

## Entscheidungsbesprechung

### Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bei der Putativnotwehr

**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.**

**Diese Grundsätze gelten 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 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. Reicht aber ein Warnschuss nicht aus, um den Angriff endgültig abzuwehren, so ist auch der sofortige tödliche Schusswaffeneinsatz gerechtfertigt. (Leitsätze des Verf.)**

StGB §§ 212, 16, 32, 33

BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11\*

#### I. Sachverhalt<sup>1</sup>

Der Angeklagte A war der für Disziplin und Ordnung zuständige „Sergeant at Arms“ im „Chapter B“ des Motorrad- und Rockerclubs „Hells Angels“. Im Februar und März 2010 kursierten in Rockerkreisen Gerüchte, dass ein Mitglied des Motorradclubs „Bandidos“ ein Mitglied der verfeindeten „Hells Angels“ töten oder zumindest schwer verletzen wolle, um sich einen Aufnäher mit dem Schriftzug „Expect no Mercy“ sowie eine Prämie von 25.000 Euro zu verdienen. Zuvor war am 8.10.2009 von X, der Mitglied der „Hells Angels“ war, ein Mitglied der „Bandidos“ erschossen worden. Auf-

grund glaubhafter Informationen des Z, seinerseits als sog. „Hangaround“ Anwärter auf eine Vormitgliedschaft bei den „Bandidos“, der aber zugleich Kontakte zu Mitgliedern der „Hells Angels“ unterhielt, war A schließlich davon überzeugt, dass ein Mitglied der „Bandidos“ tatsächlich einen Angriff auf ein Mitglied der „Hells Angels“ plane.

In der Zwischenzeit ermittelten die Strafverfolgungsbehörden wegen anderer Taten gegen Mitglieder der „Hells Angels“. Das zuständige Amtsgericht erließ zehn Durchsuchungsbeschlüsse gegen verschiedene Mitglieder der „Hells Angels“. Einer der Beschlüsse betraf die Durchsuchung von Wohnhaus und Fahrzeug des A. Ziel der Maßnahme war das Auffinden von Beweismitteln. Aus taktischen Gründen sollten alle Durchsuchungen zur gleichen Zeit stattfinden. Weil A als gewaltbereit eingeschätzt wurde und – mit behördlicher Erlaubnis – über Schusswaffen verfügte, beschloss das Landeskriminalamt, dass ein Spezialeinsatzkommando eingesetzt werden solle, um gewaltsam in das Haus des A einzudringen, diesen im Schlaf zu überraschen, eine „stabile Lage“ herzustellen und eine ungestörte Durchsuchung zu ermöglichen. Dazu wurden zehn Beamte des Spezialeinsatzkommandos kurz vor 6.00 Uhr am 17.3.2010 am Zugriffsort eingesetzt. Sie umstellten das Haus des A, wodurch Fluchtmöglichkeiten ausgeschlossen wurden. Fünf Beamte, denen das Eindringen in das Haus als erste Einsatzkräfte oblag, postierten sich an der Vorderfront nahe der Eingangstür dicht an der Hauswand. Darunter befand sich der Beamte B als Türöffnungsspezialist. B sollte mit einem hydraulischen Gerät das Türschloss sowie zwei Zusatzverriegelungen zerstören, die A nach früheren Einbrüchen in sein Haus angebracht hatte, die Tür dann mit einer Ramme aus dem Rahmen drücken und so das Eindringen ermöglichen. Alle Beamten waren bewaffnet, mit Sturmhauben zur Tarnung und mit Helmen nebst Visier sowie Schutzwesten mit der Aufschrift „Polizei“ ausgerüstet. In einiger Entfernung hielten sich weitere Einsatzkräfte der Sondereinheit, ein Notarztteam, der Einsatzleiter und der ermittelnde Staatsanwalt sowie Beamte der Polizei bereit.

Der Einsatz begann um 6.00 Uhr bei Dämmerung. Im Haus des A brannte kein Licht. Die Rollläden der Fenster waren ganz oder teilweise geschlossen. Der Beamte B setzte, vor der Haustür kniend, das hydraulische Gerät zur Türöffnung zwischen Zarge und Türblatt an und bediente die Hydraulik, worauf eine der Verriegelungen mit lautem Knacken zerbrach. B brachte das Gerät danach an der rechten Türseite in Höhe des Türschlosses an, das sodann wiederum mit lautem Knacken aufgebrochen wurde. Schließlich musste in einem dritten Arbeitsgang noch eine letzte Türverriegelung an der Oberkante der Tür geöffnet werden. Die Ramme zum Eindringen der Tür wurde bereits herbeigeholt.

Inzwischen war A, der zusammen mit seiner Verlobten im Obergeschoss geschlafen hatte, von dieser geweckt worden, weil sie Geräusche gehört hatte. A versuchte vergeblich, durch das Schlafzimmerfenster Personen zu erkennen, er hörte aber Geräusche sowie Stimmen an der Haustür. Er nahm an, dass er das Opfer des angekündigten Überfalls der „Bandidos“ werden sollte. Er nahm eine Pistole, über die er mit behördlicher Waffenbesitzerlaubnis verfügte, lud sie mit einem Magazin mit acht Patronen und betätigte den Licht-

\* Die Entscheidung ist abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>1</sup> In der Entscheidung des BGH spielen außerdem Fragen der versuchten Nötigung, der versuchten räuberischen Erpressung, der Bedrohung sowie des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch der räuberischen Erpressung eine Rolle. Diese Fragen bleiben hier ausgeblendet.

schalter für die Beleuchtung von Flur und Treppe. Seine Verlobte, die ihm folgen wollte, wies er an, ins Schlafzimmer zurückzugehen, die Tür zu schließen und mit dem Mobiltelefon ihre Mutter und seinen Bruder von dem Überfall zu benachrichtigen. Er ging dann die Treppe hinab und nahm wahr, dass trotz des eingeschalteten Lichts weiter an der Haustür gearbeitet wurde. Die Beamten hatten über die Hörsprecheinrichtung ihrer Helme die Meldung „Licht“ erhalten, gingen aber gleichwohl weiter verdeckt vor und gaben sich nicht zu erkennen. Aus der Fortsetzung der Aufbruchstätigkeiten an der Haustür trotz Einschaltung der Beleuchtung im Hause schloss A, dass es sich nicht um normale Einbrecher handelte, sondern um den befürchteten, gegen sein Leben und das seiner Verlobten gerichteten Angriff von „Bandidos“. Es kam ihm nicht in den Sinn, dass es sich um einen Polizeieinsatz handeln könne. Durch zwei Ornamentgläser in der Haustür konnte er keine Einzelheiten erkennen, nahm aber Umrisse einer Person wahr. Er blieb am Treppenabsatz in Deckung stehen und rief: „Verpisst euch“. Die Beamten hörten dies jedoch nicht und setzten das Aufbrechen der Haustür fort. In dieser von ihm als lebensbedrohlich empfundenen Situation gab A, der damit rechnete, er könne alsbald durch die Tür oder sofort nach dem unmittelbar drohenden Aufbrechen der Tür von den Angreifern beschossen werden, zu seiner Verteidigung zwei Schüsse auf die Tür ab, die der Bewegung der Person folgten, die sich an der Tür zu schaffen machte und die sich gerade aus gebückter Position aufrichtete. Bei der Schussabgabe nahm A billigend in Kauf, dass ein Mensch tödlich getroffen werden könnte. Der erste Schuss, der 111,5 cm über dem Boden die Haustür durchschlug, ging fehl; der zweite durchschlug 121 cm über dem Boden die Tür und traf den Beamten B unter den erhobenen linken Arm. Das Geschoss drang durch die Öffnung des Schutzpanzers am Oberarm in den Brustkorb ein und verletzte B tödlich. Nun rief ein anderer Beamter: „Sofort aufhören zu schießen. Hier ist die Polizei.“ A legte die Waffe sofort weg, lief zum Fenster und rief: „Wie könnt ihr so was machen? Warum habt ihr nicht geklingelt? Wieso gebt ihr euch nicht zu erkennen?“ Er ließ sich widerstandslos verhaften.

Das Landgericht hat die Handlung des A als Totschlag bewertet. Auf die Revision des A hat der BGH das Urteil insoweit aufgehoben und ihn vom Vorwurf des Totschlags freigesprochen.

## II. Einführung

Das Urteil des 2. Strafsenats des BGH hat bereits unmittelbar nach Bekanntwerden „bundesweit für Aufregung und Empörung gesorgt“.<sup>2</sup> So hat der rheinland-pfälzische Innenminister Roger Lewentz das Urteil „scharf kritisiert“. Der Richter sprach Sorge nicht für eine Befriedung und ermuntere Schwerstkriminelle zu ihrem „asozialen Tun“. Als Bürger und Dienstherr der Polizei fühle er sich nicht imstande, dieses

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Berliner Morgenpost v. 5.11.2011, abrufbar unter <http://www.morgenpost.de/printarchiv/panorama/article1816968/Polizistenmord-Empoerung-ueber-Freispruch-fuer-Hells-Angels-Rocker.html>.

Urteil zu akzeptieren.<sup>3</sup> Dass die Boulevardpresse den – zugegebenermaßen tragischen – Fall zum Anlass nimmt, über eine von jeglicher juristischer Kenntnis unbefleckte Berichterstattung an die niedersten Instinkte ihrer Leser zu appellieren („BGH lässt Polizisten-Killer laufen“<sup>4</sup>), kann man als Wissenschaftler (und sicher auch als BGH-Richter) nur bedauern. Auch die Tatsache, dass die politisch motivierten Äußerungen eines Nichtjuristen natürlich ihre ganz eigene Zweckbestimmung haben, tröstet kaum. Dass selbst ein seriöses Medium wie die altehrwürdige Frankfurter Allgemeine Zeitung einem vermeintlich professionellen Kommentar, in dem das Urteil für die Polizisten als „Schlag ins Gesicht“ und als „Freibrief“ für die „Milieukriege“ der Rocker bezeichnet wird,<sup>5</sup> im Politikteil Platz einräumt, zeugt freilich nicht nur von der besorgniserregenden Fachfremdheit mancher Journalisten, sondern belegt auf alarmierende Weise auch, 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.

Tatsächlich hat der BGH auf dem Boden der Tatsachenfeststellungen des Tatgerichts sehr gut vertretbar einen sog. Erlaubnistatumsirrtum angenommen. Dieser Irrtum führt nach ganz herrschender und richtiger Meinung dazu, dass die Vorsatzschuld entfällt. Der Täter kann sich damit nicht wegen eines Vorsatzdelikts strafbar gemacht haben. Befindet der Täter sich aber in einem Erlaubnistatumsirrtum, spielt es keine Rolle und darf es eben auch keine Rolle spielen, ob er Mitglied der „Hells Angels“ oder Präsidiumsmitglied des Arbeitersamariterbundes ist. Handelt er auch nicht fahrlässig, so bleibt er straflos.

## III. Zum Inhalt der Entscheidung

Das Landgericht hat eine Strafbarkeit des A wegen Totschlags gem. § 212 StGB bejaht und dabei insbesondere das Vorliegen einer tatsächlichen Notwehrlage gem. § 32 StGB mit dem Hinweis auf die Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes verneint.<sup>6</sup> Auch ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB, ein Strafausschließungsgrund wegen Notwehrüberschreitung gem. § 33 StGB sowie ein Schuldaußschließungsgrund gem. § 35 StGB werden abgelehnt.<sup>7</sup> Ein möglicher Verbotsirrtum sei jedenfalls vermeidbar gewesen.<sup>8</sup> Eine Putativnotwehr gem. §§ 32, 16 Abs. 1 StGB wird mit der Begründung abgelehnt, dass auch im Rahmen einer nur vermeintli-

<sup>3</sup> Siehe Fn. 2.

<sup>4</sup> Vgl. den – im Hinblick auf die Wiedergabe des BGH-Urteils auch juristisch unzutreffenden – Beitrag v. 3.11.2011 <http://www.bild.de/news/inland/hells-angels/freispruch-nach-todesschuss-auf-elite-polizist-20804084.bild.html>.

<sup>5</sup> *Eppelsheim*, in: FAZ v. 6.11.2011, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/gerichtsurteil-ein-freibrief-11518822.html>.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 10.

<sup>7</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 10.

<sup>8</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 10.

chen Notwehrhandlung der sofortige Schusswaffeneinsatz gegen einen Menschen nicht geboten gewesen sei. Vielmehr habe zuvor ein Warnschuss abgegeben werden müssen.<sup>9</sup>

Der BGH widerspricht insoweit der Auffassung des Landgerichts und bejaht das Vorliegen eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“<sup>10</sup>. Dabei lässt er die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes (aus guten Gründen?) bewusst offen und rekurriert sogleich auf einen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes. Auf dem Boden der – irrigen – Vorstellung des A „wäre der sogleich auf eine Person gerichtete Schusswaffeneinsatz als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen.“<sup>11</sup> Ein solcher Irrtum ist für den BGH ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der entsprechend § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld führt.<sup>12</sup> Auch eine damit immer noch mögliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gem. § 222 StGB lehnt der BGH ab, da A nur dann Fahrlässigkeit vorzuwerfen wäre, wenn er seinen Irrtum über die Identität und Absicht der Angreifer hätte vermeiden können. Dies sei aufgrund der Umstände des Falles aber ausgeschlossen gewesen.<sup>13</sup> Da keine weiteren Feststellungen zu erwarten seien, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten, sprechen die BGH-Richter A frei.<sup>14</sup>

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Der Freispruch des A ist im Ergebnis richtig. Vor der Annahme eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“ stellt sich allerdings sogar die Frage, ob eine Strafbarkeit des A nicht bereits aus vorrangigen Gründen ausscheiden muss. Während die Bejahung des Tatbestandes des § 212 StGB nur einige wenige Anmerkungen verlangt (sogleich unter 1.), lässt sich vor dem Hintergrund des mitgeteilten Sachverhaltes gar eine Rechtfertigung wegen Notwehr gem. § 32 StGB diskutieren (unter 2.). Erst anschließend – nach einem kurzen Rekurs auf § 33 StGB (unter 3.) – kann auf das Vorliegen eines Irrtums des A eingegangen werden (unter 4.).

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit i.S.d. § 212 StGB

Der BGH geht ebenso wie das Landgericht ohne jegliche Problematisierung davon aus, dass A durch die Abgabe des tödlichen Schusses den Tatbestand des Totschlags gem. § 212 StGB erfüllt hat. Das ist jedenfalls vor dem Hintergrund der einen Erlaubnistatbestandsirrtum bejahenden Ansicht des BGH richtig, bedarf aber in zweierlei Hinsicht der Präzisierung:

Zum einen lässt sich nach der Schilderung des Sachverhalts durchaus über das Mordmerkmal der Heimtücke diskutieren. Diese Diskussion musste der BGH nicht führen, weil er mit der Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums ohnehin zur Straflosigkeit des A kommt. Insofern wären Ausführungen hierzu im Urteil schlicht überflüssig. Das gilt ebenso

für die studentische Bearbeitung des Falles im strafrechtlichen Gutachten, sofern man der Auffassung des BGH vom Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums folgt oder – vgl. den Text sogleich unter 2. – bereits aufgrund einer Rechtfertigung nach § 32 StGB zur Annahme der Straflosigkeit kommt. Wer hier sogleich § 211 StGB prüft und das Vorliegen eines Mordmerkmals problematisiert, läuft Gefahr, wertvolle Zeit mit der Erörterung von Umständen zu vergeuden, die letztlich keine Rolle spielen.<sup>15</sup> Wenn man freilich – wie das Tatgericht, das die Strafbarkeit des A wegen Totschlags gem. § 212 StGB ja bejaht hat – einen Strafbarkeitsausschluss verneint, besteht durchaus Anlass, über das Mordmerkmal der Heimtücke nachzudenken. Denn nach dem Sachverhalt ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass A die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit des B zur Tötung ausgenutzt haben könnte.<sup>16</sup>

Zum anderen stellt sich die Frage, welche Rolle es spielt, dass A sich über die Identität des Angreifers geirrt hat. Zu dieser Frage äußert die Entscheidung des BGH sich – wie durchaus nicht unüblich<sup>17</sup> – schon gar nicht. Für die Richter ist es offenbar keine Erwähnung mehr wert, dass ein solcher error in persona sich auf den Vorsatz des Täters dann nicht auswirkt, wenn – wie hier – zwischen dem vorgestellten Angreifer (Mitglied der „Bandidos“) und dem tatsächlich getroffenen Opfer (Polizeibeamter B) tatbestandliche Gleichwertigkeit besteht. Da bei einem solchen Identitätsirrtum der Täter den äußeren Tatumstand – bei dem anvisierten Tatobjekt handelt es sich um einen Menschen i.S.d. § 212 StGB – zutreffend erkannt hat, liegt eine Fehlvorstellung des Täters vor, die für die Frage des Vorliegens des Tötungsvorsatzes irrelevant ist.<sup>18</sup> Das gilt auch für die Fälle der nur „mit-

<sup>15</sup> Das kann man freilich auch anders sehen und in der Tat gehen die Empfehlungen in der Ausbildungsliteratur in solchen Fällen durchaus auseinander. Ist der Sachverhalt erkennbar auf eine Erörterung der Mordmerkmale angelegt, sollte man diese daher auch dann problematisieren, wenn die Strafbarkeit im Ergebnis etwa wegen Notwehr oder eines Erlaubnistatbestandsirrtums ausscheidet.

<sup>16</sup> Zu den Voraussetzungen der Heimtücke vgl. nur *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 191 ff. Dann würde man sich allerdings auch mit einigen Folgeproblemen – etwa einer eventuell angezeigten restriktiven Handhabung des Heimtückemerkmals (vgl. dazu *Küper* [a.a.O.], S. 199 ff.) – auseinandersetzen haben. Nach dem Sachverhalt – A hatte zu diesem Zeitpunkt das Licht angeschaltet – liegt es freilich näher, davon auszugehen, dass B durchaus mit einem Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit bzw. gar sein Leben rechnete und also nicht i.S.d. § 211 StGB arglos war.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. den bekannten „Rechtsanwalts“-Fall BGHSt 39, 195. Dazu jüngst ausführlich *Rotsch*, in: Heinrich/Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 377 (378 ff.). Zur Fallbearbeitung *Rotsch*, in: Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, S. 269 (276).

<sup>18</sup> *Rotsch* (Fn. 17), Die Klausur im Ersten Staatsexamen, S. 276. Vgl. aus der Lehrbuchliteratur *Kühl*, Strafrecht, All-

<sup>9</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 10.

<sup>10</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 20.

<sup>11</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 22.

<sup>12</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 21.

<sup>13</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 25.

<sup>14</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 26.

telbaren“ Individualisierung, wenn der Täter das Opfer nicht sinnlich wahrgenommen hat.<sup>19</sup> Der Irrtum über die Person desjenigen, den A durch die geschlossene Haustür erschießt, kann A also nicht entlasten.

## 2. Rechtfertigung gem. § 32 StGB

Die Frage nach dem Vorliegen eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“ stellte sich freilich dann schon gar nicht, wenn die Voraussetzungen des § 32 StGB tatsächlich – also nicht nur nach der Vorstellung des A – gegeben gewesen wären. Eine Rechtfertigung i.S.d. § 32 StGB hat zur Voraussetzung, dass eine Notwehrlage und eine Notwehrhandlung vorliegen.

### a) Die Notwehrlage

Eine Notwehrlage setzt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf rechtlich geschützte Güter oder Interessen voraus; die Notwehrhandlung muss sich gegen den Angreifer richten und objektiv erforderlich sowie normativ geboten sein.<sup>20</sup> Damit kann bereits eine Notwehrlage nicht vorliegen, wenn der Angriff rechtmäßig erfolgt. Wann ein Angriff rechtswidrig ist, ist freilich sehr umstritten. Während zum Teil auf den Erfolgsunwert abgestellt und für entscheidend gehalten wird, ob der Angegriffene den bevorstehenden Erfolg dulden muss,<sup>21</sup> beurteilen andere das Verhalten des Angreifers danach, ob es einen Verhaltensunwert verwirklicht.<sup>22</sup> Dieser Widerspruch zu den Ge- und Verboten als rechtlichen Verhaltensnormen besteht auch in dem Fall nur fahrlässigen Verhaltens, weshalb mindestens objektiv sorgfaltswidriges Verhalten gefordert wird.<sup>23</sup> Ein Unterschied zwischen beiden Auffassungen besteht vor allem in denjenigen Fällen, in denen jemand zwar die Rechtsgüter anderer durch sein Verhalten bedroht, sich dabei aber den rechtlichen Verhaltensregeln entsprechend verhält, also etwa die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einhält.<sup>24</sup>

Die Frage spielt in unserem Fall dann keine Rolle, wenn das Eingreifen des Spezialeinsatzkommandos nicht von einer strafprozessualen Eingriffsnorm gedeckt ist.<sup>25</sup> Denn in diesem Fall liegt nach allen Ansichten ein rechtswidriger Angriff vor.

Zwar weisen die Richter zu Recht darauf hin, dass § 164 StPO ein Einschreiten nur gegen eine tatsächlich vorliegende oder konkret bevorstehende Störung der Durchsuchung ge-

stattet.<sup>26</sup> Da hierfür keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, scheidet jedenfalls § 164 StPO als Ermächtigungsgrundlage für das Vorgehen der Polizei aus. Der BGH wirft sodann aber auch Zweifel bezüglich der Vereinbarkeit des Polizeieinsatzes „in seiner konkreten Gestalt“ mit den Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO auf. Unter Hinweis auf BGHSt 51, 211 weist der 2. Senat darauf hin, dass es sich bei einer Durchsuchung um eine grundsätzlich offene Maßnahme handelt, weshalb der 3. Senat in dem in Bezug genommenen Beschluss vom 31.1.2007 es auch ablehnt, eine heimliche Online-Durchsuchung auf die Ermächtigungsgrundlage des § 102 StPO zu stützen.<sup>27</sup> Allerdings erfasst § 105 StPO als Annexkompetenz bei der Anordnung der Durchsuchung nach h.M. sämtliche Maßnahmen, die typischerweise zur Erreichung des Anordnungszwecks notwendig sind.<sup>28</sup> Das gilt jedenfalls insoweit, als die in Rede stehende Maßnahme, die – wie hier – auch in dem gewaltsamen Zutritt zum Durchsuchungsobjekt bestehen kann,<sup>29</sup> verhältnismäßig ist.<sup>30</sup> Mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung durch Art. 13 GG erfährt die räumliche Lebenssphäre des einzelnen einen besonderen grundrechtlichen Schutz. Durchsuchungsmaßnahmen enthalten einen erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen. Sie sind insbesondere dann nicht verhältnismäßig, wenn sie nicht erforderlich sind, wenn also andere, weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stehen.<sup>31</sup> Offensichtlich beschleicht den BGH ein un gutes Gefühl, weil die Beamten des Spezialeinsatzkommandos sich selbst nach dem Einschalten des Lichts durch A nicht zu erkennen gegeben hatten und weiter verdeckt vorgehen. Selbst das Landgericht äußert ausdrücklich die Auffassung, der Entschluss, auch noch nach diesem Zeitpunkt weiter verdeckt vorzugehen und sich nicht zu erkennen zu geben,

<sup>26</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 19. Vgl. LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 26.2.2008 – 5/26 Qs 6/08 = Beck RS 2008, 05006 mit Anm. Jahn, JuS 2008, 649.

<sup>27</sup> BGHSt 51, 211. Vgl. insoweit *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, § 12 Rn. 253c. An § 104 StPO scheitert die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nicht, da die Vorschrift sich nur auf nächtliche Hausdurchsuchungen bezieht und § 104 Abs. 3 StPO die Nachtzeit im fraglichen Zeitraum zwischen dem 1. Oktober und 31. März beschränkt auf die Stunden von neun Uhr abends bis sechs Uhr morgens. Daraus erklärt sich auch, weshalb mit dem Beginn des Polizeieinsatzes bis sechs Uhr morgens gewartet wurde.

<sup>28</sup> *Löffelmann*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltkommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 105 Rn. 9.

<sup>29</sup> *Löffelmann* (Fn. 28), § 105 Rn. 9.

<sup>30</sup> BVerfGE 20, 162 (186 f.); LG München StraFo 2009, 146; *Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg, Strafprozessordnung, 25. Aufl. 2003, 29. Lfg., § 105 Rn. 58; *Amelung*, in: Wassermann (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, Bd. 2, Teilbd. 1, §§ 94-212b, 1992, § 105 Rn. 38; *Müller*, Rechtsgrundlagen und Grenzen zulässiger Maßnahmen bei der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen, 2003, S. 72.

<sup>31</sup> BVerfGE 96, 44 (54).

gemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 13 Rn. 18 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 173 ff.

<sup>19</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, § 7 Rn. 255.

<sup>20</sup> Vgl. statt aller *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 325 ff., 333 ff.

<sup>21</sup> Vgl. etwa *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 331.

<sup>22</sup> *Roxin*, Strafrecht (Fn. 18), § 15 Rn. 14; *Sinn*, GA 2003, 96 (105 ff.).

<sup>23</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 55.

<sup>24</sup> *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 56.

<sup>25</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 70 ff.

„erscheine [...] nachträglich als Fehleinschätzung“<sup>32</sup>. Dies ändere jedoch nichts an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.<sup>33</sup>

Ganz so einfach wird man es sich freilich nicht machen können. Tatsächlich liegt hier ein schwieriges Problem verborgen: Nach ganz überwiegender Meinung ist das Vorliegen der Notwehrlage objektiv ex post zu bestimmen.<sup>34</sup> Es kommt also darauf an, dass ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff zum Zeitpunkt der Abwehrhandlung tatsächlich vorlag.<sup>35</sup> Damit entsteht nun aber eine nicht einfach aufzulösende Kollision mit demjenigen Beurteilungsmaßstab, der für die Frage nach der Rechtmäßigkeit der staatlichen Eingriffsmaßnahme gilt. Hält man – wie hier – für zutreffend, dass – und sei es auf dem Boden eines eigenständigen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs<sup>36</sup> – eine polizeiliche Zwangsmaßnahme nur dann rechtmäßig sein kann, wenn sie verhältnismäßig ist,<sup>37</sup> so ist die dann in den Blick geratende Erforderlichkeit des polizeilichen Vorgehens richtigerweise objektiv ex ante zu beurteilen.<sup>38</sup> Das führt zu der Situation, dass die Notwehrlage objektiv ex post, die auf die Rechtswidrigkeit des Angriffs zurückwirkende Frage der Erforderlichkeit der Eingriffshandlung im Rahmen von deren Verhältnismäßigkeit aber objektiv ex ante zu beurteilen ist. Damit lässt sich jedenfalls nicht argumentieren, dass die durchgeführte Maßnahme deshalb nicht verhältnismäßig gewesen sein kann, weil sich nachträglich herausgestellt hat, dass die Maßnahme nicht hätte durchgeführt werden müssen, da auch ein milderer Eingriff gleichermaßen zum Erfolg geführt hätte. Ob nun aber gegebenenfalls das objektiv ex ante getroffene Urteil der Verhältnismäßigkeit des Polizeieinsatzes die Annahme der objektiv ex post zu beurteilenden Rechtswidrigkeit des Angriffs zu hindern vermag, ist hiermit noch nicht geklärt.

Die beschriebene Kollision träte freilich dann schon gar nicht auf, wenn man auch unter Zugrundelegung einer objektiven ex ante-Perspektive zu dem Ergebnis gelangte, dass der Polizeieinsatz nicht erforderlich und damit nicht verhältnismäßig war. In diesem Fall wäre dann auch die Rechtswidrigkeit des Angriffs zu bejahen. Ein genauerer Blick lässt nun aber tatsächlich kaum einen anderen Schluss zu: Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der polizeilichen Maßnahme ist nämlich nicht etwa auf deren Beginn abzustellen – zu diesem Zeitpunkt mag das Vorgehen aus der Sicht eines objektiven Beobachters noch erforderlich gewesen sein –; maßgebend ist vielmehr in zeitlicher Hinsicht der Moment, in dem A sich gegen den Angriff wehrt, also die beiden Schüsse auf B abgibt. Zu diesem Zeitpunkt hatte A aber das Licht bereits eingeschaltet, wovon die Beamten des Spezialeinsatz-

kommandos auch über die Hörsprecheinrichtung ihrer Helme Mitteilung erhalten hatten. Spätestens jetzt hätten die Beamten ihr verdecktes Vorgehen aufgeben und sich zu erkennen geben müssen. Der Entschluss, auch noch nach diesem Zeitpunkt verdeckt vorzugehen, erweist sich daher nicht nur – wie das Landgericht glaubt – „nachträglich als Fehleinschätzung“, vielmehr ist er bereits aus einer objektiven ex ante-Sicht falsch.

Hält man mit dieser Argumentation das Vorgehen der Polizeikräfte für rechtswidrig, so ist aber an der Notwehrsituation des A nicht zu zweifeln. Denn dann droht mindestens eine nicht mehr von der Rechtsordnung gedeckte Verletzung des Hausrechts, des Eigentums und der Fortbewegungsfreiheit des A. Dieser rechtswidrige Angriff ist auch gegenwärtig, da er unmittelbar bevorsteht.<sup>39</sup>

#### b) Die Notwehrhandlung

Vor diesem Hintergrund könnte A demnach bereits gerechtfertigt sein. Hierzu müsste er sich gegen den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff im Rahmen seines Notwehrrechts gem. § 32 StGB gewehrt haben. Zweifel hieran bestehen deshalb, weil A ohne weiteres seine Schusswaffe eingesetzt hat. So hat das Landgericht – im Rahmen der Erörterung der Putativnotwehr – denn auch die Erforderlichkeit der konkreten Abwehrhandlung des A verneint: Der sofortige Schusswaffeneinsatz sei nicht zulässig gewesen, zuvor wäre die Abgabe eines Warnschusses erforderlich gewesen.<sup>40</sup> Da der BGH die Frage ebenso wie das Landgericht erst im Rahmen der Putativnotwehr erörtert, muss er sich fragen, ob auf dem Boden der irrigen Vorstellung des A, Mitglieder der „Bandidos“ trachteten ihm nach dem Leben, der Schusswaffeneinsatz des A als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen wäre.<sup>41</sup> Bejaht man hingegen die Notwehrlage des A, stellt das Problem sich bereits auf der Ebene der Rechtswidrigkeit; inhaltlich geht es aber grundsätzlich um dieselbe Frage.

In strafrechtsdogmatischer Hinsicht ist es durchaus erstaunlich, dass das Tatgericht die Erforderlichkeit des sofortigen Schusswaffeneinsatzes durch A verneint hat. Der Sachverhalt bietet dem BGH nämlich in der Tat Anlass, seine ständige Rechtsprechung zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung zu bestätigen. So besteht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ebenso wie in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur seit geraumer Zeit Einigkeit, dass der Täter sich auch bei einem gezielt tödlichen Schusswaffeneinsatz nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen muss, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist.<sup>42</sup> Da das ursprüngliche Aggressionspotential vom Angreifer ausgeht, sind Rechtsprechung und Literatur bei der Beurteilung der Erforderlichkeit zugunsten des Verteidigers großzügig.<sup>43</sup> Wird die Person rechtswidrig angegrif-

<sup>32</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 10.

<sup>33</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 10.

<sup>34</sup> Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, Vor §§ 32 ff. Rn. 10a.

<sup>35</sup> Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 27.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu Lenckner (Fn. 34), Vor §§ 32 ff. Rn. 86.

<sup>37</sup> Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 113 Rn. 27.

<sup>38</sup> Lenckner (Fn. 34), Vor §§ 32 ff. Rn. 86; Eser (Fn. 37), § 113 Rn. 27.

<sup>39</sup> Zur Gegenwärtigkeit des Angriffs i.S.d. § 32 StGB siehe nur Wessels/Beulke (Fn. 19), § 8 Rn. 328.

<sup>40</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 10.

<sup>41</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 22. Siehe dazu noch unten 4.

<sup>42</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 23.

<sup>43</sup> Wessels/Beulke (Fn. 19), § 8 Rn. 335 m.w.N.

fen, so ist sie grundsätzlich dazu berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine endgültige Beseitigung der Rechtsgutsbedrohung gewährleistet.<sup>44</sup> Nur wenn dem Angegriffenen mehrere wirksame Abwehrmaßnahmen zur Verfügung stehen, hat er das für den Angreifer am wenigsten gefährliche zu wählen.<sup>45</sup> Dabei ist freilich die konkrete „Kampflage“ entscheidend.<sup>46</sup> Stehen dem Angegriffenen mehrere Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung, bleibt ihm aber keine Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage, so darf er das für den Angreifer gefährlichste anwenden.<sup>47</sup> Bei einem Schusswaffeneinsatz bedeutet dies zwar in der Regel, dass der Angegriffene den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen bzw. vor einem möglicherweise tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen hat. Reicht aber ein Warnschuss oder etwa ein Schuss ins Bein des Angreifers nicht aus, um den Angriff endgültig abzuwehren, so ist auch der sofortige tödliche Schusswaffeneinsatz gerechtfertigt.<sup>48</sup> Da die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung – wie die Erforderlichkeit der polizeilichen Maßnahme, s.o. – objektiv ex ante zu beurteilen ist,<sup>49</sup> lässt sich an dieser Stelle nicht einwenden, dass A tatsächlich nicht von Mitgliedern der „Bandidos“, sondern von Polizeibeamten angegriffen wurde, A sich also tatsächlich jedenfalls nicht gegen eine Bedrohung seines Lebens wehrte. Solange der Polizeieinsatz als solcher aus der ex ante-Sicht eines besonnenen Beobachters in der Lage des Angegriffenen nicht erkennbar ist, ist auch der sofortige Schusswaffeneinsatz von der Notwehrvorschrift des § 32 StGB gedeckt.<sup>50</sup>

Fragen lässt sich dann immer noch danach, ob der konkrete Sachverhalt einen Anlass dafür bietet, hier – über das Merkmal der Gebotenheit – ausnahmsweise eine Begrenzung des Notwehrrechts vorzunehmen. Eine solche „sozialethische“ Einschränkung der Notwehr<sup>51</sup> kommt hier allerdings nicht bereits deshalb in Betracht, weil das von A beeinträchtigte und das verteidigte Rechtsgut in einem groben Missverhältnis stünden.<sup>52</sup> Denn eine Verteidigung der über Art. 13 GG verfassungsrechtlich geschützten räumlichen Lebenssphäre (s.o.) durch die Tötung des Angreifers wird man nicht per se für unzulässig halten können. Allerdings wird in der Literatur eine Einschränkung des Notwehrrechts in denjenigen Fällen diskutiert, in denen – wie hier – mit der Abwehrhandlung Widerstand gegen rechtswidrig vorgehende Hoheitsträger geleistet wird. Zwar wird zum Teil aus dem Um-

stand, dass der solchermaßen rechtswidrig Angegriffene sich nicht wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB strafbar machen kann, pauschal auch das Notwehrrecht des Betroffenen bejaht.<sup>53</sup> Von anderen Literaturstimmen wird eine solche grundsätzliche Anerkennung einer Rechtfertigung über § 32 StGB unter Hinweis auf den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff allerdings mit der Begründung abgelehnt, dass ein Verstoß gegen eine wesentliche Förmlichkeit im Rahmen einer hoheitlichen Maßnahme zwar die fehlende Strafwürdigkeit einer Widerstandshandlung i.R.d. § 113 StGB begründe, nicht hingegen folge aus dieser fehlenden Strafwürdigkeit notwendig ein Notwehrrecht.<sup>54</sup> Allerdings fehlt es in unserem Fall nicht lediglich an der Einhaltung einer wesentlichen Förmlichkeit; vielmehr macht das Vorgehen des Spezialeinsatzkommandos die gesamte Maßnahme unverhältnismäßig (s.o.). Im Ergebnis spricht daher mehr dafür, eine Einschränkung des Notwehrrechts über die Gebotenheit der Abwehrhandlung abzulehnen.

Trägt man diese Erwägungen mit, so bleibt A bereits deshalb straflos, weil er wegen Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt ist. Führt man sich die Reaktionen „bundesweiter Empörung“ (s.o.) auf den Freispruch wegen der Annahme eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“ vor Augen, so lässt sich die Zurückhaltung des BGH bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes mithin als durchaus salomonisch bezeichnen.

### 3. Entschuldigung wegen Überschreitung der Notwehr gem. § 33 StGB

Verneint man bei gegebener Notwehrlage die Gebotenheit der Abwehrreaktion des A, kommt eine von der herrschenden Meinung grundsätzlich anerkannte<sup>55</sup> Entschuldigungsmöglichkeit gem. § 33 StGB in Betracht. Denn nach dem Sachverhalt hat A aus Furcht vor einem Angriff auf sein Leben durch Mitglieder der „Bandidos“ gehandelt.

Lehnt man hingegen eine Notwehrlage für A mangels Vorliegens eines rechtswidrigen Angriffs durch die Beamten des Spezialeinsatzkommandos ab, scheidet eine Entschuldigung über § 33 StGB aus. Denn wenn die Notwehrlage tatsächlich überhaupt nicht gegeben ist, kommt nur eine Putativnotwehr in Betracht.<sup>56</sup> Diese richtet sich nach den allgemeinen Irrtumsregeln:

### 4. Irrtum über rechtfertigende Umstände

Nur dann also, wenn man das Vorliegen einer Notwehrlage für A ablehnt, weil man den Einsatz der Polizeibeamten für rechtmäßig hält und deshalb die Rechtswidrigkeit des Angriffs verneint, kommt ein Irrtum über rechtfertigende Umstände in Betracht. Der BGH ist dieser Lösungsmöglichkeit wohl insbesondere auch aus ökonomischen Gründen gefolgt.

<sup>44</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 23.

<sup>45</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 23.

<sup>46</sup> BGH NJW 1991, 503 (504).

<sup>47</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 23. I.d.S. bereits zuvor z.B. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 17.

<sup>48</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 23, unter Hinweis auf BGH StV 1993, 241 (242).

<sup>49</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 3027; *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 337.

<sup>50</sup> Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 337 f.

<sup>51</sup> Zu den „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts“ vgl. grundsätzlich *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 157 ff.

<sup>52</sup> Zu dieser Fallgruppe vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 171 ff.

<sup>53</sup> *Schäfer* (Fn. 30), § 105 Rn. 27; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 54. Aufl. 2011, § 105 Rn. 11.

<sup>54</sup> *Amelung* (Fn. 30), § 105 Rn. 34; *ders.*, JuS 1986, 335 f.

<sup>55</sup> BGH NJW 1995, 973.

<sup>56</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 10 Rn. 448.

Denn mit der Bejahung des Irrtums scheidet eine Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Totschlags gem. § 212 StGB im Ergebnis ohnehin aus, so dass die Richter sich nicht mit der Frage nach der Verhältnismäßigkeit der strafprozessualen Eingriffsmaßnahme auseinandersetzen mussten. Unter dogmatischen Gesichtspunkten ist dieses Vorgehen freilich bedauerlich, fehlen in der Strafprozessordnung doch konkrete Regeln zu den Voraussetzungen des eigentlichen Durchsuchungsvorgangs,<sup>57</sup> deren Klarstellung durch den *Senat* in casu man sich gewünscht hätte. Da bei der Erörterung des Irrtums nunmehr die Vorstellung des A zugrunde zu legen ist, tritt die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes hier auch nicht wieder auf, da A ja gerade davon ausging, er werde von verfeindeten Mitgliedern der „Bandidos“ angegriffen.

#### a) Terminologie und Voraussetzungen

Gemeinhin wird der Irrtum über rechtfertigende Umstände als „Erlaubnistatbestandsirrtum“ bezeichnet.<sup>58</sup> Auch der BGH verwendet diese Formulierung.<sup>59</sup> Abgesehen davon, dass die Bezeichnung „Erlaubnistatumsirrtum“ treffender ist,<sup>60</sup> ist sie – was häufig verkannt wird – nur und erst als Ergebnis der Einordnung des Irrtums über rechtfertigende Umstände zulässig. Denn es ist gerade die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände als Erlaubnistatumsirrtum, über die heftig gestritten wird.<sup>61</sup> Wer – wie die strenge Schuldtheorie – den Irrtum über rechtfertigende Umstände als Verbotsirrtum gem. § 17 StGB behandelt, sinnt naturgemäß nicht darüber nach, wie der Erlaubnistatumsirrtum einzuordnen ist. Die herrschende Meinung behandelt den Irrtum über rechtfertigende Umstände bekanntlich als Erlaubnistatumsirrtum, der in analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die Vorsatzschuld entfallen lässt.<sup>62</sup> Im Übrigen ist zu beachten – auch dies stellt einen häufigen Fehler in studentischen Übungsarbeiten dar –, dass die Vorstellung des Täters stets darauf überprüft wird, ob nach ihr sämtliche Voraussetzungen des in Frage stehenden Rechtfertigungsgrundes gegeben sind.<sup>63</sup>

#### b) Der Irrtum des A

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ist der Freispruch des A durch den BGH nicht zu beanstanden. A hat sich zunächst eine Notwehrlage i.S.d. § 32 StGB vorgestellt, da er von einem gegenwärtigen (nämlich unmittelbar bevorstehenden)

rechtswidrigen Angriff auf sein Leben ausging. Nach seiner Vorstellung hat er sich auch im Rahmen seiner Notwehrbefugnisse gehalten. Insbesondere war vor dem Hintergrund seines Irrtums der sofortige tödliche Schusswaffeneinsatz des A erforderlich und geboten: Die im Rahmen einer tatsächlichen Rechtfertigung nach § 32 StGB noch virulenten Zweifel (s.o. 2. b) spielen hier keine Rolle mehr.

Nach den Feststellungen des Tatgerichts zum Sachverhalt konnte A bezüglich der Tötung des B auch keine Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden.<sup>64</sup> Auch insoweit schwingt ein deutlicher Vorwurf der BGH-Richter im Hinblick auf „das konkrete Vorgehen der Polizei“<sup>65</sup> mit. Völlig zu Recht wird der Irrtum des A aufgrund der Vorgehensweise des Spezialeinsatzkommandos für unvermeidbar gehalten. Denn nach den „lückenlosen Feststellungen des Landgerichts“ ging A „mit plausiblen Gründen von einem lebensbedrohenden Angriff der „Bandidos“ aus [...]“<sup>66</sup> Weil die Polizeibeamten sich nach dem Einschalten des Lichts durch A nicht zu erkennen gaben und wegen ihres verdeckten Vorgehens hatte A keine Möglichkeit, rechtzeitig zu erkennen, dass er nicht etwa von verfeindeten Rockern angegriffen wurde, sondern es sich um einen Polizeieinsatz handelte.<sup>67</sup> Der Freispruch des A ist damit die zwingende Folge.

#### V. Bedeutung und Relevanz des Urteils für das Studium

Bei dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt handelt es sich um einen Fall, der das Zeug zum „Strafrechtsklassiker“ hat. Er eignet sich hervorragend zur Prüfung der Relevanz eines Identitätsirrtums sowie zur Problematisierung der Rechtswidrigkeit des Angriffs im Rahmen der Notwehrlage gem. § 32 StGB, wobei zugleich sehr elegant verfahrensrechtliche Fragen, auch solche grundlegender Art wie diejenige nach der Verhältnismäßigkeit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme, diskutiert werden können. Das Merkmal der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung kann an ihm ebenso „abgeprüft“ werden wie die schwierige Ausnahmekonstellation einer Einschränkung des Notwehrrechts. Und im Rahmen des Erlaubnistatumsirrtums – eine der prüfungstechnisch am schwierigsten zu bewältigenden Rechtsfiguren überhaupt – tauchen diese Fragen dann „versubjektiviert“ wieder auf. Nicht zuletzt lassen sich mit dem kriminalpolitischen Aspekt des Urteils ganz grundlegende Fragen des Strafrechts – etwa nach dem Sinn und Zweck von Strafe oder dem Verhältnis von Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik – verbinden. Daher: Ein Fall von höchster Examensrelevanz!

<sup>57</sup> *Amelung* (Fn. 30), § 105 Rn. 26.

<sup>58</sup> Vgl. z.B. *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 11 Rn. 457.

<sup>59</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 20.

<sup>60</sup> *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 9, 67.

<sup>61</sup> Zur Prüfung im Gutachten vgl. *Rotsch* (Fn. 17), S. 280 f. Zu den unterschiedlichen Auffassungen zur rechtlichen Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 70 ff. (dort freilich ebenfalls missverständlich unter der Überschrift „rechtliche Behandlung des Erlaubnistatumsirrtums“ erörtert).

<sup>62</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 11 Rn. 478.

<sup>63</sup> Zu den typischen Fehlern bei der Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände im Gutachten *Gasa*, JuS 2005, 890 (lesen!).

<sup>64</sup> Zur Rechtsfolge des Erlaubnistatumsirrtums auf dem Boden der herrschenden rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie vgl. zunächst *Gasa*, JuS 2005, 895; siehe ausführlicher *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 11 Rn. 467 ff.

<sup>65</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 19.

<sup>66</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 25.

<sup>67</sup> BGH (Fn. 6), Rn. 25.

**VI. Weiterführende Literaturhinweise**

1. Zum error in objecto: *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 13 Rn. 17 ff.
2. Zu den Voraussetzungen der Notwehrlage: *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, § 8 Rn. 325 ff.
3. Zur Verhältnismäßigkeit strafprozessualer Zwangsmaßnahmen: BVerfGE 96, 44 (54); BVerfG NJW 2011, 1859; *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 406 ff.
4. Zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung bei tödlichem Schusswaffeneinsatz: BGH NStZ 1991, 32.
5. Zur Gebotenheit als „sozialethischer Einschränkung“ des Notwehrrechts: *Kühl* (wie oben 1.), § 7 Rn. 157 ff.
6. Zum Irrtum über rechtfertigende Umstände als Erlaubnistatumsstandsirrtum: *Gasa*, JuS 2005, 890; *Rotsch*, in: Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, S. 269 ff.

*Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen*