die Entscheidung des LG Koblenz

Das LG Koblenz verneinte auf Basis dieser Tatsachengrundlage eine Notwehrlage und verurteilte den Angeklagten (u.a.) wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB.<sup>21</sup> Es ging von der Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes und damit dem Fehlen eines rechtswidrigen Angriffs aus. Das weitere verdeckte Vorgehen der SEK-Beamten ohne sich zu erkennen zu geben, nachdem der Angeklagte das Licht eingeschaltet und „verpisst euch“ gerufen hatte, bezeichnete das LG als „nachträgliche Fehleinschätzung“. Diese ändere aber an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nichts.<sup>22</sup>

Das LG Koblenz verneinte auch das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums.<sup>23</sup> Der Schusswaffeneinsatz ohne vorherige Abgabe eines Warnschusses sei keine erforderliche Notwehrhandlung gewesen.<sup>24</sup> Der Angeklagte habe verschiedene Möglichkeiten gehabt, einen Warnschuss in die Decke des Flurs oder in eine der unteren oder oberen Ecken der Tür

abzugeben.<sup>25</sup> Als geübter Schütze hätte er solche präzisen Schüsse durchführen können und es hätte auch noch ausreichend Munition für eine weitere Verteidigung zur Verfügung gestanden.<sup>26</sup> Daher käme eine Rechtfertigung des Angeklagten selbst im Falle des Zutreffens seiner Vorstellung nicht in Betracht.

### IV. Die Entscheidung des BGH

Der BGH ließ das Vorliegen einer Notwehrlage für den Angeklagten ausdrücklich offen,<sup>27</sup> obwohl im Sinne der Rechtssicherheit für zukünftige Polizeieinsätze eine Klarstellung durchaus wünschenswert gewesen wäre. Er stellte aber immerhin klar, dass eine solche vorgelegen hätte, wenn der Polizeieinsatz rechtswidrig gewesen wäre.<sup>28</sup>

Stattdessen bejahte der BGH – im Gegensatz zum LG Koblenz – einen Erlaubnistatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Damit attestierte er dem Angeklagten, dass dieser in Notwehr und damit gerechtfertigt gehandelt hätte, wenn seine Vorstellungen vom Tatgeschehen der Wahrheit entsprochen hätten. Denn der Angeklagte habe durch das Anschalten des Lichts und den o.g. Zuruf einen „normalen Einbruch“ ausgeschlossen. Zudem sei die Bedrohung aus seiner Sicht<sup>29</sup> wegen der bereits weitgehend aufgebrochenen Haustür akut gewesen. Auch habe er sich einer ungewissen Zahl von unberechenbaren und gewaltbereiten „Bandidos“-Mitgliedern mit unbekannter Bewaffnung und Ausrüstung gegenüber gesehen. In einer solchen Situation wäre nach dem BGH der sogleich auf die Person gerichtete Schusswaffeneinsatz als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen.

<sup>19</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 31.

<sup>20</sup> Nach den Feststellungen des LG Koblenz erlitt der Angeklagte bei der Festnahme ein blaues Auge und ein Hämatom an seinem Geschlechtsteil, LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 32.

<sup>21</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 58 ff. Darüber hinaus setzte sich das LG Koblenz auch mit dem Mordmerkmal des Handelns aus niedrigen Beweggründen auseinander, verneinte dieses aber letztendlich (S. 59 f.). In diesem Zusammenhang regt *Rotsch* (ZJS 2012, 109 [111 f.]) auch eine Diskussion des Mordmerkmals der Heimtücke an, stellt aber zugleich fest (dort Fn. 16), dass der getötete Beamte jedenfalls nach Einschalten des Lichts nicht „arglos“ i.S.d. § 211 StGB war. Darüber hinaus dürfte generell zu bezweifeln sein, ob bewaffnete SEK-Beamte bei einer Hausdurchsuchung bei einem als gewalttätig eingestuften Verdächtigen überhaupt jemals arglos sind.

<sup>22</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 62.

<sup>23</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 62: „kein Fall der Putativnotwehr“.

<sup>24</sup> Der BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 10, stellte zwar fest, das LG Koblenz hielt den sofortigen Schusswaffeneinsatz für nicht „geboten“ und habe deshalb eine Notwehrhandlung verneint. Das LG Koblenz hingegen verneinte ausdrücklich die „Erforderlichkeit“ der Notwehrhandlung (Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 62), ohne im Weiteren noch die Gebotenheit einer Notwehrhandlung zu prüfen (siehe hierzu unten V.). Allerdings stellte es zuvor fest, dass es an einer „erforderlichen und gebotenen Notwehrhandlung“ fehlte (ebenda), worauf dieses Missverständnis beruhen könnte.

<sup>25</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 46 u. 63.

<sup>26</sup> Ebenda. Allerdings ist gerade Letzteres zweifelhaft: Der Angeklagte sah sich einer unbekanntem Anzahl von Angreifern gegenüber und brauchte daher nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass acht Schuss zur Verteidigung ausreichen würden, insbesondere wenn man dabei noch die Möglichkeit eines Fehlschusses bedenkt.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 20 – trotz unterschwellig angedeuteter Zweifel im Hinblick auf §§ 102 ff., 164 StPO sowie präventivpolizeiliche Eingriffsbefugnisse als mögliche Ermächtigungsgrundlagen für ein solches polizeiliches Vorgehen. Zwar verweist *Rotsch* (ZJS 2012, 109 [112]) insoweit auch auf die Annexkompetenz des § 105 StPO als mögliche Ermächtigungsgrundlage, verneint aber anschließend unter Verweis auf eine objektive ex ante-Sicht ab dem Zeitpunkt des Lichteinschaltens die Verhältnismäßigkeit des Vorgehens des SEK und kommt somit zur Rechtswidrigkeit des Einsatzes (*Rotsch*, ZJS 2012, 109 [113]). In diesem Falle läge bereits objektiv eine Notwehrlage vor, so dass sich die Frage eines Erlaubnistatbestandsirrtums nicht mehr stellen würde.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 19.

<sup>29</sup> Nur diese vom Verteidiger vorgestellte Sachlage ist für die Beurteilung eines Erlaubnistatbestandsirrtums entscheidend. Statt aller: *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 16 Rn. 19.

Zur näheren Begründung seiner Einschätzung der Erforderlichkeit in diesem Fall subsumierte der BGH unter die in ständiger Rechtsprechung etablierten Anforderungen an den Einsatz lebensgefährlicher Abwehrmittel in Notwehr.<sup>30</sup> Diese verlangen, dass der Verteidiger dasjenige Verteidigungsmittel wählen darf, welches eine sofortige und endgültige Gefahrbeseitigung gewährleistet.<sup>31</sup> Er ist nicht auf weniger gravierende Mittel zu verweisen, wenn ihm keine Zeit zur Abschätzung der „konkreten Kampfplage“ verbleibt. Auch braucht er sich nicht auf einen „Kampf mit ungewissem Ausgang“ einzulassen.<sup>32</sup> Allerdings muss er im Falle des Schusswaffeneinsatzes regelmäßig diesen zunächst androhen und als nächstes versuchen einen Warnschuss abzugeben.<sup>33</sup> Ein solcher Warnschuss kann aber nur dann vom Verteidiger verlangt werden, wenn dieser auch an sich geeignet ist, den Angriff endgültig abzuwehren.<sup>34</sup> Dies wurde im vorliegenden Fall vom BGH verneint.<sup>35</sup> Ebenso sei ein Warnschuss nicht „erforderlich“, wenn dieser lediglich zu einer weiteren Eskalation führen würde und sich der Verteidiger dadurch auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang einlassen müsste.<sup>36</sup>

Der Irrtum des Angeklagten über Identität und Absicht der „Angreifer“ war diesem nach dem BGH auch nicht in fahrlässiger Weise vorzuwerfen<sup>37</sup> (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB). Insoweit stellte der BGH fest, dass der Angeklagte „mit plausiblen Gründen von einem lebensbedrohenden Angriff durch „Bandidos“ ausging“, zumal sich die Polizeibeamten selbst nach Einschalten der Beleuchtung (und entsprechender Meldung über Funk) nicht zu erkennen gaben, sondern stattdessen weiter verdeckt vorgingen.

<sup>30</sup> Vgl.: BGHR § 32 II, Erforderlichkeit Nr. 14; BGH NStZ 2004, 615 (616); BGH NStZ 1997, 96; BGH NStZ 1987, 172; BGH NStZ 1987, 322; BGHR § 32 II Erforderlichkeit 13; BGH NStE Nr. 28 zu § 32.

<sup>31</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 17), § 32 Rn. 28 u. 32.

<sup>32</sup> *Fischer* (Fn. 17), § 32 Rn. 33a m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>33</sup> Siehe ausführlich hierzu: *Fischer* (Fn. 17), § 32 Rn. 34; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 32 Rn. 37; *van Rienen*, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 225 f. m.w.N.

<sup>34</sup> In diesem Zusammenhang ist allerdings höchst fraglich, inwieweit die Erfolgsaussichten eines Warnschusses überhaupt im Rahmen der maßgeblichen objektiven ex ante-Perspektive (vgl. *Erb* [Fn. 17], § 32 Rn. 130 ff.) erkennbar bzw. abschätzbar sind. Vgl. hierzu aber *Rönnau/Hohn*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 177, die in diesen Situationen eine Vermutungsregel dahin gehend annehmen, dass „ein sorgfältig beobachtender Verteidiger nur dann auf eine Wirkungslosigkeit vorgelagerter Stufen des Schusswaffeneinsatzes schließt, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Androhung, den Warnschuss und den Beinschuss als untunlich erscheinen lassen.“

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 23.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 24; vgl. hierzu auch *Fischer* (Fn. 17), § 32 Rn. 33a, 34.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 25.

## V. Anmerkungen

Dem BGH ist in seiner Bewertung sowohl hinsichtlich der Erforderlichkeit der (Putativ-) Notwehrhandlung als auch der Verneinung einer Fahrlässigkeit in Bezug auf den Irrtum des Angeklagten zuzustimmen.

Auch wenn dieses Ergebnis dem Rechtsempfinden in weiten Teilen der Bevölkerung zuwiderlaufen sollte,<sup>38</sup> so ist es dennoch als Folge konsequenter Rechtsanwendung und einer realistischen Einschätzung der Sachlage in einer Extremsituation wie der vorliegenden wohl begründet.

Das LG Koblenz<sup>39</sup> exerzierte bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung lediglich schablonenhaft die ohnehin nur als generelle Richtschnur<sup>40</sup> etablierten Eskalationsstufen beim Schusswaffeneinsatz in Notwehr (Androhung – Warnschuss – Einsatz gegen Extremitäten)<sup>41</sup> durch. Ein solches zu schematisches Vorgehen der Staatsanwaltschaften und Tatgerichte bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung beim lebensgefährlichen Einsatz von Schuss- oder Stichwaffen wird generell und zu Recht in der Literatur häufig kritisiert.<sup>42</sup>

Der BGH hingegen stellte im Gegensatz zu einigen früheren Entscheidungen und der Entscheidung des LG Koblenz im vorliegenden Fall keine realitätsfernen Anforderungen an den Schusswaffeneinsatz des Verteidigers.<sup>43</sup> Stattdessen nahm er die auch sonst stets für maßgeblich erklärte „konkrete Kampfplage“<sup>44</sup> (aus objektiver ex ante-Perspektive des Ver-

<sup>38</sup> Überhaupt ist laut einer Studie von *Amelung* und *Kilian* (sog. „Dresdner Notwehrstudie“) die tatsächliche Reichweite bzw. „Schneidigkeit“ des Notwehrrechts weiten Teilen der Bevölkerung ohnehin unbekannt: „Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung [...]“, in: *Amelung* u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, S. 3 ff. In diesem Zusammenhang stellt auch *Rotsch* (ZJS 2012, 109 [110]) fest, „dass es einer hochspezialisierten Wissenschaft heute kaum noch möglich scheint, ihren komplexen Gegenstand allgemeinverständlich und mit dem Anspruch auf Akzeptanz oder gar Konsens in die (nichtjuristische) Gesellschaft zu transportieren.“

<sup>39</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 63.

<sup>40</sup> *Rönnau/Hohn* (Fn. 34), § 32 Rn. 177 (keine „in Stein gemeißelte Regel“); ähnlich *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 167: Keine starre Regel.

<sup>41</sup> Vgl. BGHR § 32 II, Erforderlichkeit Nr. 14; BGH NStZ 2004, 615 (616); BGH NStZ 1997, 96; BGH NStZ 1987, 172; BGH NStZ 1987, 322; BGHR, § 32 II Erforderlichkeit 13; BGH NStE Nr. 28 zu § 32; vgl. *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 165 ff.; *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 37.

<sup>42</sup> *Engländer*, NStZ 2012, 272 (275 f.); *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 170 ff.

<sup>43</sup> Vgl. die bei *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 170 und *van Rienen* (Fn. 33), S. 307-310, jew. m.w.N., besprochenen Fälle.

<sup>44</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 3027; BGH NJW 1991, 503 (504); BGH NStZ 2005, 85 (86); BGH NStZ-RR 2004, 10 (11); *Momsen*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StGB, Edition 19, Stand: 15.6.2012,

teidigers) zum Anlass, von den ohnehin nur als Leitfaden und als Konkretisierung des Erforderlichkeitsmerkmals zu verstehenden Abstufungen beim Schusswaffeneinsatz in Notwehr abzuweichen. Dabei stellte der BGH entscheidend auf zwei Aspekte ab: Ein Warnschuss hätte die Beendigung des Angriffs nicht erwarten lassen; stattdessen hätte dies wohl nur zu einer weiteren Eskalation geführt.<sup>45</sup>

An dieser Stelle lassen sich aber durchaus noch weitere Aspekte anführen, die der BGH allerdings in seiner Begründung nicht erwähnt: Dem Angeklagten wäre es auf Basis der Tatsachenfeststellungen wohl kaum möglich gewesen – wie sonst häufig realitätsfern verlangt<sup>46</sup> – durch die Türe<sup>47</sup> auf eine nur schemenhaft als Person erkennbare Form (womöglich zusätzlich verzerrt durch die getragene Schutzausrüstung) im (Halb-)Dunkel einen gezielten Schuss auf die Extremitäten abzugeben. Dies gilt umso mehr, als ein solcher Schuss in die Extremitäten ohnehin nicht zwingend als weniger lebensgefährlich als ein Schuss auf den Oberkörper einzustufen wäre.<sup>48</sup> Hinzu kommt schließlich noch, dass die

§ 32 Rn. 25.3; *Fischer* (Fn. 17), § 32 Rn. 30; *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 164; *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 36.

<sup>45</sup> Dies wäre wohl sowohl im Falle eines rechtswidrigen Polizeieinsatzes als auch eines tatsächlichen Angriffs der „Bandidos“ der Fall gewesen.

<sup>46</sup> Vgl. *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 37. Siehe weiterführend zur Problematik und Realitätsferne eines „gezielten Beinschusses“ ausführlich *van Rienen* (Fn. 33), S. 307-310.

<sup>47</sup> In einem solchen Fall ist stets auch zu beachten, dass das abgefeuerte Projektil beim Durchschlagen der Tür erheblich abgelenkt oder ins Trudeln/Taumeln geraten bzw. sogar zerplatzen – kurz: gänzlich unberechenbar werden – kann. Nicht umsonst werden für das Bekämpfen von hinter Deckungen befindlichen Zielen bzw. bei einem erwarteten Durchschuss durch Fenster, Türen, Blech o.Ä. von Polizeieinheiten und dem Militär spezielle Projektile und Munitionsorten verwendet (z.B. Hartkerngeschosse, Wolframpenetratoren, Treibspiegelgeschosse mit hoher Geschwindigkeit etc.), die auch nach einem Durchschuss noch möglichst gleichbleibende Eigenschaften im Hinblick auf Flugbahn und Terminalballistik aufweisen. Dementsprechend ist auch fraglich, ob der vom LG Koblenz vorgeschlagene Warnschuss in eine der unteren oder oberen Ecken der Tür (Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 46 u. 63) tatsächlich eine gangbare, weniger gefährliche Alternative gewesen wäre. Die Türe jedenfalls bestand nach den Feststellungen des LG Koblenz (Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 21) aus einer Kunststoffhülle, einer 1,5 mm dicken Metallfüllung sowie Styropor, mithin einer sehr inhomogenen Materialstruktur.

<sup>48</sup> Kritisch zu einer Einteilung der zu erwartenden Beeinträchtigungen auf Angreiferseite anhand von Kriterien wie „leicht/schwer körperverletzend“, „lebensgefährlich“ und „tödlich“ auch *van Rienen* (Fn. 33), S. 310 ff. Was den objektiven, tatsächlichen Geschehensablauf betrifft, so lässt sich gerade in diesem Zusammenhang auch feststellen, dass der letztendlich tödliche Verlauf des Schusses (Eindringen in den Brustkorb durch eine Öffnung der Schutzweste unterhalb des

Abgabe eines Warnschusses womöglich mit erheblichen Gefahren für den Angeklagten selbst (und ggf. sogar seine Verlobte, die sich im Schlafzimmer befand) verbunden war: Er hätte nicht nur aufgrund des Mündungsblitzes seine Position verraten<sup>49</sup> und damit die Erfolgsaussichten seiner Verteidigung geschmälert,<sup>50</sup> sondern auch durch einen Querschläger womöglich sich selbst und/oder seine Verlobte verletzt. Dies gilt vor allem in Bezug auf den von dem LG Koblenz als Alternative vorgeschlagenen<sup>51</sup> Warnschuss in die Decke. Gerade bei der Verwendung von Vollmantelgeschossen<sup>52</sup> kann es dabei zu unberechenbaren Querschlägern und/oder einer Splitterwirkung kommen, wenn das Projektil auf die Decke auftrifft. Derartige Konsequenzen sind beim Schusswaffeneinsatz in geschlossenen Gebäuden nie auszuschließen oder zu vernachlässigen. Eine solche jedenfalls nicht nur theoretische Gefahr<sup>53</sup> für sich selbst und seine Rechtsgüter muss der Verteidiger jedoch nicht hinnehmen.<sup>54</sup>

Letztendlich hat der Angeklagte im vorliegenden Fall die Situation im Hinblick auf den späteren Schusswaffeneinsatz schrittweise soweit eskaliert (Licht einschalten, Ausruf), wie es eine sichere Angriffsabwehr unter Berücksichtigung der von ihm vorgestellten Sach- und Gefährdungslage gerade noch zuließ. Wie der BGH richtig feststellte, wäre eine weitere Eskalation durch einen Warnschuss (im Falle des Zutreffens der Vorstellung des Angeklagten) jedenfalls nicht mehr ohne Einbußen bei der Wahrscheinlichkeit einer sicheren Angriffsabwehr möglich gewesen. In einem solchen Fall

linken Oberarms) wohl als Verkettung höchst unglücklicher Umstände einzuordnen sein dürfte.

<sup>49</sup> Insofern stellte das LG Koblenz, gestützt von den Ausführungen eines Sachverständigen des Landeskriminalamtes, ausdrücklich fest, dass bei der Schussabgabe durch den Angeklagten ein deutlich als „sekundärer Blitz“ für 0,5 bis 0,6 Millisekunden erkennbares Mündungsfeuer entstand, welches allerdings von keinem der SEK-Beamten wahrgenommen wurde (LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 30 u. 48) – der Schussknall wurde bereits durch den Aktivgehörschutz der Helm tragenden Beamten gedämpft (S. 46).

<sup>50</sup> Vgl. den fatalen Querschläger im Falle des LG München NJW 1988, 1860 und weiterführend *van Rienen* (Fn. 33), S. 310 (insb. Fn. 1906). Diesbezüglich ist auch zu berücksichtigen, dass gerade bei mehreren Angreifern der Verteidiger auf ein Ausnutzen des Überraschungsmoments angewiesen ist, um überhaupt eine Chance zu haben, den Angriff erfolgreich abwehren zu können.

<sup>51</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 63.

<sup>52</sup> Vollmantelgeschosse sind eine weit verbreitete Geschossart, bei welcher ein Mantel aus Kupfer, Messing oder Stahl den Kern aus Hartblei vollständig umschließt. Bei Teilmantelgeschossen hingegen liegt ein Teil des Bleikerns an der Geschossspitze frei, was zu einer weit stärkeren Deformation und Energieabgabe im Ziel führt, dafür aber die Durchschusswahrscheinlichkeit reduziert.

<sup>53</sup> Insoweit zutreffend *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 159: „Keine theoretisch maximale Sicherheit“.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu zutreffend *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 36c.

verlangt aber das Erforderlichkeitskriterium keine weitere stufenweise Eskalation mehr.<sup>55</sup>

Gerade an dieser Stelle ist denn auch zu begrüßen, dass der BGH sich nicht dazu hinreißen ließ, nach Feststellung dieses Ergebnisses doch noch auf das Gebotenheitskriterium auszuweichen, um auf diesem Wege das (Putativ-)Notwehrrecht des Angeklagten in verfassungswidriger Weise<sup>56</sup> zu beschränken. Zwar wird von einigen Autoren eine Einschränkung des Notwehrrechts in dem hier vorliegenden Fall anhand des Merkmals der Gebotenheit zumindest in Erwägung gezogen.<sup>57</sup> Eine solche Beschränkung von Abwehrbefugnissen des Verteidigers durch das Gebotenheitsmerkmal wäre aber nicht nur normhistorisch und im Hinblick auf den Grundsatz *nulla poena sine lege* des Art. 103 Abs. 2 GG höchst bedenklich.<sup>58</sup> Eine Funktion als generelles Korrektiv für als zu weitgehend empfundene Notwehrhandlungen oder als zusätzliche Anforderung an jede Notwehrhandlung hat dieses Merkmal nicht. Stattdessen weist das Merkmal der Gebotenheit richtigerweise gar keinen anderen oder zusätzlichen Bedeutungsgehalt als das Erforderlichkeitsmerkmal auf.<sup>59</sup>

Aber selbst wenn man mit der h.M. das Kriterium der Gebotenheit als Einfallstor für die sog. „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts ansieht,<sup>60</sup> so dürfte dennoch im vorliegenden Fall keine der etablierten Fallgruppen der sog. „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts<sup>61</sup> einschlägig sein.

Insbesondere liegt kein „krasses Missverhältnis“ zwischen beeinträchtigtem und verteidigtem Rechtsgut vor – sowohl bezüglich der Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG,<sup>62</sup> als auch der körperlichen Unversehrtheit bzw. des Lebens des Angeklagten gem. Art. 2 Abs. 2 GG. Darüber hinaus dürfte bei der Beurteilung der Putativnotwehr des

Angeklagten ebenfalls keine Rolle spielen, ob man von der Rechtswidrigkeit des Polizeieinsatzes ausgeht (wofür – auch nach dem strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff<sup>63</sup> – jedenfalls ab Einschalten des Lichts gute Gründe sprechen, s.u.) und anschließend eine Einschränkung der Gebotenheit der Notwehrhandlung bei der Verteidigung gegen rechtswidrig vorgehende Hoheitsträger befürwortet.<sup>64</sup> Denn der Angeklagte stellte sich bereits keinen Angriff eines Hoheitsträgers vor. Da aber für die Beurteilung eines Erlaubnistatbestandsirrtums bzw. eines Putativnotwehrrechts allein die Vorstellungslage des (vermeintlichen) Verteidigers maßgeblich ist, kann eine zwar objektiv bestehende, dem Verteidiger aber unbekannt Sachlage, die zu einer Einschränkung des Notwehrrechts führen würde, nicht zu einer Einschränkung seines Putativnotwehrrechts führen.<sup>65</sup>

Höchst zweifelhaft ist schließlich auch, ob aus dem Umstand, dass der erwartete Angriff der „Bandidos“ seinerseits im Zusammenhang mit der Tötung eines „Bandido“ durch ein anderes Mitglied der „Hells Angels“ stand<sup>66</sup> und der Angeklagte die Polizei nicht über den als sicher bevorstehend angenommenen Angriff informierte,<sup>67</sup> eine Einschränkung des Notwehrrechts wegen einer Provokation bzw. eines rechtswidrigen oder vorwerfbaren Vorverhaltens abgeleitet werden könnte.<sup>68</sup> Insofern sind aber bereits keine Anhaltspunkte für eine Zurechnung dieser Tötung zu dem Angeklagten ersichtlich. Außerdem besteht generell keine Pflicht zur Herbeiholung fremder, auch staatlicher Hilfe, jedenfalls wenn diese nicht unmittelbar eingriffsbereit und präsent ist und/oder rechtzeitig (im Moment des rechtswidrigen Angriffs) herbeigerufen werden kann.<sup>69</sup> Schließlich kommt eine Einschränkung des Notwehrrechts unter dem Begriff einer „Abwehrprovokation“ nach h.M. allenfalls dann in Betracht, wenn der Verteidiger absichtlich abwartet und die Gelegenheit zur Angriffsabwehr mit mildereren Mitteln verstreichen lässt, um später gefährlichere Verteidigungsmittel einsetzen zu müssen.<sup>70</sup> Auch hierfür gibt es im vorliegenden Fall keine An-

<sup>55</sup> Vgl. auch BGH NStZ 2001, 590: (nicht erforderliche) Androhung von Schusswaffengebrauch gegen vermeintliche Einbrecher.

<sup>56</sup> Siehe zur Verfassungswidrigkeit des Rückgriffs auf das Gebotenheitsmerkmal zum Zwecke der Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten in Notwehr im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG ausführlich: *van Rienen* (Fn. 33), S. 167 ff.

<sup>57</sup> *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (114) (im Ergebnis aber ablehnend); *Jäger*, JA 2012, 227 (229 f.).

<sup>58</sup> Vgl. hierzu ausführlich *van Rienen* (Fn. 33), S. 151 ff. m.w.N.; kritisch ebenfalls: *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/ Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 150.

<sup>59</sup> Vielmehr dient die Formulierung in § 32 StGB lediglich der Vermeidung von Wiederholungen des Wortes „erforderlich“: *van Rienen* (Fn. 33), S. 169 m.w.N. in Fn. 1018, 1020.

<sup>60</sup> BGHSt 48, 207 (212); 42, 97 (100 ff.); 39, 374 (377); *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 44.

<sup>61</sup> Also solche kommen neben der Notwehrprovokation insbesondere folgende Konstellationen in Betracht: krasses Missverhältnis, Angriffe schuldlos Handelnder/Irrrender/Kinder sowie Angriffe innerhalb sozialer Näheverhältnisse, insb. zwischen Ehegatten. Siehe hierzu ausführlich: *van Rienen* (Fn. 33), S. 179 ff. m.w.N.

<sup>62</sup> *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (114).

<sup>63</sup> Siehe hierzu statt aller: *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 86 m.w.N.

<sup>64</sup> Vgl. *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (114).

<sup>65</sup> Vgl. *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 65: Einordnung der Unkenntnis eines das Notwehrrecht einschränkenden Sachverhalts als Putativnotwehr.

<sup>66</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 6.

<sup>67</sup> Insofern kann wohl dahin stehen, ob es sich bei dem als sicher bevorstehend angenommenen Angriff der „Bandidos“ um eine anzeigepflichtige Katalogtat gem. § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB handelte, denn nach h.M. ist jedenfalls der Bedrohte selbst nicht anzeigepflichtig *Heuchemer*, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 44), § 138 Rn. 18; *Sternberg-Lieben* (Fn. 29), § 138 Rn. 19.

<sup>68</sup> Dies in Erwägung ziehend: *Jäger*, JA 2012, 227 (230).

<sup>69</sup> Vgl. *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 41. Weitere Nachweise bei: *van Rienen* (Fn. 33), S. 27 Fn. 37.

<sup>70</sup> Statt aller: *Perron* (Fn. 33), § 32 Rn. 61b m.w.N. Eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse unter dem Begriff der „Ab-

haltungspunkte – das bloße Versäumen von Vorsichts- oder Verhinderungsmaßnahmen dürfte jedenfalls nicht ausreichend sein.<sup>71</sup>

Folgerichtig verliert der BGH auch zur Gebotenheit der Notwehrhandlung deshalb kein Wort.<sup>72</sup>

## VI. Offene Fragen

Trotz seiner dogmatisch konsequenten Begründung lässt dieses Ergebnis jedoch noch manche Frage offen, gerade auch im Hinblick auf den Freispruch des Angeklagten wegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums.

So lässt sich insbesondere fragen, ob im Rahmen der Fahrlässigkeit des Irrtums des Angeklagten (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB) nicht auch dessen Vorverhalten bzw. Gesamtsituation berücksichtigt werden müsste.<sup>73</sup>

Mitglieder einer Vereinigung wie der „Hells Angels“ tragen Konflikte im Wege der Selbstjustiz aus.<sup>74</sup> Dadurch bege-

wehrprovokation“ gänzlich ablehnend dagegen: *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 236 m.w.N. in Fn. 2.

<sup>71</sup> Ebenda.

<sup>72</sup> Kritisch hierzu: *Jäger*, JA 2012, 227 (229 f.). Sofern dieser darüber hinaus noch auf einen Warnschuss als „besser hörbare Einschüchterung“ (im Vergleich zum Zuruf „Verpisst Euch“) verweist, so ist fraglich, ob dies tatsächlich eine besser hörbare Alternative gewesen wäre. Ausweislich der Feststellungen des LG Koblenz (Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 26) trugen einige der Beamten einen Helm mit eingebautem Aktivgehörschutz. Dieser schützt das Gehör vor zu lauten Geräuschen, indem Geräusche über einer bestimmten (einstellbaren) Dezibelzahl elektronisch abgeregelt werden. Unterhalb dieser Dezibelgrenze werden Geräusche nicht verändert. Dies hat u.a. zur Konsequenz, dass sich Schützen auf dem Schießstand unterhalten können, die Schussknalle allerdings ausgeblendet bzw. heruntergeregelt werden. Nach der objektiven Sachlage in diesem Fall könnte dies tragischerweise sogar dafür sprechen, dass die Beamten den Zuruf „Verpisst Euch“ eher gehört hätten als einen Schuss. Für die Beurteilung des Erlaubnistatbestandsirrtums dürfte dies allerdings keine Rolle spielen, da insoweit nur die Vorstellung des Angeklagten zugrunde zu legen ist.

<sup>73</sup> Vgl. auch *Merkel*, „Wider das Faustrecht“, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/bgh-urteil-wider-das-faustrecht-11722637.html> (zuletzt abgerufen am 14.7.2012), die vorschlägt, aus dem Vorverhalten des Angeklagten (entweder die Begehung von Straftaten, die Mitgliedschaft bei den „Hells Angels“ oder aber schlicht dessen „unrechtliche Lebensführung“ [sic]) entweder einen Fahrlässigkeitsvorwurf im Hinblick auf den späteren Geschehensablauf oder aber eine generelle Einschränkung des Notwehrrechts abzuleiten.

<sup>74</sup> Diesbezüglich wird auch der leitende Oberstaatsanwalt, Horst Hund (in: Spiegel Online v. 14.9.2010, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/polizistenmord-prozess-es-aehnelte-einer-hinrichtung-a-717451.html> [zuletzt abgerufen am 14.7.2012]) mit den Worten zitiert „Wir haben ein Problem, dass die Hells Angels keine Polizei rufen, wenn sie Probleme haben, sondern diese selbst mit Gewalt lösen.“

ben sie sich freiwillig und sogar vorsätzlich in Gesamtumstände, in denen regelmäßig mit gewalttätigen Angriffen einer verfeindeten Gruppe zu rechnen ist. Weil sie sich deswegen ständig (und auch oft zu Recht) in Lebensgefahr wägen, steigt auch die Wahrscheinlichkeit eines Erlaubnistatbestandsirrtums im Vergleich zu einem Durchschnittsbürger.<sup>75</sup> Allerdings kann das bloße Sich-Begeben in gefährliche Gesamtsituationen für sich allein genommen den Vorwurf der fahrlässigen Herbeiführung eines Erlaubnistatbestandsirrtums kaum begründen.<sup>76</sup> Aber auch bei einer bewussten Entscheidung für ein Leben außerhalb des Schutzes der Rechtsordnung wie im vorliegenden Falle dürfte sich ein Fahrlässigkeitsvorwurf bezüglich des späteren Irrtums des Angeklagten nicht begründen lassen. Denn jedenfalls mit der Entscheidung des SEK, trotz des eingeschalteten Lichts und des Zurufs des Angeklagten weiter die Tür aufzubrechen ohne sich erkennen zu geben, dürfte der Zurechnungszusammenhang unterbrochen sein.<sup>77</sup>

Diese Einschätzung wird auch durch den vorliegenden Fall bestätigt: Der Angeklagte wies seine Verlobte an, ihre Mutter und seinen Bruder anzurufen – und nicht etwa die Polizei (was womöglich zu einer Aufklärung des Irrtums geführt hätte). Weiter zeigt auch das eigenständige und notfalls gewaltsame Eintreiben von „Mitgliedschaftsbeiträgen“ durch den Angeklagten (vgl. BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 3), dass Forderungen lieber „privat“ vollstreckt werden.

<sup>75</sup> In diese Richtung auch *Merkel* (Fn. 73). Eine ähnliche Vorverlagerung der Strafbarkeit wird von einigen Autoren jedenfalls in Fällen der Notwehrprovokation als *actio illicita in causa* befürwortet, wenn auch vom BGH abgelehnt: Vgl. BGH NJW 1983, 2267; BGH NStZ 1988, 450 (451); *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 202. Siehe hierzu auch die ausführliche und überzeugende Kritik bei *Paeffgen* (Fn. 58), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 145 ff.

<sup>76</sup> Auch Polizeibeamte begeben sich ständig in gefährliche Gesamtsituationen, ebenso wie die Studentin, welche im Dunkeln bewusst den zwar schnelleren aber gefährlicheren Weg durch den Stadtpark nimmt.

<sup>77</sup> Dies erkennt auch *Merkel* (Fn. 73). Allerdings ist darüber hinaus auch ohnehin fraglich, ob sich durch die Lebensführungsentscheidung des Angeklagten (oder durch die Begehung vorheriger Straftaten, vgl. *Merkel* [Fn. 73]) überhaupt der spätere Geschehensablauf in seiner konkreten Gestalt (vgl. zu diesem Kriterium insb.: *Sternberg-Lieben* [Fn. 29], § 15 Rn. 180) vorhersehen ließ. Insoweit ist insbesondere zweifelhaft, ob ein bis dato nicht strafrechtlich in Erscheinung getretener Beschuldiger (BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 2; auf diesen Umstand weist zu Recht auch der Verteidiger des Angeklagten hin: *Mayer*, FAZ v. 24.4.2012, S. 6, als Reaktion auf den Beitrag von *Merkel* [Fn. 73]) mit einem nächtlichen SEK-Einsatz wegen einer Tat rechnen musste, die der BGH letztendlich „lediglich“ als versuchte Nötigung wertete (und welche nicht einmal im Zusammenhang mit den Angriffsdrohungen der „Bandidos“ stand), BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 15-17.

Ebenso kommt eine generelle Einschränkung des Notwehrrechts<sup>78</sup> in einer solchen Konstellation nicht in Betracht.

Das Notwehrrecht gilt für alle Menschen<sup>79</sup> in gleicher Weise und unabhängig davon, wie sie ihr Leben zu führen gedenken.<sup>80</sup> Auch im Falle einer (bewusst) gefahrgeneigten Lebensführung beurteilt das Notwehrrecht jeden Angriff für die Zeit seiner Dauer (Gegenwärtigkeit) gesondert<sup>81</sup> und stellt (im Gegensatz zum Notstand gem. § 34 StGB<sup>82</sup>) nicht auf gefährliche Gesamt- bzw. Dauersituationen ab. In der konkreten Notwehrsituation gilt dann nach wie vor der Grundsatz „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“<sup>83</sup> – jedenfalls solange nicht die Grenze zu einer Notwehrprovokation im konkreten Falle überschritten ist.<sup>84</sup> Darüber hinaus steht auch das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, welches auch für das Notwehrrecht gilt,<sup>85</sup> einer generellen Einschränkung des Notwehrrechts unter Rückgriff auf ein derart unbestimmtes (und im Strafrecht ohnehin generell ungeeignetes)<sup>86</sup> Kriterium wie eine „unrechtliche Lebensführung“<sup>87</sup> entgegen. Sollte eine solche „unrechtliche Lebensführung“ zudem aus der bloßen Mitgliedschaft in einem nicht verbotenen Verein bzw. einer nicht verbotenen Partei abge-

<sup>78</sup> So wohl *Merkel* (Fn. 73).

<sup>79</sup> Insofern prägte *Hälschner* den Begriff des „angeborenen Unrechts des Menschen“ (Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, § 189 [S. 477]). Diese naturrechtliche Begründung des Notwehrrechts findet auch heute noch Berücksichtigung bei dessen Auslegung, vor allem im Rahmen der individualistischen Notwehrkomponente. Vgl. hierzu ausführlich *van Rienen* (Fn. 33), S. 29-33 und S. 36 m.w.N. in Fn. 95.

<sup>80</sup> Vgl. *Engländer*, NStZ 2012, 272 (276): „Vor dem Gesetz sind alle gleich. Dass einem unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum eine strafbarkeitsausschließende Wirkung zukommt, gilt auch für Mitglieder der Hells Angels.“ Ähnlich auch *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (110): Handelt der Täter im Erlaubnistatbestandsirrtum, „spielt es keine Rolle und darf es eben auch keine Rolle spielen, ob er Mitglied der ‚Hells Angels‘ oder Präsidiumsmitglied des Arbeitersamariterbundes ist.“

<sup>81</sup> Vgl. *Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 138, der insoweit richtigerweise klarstellt, dass § 32 nur punktuell auf die „akute Situation des ‚Friedensbruchs‘“ abstellt.

<sup>82</sup> Zu Dauergefahren im Rahmen des Notstands vgl. *Fischer* (Fn. 17), § 34 Rn. 8.

<sup>83</sup> *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898, S. 108.

<sup>84</sup> Siehe hierzu bereits oben.

<sup>85</sup> Für eine Anwendbarkeit auf strafrechtlich kodifizierte Rechtfertigungsgründe im Allgemeinen: BVerfG JZ 1997, 142 (144); vgl. auch BGHSt 41, 101 (105 u. 111); 42, 158 (161); 235 (241); *Engels*, GA 1982, 109 (119); *Erb*, ZStW 108 (1996), 266 (276 ff.); *Koch*, ZStW 104 (1992), 785 (818). Ausführliche Diskussion m.w.N. bei: *van Rienen* (Fn. 33), S. 155 ff.

<sup>86</sup> Vgl. auch *Mayer* (Fn. 77), welcher eine solche Unterscheidung anhand von Lebensführungsmodellen als „unfassbare Idee“ und letztendlich als „Feindstrafrecht“ bezeichnet.

<sup>87</sup> So die Terminologie bei *Merkel* (Fn. 73).

leitet werden,<sup>88</sup> so dürfte dies auch insbesondere verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen.<sup>89</sup>

Weiter bleiben auch im Hinblick auf den SEK-Einsatz Fragen offen: Zum Beispiel, warum das SEK im vorliegenden Falle trotz Verlusts des Überraschungsmoments (Einschalten des Lichts, Rufen des Angeklagten) weiter verdeckt vorging und sich nicht zu erkennen gab. Selbst wenn der Ruf des Angeklagten von den Beamten nicht gehört wurde, so wäre doch trotzdem aufgrund des Einschaltens der Beleuchtung das Primärziel des Einsatzes, den Angeklagten im Schlaf zu überraschen, um auf diese Weise eine „stabile Lage“ herzustellen, nicht mehr zu erreichen gewesen.<sup>90</sup> Stattdessen ist die Tatsache, dass sich das SEK nicht zu erkennen gab, der entscheidende Grund dafür, dass sich der Angeklagte überhaupt auf seinen Irrtum berufen konnte<sup>91</sup> bzw. der Zeitpunkt, ab welchem der SEK-Einsatz u.U. sogar rechtswidrig wurde und somit eine objektive Notwehrlage begründete.<sup>92</sup> Das LG Koblenz jedenfalls stellte insoweit fest,<sup>93</sup> dass der Truppführer des SEK davon ausging, die Tür würde jeden Moment von einem der SEK-Beamten geöffnet. Da sie nur noch an der obersten Verriegelung gehalten wurde und bereits die Ramme zur endgültigen „Öffnung“ angefordert worden war, hielt der Truppführer an der Einsatzstrategie fest, sich nicht zu erkennen zu geben.<sup>94</sup> Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der ursprüngliche Einsatzplan (Ausnutzen des Überraschungsmoments) spätestens mit dem Einschalten des Lichts nicht mehr realisierbar war. Darüber hinaus stellt eine Durchsuchung ohnehin grundsätzlich eine offen durchzufüh-

<sup>88</sup> Vgl. *Merkel* (Fn. 73).

<sup>89</sup> Zu denken wäre insoweit insbesondere an Art. 9 und 21 GG sowie an das Gebot der Einheit der Rechtsordnung.

<sup>90</sup> Ebenso: *Merkel* (Fn. 73); *Mayer* (Fn. 77).

<sup>91</sup> Zutreffend: *Volk*, Der Spiegel 45/2011, S. 20.

<sup>92</sup> Vgl. *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (113), der zudem an dieser Stelle auf die Diskussion über eine Einschränkung des Notwehrrechts in Fällen der Verteidigung gegen rechtswidrig vorgehende Hoheitsträger verweist, am Ende aber eher zur Ablehnung einer solchen tendiert (*Rotsch*, ZJS 2012, 109 [114]). Selbst bei Annahme einer solchen objektiven Notwehrlage hält jedoch *Engländer*, NStZ 2012, 272 (275), das sofortige Schießen durch die Tür für nicht notwendig.

<sup>93</sup> LG Koblenz, Urt. v. 28.2.2011 – 2090 Js 16853/10, S. 62 u. 42.

<sup>94</sup> Insofern wird der SEK-Leiter mit der Aussage zitiert, die Polizei habe bei dem Einsatz keinen Fehler begangen (Rhein Zeitung v. 6.11.2011: „Todesschüsse von Anhausen: BGH spricht Hells Angel frei“, abrufbar unter: <http://www.rheinzeitung.de/regionales/artikel.-Schuesse-auf-Polizisten-in-Anhausen-waren-Notwehr-BGH-hebt-Urteil-gegen-Hells-Angel-auf-arid,330688.html>, [zuletzt abgerufen am 14.7.2012]). Aus dem Festhalten an dem Einsatzplan allerdings eine Strafbarkeit des Einsatzleiters wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB ableiten zu wollen (angedacht bei *Engländer*, NStZ 2012, 272 [275]), dürfte jedoch zu weit gehen, obwohl *Jäger* (JA 2012, 227 [229]) darin zuzustimmen ist, dass es sich hierbei um eine „erschreckende Fehleinschätzung der Gefahrenlage“ handelte.

rende Maßnahme dar.<sup>95</sup> Nach alledem hätte das SEK sich spätestens nach dem Einschalten des Lichts als solches zu erkennen geben müssen.<sup>96</sup>

Schließlich wirft eine eher versteckte Feststellung des BGH Fragen auf: Der Angeklagte ließ sich widerstandslos festnehmen, wobei er verletzt wurde<sup>97</sup> – und das, obwohl er die Waffe weggelegt hatte und keinen Widerstand mehr leistete, nachdem sich die Beamten zu erkennen gaben.

## VII. Schluss

Das Urteil des BGH verdient Zustimmung.<sup>98</sup> Die Anerkennung der konkreten Vorstellungslage des Angeklagten im Tatzeitpunkt als maßgeblich für die Beurteilung der Voraussetzungen der (Putativ-)Notwehrlage sowie die realitätsnahen und den Einzelfallumständen Rechnung tragenden Anforderungen an den Schusswaffeneinsatz in Notwehr lassen eine Prinzipientreue erkennen, die in BGH-Urteilen zur Notwehr nicht immer gewährleistet war.

Bei dem zugrundeliegenden Sachverhalt handelt es sich zweifelsohne um eine Tragödie mit einer Verkettung höchst unglücklicher Einzelfallumstände.<sup>99</sup> Auch wird der Freispruch dem Rechtsempfinden der Bevölkerung in weiten Teilen womöglich zuwiderlaufen. An der Richtigkeit der Rechtsanwendung im Einzelfall ändert dies jedoch nichts.

*Rechtsanwalt Dr. Rafael van Rienen, LL.M. (University of Chicago), Attorney at Law (New York), Washington DC*

---

<sup>95</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 19; BVerfG NJW 2006, 976 (981); BGH NJW 2007, 930; *Nack*, in: Hanich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 102 Rn. 1.

<sup>96</sup> *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (113); ähnlich: *Jäger*, JA 2012, 227 (229).

<sup>97</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 9.

<sup>98</sup> Im Ergebnis auch *Merkel* (Fn. 73).

<sup>99</sup> Ähnlich: *Jäger*, JA 2012, 227 (229): „angesichts der Verkettung unglücklicher Umstände geradezu tragischer Fall“.