



Grundkurs Strafrecht I WS 2017 / 2018

Prof. Dr. Gerhard Dannecker / Dr. Thomas
Schröder



E. Rechtswidrigkeit



I. Allgemeines

1. Vorüberlegungen

1.1 Tatbestand und Rechtswidrigkeit

- Der Tatbestand beinhaltet die generelle Unrechtsumschreibung, also das Verhalten, das typischerweise als Unrecht gilt
 - Bsp.: Töten, Sachen zerstören oder Menschen verletzen
- Der Tatbestand kann keine abschließende Bewertung über das Unrecht der konkreten Tat treffen, weil kein Straftatbestand so gestaltet ist, dass er im Einzelfall nicht auch materiell rechtmäßiges Verhalten erfasst.
- *„Ein tatbestandsmäßiges Verhalten ist rechtswidrig, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit ausschließt“ (Roxin AT I § 14 Rn. 1)*
- „Indiz-“ vs. „Appellfunktion“ des Tatbestands
- Rechtswidrigkeit bestimmt den Widerspruch zur Gesamtrechtsordnung im konkreten Fall, also die Eigenschaft der tatbestandsmäßigen Handlung (*Küper JZ 1973, 95*), Unrecht ist die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung selbst (*Roxin, AT I, § 14 Rn. 3*)
- Im Gutachten: Häufig gebrauchte Formulierung „Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich“, wird zum Teil moniert, da diese zumeist gut ersichtlich seien, weil sie z.B. im Gesetz stünden (vgl. etwa § 32 StGB). Präziser sei es, darauf hinzuweisen, dass „rechtfertigende Umstände“ nicht ersichtlich seien.

1.2 Tatbestand und Rechtswidrigkeit

- In atypischen Fällen kann tatbestandliches Handeln rechtmäßig sein
- Tatbestand/Rechtswidrigkeit sind getrennte Wertungsstufen:
 - (Unrechts-)Tatbestand: Vorsätzliche Tötung?
 - Erlaubnistatbestand: trotzdem rechtmäßiges Verhalten?
- A.A.: Rechtswidrigkeit als **negatives Tatbestandsmerkmal**
- Einheit der Rechtsordnung und Rechtfertigungsgründe
 - Zivil- oder öffentlich-rechtliche Erlaubnisse o. Eingriffsrechte wirken auch im Strafrecht (Subsidiarität des Strafrechts)
 - Zivil- oder öffentlich-rechtliche Verstöße, die einen Tatbestand erfüllen, müssen nicht strafrechtlich rechtswidrig sein (str.).
 - Bsp.: Notwehr eines Polizisten, Einwilligung eines Jugendlichen (*Roxin AT I § 14 Rn. 34 ff.*)

2. Systematisierung

- Stringente Systematisierung kaum möglich, weil kein gemeinsamer Leitgedanke aller Rechtfertigungsgründe
- Rechtfertigungs-/Unrechtsausschlussgründe können geschrieben oder ungeschrieben sein
- **Grundgedanke:** Sozial richtige Regulierung eines Interessenkonflikts (mangelnde Sozialschädlichkeit)
- Prinzip des überwiegenden Interesses: § 34 StGB
 - Interessenabwägung: Schaden-Nutzen-Rechnung
 - Angemessenheitsüberlegung
- Prinzip des mangelnden Interesses: Einwilligung
- Prinzipien variieren in Auftreten und Bedeutung als Auslegungsrichtlinie bei unterschiedlichen Rechtfertigungsgründen
- Vgl. *Dannecker* in Graf/Jäger/Wittig Vor §§ 32 ff. StGB

2. Systematisierung (nach *Schuhr*)

| Kompetenz zur autonomen Entscheidung über das Verbot (Opfer entscheidet) | Prinzipien der Wahrung fremder Interessen und der (Mindest-) Solidarität (Täter/Dritter wägt ab) | Schutz von Rechten durch Einschränkung der Deliktstatbestände (Recht gibt Vorrang vor) |
|--|--|--|
| Einwilligung | Aggressivnotstand (§§ 904 BGB, 34 StGB) | Notwehr, Defensivnotstand |
| Patientenverfügung | Pflichtenkollision | Selbsthilfe |
| Behördliche Genehmigung bzgl. Allgemeingut | Behördliche Genehmigung bzgl. Individualrechtsgut | Amtsbefugnisse, z.B. Zwangsvollstreckung und Ermittlungsmaßn. |
| Ggf. hypothetische Einwilligung | | Gefahrenabwehr |
| Mutmaßliche Einwilligung | | Vorläufige Festnahme |
| Elterliches Erziehungsrecht | | Widerstandsrecht |
| GoA | | ... |

3. Das subjektive Rechtfertigungselement

- Die Erfüllung der objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung reicht nicht aus (h.M.)
 - Unrecht besteht grds. aus Handlungs- und Erfolgsunrecht (Versuch: nur Handlungsunrecht)
 - Bei objektiv gerechtfertigtem Handeln ohne Rechtfertigungswillen bleibt Handlungsunrecht bestehen
- Die Erfüllung des Rechtfertigungsgrundes erfordert inhaltlich
 - Handeln in Kenntnis der Rechtfertigungslage (h.L.) bzw.
 - (auch) den Willen, der Rechtsgutsverletzung entgegen zu treten (der Zweck der Handlung zur Rechtfertigung dürfe neben anderen Motiven nicht vollkommen in den Hintergrund treten, Rsp. und Teile der Lehre)
- Streitig, wie sich das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements auswirkt:
 - Vollständige Rechtfertigung (*Spendel*)
 - Strafbarkeit aus dem vollendeten Delikt (BGHSt 2, 111; *Köhler, Krey*)
 - Versuchslösung, BGHSt 38, 144 und h.L.

4. Art. 103 Abs. 2 GG und die Rechtfertigungsgründe

- Der Grundsatz *nullum crimen sine lege* hat Verfassungsrang (Art. 103 Abs. 2 GG)
- Gilt auch für die Rechtfertigungsgründe
 - Verbot einer teleologischen Reduktion von Rechtfertigungsgründen (teleologische Reduktion ist in diesem Zusammenhang nämlich ein Euphemismus für Gegenanalogie)
 - Diese würde zu einer Ausweitung der Strafbarkeit führen
- Ausweitung von Rechtfertigungsgründen zulässig
- Anwendung von ungeschriebenen/ gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgründen zulässig (Einwilligung)
- Anwendung von zivilrechtlichen Notrechten

5. Einige Rechtfertigungsgründe im Überblick

1. Notwehr (§ 32 StGB, § 227 BGB)
 2. Notstände (§ 34 StGB, §§ 228, 904 BGB)
 3. BGB-Selbsthilferechte (§§ 859, 229, 230 BGB)
 4. Unbestellt zugesandte Waren (§ 241a BGB)
 5. Festnahmerecht (sog. Flagranzfestnahme) (§ 127 StPO)
 6. Rechtfertigende Pflichtenkollision
 7. Einwilligung
 8. Amtsrechte (Festnahme, Blutentnahme, Impfzwang)
 9. Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)
 10. Behördliche Genehmigung
 11. Züchtigungsrecht (str., h.M. lehnt es mittlerweile ab)
 12. Grundrechte (?)
 13. Widerstandsrecht aus Art. 20 IV GG
- (Nicht abschließend; vgl. *Dannecker* in *G/J/W* Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 10 ff.)

6. Prüfungsaufbau

Strafbarkeit gem. [STRAFVORSCHRIFT]

1. Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
 - a) Objektive Voraussetzungen
 - (1) Rechtfertigungslage
 - (2) Rechtfertigungshandlung
 - b) Subjektive Voraussetzungen
Kenntnis der Rechtfertigungslage / Rechtfertigungswille
3. *Schuld*

7. „Konkurrenz“ von Rechtfertigungsgründen

- Treffen mehrere Rechtfertigungsgründe (z.B. § 904 BGB und § 34) auf einen Sachverhalt zu, so ist durch Auslegung zu ermitteln, welcher von ihnen zum Zuge kommt (*Roxin*, AT I, § 14 Rn. 45 ff.)
- Im Grundsatz spricht nichts gegen ein Nebeneinander von Rechtfertigungsgründen: Wer einen fliehenden Dieb festhält, ist gemäß §§ 32, 34 StGB, § 127 StPO und §§ 227, 229, 859 BGB gerechtfertigt (es genügt, im Gutachten nur einen der Rechtfertigungsgründe gründlich zu prüfen)
- Ein enger gefasster Rfg. kann aber den Ausschnitt des weiter gefassten enthalten und zugleich (per Auslegung zu ermitteln!) die Anordnung enthalten, den Sachverhalt abschließend zu regeln (*Warda*, Maurach FS, S. 143 ff.). Beispiele:
 - Einwilligung und § 34 StGB (kein Überspielen der vom Souverän über das Rechtsgut zu klärenden internen Güterkollision)
 - § 127 StPO und § 34 StGB (kein Überspielen der „frischen Tat“)
 - § 229, 230 BGB und § 32 StGB (keine krass unverhältnismäßige Festhaltemaßnahme einerseits, kein zeitliches Ausdehnen des § 32 StGB auf §§ 229, 230 BGB andererseits)
 - § 228 BGB und § 904 BGB (keine SE-Pflicht gemäß § 228 BGB)
 - § 32 StGB und § 34 StGB (Notwehrlage soll § 34 StGB sperren, str.; dazu *Rengier*, AT., § 19 Rn. 4)
 - Gegenbeispiel (Einwirkung der vermeintlichen Auffangregel auf den Spezialtatbestand): § 904 BGB und § 34 StGB („Regenschirmfall“, *Roxin*, AT I, § 14 Rn. 49)



II. Notwehr (§ 32 StGB)

1. Charakteristika der Notwehr

- Rechtfertigungsgrund für Handlungen
- Rechtmäßige Verteidigung als Reaktion auf Angriffe
- Auch Nothilfe für die Rechtsgüter anderer erfasst, aber nicht für Rechtsgüter der Allgemeinheit
- Sinn und Zweck (zwei Säulen): BGHSt 48, 207 („Notwehr gegen Erpressung“)
 - Schutzprinzip: Verteidigung von Rechtsgütern (rechtsgutsbezogene Säule)
 - Rechtsbewährungsprinzip: Verteidigung der Rechtsordnung (generalpräventive Säule)

1. Charakteristika der Notwehr (Rechtsbewährung)

- Rechtsbewährungsprinzip: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen (Berner, Lehrbuch, S. 102)
- Verteidiger übt **neben** der Verteidigung individueller Interessen auch die Verteidigung der Rechtsordnung aus (BGHSt 24, 256; *Bülte* GA 2011, 145 ff.; *Kaspar* RW 2013, 40 ff.)
 - Grundsätzlich keine Beschränkung der Handlung durch eine Angemessenheitsprüfung
 - Ausweichen oder „schimpfliche“ Flucht sind keine Verteidigung (vgl. nur BGH GA 1965, 147)
 - Deutsches Notwehrrecht ist damit im europäischen Vergleich das „schneidigste“ Notwehrrecht

BGH GA 1965, 147

»Dem Unrecht durch schimpfliche Flucht aus dem Wege zu gehen, ist niemand verpflichtet, und als schimpflich konnte der Angekl., der schon vorher mit seinem langen Zuwarten vor dem Verlassen des Lokals viel Nachgiebigkeit gezeigt hatte, sein Davonlaufen in dieser Lage mit dem Grund empfinden, zumal in Gegenwart einer Frau ...«,

vgl. aber auch BGH NJW 1980,2263 »*unzumutbares Kneifen, schmäbliche Flucht*«

2. Prüfungsschema

Strafbarkeit gem. § 212 StGB

1. Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
 - a) Notwehrlage
 - (1) Angriff
 - (2) Gegenwärtigkeit
 - (3) Rechtswidrigkeit
 - b) Notwehrhandlung
 - (1) Verteidigung
 - (2) Erforderlichkeit
 - c) Notwehrwille (subjektives Notwehrelement)
 - d) Gebotenheit (Normative Bewertung)

3. Notwehrlage: (1) Angriff

- Angriff: Jede Bedrohung von Rechtsgütern durch **menschliches Verhalten**
 - Keine Angriffe durch Tiere oder jur. Personen (RGSt 36, 236; BGHSt 14, 152)
 - Aber durch von Menschen initiierte Tierangriffe (*Roxin* AT § 15 Rn. 6)
 - Keine Notwehr gegen Nichthandlungen
 - Keine Notwehr beim untauglichen Versuch
 - Nicht sozialübliches Verhalten (*Roxin* AT § 15 Rn. 85)
- **Grund:** Rechtsbewährung nur bei Menschen
 - Dennoch: kein Vorsatz oder Schuldhaftigkeit des Angriffs erforderlich (Wortlaut)
 - Angriff auch durch Unterlassen denkbar (vgl. *Roxin* AT § 15 Rn. 6 ff.)

3. Notwehrlage: (1) Angriff (Rechtsgüter)

- Notwehrfähig sind prinzipiell eigene **Individualrechtsgüter** sowie die anderer (auch des Staates), aber nicht Rechtsgüter der Allgemeinheit (str.)
- Z.B. Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Gewahrsam, Ehre, Hausrecht, Pfandrechte etc.
- Strafrechtlicher Schutz ist nicht erforderlich (Besitz, allgemeines Persönlichkeitsrecht)
 - Nicht gestattetes Fotografieren der Wohnung eines Mieters durch den Eigentümer (OLG Düsseldorf NStZ 1994, 343)
 - Wegnahme des Films kann berechtigt sein
 - Freihalten einer Parklücke, wenn Grad der Nötigung erreicht ist
 - Wegschieben kann berechtigt sein (*Roxin* AT § 15 Rn. 31)
 - „Anderer“ kann nach *Roxin* (AT § 15 Rn. 34) auch ein Tier sein
- Nicht notwehrfähig: relative Rechte, z.B. Forderungen

3. Notwehrlage: (1) Angriff (Fall)

Die Sünderin: „Das Landgericht hat festgestellt, daß der Angeklagte an dem erwähnten Tage durch etwa 15 junge Männer, mit denen er das G-Lichtspieltheater in D besuchte, während der Aufführung des Films 40 bis 50 Stinkbomben zertreten ließ. Die Vorstellung mußte deshalb für die Dauer von etwa 15 Minuten unterbrochen werden.“ (BGHSt 5, 245 ff.)

„Nach Lehre und Rechtsprechung sind Güter, die nur dem Staate als Träger der Staatshoheit zustehen, für den Staatsbürger regelmäßig nicht wehrfähig. Einer Störung der öffentlichen Ordnung im allgemeinen, wie sie durch die Aufführung sittlich oder religiös anstößiger Filme ausgelöst werden könnte, kann deshalb der Staatsbürger, solange nicht auch zugleich seine Rechte verletzt werden, in aller Regel nicht mit der Notwehr entgegentreten.“ (vgl. auch BGH NJW 1975, 1162)

3. Notwehrlage: (1) Angriff (Fall)

Die Sünderin:



3. Notwehrlage: (2) Gegenwärtigkeit

- „Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.“
- Grundlage: Constitutio Criminalis Carolina 1532
„...ist auch mit seiner gegenweer / biß er geschlagen wirdt zu warten nit schuldig ...“. (Art. 140 PGO - vgl. Beretta-Fall BGH NJW 1973, 255)
- Unmittelbar bevorstehen:
 - Rechtsgutsverletzung muss unmittelbar bevorstehen
 - Bedrohung muss unmittelbar in eine Verletzung umschlagen können (Wilderer flüchtet, um sich in eine bessere Schussposition zu bringen, RGSt 53, 132)
- Es kommt auf die konkrete Situation an (BGH NJW 1974, 154: „Es wird Blut fließen“)
- „Spanner“-Fall: Keine (Präventiv-)Notwehr gegen einen in Zukunft möglichen Angriff (BGH NJW 1979, 2053)

3. Notwehrlage: (2) Gegenwärtigkeit („Beretta-Fall“)

Zwischen T und O war es zu Streitigkeiten gekommen, in deren Verlauf O den T mit einem Revolver bedroht hatte. T wurde mehrfach gewarnt, jedes Zusammentreffen mit O zu vermeiden, weil dieser ihn töten wolle. Nun trafen T und O am Tattage im Lokal „Capri“ zusammen. Als O den T erblickte, griff O zu seiner Jackentasche, in der sich eine Beretta-Pistole befand. Bevor O diese ziehen konnte, schoss T mit Tötungsvorsatz auf ihn und verletzte ihn schwer.

BGH NJW 1973, 255: *„Für die „Gegenwärtigkeit“ entscheidet nicht erst die Vornahme der Verletzungshandlung, sondern bereits der Zeitpunkt der durch den bevorstehenden Angriff geschaffenen bedrohlichen Lage“*

3. Notwehrlage: (2) Gegenwärtigkeit (andauern)

- Angriff dauert fort bis zu seinem vollständigen Abschluss
- Angriff endet nicht zwingend mit Vollendung der Straftat
 - *Mit der Beute fliehender Dieb hat zwar Diebstahl vollendet, aber der Angriff auf Gewahrsam und Eigentum dauert fort (Wessels/Beulke Rn. 328)*
 - *Erpresser, der das Geld schon erhalten hat, sich aber noch in der Wohnung des Opfers befindet, setzt seinen Angriff fort (BGHSt 48, 207)*
 - Beleidigung oder Körperverletzung sind mit Handlung bzw. Erfolgseintritt abgeschlossen
- Besondere Problembereiche der Gegenwärtigkeit:
 - Beleidigungen
 - Erpressungen mit Ultimatum

3. Notwehrlage: (3) Rechtswidrigkeit

- Rechtswidrig ist ein Angriff,
 - den der Angegriffene nicht dulden muss
 - der objektiv der Rechtsordnung widerspricht
- Notwehr scheidet damit gegen Handlungen aus, die gerechtfertigt sind (BGH NStZ 2012, 144)
 - „Notwehr gegen Notwehr ist nicht zulässig.“
 - Keine Notwehr gegen einen rechtmäßigen Angriff
- Problematisch sind Angriffe, die kein Erfolgsunrecht, aber Handlungsunrecht enthalten (Handeln ohne Rechtfertigungswillen)
 - Objektiv rechtmäßig, daher keine Notwehrlage, weil kein Interesse am Individualgutschutz (mit Versuch vgl.)
 - Subjektiv rechtswidrig, daher grundsätzlich Rechtsbewährungsinteresse

4. Notwehrhandlung: Allgemeines

- § 32 Abs. 1 StGB spricht von einer Handlung, die durch Notwehr geboten ist; diese sei gerechtfertigt:
 - Notwehr kann eine Tat gebieten
- Notwehr ist nach § 32 Abs. 2 StGB die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden
- Voraussetzungen einer Notwehrhandlung
 - Verteidigungshandlung
 - Erforderlichkeit dieser Handlung

4.1 Notwehrhandlung: Verteidigung

- Nur Verteidigungen gegen den Angriff und den Angreifer können nach § 32 StGB gerechtfertigt sein
- Verteidigung ist jede Handlung, die dazu geeignet ist, den Angriff abzumildern oder zu beenden
- Verteidigungen können sich nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten,
 - weil Notwehrrecht aus dem gefährdenden Verhalten resultiert und
 - gegen Dritte kein Rechtsbewährungsinteresse besteht (andere Notrechte denkbar)
- Nothilfe zulässig, wenn Angriff einem Rechtsgut Dritter gilt (keine aufgedrängte Nothilfe)
- Problem: Notwehr/Nothilfe bei Amtsträgern

4.2 Notwehrhandlung: Erforderlichkeit

- Verteidigungshandlung muss erforderlich, also das „*relativ mildeste Mittel*“ sein
- **Mildeste** Mittel, weil das Mittel gewählt werden muss, das den Angreifer so weit wie möglich schont
- **Relativ**, weil es das Mittel sein darf, das geeignet ist, den Angriff abzuwehren und zwar:
 - **sicher, sofort** und **endgültig** (BGHSt 27, 336; BayObLG NStZ 1988, 408).
- Der Verteidiger muss grundsätzlich **keine Risiken** eingehen, sich nicht auf ein unsicheres Mittel einlassen (BGHSt 24, 356).
- Es kommt auf objektives ex-ante-Urteil an (BayObLG NStZ 1988, 408).

4.2a: Beispiele für die Erforderlichkeit

- BayObLG NStZ 1988, 409: Festhalten am Arm darf mit Faustschlag gegen den Arm beendet werden, wenn das Aufbiegen der haltenden Hand nicht sofortigen und sicheren Erfolg verspricht.
- BGHR § 32 Abs. 2 Angriff 2: Packen am Hemdkragen und Versetzen heftiger Ohrfeigen kann Stich mit Messer in den Bauch rechtfertigen.
- BGH NJW 1991, 503: Verfügt Verteidiger im Kampf gegen einen ebenbürtigen Gegner über eine Schusswaffe, hat aber nur eine Patrone, muss er keinen weniger gefährlichen Schuss abgeben, wenn dadurch die Verteidigung gefährdet ist.
- BGH NStZ 2006, 152: Ist die Abwehrwirkung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel zweifelhaft, können je nach Bedrohungs- und Kampflage auch lebensgefährliche Mittel eingesetzt werden. Eine Stichwaffe muss nicht zunächst als Schlagwerkzeug eingesetzt werden, wenn die Gefahrenlage hierdurch nicht zweifelsfrei endgültig beendet werden kann.

4.2b: Waffeneinsatz bei der Notwehr

- Zur Beendigung eines Angriffs darf grundsätzlich jedes greifbare Mittel, auch Waffengewalt, eingesetzt werden (vgl. BGHSt 24, 356 zum Einsatzes eines Dolches)
- Lebensgefährliche Verteidigungsmittel sind jedoch die Ausnahme und nur letztes Mittel; aber:
 - Keine Pflicht zur Anwendung milderer Mittel, wenn diese unsicher sind, der Ausgang des Kampfes daher ungewiss ist
 - Lebensgefährliche Mittel nicht nur bei „Kampf auf Leben und Tod“ zulässig
- Dennoch gilt beim Einsatz lebensgefährlicher Mittel **grundsätzlich** (BGH NStZ 1996, 29)
 - Androhen, insb. wenn Waffe bislang nicht bekannt
 - Weniger gefährlicher Einsatz (Schuss auf Arme/Beine)
 - Tödlicher Einsatz erst als letztes Mittel



4.2c Münchener Notwehrfälle

Fall „Sven G.“ – Urt. d. LG München I v. 9. 1. 2009 und Anm. *Erb*, NStZ 2011, 186

Bei dem bisher unbestraften Angeklagten Sven G handelte es sich um einen 30 Jahre alten, 1,80 m großen und 95 kg schweren, zur Tatzeit stark angetrunkenen Informatikstudenten. Sein Kontrahent, der 17-jährige, 1,75 m große und 75 kg schwere, ebenfalls stark angetrunkene und kampferfahrene Mergim S, traf – zusammen mit sieben weiteren Begleitern – zunächst auf einen Begleiter des G, den S mit der Faust niederschlug. Er wandte sich dann an den daneben stehenden G, sagte zu ihm „schau nicht so“, ging zweimal auf ihn zu und stieß ihn jeweils mit beiden Händen gegen die Brust. Dabei ging der G beim ersten Mal einen Schritt zurück und verlor dabei seine Bierdose, die er in der Hand hielt, beim zweiten Mal taumelte er einige Schritte zurück. In dieser Situation griff der G unter sein Hemd und zog ein etwa 10cm langes Messer (ein sog. ‚neck-knife‘) ... Nunmehr standen sich der G und der S in einer Entfernung von 2–3 Meter in einer Art Boxerhaltung mit erhobenen Fäusten gegenüber. Niemand, auch der S nicht, bemerkte das vergleichsweise kompakte Messer in der Hand des G. Dies war dem G bewusst. Der S rechnete nicht mit dem Einsatz eines Messers, schon gar nicht gegen sein Leben. Entsprechend war er auf einen Messerstich auch nicht vorbereitet, sondern ging davon aus, sich mit dem G einen Faustkampf zu liefern. Um diesen zu eröffnen, trat S auf den G zu, holte mit der Faust aus und versuchte, ihn ins Gesicht zu schlagen. G wich aus und noch im Aufrichten stach er mit bedingtem Tötungsvorsatz in Richtung des Oberkörpers des S und traf diesen im linken vorderen Halsbereich. Die Möglichkeit, nicht sofort direkt in den Oberkörperbereich, sondern in andere Bereiche zu stechen, nahm er nicht wahr. Der G machte geltend, nur aus Notwehr gehandelt zu haben, um den Angriff endgültig und sicher zu beenden. Er habe unglaubliche und panische Angst gehabt, niedergeschlagen und von der Gruppe um den Geschädigten getreten zu werde. Dabei habe er vor allem an den Fall „Dominik Brunner“ denken müssen.

4.2c Münchener Notwehrfälle

Fall „Sven G.“ – Urt. d. LG München I v. 9. 1. 2009 und Anm. *Erb*, NStZ 2011, 186

LG München I: Keine erforderliche Verteidigungshandlung → §§ 213, 22, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB (Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten). **Begründung:**

- Ein Hinweis auf das Messer wäre dem G durch Worte, auch in Verbindung mit drohenden Stichbewegungen, ohne weiteres möglich gewesen. Das Kampfgeschehen sei zu diesem Zeitpunkt statisch gewesen
- Dem G sei seine überlegene Größe und Kraft bewusst gewesen und auch, dass sein massives Gewicht bei einem Stoß erhebliche Wucht entfalten und den S wegschleudern würde
- Dadurch, dass keiner der anderen Beteiligten Anstalten machte, in den Kampf einzugreifen, sei dem G für den Fall, dass sich der S durch die Androhung des Messereinsatzes nicht beeindruckt lassen würde, immer noch die Möglichkeit geblieben, sich mit einem dann gerechtfertigten Messerangriff zu verteidigen
- Die Einlassung des Angeklagten, er habe den Fall der „Münchener U-Bahn-Schläger“ vor Augen gehabt, sei „schon deshalb nicht plausibel, weil sich die Tat gar nicht in einem U-Bahnhof ereignete“
- "Dass man sich vom Täter zum Opfer macht, haben wir hier noch nicht erlebt" (G hatte erklärt, er fühle sich als das eigentliche Opfer)

4.2c Münchener Notwehrfälle

Fall „Sven G.“ – Urt. d. LG München I v. 9. 1. 2009 und Anm. *Erb*, NStZ 2011, 186

Anmerkung Erb (NStZ 2011, 186 [193]):

„Mancher Leser wird die vorstehenden Ausführungen womöglich als starken Tobak empfinden. Wer sie für unangemessen hält, der sollte sich Folgendes überlegen (es sei denn, er verfüge selbst über ausgiebige Schlägereierfahrungen oder betreibe auf fortgeschrittenem Niveau eine Kampfsportart – im letztgenannten Fall wird er mir aber ohnehin zustimmen): Angenommen, er sei (ausschließlich) im Besitz eines Messerchens, wie es der Angeklagte benutzte, und geriete in eine Konfrontation mit einem kleineren und leichteren, aber sportlich durchtrainierten, angetrunkenen und „richtig in Fahrt“ befindlichen brutalen Schläger. Wäre er selbst in der Lage, sich dabei aufgrund seiner in Zentimetern, in Kilogramm und an seiner „Bewaffnung“ gemessenen „körperlichen Überlegenheit“ zu behaupten, indem er den Kontrahenten „kraftvoll von sich stößt“, das Messerchen vorzeigt oder dem Kontrahenten einen Stich in eine weniger sensible Körperstelle zufügt?“

4.2c Münchener Notwehrfälle

Der Taxifahrerfall

Taxifahrer Josef I. radelt frühmorgens nach Hause. In der Laimer Unterführung wird er Zeuge eines lautstarken Streits zwischen einem 16-jährigen Schüler und seiner gleichaltrigen Freundin, die von einem Discobesuch kommen. Das Mädchen schrie: Geh' weg, ich will nicht mehr." Der Junge habe einen "aggressiven" Eindruck auf ihn gemacht und er habe gerufen: "Lass sie doch in Ruhe." Daraufhin habe der Schüler geantwortet, "Hau ab, das geht dich nichts an". Josef I. radelt weiter, ruft den 16-Jährigen aber nochmals zur Ordnung. Laut Anklage rennt ihm der Jugendliche daraufhin nach, Josef I. bemerkt das, zückt ein Taschenmesser und klappt die fast zehn Zentimeter lange Klinge während der Fahrt auf. Als ihn der Junge erreicht, sticht er ohne Vorwarnung zu. Der Stich trifft den Schüler in die rechte Achselhöhle und durchtrennt eine Armvene. Der Junge gerät schnell in einen lebensbedrohlichen Zustand, weil er fast drei Liter Blut verliert. Der Staatsanwalt wirft Josef I. versuchten Mord vor, weil er die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers gezielt ausgenutzt habe.

Verurteilung durch das LG München I wegen § 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB zu viereinhalb Jahren Freiheitsstrafe im Jahr 2008

- <http://www.heise.de/tp/artikel/31/31167/1.html>
- <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/prozess-taxifahrer-sticht-jaehrigenschueler-nieder-1.274109>

4.2d „Hells-Angels-Fall“ (1/4)

Wegen des Verdachts von Straftaten im Rotlichtmilieu erließ das AG einen Durchsuchungsbeschluss gegen A, ein Mitglied des Motorradclubs „Hells Angels“. Da A als gewaltbereit eingeschätzt wird und über eine – behördlich genehmigte – Schusswaffe verfügt, werden SEK-Beamte hinzugezogen, die morgens um 6 Uhr gewaltsam in das Wohnhaus des A eindringen, diesen im Schlaf überraschen und so eine „stabile Lage“ herstellen sollen. A wird jedoch noch vor Eindringen der Polizisten durch die Türaufbrucharbeiten geweckt. Infolge von Gerüchten, aber auch konkreten Drohungen der Vorwochen geht A davon aus, dass es sich um einen Angriff der „Bandidos“, eines verfeindeten Motorradclubs, handelt, die ihm nach dem Leben trachten. Da A keine Personen erkennen kann und sich die Beamten weder nachdem er im Haus das Licht anschaltet noch auf seinen Zuruf („Verpisst Euch!“) hin zu erkennen geben, sieht er sich in seiner Vermutung bestätigt. Da er um sein Leben fürchtet, schießt er zwei mal mit bedingtem Tötungsvorsatz auf die Silhouette des sich hinter der teilverglasten Tür befindenden Polizeibeamten K. Einer der Schüsse verletzt K tödlich.

(BGH NStZ 2012, 272 m.Anm. Engländer)

4.2d „Hells-Angels-Fall“ (2/4)

I. Ergänzende Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum

- **Bekanntnis des BGH** zur rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie
- **Thesen von Jäger** (JA 2012, 227) zum Ausschluss des Erlaubnistatbestandsirrtums („Ättbi“) wegen fehlender Gebotenheit:
 - Wer meint, Eindringlinge durch Ruf („Verpisst Euch!“) abschrecken zu können, darf auch nicht auf Warnschuss verzichten
 - Rechtswidriges Vorverhalten der eigenen Gruppe (Tötung eines „Bandidos“-Mitglieds) und Kenntnis möglichen Gegenangriffs (Abwehrprovokation!?!; dazu ablehnend *Roxin*, AT I § 15 Rn. 80 ff. oder § 222 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.i.i.c. durch Unterlassen?) führt zur Einschränkung des Notwehrrechts im Rahmen der Gebotenheit

II. Rechtmäßigkeit der Durchsuchung gemäß §§ 102, 105 StPO?

1. Rechtsgrundlage gegeben?

- **E.A.:** §§ 102, 105 StPO erlauben nur offen gelegte Maßnahmen (vgl. BGHSt 51, 211 [„Online-Durchsuchung“]) In diese Richtung wohl BGH, der zudem dagegen plädiert, die Umstände der Festnahme über Gefahrenabwehrrecht zu legitimieren. Ebenso *Hoffmann-Holland/Koranyi*, ZStW 125 (2014), 837 ff.
- **A.A.:** Es geht hier lediglich um die heimliche **Vorbereitung** einer überraschenden und sodann offen durchgeführten Durchsuchungsmaßnahme, deren Umstände durch die Durchsuchungsanordnung mit gedeckt sein können (*M-G/S*, StPO, § 105 Rn. 13)

4.2d „Hells-Angels-Fall“ (3/4)

II. Rechtmäßigkeit der Durchsuchung gemäß §§ 102, 105 StPO?

2. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme?

Verhältnismäßig muss nicht nur die Durchsuchungsanordnung sein („ob“), sondern auch die Art und Weise der Durchführung („wie“); *L/R-Tsambikakis*, § 105 Rn. 124

- Fraglich ist bereits von Anfang an, ob die heimliche Durchführung zur Eigensicherung (wohl legitimer Zweck, wenn Hauptziel nicht „show of force“ war) geeignet war, wenn der Waffenbesitz bekannt ist und das Türaufbrechen offensichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen musste; zweifelhaft auch die Erforderlichkeit (begründbar damit, dass Durchsuchungen zur gleichen Zeit beginnen sollten) und Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Massives gewaltsames Eindringen in Privatsphäre wegen Vorwurfs des §§ 253, 255, 22, 25 Abs. 2 StGB)
- Spätestens mit Entdeckung des unmittelbaren Zwangs gegen Haustür durch den Angeklagten scheint Eignung nicht mehr gegeben gewesen zu sein (so *Rotsch*, ZJS 2012, 109 ff.)
- Selbst gegenwärtiger rechtswidriger Angriff führt allerdings nicht zur Berechtigung, tödliche Mittel gegen die Polizeibeamten einzusetzen, denn stoppen durfte der Angeklagte nur die Umstände des Durchsuchungsbeginns, nicht aber die Durchsuchung selbst

4.2d „Hells-Angels-Fall“ (4/4)

III. Weitere Lektüreatregungen zum Fall

- Offener Brief der Professoren Erb und Hettinger an den rheinland-pfälzischen Innenminister

<https://www.yumpu.com/de/document/view/12182374/offener-brief-zu-ihre-reaktion-auf-den-freispruch-eines-hells-angels>

- Beitrag der Kolumne „Fischer im Recht“ vom 20.10.2015

<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-10/notwehr-strafrecht-fischer-im-recht>

5. Subjektives Notwehrelement: (1) Notwehrwille

- Verteidigungswille: Inhalt des subjektiven Elements der Notwehr?
 - Objektive Theorie (mM):
Kenntnis der Notwehrlage nicht erforderlich
 - Subjektive Theorien (Rspr.):
 - **Kenntnis** von der Notwehrlage ausreichend, aber kein Notwehrwille (h.L.)
 - Kenntnis der Verteidigungslage nicht ausreichend, **Notwehrwille** erforderlich (Rsp., Teile der Lehre)
 - zusätzliche Motive (Hass, Wut, etc.) dürfen lediglich Begleitmotive sein (BGH NStZ 1996, 29)
- (vgl. Hillenkamp AT, Problem 4)

5. Subjektives Notwehrelement: (2) subjektive Theorie

- Folgeproblem: Bei Fehlen des Notwehrwillens → Vollendungs- oder Versuchslösung?
 - 1. Versuchslösung: Strafbarkeit nur wegen Versuchs
 - zumindest objektives Handeln iSd. Rechtsordnung
 - fehlender Erfolgsunwert bei obj. vorliegender Rechtfertigung → Ähnlichkeit zur Versuchssituation
 - 2. Vollendungslösung: Strafbarkeit nach vollendetem Delikt
 - Erfolg ist objektiv eingetreten, schließt gerade Versuch aus, folglich auch keine Versuchsstrafbarkeit
 - über Strafzumessung Ausgleich der objektive Rechtfertigung möglich
(vgl. *Hillenkamp* 32 Probleme AT 4. Problem S. 30 ff.)

6. Normatives Kontrollelement: Gebotenheit

- Geboten ist die Verteidigungshandlung, derer die Rechtsordnung zu ihrer Verteidigung bedarf
- Gebotenheit der Notwehrhandlung → nach normativen und sozialem ethischen Erwägungen zu bestimmen (BGHSt 33, 374, 378)
- Trennung von der Erforderlichkeitsprüfung
- Prüfung nach Notwehrlage und -handlung
- Fallgruppen

6. Normatives Kontrollelement: Gebotenheit

Säulen der Notwehr

- Täter handelt, um seine oder fremde Rechtsgüter vor Schaden zu bewahren
- Interesse ist die Erhaltung von Rechtsgütern
- Überwiegen des Erhaltungsguts erforderlich?

Verteidigung von Rechtsgütern

Verteidigung der Rechtsordnung

- Täter verteidigt nicht nur das bedrohte Rechtsgut sondern auch die Rechtsordnung
- Das Recht muss dem Unrecht nicht weichen
- Daher ist die „schimpfliche“ Flucht keine Verteidigung

6.1 Einführungsfall: Gebotenheit

Der Schuss auf den fliehenden Obstdieb

„Der Angeklagte hatte während der Nacht in einer Schutzhütte bei seinen Obstbäumen Wache gehalten; er war von seinem Hunde begleitet und mit geladenem Gewehr ausgerüstet. Am frühen Morgen bemerkte er zwei Männer, die Obst von den Bäumen entwendeten. Auf seinen Aufruf ergriffen beide unter Mitnahme des Obstes, das sie gepflückt hatten, die Flucht und leisteten der Aufforderung des Angeklagten, stehen zu bleiben, obwohl er sie durch die Drohung, er werde schießen, unterstützt hatte, keine Folge. Darauf gab der Angeklagte „in der Richtung“ der Fliehenden einen Schrotschuß ab, traf einen von ihnen und verletzt ihn nicht unerheblich.“ (RGSt 55, 82 f.)

6.2 Normatives Kontrollelement: Gebotenheit

Einschränkungsmöglichkeiten?

- Für die strafbeschränkenden Vorschriften des StGB gilt nach h.M. das Analogieverbot:
 - Bei der Auslegung eines Rechtfertigungsgrundes darf der Wortlaut nicht unterschritten werden (Verbot der umgekehrten Analogie)
 - In der Lehre wird vertreten, Art. 103 Abs. 2 GG verbiete eine Einschränkung der Notwehr
- Aber: Nur die durch Notwehr **gebotene** Verteidigungshandlung ist gerechtfertigt.

6.3 Normatives Kontrollelement: Gebotenheit

- Fallgruppen der Notwehreinschränkung
 - Angriffe sichtbar Schuldunfähiger
 - Bagatellangriffe/Unfugabwehr
 - Enge persönliche Bindung
 - Krasses Missverhältnis
 - Notwehrprovokation
 - Für weitere Fallgruppen vgl. *Kühl*, AT, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 265

a. Fallgruppe 1: Angriffe sichtbar Schuldunfähiger

Der schwer betrunkene O torkelt auf seinem Weg nach Hause auf T zu. O hebt die Faust und will auf T einschlagen. Dieser erkennt, dass er entweder leicht ausweichen oder zurückschlagen könnte. Der schlecht gelaunte T entscheidet sich dafür, selbst zuzuschlagen. Er trifft O im Gesicht, so dass dieser zu Boden stürzt.

Interessengedanken: Das Interesse an der Verteidigung der Rechtsordnung ist geringer, wenn es sich um einen Angriff durch einen sichtbar Schuldunfähigen handelt.

b. Fallgruppe 2: Bagatellangriffe oder Unfugabwehr

O geht abends mit seinem Hund spazieren. Er leuchtet seinen Weg mit einer starken Taschenlampe aus. Dabei leuchtet er den T, der ihm entgegenkommt, mit der Lampe an. T ist geblendet und schlägt dem O die Lampe aus der Hand, um diesen Zustand zu beenden. Die Lampe fällt herunter und zerbricht.

Missbrauchsgedanke: Auf Notwehr darf sich nicht berufen, wer einen „Angriff“ mit der Verwirklichung eines strafrechtlichen Unrechtstatbestandes abwehrt, wenn der Angriff so geringfügig ist, dass die Eröffnung des schneidigen Notwehrrechts offensichtlich unverhältnismäßig wäre (vgl. auch BGHSt 3, 217 zur Abwehr von Beleidigungen)

(Prüfung bereits beim Angriff möglich)

c. Fallgruppe 3: Enge persönliche Bindung

T ist die Mutter des 17jährigen O. Zwischen beiden ist es aufgrund der schlechten schulischen Leistungen des O häufiger zu verbalen Auseinandersetzungen gekommen. Als T O wieder einmal Vorhaltungen macht, versetzt O ihr eine nicht sehr heftige, aber dennoch schmerzhaft Ohrfeige. T ergreift daraufhin ein großes Fleischmesser, das auf der Arbeitsplatte liegt und droht O, dass sie zustechen werde, wenn er noch einmal die Hand gegen sie erhebe. O hebt die Hand zu einem weiteren Schlag, um zuzuschlagen. T sticht O in die Magengegend und verursacht Verletzungen, an denen O verstirbt.

Garantengedanke: Wer verpflichtet ist, Schäden von einem Rechtsgut abzuwenden, der muss sich diese Verpflichtung auch bei der Verteidigung seiner Rechtsgüter entgegenhalten lassen.

d. Fallgruppe 4: Krasses Missverhältnis

Der Nachbar (N) des T ist ein Grillfreund und frönt seinem Hobby im Sommer jeden Abend. Dazu lädt N stets Gäste ein; es wird dann bis tief in die Nacht herumgegrölt. Wegen der Hitze möchte T die Fenster seiner Wohnung nachts nicht schließen. Da er bereits mehrfach die Polizei angerufen hat, diese aber nicht mehr kommt, ruft T zu N hinüber, dass er das Grillen mit dem Gewehr beenden werde. Diese Aussage wird mit Gelächter beantwortet, gleiches gilt für einen Warnschuss, den T abgibt. Daher schießt T dem N mit einem Gewehr ins Bein.

Übermaßgedanke: Die Rechtsordnung kann nicht wollen, dass zur Abwendung eines vollkommen unbedeutenden Schadens ein schwerer Schaden an einem Rechtsgut verursacht wird.

e. Fallgruppe 5: Notwehrprovokation

T hatte in einer Gaststätte eine Schlägerei ausgelöst und war dann nach Hause gegangen. Dort suchte ihn der Wirt (W) auf, der ihn zu dem Hergang der Schlägerei befragen wollte. Nachdem T ihm den Hergang geschildert hatte, legte W ihm dar, dass die anderen Gäste T als den Schuldigen bezeichnet hätten. Daraufhin begab sich T zurück zur Gaststätte. Dort angekommen, wurde T von hinten durch O angegriffen, der ihn gegen eine Wand rammte. T stieß O mit einem Messer nieder (BGHSt 26, 143 ff.)

Missbrauchsgedanke: Wer den Angriff auf die Rechtsordnung schuldhaft herbeigeführt hat, darf sich nicht auf Verteidigung der Rechtsordnung berufen.

Einwilligungsgedanke: Wer einen Angriff selbst schuldhaft herbeiführt, willigt in diesen Angriff ein.

6.4 Folgen der Notwehreinschränkung

Fallgruppen 1 – 4

Verbot des Rechtsmissbrauchs

- Nicht sofortige Trutzwehr (aggressive, aktive Gegenwehr)
 - Drei-Stufen-Theorie (BGH, h.L.)
 1. Flucht- und Ausweichmöglichkeiten nutzen
 2. Schutzwehr, Hinnahme von gewissen leichten Beeinträchtigungen
 3. Trutzwehr
- ggf. kein Notwehrrecht
(Rengier AT, § 18 Rn. 54 ff.)

6.4 Folgen der Notwehreinschränkung

Fallgruppe 5 (siehe dazu: Hillenkamp AT, Problem 2)

1. Absichtsprovokation
 - Keine Einschränkung des Notwehrrechts
 - Wegfall des Notwehrrechts, weil Notwehrlage gezielt herbeigeführt wurde
 - (H.M.) Einschränkung des Notwehrrechts
2. Rechtswidrige Provokation (BGHSt 26, 143)
 - e.A.: Keine Einschränkung des Notwehrrechts
 - a.A.: Einschränkung des Notwehrrechts
3. Sozialethisch vorwerfbare Provokation (BGHSt 42, 97)
 - e.A.: Keine Einschränkung des Notwehrrechts
 - a.A.: Einschränkung des Notwehrrechts
4. Sozialadäquate Provokation
 - Keine Einschränkung des Notwehrrechts

7. Sonderfall: Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK

- (1) Niemand darf absichtlich getötet werden, außer durch ...
- (2) Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um
 - a) jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen...

Streit: Schränkt diese Vorschrift das Notwehrrecht ein?

m.M.: Aus der Regelung, die Gesetzesrang hat, ergibt sich eine entsprechende Einschränkung

h.M.: EMRK betrifft nur das Rechtsverhältnis zwischen Staaten (zw.) (Art. 13 EMRK)

Diff. A: Nur absichtliche/wissentliche Tötung unzulässig
(siehe dazu: Hillenkamp AT, Problem 3)

Nachweise und weiterführende Literatur zur Notwehreinchränkung

- RGSt 55, 82 ff. (Obstfrevler)
- BayObLG NJW 1965, 163 (Hausrechtsverteidigung)
- LG München I, NStZ 1988, 1860 ff. (Autodieb)
- BGH NStZ 1996, 380 (Provokation in Bahn)
- BGH NJW 2001, 1075 ff. (Knieschussfall)
- *Beulke* Klausurenkurs I Fall 5 und 6
- *Bülte* Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, 145 ff.
- *Grünwald* Notwehreinchränkung - insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122 (2010), 51 ff.
- *Hillenkamp* 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Problem, S. 15 ff.; 3. Problem S. 23 ff.
- *Küpper* Die „Abwehrprovokation“, JA 2001, 438 ff.
- *Kühl* „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, 244 ff.

8. Notwehr durch Polizisten

Der Polizeibeamte P wird bei einer Straßenkontrolle von einer Rockergruppe umstellt, deren Anführer A den P auffordert, sich zum Spaß der Umstehenden auszuziehen. Als P sich weigert, beginnen die Rocker ihn gewaltsam auszuziehen. Weil er keine andere Möglichkeit der Abwehr sieht, zieht er seine Dienstpistole und bedroht die Rocker damit. Als diese nur lachen und weiter an seiner Kleidung reißen, schießt P auf A, um das Geschehen zu unterbinden. Dabei rechnet er mit einem tödlichen Ausgang. Es ist zu unterstellen, dass die Schussabgabe für eine Privatperson erforderlich gewesen wäre.

(vgl. *Hillenkamp* 32. Probleme AT, 5. Problem, S. 40 ff.)

- a) Öffentlich rechtliche Theorien (z.T. eingeschränkt auf Nothilfe)
- b) Strafrechtliche Theorien (z.T. Begrenzung auf Gebotenheitsebene für menschenwürdewidrige Behandlung, etwa im „Fall Daschner“, dazu *Kühl*, AT, § 7 Rn. 156a)
- c) Differenzierende Theorie



III. Festnahmerecht (§ 127 StPO)

(Zum Überblick *Wagner* ZJS 2012, 465 ff.)

Gesetzestext: StPO § 127

(1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen. Die Feststellung der Identität einer Person durch die Staatsanwaltschaft oder die Beamten des Polizeidienstes bestimmt sich nach § 163b Abs. 1.

(2) Die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes sind bei Gefahr im Verzug auch dann zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls vorliegen.

(3) Ist eine Straftat nur auf Antrag verfolgbar, so ist die vorläufige Festnahme auch dann zulässig, wenn ein Antrag noch nicht gestellt ist. Dies gilt entsprechend, wenn eine Straftat nur mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbar ist.

1. Sinn und Zweck

- Verortung in der StPO: Grundlage, dass aus Gründen der Strafverfolgung in Rechte des Bürgers eingegriffen werden darf.
- Jedermann-Festnahmerecht: In Situationen, in denen die hoheitliche Gewalt nicht rechtzeitig eingreifen kann, will sich diese der Hilfe des Bürgers zur Durchführung der Strafverfolgung bedienen (Absicherung der Strafverfolgung).
- Keine Pflicht des Bürgers zur Festnahme
- Doppelfunktion: Verfahrensrechtliche Eingriffsgrundlage UND materiellrechtliche Rechtfertigung

2.1 Festnahmelage

- Tat iSd § 127 I 1 StPO
 - (1) Kriminalstraftat (Ordnungswidrigkeiten reichen nicht)
 - (2) Rechtswidrige und schuldhafte Tat
 - Materiell-rechtliche Theorie (Tatlösung): fordert eine tatsächlich begangene, rechtswidrige Tat iSd § 11 I Nr. 5 StGB
 - **Pro:** kein Verlust des Notwehrrechts des schuldlos Festgenommenen
 - Im Gegensatz zu den anderen Untersuchungsmaßnahmen der StPO, bei denen der Verdachtsfall reicht, ist diese Maßnahme eben nicht staatlich initiiert
 - Etwaige Bestrafung von „falscher“ Zivilcourage kann mit Irrtumsregelungen entgegengetreten werden
 - **Contra:** Tat in der StPO meint nicht zwingend Tat im materiellen Sinne
 - Systematische Stellung im Gesetz: Festnahme ist Ermittlungshandlung; solchen ist es immanent, dass sie der Aufklärung von Straftaten dienen

2.1 Festnahmelage

- Enge Prozessuale Auffassung der Rspr. (enge Verdachtslösung): Aus ex-ante Sicht wird ein als Verurteilungsreife zu bezeichnender unzweifelhafter Tatverdacht verlangt
 - **Contra:** Zweck des § 127 StPO ist nicht die Ermittlung des „OB“ der Straftat, sondern des „WER“
- Weite Verdachtslösung (h.L.): dringender Tatverdacht iSd § 112 I StPO ist ausreichend
 - **Contra:** § 127 II StPO würde leer laufen, da dieser das Einschreiten eines Beamten bei nur Vorliegen eines Tatverdachts nur unter der Bedingung zulässt, dass im Übrigen die Voraussetzungen eines Haftgrundes gegeben sind

2.2 Frische Tat

b) Frische Tat

- Zeitliche und räumliche Zuordnung
 - Betreffen oder Verfolgen während der Tat oder unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen Tatbegehung und Betreffen bzw. Verfolgung
 - Betreffen = Rechtfertigungstäter hat Indizien für eine gerade stattfindende oder soeben begangene Straftat wahrgenommen und der Festgenommene wird am Tatort oder in der Nähe des Tatortes angetroffen
 - Nicht erforderlich ist ein Überraschen bei Tatbegehung
 - Verfolgen = Festgenommener hat sich bereits vom Tatort entfernt, es gibt jedoch sichere Anhaltspunkte für die Täterschaft

2.3 Festnahmegründe

c) Festnahmegründe

- Verdacht, dass der Betroffene fliehen werde oder die Unmöglichkeit der Feststellung seiner Identität gegeben ist
 - Fluchtverdacht liegt bei schweren oder heimlichen Straftaten in der Regel nahe
 - Verdunkelungshandlungen des Betroffenen oder Sicherung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche reichen nicht aus
 - Festnahme unzulässig, wenn der Name der Person bekannt ist

3. Festnahmehandlung

a) Grundsätzlich zulässige Festnahmehandlungen

- Tatbestandliche Freiheitsberaubung und Nötigung, die dem Zweck des Festnehmens oder Festhaltens dienen, sind erfasst
- Fesseln, Einsperren in private Räumlichkeiten oder zwangsweises Verbringen zur nächsten Polizeiwache können gedeckt sein
- Ggf. auch leichte Körperverletzungen z.B. festes Anfassen oder Anpacken, oder Zufallbringen des Flüchtenden und Fixierung am Boden, soweit die Handlungen unerlässlich und verhältnismäßig zur Schwere des Tatverdachts sind
- Wegnahme von Sachen als milderes Mittel (Personalausweis oder Autoschlüssel)
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten!

3. Festnahmehandlung

b) Zulässigkeit schwerer Gewaltanwendung zur Festnahme

- Ausgangspunkt: Im Rahmen des § 32 StGB kann notfalls sogar auf tödliche Abwehrmaßnahmen zurückgegriffen werden
 - Übertragung auf Jedermann- Festnahmerecht
 - Lit: in jedem Fall (-)
 - BGH: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
 - „der staatliche Strafanspruch hat grundsätzlich hinter der Gesundheit des Täters zurückzutreten“
 - die Bekämpfung schwerer Straftaten lässt einschneidendere Maßnahmen zu als die weniger gravierender Taten
- i.E. Schießen durch Private zur Verhinderung der Flucht nicht gedeckt

3. Festnahmehandlung

c) Erforderlichkeit der Festnahmehandlung

(1) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

- Festnahme muss dem Zweck dienen, den Fluchtverdacht zu beseitigen oder die Identifizierung des Betroffenen zu ermöglichen
- jede Handlung darüber hinaus ist nicht von § 127 I 1 StPO gedeckt
- Zeitliche und sachliche Begrenzung
- Keine Beschränkung auf unsichere Möglichkeiten

(2) Angemessenheit

- E.A. : Rechtfertigung entfällt bei offensichtlichem Missverhältnis (Evidenzkontrolle): Für Private ist es schwierig, die Angemessenheit der Handlung zu bewerten
- A.A.: Jede Verletzung der Verhältnismäßigkeit führt zum Ausschluss der Rechtfertigung: Privater nimmt hoheitliche Aufgabe wahr

(3) Zeitliches Ende: Hoheitsbefugnisse erlöschen mit Erscheinen der Amtsträger

3. Festnahmehandlung

d) **Erkennbarkeit der Festnahme für den Betroffenen**

- Kein Formerfordernis
- Verdeutlichung der Festnahme
- nicht zwingend, dass das Wort „Festnahme“ erwähnt wird

4. Subjektive Voraussetzung: Festnahmewille

- Handelnder muss den Zweck verfolgen, die Feststellung der Identität zu ermöglichen bzw. den Täter der Strafverfolgung zuzuführen
- Der Zweck, weitere Straftaten zu verhindern, ist nicht erfasst
- Handelt der Täter ohne Festnahmewillen, so führt dies nach überwiegender Ansicht zum Wegfall der Rechtfertigung und damit zur Vollendungsstrafbarkeit, nicht zum Versuch (vgl. *Roxin AT*, § 14 Rdn. 103, 106; zum Meinungsstand *Bülte/Becker Jura* 2012, 319, 328). Grund: Schon der Erfolgsunwert etwa der Freiheitsberaubung durch die vorläufige Festnahme ist nur beseitigt, wenn sie Vorstufe zur Überführung in behördlichen Gewahrsam ist.
- Möglich ist aber Rechtfertigung gemäß §§ 229, 230 BGB

Rechtsprechungs- und Literaturhinweise

- BGHSt 45, 378 (Würgen durch den Ladendetektiv) m. Anm. *Mitsch* JuS 2000, 848
- BGH NStZ-RR 1998, 50 (Schusswaffengebrauch)
- BGH (Z) NJW 1981, 745 (Tatverdacht)
- OLG Karlsruhe Justiz 2011, 221
- Koblenz Kriminalistik 2009, 356 (Tatverdacht)
- BGH NStZ-RR 2007, 303
- *Bülte* § 127 Abs 1 S 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund, ZStW 121 (2009), 377
- *Kargl* Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 1 StPO, NStZ 2000, 8
- *Otto* Probleme der vorläufigen Festnahme, § 127 StPO, Jura 2003, 685
- *Satzger* Das Jedermann-Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, Jura 2009, 107
- *Wagner* Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, ZJS 2011, 465

IV. Rechtfertigende Einwilligung, mutmaßliche und hypothetische Einwilligung

(Zum Überblick: *Jansen*, ZJS 2011, 482 ff.)

1. Rechtfertigende Einwilligung

- Gesetzlich nicht normierter Rechtfertigungsgrund
- Unterschied zum tatbestandsausschließenden Einverständnis nach h.M.: Rechtswidrigkeit scheidet aus
- Fehlt dem Täter die Kenntnis der Einwilligung, liegt ein untauglicher Versuch vor (str.)

1. Aktuell: Einwilligung in die Beschneidung?

„§ 1631d

Beschneidung des männlichen Kindes

(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.“

Dazu lesenswert *Fischer*, § 223 Rn. 43 ff.

1. Rechtfertigende Einwilligung

a) Objektive Voraussetzungen

- Rechtsgut muss zur **Disposition** stehen
- (Individualrechtsgut, keine Dispositionsgrenze [z.B. §§ 216, 228 StGB])
- Verfügender muss **dispositionsbefugt** sein
- Verfügender muss **einwilligungsfähig** sein
- Einwilligung muss **ausdrücklich und vor der Tat** gegeben werden
- Einwilligung darf nicht unter **Willensmängeln** leiden
 - Täuschung/Drohung gegenüber dem Verfügenden
 - keine sonstigen Irrtümer bestehen (insb.: garantenpflichtwidrige Aufklärungsunterlassung durch behandelnden Arzt vor OP)

b) Subjektive Voraussetzungen

- Der Täter muss **in Kenntnis und aufgrund der Einwilligung** handeln.

1. Rechtfertigende Einwilligung

c) Definitionen zur rechtfertigenden Einwilligung

- **Dispositionsfähigkeit des Rechtsgutes**
 - Das betreffende Rechtsgut muss **disponibel**, also von der Rechtsordnung aus zur Disposition des Inhabers stehen.
 - Das Leben eines Menschen steht **niemals** zur Disposition (Arg. aus § 216).
- **Einwilligungsfähigkeit**
 - Einwilligungsfähig ist, wer nach seiner **sittlichen und geistigen Reife** die Tragweite des Rechtsgutsverzichts erkennen und richtig beurteilen **kann**.

1. Rechtfertigende Einwilligung

- **Verfügungsberechtigung**

- Derjenige ist verfügungsberechtigt, der als **alleiniger Träger** des betroffenen Rechtsgutes oder als dessen Vertreter zur Disposition befugt ist.
- Problemfall: Beschlagnahme

- **Freiheit von Willensmängeln**

- Einwilligung darf nicht durch Täuschung oder Drohung gegenüber dem Verfügenden erwirkt werden.
- Wirkung von Motivirrtümern? Ein Motivirrtum liegt vor, wenn der Einwilligende über Umstände, die außerhalb des eigentlichen Tatgeschehens liegen und die ihn zur Einwilligung motiviert haben, getäuscht wird.
 - Einwilligender ist sich der Entscheidung bewusst
 - Einwilligung wird aber unter Eingriff in die Entscheidungsfreiheit ausgelöst, daher keine willensmangelfreie Entscheidung

1. Rechtfertigende Einwilligung

d) Sittenwidrigkeit der Einwilligung (Sonderregel in § 228 StGB)

- Die Einwilligung kann sittenwidrig und damit unwirksam sein, wenn **die Tat in Motiv, Ziel, Mittel oder Art der Verletzung dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft**, also gegen die herrschende Sozialmoral verstößt (BGHSt 4, 88).
- Die Sittenwidrigkeit muss sich auf die Tat als solche beziehen, nicht auf die Einwilligung
- Kann auch Grund der Einwilligung zur Sittenwidrigkeit führen?
 - Körperverletzung selbst ist nicht sittenwidrig, aber Ziel der Körperverletzung
 - LG Mönchengladbach NStZ-RR 1997, 169: Autosurfen
 - BayObLGSt 1998, 152: Zusammenschlagen-Lassen zur Aufnahme in eine Jugendgang
 - BGHSt 49, 166: Sadomasochistische Praktiken

1. Rechtfertigende Einwilligung

e) Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit der Einwilligung

- Die früher herrschende Meinung stellte zur Beurteilung der Tat zumindest auch auf die *Ziele und Beweggründe* der Beteiligten ab (RGSt 74, 94; RG JW 1928, 2229; 1929, 1015; 1938, 30; *Eb. Schmidt*, JZ 1954, 374).
- Insbesondere die Rechtsprechung hat früher die Motive der Tat bewertet: *„Körperlichen Auseinandersetzungen, die aus Feindseligkeit geboren sind und erfahrungsgemäß mit ernstesten Gefahren für Leib und Leben verbunden sind, wird die rechtliche Billigung nach der für das Zusammenleben der Menschen grundlegenden sittlichen Ordnung, die in § 226a StGB ausdrücklich für maßgebend erklärt ist, überhaupt zu versagen sein.“* (BGHSt 4, 88 ff.).
- Dagegen stellt die heute h.M. (vgl. nur BGH NStZ 2013, 342, 343) ausschließlich auf das *Gewicht* und die *Art der Verletzung* ab und darauf, ob diese gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.
- Allein die Rechtsgutsbezogenheit wird dem Sinn und Zweck des Schutzes, der körperlichen Unversehrtheit, dem §§ 223 ff. dienen, gerecht. Nur dann darf der Einzelne vor seiner eigenen Kurzsichtigkeit geschützt werden.

1. Rechtfertigende Einwilligung

e) Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit der Einwilligung

- Insbesondere die neuere Rspr. *„beurteilt die Unvereinbarkeit einer KV mit den guten Sitten trotz Einwilligung des betroffenen Rechtsgutsinhabers im Grundsatz vorrangig nach Art und Gewicht des eingetretenen Körperverletzungserfolges sowie des damit einhergehenden Gefahrengrades für Leib und Leben“*
- Danach scheidet eine wirksame Rechtfertigung aus, *„wenn bei objektiver Betrachtung unter Einbeziehung aller maßgeblichen Umstände die einwilligende Person durch die Körperverletzung in konkrete Todesgefahr gebracht wird“* (BGHSt 49, 166, 173).
- Begründet wird der Wechsel in der Rechtsprechung damit, dass bei drohenden gravierenden Verletzungen der staatliche Eingriff in die Dispositionsfreiheit legitim sei (OLG München BeckRS 2013, 18011).

1. Rechtfertigende Einwilligung

e) Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit der Einwilligung

- Der BGH argumentiert auch mit Art. 103 Abs. 2 GG: *„Der Begriff der „guten Sitten“ betrifft weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien. Um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens zu genügen, muss der Begriff der guten Sitten auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden. Ein Verstoß gegen die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befaßten Strafgerichts genügt nicht.“*
- Der BGH leitet die Bewertung der drohenden Verletzungen aus den tatsächlichen Verletzungen und der eingetretenen Gefahren ab, greift aber darüber hinaus auf die sonstigen *„die Tatausführung begleitenden Umstände“* zurück (BGH NStZ 2013, 342, 343).
- Finde die Tat unter Bedingungen statt, die den Grad der aus ihr hervorgehenden Gefährlichkeit für die körperliche Unversehrtheit begrenzen, so führe dies regelmäßig zur Wirksamkeit der Einwilligung. Anders sei dies, wenn Regeln fehlen, weil dies erfahrungsgemäß zur Erhöhung des Gefährlichkeitsgrades des Verletzungsgeschehens führe.

1. Rechtfertigende Einwilligung

f) Geschäftsfähigkeit und die Einwilligung in eine Sachzerstörung

- Das Strafrecht und das Zivilrecht sollen eine weitgehend einheitliche Rechtsmaterie bilden (Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung). Aber dennoch gibt es immer wieder Begriffe und Situationen, in denen sich diese beiden Bereiche nicht gleichen.
 - **Strafrechtliche Theorie**
 - **Zivilrechtliche Theorie**
 - Insbesondere relevant: Einwilligung durch Minderjährige (dazu *Rengier*, AT, § 23 Rn. 15 ff.)

1. Rechtfertigende Einwilligung

g) Täuschungen im Bereich der Einwilligung

- **Lehre von den Willensmängel**
 - Durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung ist unwirksam
 - Einwilligung nur dann anzunehmen, wenn der Einwilligende in Kenntnis aller Umstände auf das Rechtsgut verzichtet.
 - Einwilligung ist Ausdruck der Willensentschließungs- bzw. Willensbetätigungsfreiheit und diese fehlt bei einer „ertäuschten“ Einwilligung.

- **Lehre von der Bedeutungskennntnis**
 - Einwilligung ist strafrechtlich unwirksam, wenn
 - Einwilligender über Bedeutung und Reichweite des hingegebenen Gutes irrt, nicht bei Irrtum über den Grund.
 - Irrtum darüber hinaus berührt die Eigenverantwortlichkeit nicht

2. Rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung

- Ausgangslage: Rechtlich zulässige, aber aus tatsächlichen Gründen fehlende Einwilligung
- Prinzip des mangelnden oder mutmaßlichen Interesses (GoA) als Grundlage
- Tatsächlich erteilte Einwilligung wird durch den mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers ersetzt
- Mutmaßlicher Wille ist aus der ex-ante-Position zu beurteilen, die sich am wahrscheinlichen Willen des Betroffenen ausrichtet
- Keine Hinweise: Orientierung an einer objektiv **vernünftigen und sachgerechten Lösung**
- Erklärter Wille des Betroffenen darf nicht durch den Hinweis auf die Vernunft unberücksichtigt bleiben

2. Rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung

a) Objektive Voraussetzungen

- Rechtsgut muss zur **Disposition** stehen
- (Individualrechtsgut, keine Dispositionsgrenze [z.B. §§ 216, 228 StGB])
- Verfügender muss **dispositionsbefugt** sein
- Verfügender muss **einwilligungsfähig** sein
- Mutmaßliche Einwilligungserklärung
 - Keine (zumutbare) Möglichkeit, Einwilligung einzuholen (Entbehrlichkeit bei mangelndem Interesse [str.])
 - Handeln in Übereinstimmung mit mutmaßlichem Willen

b) Subjektive Voraussetzungen

- Der Täter muss in Kenntnis der rechtfertigenden Umstände handeln und insbesondere im Sinne des mutmaßlichen Willens handeln wollen

3. Hypothetische Einwilligung

- Vorliegende Einwilligung ist unwirksam, mutmaßliche Einwilligung kann nicht angenommen werden
- Typischer Grund: Der Betroffene wurde nicht hinreichend über die Bedeutung oder Folgen des Rechtsgutseingriffs aufgeklärt
- Hypothetisches Element: Wenn Betroffener aufgeklärt worden wäre, hätte er dem Eingriff voraussichtlich zugestimmt
- Typischer Fall: Eingriffe des Arztes bei fahrlässig falscher oder unvollständiger Aufklärung (BGH NJW 1984, 1397)
- Betrachtung ex-post entscheidend (vgl. Kuhlen JR 2004, 227)

(vgl. hierzu auch Wessels/Beulke/Satzger Rn. 384a)

3. Hypothetische Einwilligung

- Streitig, ob es sich um einen Fall der mangelnden objektiven Zurechnung oder um einen Rechtfertigungsgrund handelt.
 - H.M. Rechtfertigungsgrund
 - A.A: „War eine tatbestandsmäßige Handlung lediglich wegen eines Rechtfertigungsmangels objektiv nicht gerechtfertigt, so muss der Erfolg auf diesem Mangel objektiv zurechenbar beruhen; anderenfalls fehlt das objektive Unrecht einer vollendeten Tat“ (Kuhlen FS Roxin I, S. 331, 340).

3. Hypothetische Einwilligung

Grundsätzliche Kritik gegen die hypothetische Einwilligung

(*Puppe GA 2003, 764 ff.*; *Sowada NStZ 2012, 1, 6 ff.*):

- Regeln über (mutmaßliche) Einwilligung würden unterlaufen; Schutz der Patientenautonomie werde preisgegeben
- Wie der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung entschieden hätte, lasse sich im Nachhinein nicht mehr feststellen

Dagegen spricht aber: Ablehnung der hypothetischen Einwilligung führt zu Verlagerung der Problematik auf die Irrtumsebene und ggf. zu schwer vertretbaren Ergebnissen.



V. Elterliches Züchtigungsrecht

Heinrich ZiS 2011, 431 ff.

Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 386 ff.

Fischer § 223 Rn. 17 ff.

1. Gegenstand und Charakter des Erziehungsrechts

- Bei Eingriff in Rechte von nicht Volljährigen durch Erziehungsberechtigte stellt sich die Frage nach einer Rechtfertigung durch ein Erziehungsrecht
- Erziehungsberechtigung ergibt sich aus Art. 6 II GG und Familienrecht
 - Gem. Art. 6 II GG und §§ 1626 I, 1631 I, II BGB für beide Elternteile des Kindes; §§ 1754, 1626 I, 1631 I, II BGB für Adoptiveltern sowie gem. § 1800 für den Vormund
 - Erziehungsrecht endet mit der Volljährigkeit
 - Erziehungsrecht selbst ist nicht übertragbar
 - Ausübung i.R. besonderer Betreuungsverhältnisse kann aber zeitweise auf andere Personen übertragen werden
 - Ein Eingriff in die Rechtsgüter des Kindes muss jedoch neben der Übertragung der Beaufsichtigung zusätzlich eigens erklärt werden
 - Originäres Recht zur Züchtigung fremder Kinder gibt es nicht
 - Herleitung aus § 679 BGB scheitert daran, dass an einer körperlichen Züchtigung kein öffentliches Interesse besteht
 - Der Erziehungszweck einer Körperverletzung schließt den Tatbestand nicht aus

2. Voraussetzungen

a) Züchtigungsanlass

- Rechtfertigung setzt nach einer mittlerweile wohl überholten Auffassung voraus, dass konkretes Fehlverhalten des Kindes vorliegt, welches die elterliche Reaktion erforderlich macht.
- Erforderlichkeit bestimme sich nach Allgemeinverhalten, Alter und Reife
- Eltern komme bei der Auswahl der Sanktionen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu
- Die Züchtigung dürfe nur nicht von vornherein unvertretbar erscheinen

b) Maßvolle Züchtigung

- Rechtfertigende Züchtigung wurde nur dann als maßvoll angesehen, wenn sie nicht entwürdigend ist.
- Entwürdigend sind in jedem Fall quälerische, gesundheitsschädliche und demütigende Züchtigungen.
- Die Verwendung eines Schlaggegenstandes sei nicht generell maßlos, dies sei aber immer dann anzunehmen, wenn der Gegenstand unter den Begriff eines gefährlichen Werkzeuges des § 224 falle.

2. Voraussetzungen

c) Angemessenheit der Züchtigung

- Die Maßnahme musste in angemessenem Verhältnis zur Verfehlung stehen.
- Alter, körperliche und seelische Konstitution des Kindes entscheidend

d) Erziehungswille: Züchtigung musste vom Erziehungsgedanken geleitet sein.

3. Bedenken gegen d. elterliche Züchtigungsrecht

- Züchtigungsrecht ist schlecht kontrollierbar
- Bei Kindesmisshandlungen haben Eltern die Möglichkeit, sich auf ihr Erziehungsrecht zu berufen.
- Nur eine vollständige Abschaffung kann Kinder wirksam vor solchen Schutzbehauptungen bewahren.

3. Lehrer/Erzieher und Züchtigungsrecht

- Lehrer können sich nicht auf ein originäres Züchtigungsrecht berufen: Sie sind nicht selbst Träger des Erziehungsrechts.
- Abgeleitetes Recht wäre einerseits in Betracht zu ziehen; andererseits kann man an ein staatliches Züchtigungsrecht denken.
- Dem staatlichen Züchtigungsrecht steht aber erstens die Wesentlichkeitstheorie entgegen, nach der staatliche Grundrechtseingriffe nicht auf Gewohnheitsrecht basieren können.
- Außerdem haben die Länder zumeist das Züchtigungsrecht von Lehrern in ihren Schulgesetzen ausgeschlossen.

4. Änderungen durch den neuen § 1631 II BGB

- Bislang wurde das Recht der Eltern auf körperliche Züchtigung aus den Normen der Personensorge des BGB hergeleitet.
- Jedoch lautet § 1631 II BGB nun: *„Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“*
- Damit kann wohl heute eine Rechtfertigung einer körperlichen Züchtigung weder aus dem BGB noch aus einem gewohnheitsrechtlichen Rechtssatz hergeleitet werden.
- Spätestens durch diese Gesetzesänderung wurde ein evtl. die Züchtigung erlaubendes Gewohnheitsrecht beseitigt. Eine körperliche Züchtigung durch die Eltern ist damit nicht von einem Züchtigungsrecht gedeckt.

lesenswert: *Fischer* § 223 Rn. 37a



VI. Rechtfertigende bürgerlich-rechtliche Notstände (§§ 228, 904 StGB)

1. Aggressivnotstand § 904 BGB

„Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die **Einwirkung eines anderen auf die Sache** zu verbieten, wenn die Einwirkung zur **Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig** und der **drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß** ist.“

a) Objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen

- (1) Notstandslage: gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut
- (2) Notstandhandlung:
 - Einwirkung auf eine Sache durch die Tat
 - Notwendig zur Abwendung der Gefahr
 - Drohender Schaden gegenüber dem angerichteten unverhältnismäßig groß

b) Subjektive Rechtfertigungsvoraussetzungen

2. Defensivnotstand § 228 BGB

„Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.“

a) Objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen

- (1) Notstandslage: drohende Gefahr für ein Rechtsgut
- (2) Notstandhandlung:
 - Beschädigen oder Zerstören einer Sache
 - Erforderlichkeit der Handlung
 - Verursachter Schaden gegenüber dem abgewendeten nicht unverhältnismäßig groß

b) Subjektive Rechtfertigungsvoraussetzungen



VII. Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB)

1. Charakteristika des rechtfertigenden Notstandes

- Ausgangspunkt: Einwirkung auf die Rechtsgüter Unbeteiligter, nicht auf Angreifer
- Rechtfertigung der Tat kann nicht auf Bewährung des Rechts gestützt werden, sondern nur auf Rechtsgüterschutz
- Warum soll der durch die Tat Verletzte auf seine Rechtsgüter verzichten müssen?

Hegel (Grundlinien der Philosophie des Rechts § 127):

„Auf der einen Seite steht die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit, auf der anderen Seite nur die Verletzung eines einzelnen beschränkten Daseins der Freiheit“.

- § 34 StGB basiert auf dem Prinzip der Solidarität
- Beachte: Eingriffsrecht hat Duldungspflicht zur Folge

2. Folgen der Begründung des Notstandes auf Solidarität

- § 34 StGB verlangt dem von der Tat Verletzten, einem Unbeteiligten, ein Sonderopfer ab.
- Voraussetzung ist eine Notlage, nur sie rechtfertigt das Solidaritätsverlangen (Verschuldensfrage).
- Solidarität von anderen zu verlangen, ist nur ein zulässiges Mittel, wenn eine Rettung mit eigenen Mitteln nicht möglich ist.
- Es muss eine Interessenabwägung stattfinden, die das Sonderopfer im Sinne eines überwiegenden Interesses begründet.
- Diese Abwägung muss so ausfallen, dass es jedermann einsichtig ist, dass in den Rechtsverlust eingewilligt werden müsste.
- Ein Sonderopfer darf niemals unverhältnismäßig sein.

3. § 34 StGB: Rechtfertigender Notstand

- Vor 1975 nur übergesetzlicher Notstand
- Solidarität ermöglichende Notlage: gegenwärtige Gefahr
- Solidaritätsverlangen nur bei eigener Unfähigkeit: nicht anders abwendbar
- Interessenabwägung: „Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich...“
- Keine übermäßigen Opfer: Angemessenheit des Mittels

4. Prüfungsschema für § 34 StGB

1. Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
 - a) Objektiver Rechtfertigungstatbestand
 - (1) Notstandslage
Gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr
 - (2) Notstandshandlung
 - Erforderlichkeit der Rettungshandlung
 - Wesentliches Überwiegen des Erhaltungsgutes
 - (3) Angemessenheit
 - b) Subjektiver Rechtfertigungstatbestand
3. Schuld
4. Ergebnis

5. Objektive Merkmale: Notstandslage

a) Notstandslage

(1) Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut

- **Rechtsgut** (Erhaltungsgut): Jedes in § 34 StGB genannte, aber grds. auch alle anderen von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsgüter
 - Arbeitsplatz (vgl. OLG Oldenburg NJW 1978, 1869)
 - Sicherheit des Straßenverkehrs (OLG Koblenz NJW 1963, 1991)
- **Gefahr:** Durch beliebige Ursache eingetretene Situation, in der nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens für ein Rechtsgut (auch eines Dritten) wahrscheinlich ist.
 - Rechtsgut muss in die Krise geraten sein
 - Schadensintensivierung = zusätzlicher Schaden
 - Entfernte Möglichkeit des Schadens reicht nicht aus

5. Objektive Merkmale Notstandslage

- Gefahr ist aus der objektiven **ex-ante-Beurteilung** zu bestimmen
 - Nachträglich als harmlos zu erkennende Situation kann dennoch Gefahr iSd § 34 StGB darstellen
 - Irrtümer des konkreten Täters sind unbeachtlich
 - Streitig: sachkundiger, verständiger oder objektiver Beobachter? (vgl. *Kühl* AT § 8 Rn. 52)
 - Sonderwissen ist zu berücksichtigen
- **Herkunft** der Gefahr ist irrelevant (Schneesturm oder Gewitter, aber auch Angriffe), auch selbstverschuldete Gefahren
 - Bei Gefahren durch Sachen: §§ 228, 904 BGB
 - Bei Gefahren durch Menschen: § 32 StGB
- **Dauergefahr**: Schaden kann jederzeit eintreten, auch wenn sein Eintritt unbestimmt ist (“Damoklesschwert”).
BGH NJW 1979, 2053; *Kühl* AT § 8/64.

5. Objektive Merkmale: (Notstandslage)

(2) **Gegenwärtigkeit der Gefahr**

- BGH: „Gefahr ist gegenwärtig, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens sicher oder höchstwahrscheinlich ist, wenn nicht alsbald Gegenmaßnahmen ergriffen werden.“
- Es kommt auch hier auf das objektive ex-ante Urteil an, eventuelles Sonderwissen ist zu berücksichtigen.
 - Augenblicksgefahr: Kind droht zu ertrinken ⇒ Schaden droht alsbald
 - Dauergefahr: Gefahr kann jederzeit in einen Schaden umschlagen, also auch alsbald („Gefahr steht permanent im Raum“)
 - » Bedrohter Zeuge sagt falsch aus (RGSt 66, 222)
 - » Haus droht einzustürzen

5. Objektive Merkmale: Notstandslage

- „**Präventivnotwehr/-hilfe**“: Gegenwärtig iSd § 34 ist eine Gefahr auch dann, wenn der Schaden nicht sofort droht, aber nur durch unverzügliches Handeln mit Effizienz abgewehrt werden kann (str.).
 - „Notstandstötung“ (RGSt 60, 318)
 - Bratpfannenfall (BGH NJW 1966, 1823)
 - „Haustyrannenfall“ (NStZ 2003, 482)

(3) **Nicht anders abwendbar**

Eingriff in fremde Rechtsgüter muss erforderlich sein. Nur auf Kosten fremder Rechtsgüter kann Gefahr beendet werden.

6. Objektive Merkmale: Notstandshandlung

a) Rettungshandlung

Tat muss geeignet sein, Gefahr zu beenden, Schadenseintritt unwahrscheinlicher zu machen oder zu mildern

b) Nicht anders abwendbar = Erforderlichkeit

- Jedes Mittel der Gefahrabwendung (auch Ausweichen)
- Das mildeste Mittel muss gewählt werden (Solidarität)
 - Milder ist der Eingriff in geringwertigeres Rechtsgut
 - Milder ist geringfügigerer Eingriff in Rechtsgut
 - Milder kann auch der anderweitig gerechtfertigte Eingriff sein
- Keine ungeeigneten Mittel (realistische Rettungschance)
Bei unterschiedlich geeigneten Mitteln ist das am besten Geeignete zu wählen
- Objektive ex-ante-Prognose auch hinsichtlich des erforderlichen Mittels notwendig (sachverständiger Beobachter)

6. Objektive Merkmale: Notstandshandlung

c) Wesentliches Überwiegen

(1) Wesentlichkeit des Überwiegens

- Solidarität, die zur Duldungspflicht führt, fordert mehr als bloße Interessenverrechnung
- Problem: Was bedeutet wesentlich, qualifiziert oder nur eindeutig?
 - Allgemein wird Notwehrprobe empfohlen: Muss Verletzter den Ausschluss seines Notwehrrechts hinnehmen?
 - Im Zweifel nicht wesentliches Überwiegen

6. Objektive Merkmale: Notstandshandlung

(2) Umfassende Interessenabwägung

- Abwägung der widerstreitenden Interessen
- Namentlich:
 - Betroffene Rechtsgüter und
 - Grad der ihnen drohenden Gefahren
- Namentlich bedeutet nicht ausschließlich, sondern z.B.
- Andere relevante Aspekte:
 - Verschulden der Gefahr (vgl. § 35 Abs. 2 S. 1)
 - Gefahrtragungspflichten (vgl. § 35 Abs. 2 S. 1)
 - Gefahrengemeinschaften
 - Individualisierung der Interessen
 - Besonderer Handlungsunwert
- **Umfassende Interessenabwägung!**
- **Sorgfältige Sachverhaltsanalyse erforderlich!**

6.1 Einzelheiten der Interessenabwägung

- (1) Rangverhältnis der Rechtsgüter (*Kühl* AT § 8 Rn. 102 ff.)
- Abstrakte Bewertung aller betroffenen Rechtsgüter in der Rechtsordnung
 - Gegenüberstellung der Eingriffsgüter einerseits und der Erhaltungsgüter andererseits
 - Indizien des Rangverhältnisses:
 - Reihenfolge im § 34 StGB
 - Strafraumenvergleich/Strafbewehrung (Handlungsunrecht beachten!)
 - Grundgesetz (besondere Bedeutung der höchstpersönlichen Rechtsgüter)
 - Unabwägbarkeit von Leben gegeneinander
 - „Katzekönigfall“ ([BGHSt 35, 347](#))
 - Luftsicherheitsgesetz ([BVerfGE 115, 118](#))

6.1 Einzelheiten der Interessenabwägung

(2) Grad der drohenden Gefahr (*Kühl* AT § 8 Rn. 116 ff.)

- Gefahrengrad fragt nach der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes und fordert einen Gefahrenvergleich
- Schadenswahrscheinlichkeit
 - beim Erhaltungsgut
 - beim Eingriffsgut
- Beispiele:
 - Gefahr der Verletzung eines Menschen durch eine Trunkenheitsfahrt ist abstrakt, Wahrscheinlichkeit unbestimmt
 - Gefährdung der Sicherheit des Straßenverkehrs ist dagegen sicher
 - Wahrscheinlichkeit der (weiteren) Verletzung des Patienten, der transportiert werden muss, ist möglicherweise hoch

➤ **Alle Informationen des SV sind exakt auszuwerten!**

6.1 Einzelheiten der Interessenabwägung

- (3) Drohendes Ausmaß der Rechtsgutsverletzung (*Kühl* AT § 8 Rn. 120 ff.)
- Das Ausmaß der Rechtsgutsverletzung bestimmt sich durch **Intensität** und **Umfang** der erlittenen Verletzung
 - Brand droht gesamtes Haus zu zerstören
 - Durchnässung durch Löschen kann zu Erkältung führen
- (4) Größe der Rettungschance (Grad der Rettungseignung)
- Rettungschance muss ins Verhältnis zur drohenden Einbuße beim Eingriffsgut gesetzt werden
 - Je geringer die Rettungschance ist, desto größer sollte die Zurückhaltung bei Eingriffen sein (*Kühl* AT § 8 Rn. 124)
 - Trotzdem kann Rettung hochwertiger Rechtsgüter natürlich auch Zugriff bei geringer Chance rechtfertigen

6.1 Einzelheiten der Interessenabwägung

(5) Defensivnotstand (*Kühl* AT § 8 Rn. 134 ff.)

- Herkunft der Gefahr aus der Sphäre des Eingriffsopfers
- Gesetzliche Regelung in § 228 BGB
Grundsatz: Wer die Gefahr verursacht hat, muss intensivere Eingriffe dulden als der Unbeteiligte
 - Solidarität kann nur der „Unschuldige“ erwarten
- **Orientierung** an § 228 BGB:
 - Verursacher Schaden am Eingriffsgut darf nicht außer Verhältnis zum abgewendeten Schaden am Erhaltungsgut stehen
 - Wesentliches Überwiegen eher anzunehmen als bei Eingriffen in Rechtsgüter Unbeteiligter
 - Annäherung an die Notwehrhandlung:
 - Lösungsmöglichkeiten für „Präventivnotwehr“ wie Spanner- und Haustyrannenfall etc. möglich

6.1 Einzelheiten der Interessenabwägung

- (6) Weitere Abwägungskriterien (*Kühl* AT § 8 Rn. 142 ff.)
- Verschulden (vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 StGB)
 - Reduktion des Solidaritätsanspruchs nach Grad des Verschuldens des Notstandstäters (and. Notstandshilfe)
 - Erhöhung des Solidaritätsanspruch bei Verschulden des Opfers (Scheunenbrandfall BGH NStZ 1989, 431)
 - Gefahrtragungspflichten
 - Berufstypische Gefahren (Feuerwehrmann, Polizist)
 - Keine Hinnahme schwerster Verletzungen zu verlangen!
 - Gefahrengemeinschaften: Bergsteiger, Flugzeuginsassen
 - Individualisierung von Interessen
 - Bes. Bewertung durch das Opfer (Patientenwille, Suizid)
 - Sonderproblem: Palliativmedizin (BGHSt 37, 376)
 - Abwägung Schmerzfreiheit gegen Leben möglich?

6.2(1) Sonderfall 1: Kollision beim gleichen Rechtsgutsträger

Im Hause der Familie ist ein Feuer ausgebrochen. Der Vater (V) steht nun vor der Wahl, entweder das Kleinkind K aus dem zweiten Stock in die Arme eines dort wartenden Retters zu werfen oder im brennenden Haus zu lassen, wo es mit hoher Wahrscheinlichkeit sterben wird. Da er durch den Wurf die Rettungschancen deutlich erhöht, entscheidet er sich für den Wurf. Aufgrund des unglücklichen Aufpralls kommt das Kind zu Tode.

Strafbarkeit des V gem. § 212 StGB?

6.2(2) Sonderfall 2: Nötigungsnotstand

Der für seine Brutalität bekannte X droht dem körperlich weit unterlegenen T damit, ihn zu verprügeln, wenn T nicht die Schaufensterscheibe des O mit einem Steinwurf zerstört. T wirft den Stein aus Angst vor den Schlägen des X und die Scheibe zerbricht.

Strafbarkeit des T? (vgl. auch *Kühl* AT § 8 Rn.127 ff.)

- Rein rechtsgüterbezogene Bewertung:
Rechtfertigung des T nach § 34 StGB
 - Duldungspflicht: O darf sich gegen den Steinwurf nicht mit Notwehr (gegen T) wehren (sog. Notwehrprobe)

6.2(2) Sonderfall 2: Nötigungsnotstand (Meinungsstand)

- „Handeln auf der Seite des Unrechts“ führt zur Rechtfertigung und zum Durchsetzen des Unrechts“
 - Kein wesentliches Überwiegen möglich (nur § 35)
 - Vermeidung
 - des Widerspruchs in der Rechtsordnung (rechtmäßiges Agieren im Namen des Unrechts)
 - der Erschütterung des Vertrauens in die Rechtsordnung, durch Verwandlung von Unrecht in Recht
- Diff. A.: Solidaritätspflicht mit dem Täter nur bei schweren Drohungen durch den Nötigenden
- A.A.: Herkunft der Gefahr ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen
 - Insbesondere Mitverschulden zu berücksichtigen

7. Angemessenheit der Notstandshandlung

- Tat muss „angemessenes Mittel sein, um die Gefahr abzuwenden“
- Prüfung der Notstandshandlung auf ihre Vereinbarkeit mit tragenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung
- Manche Autoren lassen Angemessenheitsprüfung in Güterabwägung aufgehen, was auch vertretbar ist
 - Appell- oder Korrektoreffekt
- Verletzung grundlegender Freiheitsprinzipien?
 - Menschenwürdegarantie (Blutspenderfall, Organentnahme, Rettungsfolter)
- Kommen andere Lösungen/Verfahren in Betracht?
 - Gefahr ist einkalkulierte Folge einer gesetzlichen Regelung (Bsp.: Insolvenz)
 - Wiederaufnahmeverfahren nach der StPO (im Übrigen Duldungspflicht selbst bei Unschuld)
 - Gerichtsverfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen
 - Sperre durch speziellere Rechtfertigungsgründe (§ 127 StPO)
 - Strafverfahrensrechtliche Regelungen (z.B. § 81a StPO)

8. Rettungswille

- Notwendigkeit des Rettungswillens ergibt sich aus „um zu“ Formulierung
- Kenntnis reicht aus, nicht Rettungsabsicht erforderlich (str.)
- H.M.: Keine Prüfung der Notstandslage durch den Täter erforderlich, wenn das Mittel erforderlich und angemessen ist
- Fehleinschätzungen bei Annahme einer Notstandslage können zu Erlaubnistatbestandsirrtum (Putativnotstand) führen
- Überschreitung der Mittel aufgrund eines Irrtums über die Berechtigung führt allenfalls zum Erlaubnisirrtum

Rechtsprechungs- und Literaturhinweise

Rechtsprechung

- BGH JR 1977, 26 (Mandantengelder)
- BGH NJW 1979, 2053 (Spannerfall)
- BGH NStZ 1989, 431 (Landstreicherfall)
- BGHSt 46, 279 (Sterbehilfe)
- BGHSt 48, 255; BGH NStZ-RR 2006, 200 (Familiencyrann)

Literatur

- *Frister* Strafrecht AT Kapitel 17
- *Kühl* Strafrecht AT § 8
- *Krey/Esser* Strafrecht AT Rn. 575 ff.
- *Rengier* Strafrecht AT § 19
- *Roxin* Strafrecht AT § 16
- *Wessels/Beulke* Strafrecht AT Rn. 290 ff.

VIII. Rechtfertigende Pflichtenkollision (auch: „Handlungspflichtenkollision“ genannt)

- Unterlassungsspezifischer Rechtfertigungsgrund
- Mehrere Handlungspflichten kollidieren miteinander und der Täter kann die Kollision nur dadurch auflösen, dass er durch die Erfüllung der einen Pflicht die andere – durch Unterlassen – verletzt
- Beim Kollidieren gleichartiger Pflichten (Bsp.: Der Täter hat zwei Kinder, die beide zu ertrinken drohen) ist der Täter frei, welche der Pflichten er erfüllt („Ultra posse nemo obligatur“). § 34 StGB greift nicht („Leben gegen Leben“). Anders, wenn der Täter erkennt, dass ein Kind sich noch selbst retten könnte, und er nicht dem Nichtschwimmer hilft (*Rengier, AT, § 49 Rn. 44*).
- Beim Kollidieren ungleichartiger Pflichten muss der Täter nach h.M. die höherwertige Pflicht befolgen (Bsp.: Der Täter sieht im Freibad, dass sein Kind und ein ihm unbekanntes Kind zu ertrinken drohen) (*Rengier, AT, § 49 Rn. 45*). Nach der Gegenauffassung kommt es nur darauf an, dass die Rechtsgüter gleichwertig sind; auf die Pflichtenbindung komme es nicht an. Danach ist der Täter auch gerechtfertigt, wenn er das unbekannte Kind rettet und seines ertrinken lässt (*Kühl, AT, § 18 Rn. 137*)

IX. Lesenswerte Entscheidungen

- Haustyrannen-Fälle
 - BGH NStZ-RR 2006, 200
 - BGHSt 48, 255 ff.
- Tötung eines Grenzpostens an der Berliner Mauer durch Fluchtwilligen, BGH BeckRS 2000, 06660
- Schläge und Drohungen zur Wiederbeschaffung von Betäubungsmitteln, BGH BeckRS 1997, 00950
- Zum „Mitmachen“ bei einer Tötung mit Todesdrohung gezwungen, BGH NStZ 1992, 487
- „Spannerfall“, BGH NJW 1979, 2053
- Notstand bei Durchführung verbrecherischer Befehle, BGH NJW 1964, 730