

§§ 22, 32, 113, 212, 223, 224 StGB

## Keine Notwehr gegen Hoheitsträger, deren Handeln vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff gedeckt ist

BGH, Urt. v. 09.06.2015 – 1 StR 606/14

### Fall

A stammt aus dem Irak. Sein Asylantrag wurde rechtskräftig abgelehnt. Die Ausländerbehörde ordnete die Abschiebung zum 04.02.2014 an. Allerdings gewährte die Ausländerbehörde dem A eine bis zum 14.04.2014 befristete Duldung. Eine Woche nach Ergehen dieser Duldungsverfügung beauftragte die Ausländerbehörde die zuständige Polizeidirektion damit, die angeordnete Abschiebung am 04.02.2014 zu vollziehen. In dem an die Polizeidirektion gerichteten Schreiben teilte die Behörde mit, die Abschiebung sei gegenüber dem A schriftlich angekündigt und diesem aufgetragen worden, sich am 04.02.2014 für die Durchführung der Abschiebung bereitzuhalten. Tatsächlich war eine entsprechende Ankündigung gegenüber dem A versehentlich nicht erfolgt. Als zwei Polizeibeamte, darunter der E, am frühen Morgen bei A klingelten, begab sich A unter Mitnahme eines Küchenmessers mit einer Klingengänge von ca. 20 cm in einen Geräteschuppen. Er hoffte darauf, dort nicht gefunden zu werden und so der Abschiebung zu entgehen. Er wollte notfalls sein Entkommen mit dem Messer erzwingen. A wurde entdeckt. E öffnete die Tür zum Schuppen. A hatte dieses erwartet und war entschlossen, das Messer einzusetzen, um sich den Weg freizukämpfen und der beabsichtigten Abschiebung zu entgehen. Mit dem Messer stach er daher sofort schnell hintereinander mindestens drei Mal in Richtung der linken Schulter und des Oberkörpers von E. E trug unter seiner Uniform einen stichfeste Schutzkleidung. A, dem die Schutzbekleidung des Beamten nicht bekannt war, rechnete damit, dass E durch die Stiche getötet werden könnte. Diese mögliche Folge war dem A gleichgültig. Der Beamte konnte zurückweichen. Er blieb unverletzt. Es gelang den Beamten, den A unverletzt zu überwältigen.

Wie hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht? § 211 StGB ist nicht zu prüfen.

### Lösung

I. A könnte sich wegen **versuchten Totschlags gemäß §§ 212, 22 StGB** strafbar gemacht haben, indem er mit dem Messer auf E eingestochen hat, ohne diesen zu treffen.

1. A hatte **Tatentschluss** in Hinblick auf die Tötung eines anderen Menschen. A stieß mehrmals mit großer Wucht gegen den Oberkörper des E. A wusste um die objektive Gefährlichkeit seines Vorgehens. A wusste nicht, dass E eine Schutzweste unter seiner Uniform trug. Dessen als möglich erkannter Tod war dem A gleichgültig, sein planvolles Handeln war von einem unbedingten Fluchtwillen getragen. A hat **mit bedingtem Tötungsvorsatz** gehandelt.

2. Durch das mehrfache Zusteichen auf E hat A gemäß § 22 StGB unmittelbar zu seiner Tötungshandlung **angesetzt**.

3. Das Handeln des A könnte **durch Notwehr (§ 32 StGB)** gerechtfertigt gewesen sein.

a) Im Zeitpunkt des Messerstichs war A einem unmittelbar bevorstehenden und damit **gegenwärtigen Angriff** auf seine durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistete Fortbewegungsfreiheit durch die Polizeibeamten ausgesetzt.

### Leitsätze

1. Die Rechtmäßigkeit des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von Hoheitsgewalt bezüglich § 32 Abs. 2 StGB und § 113 Abs. 3 StGB ist weder streng akzessorisch nach der materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zugrundeliegenden Rechtsgebiets noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem maßgeblichen Vollstreckungsrecht zu beurteilen.

2. Die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns im strafrechtlichen Zusammenhang hängt lediglich davon ab, dass die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten gegeben sind, er also örtlich und sachlich zuständig ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger sein eingeräumtes Ermessen pflichtgemäß ausübt.

(Leitsätze des Bearbeiters)

Wer die eigentliche Tathandlung begeht, der setzt i.S.d. § 22 StGB zur Verwirklichung des Tatbestandes an. In diesem Fall dürfen Sie in Ihrer Klausur nicht auf die verschiedenen Ansatzformeln eingehen. Das Ansetzen ist nur bei der eigentlichen Tathandlung vorgelagerten Verhaltensweisen umstritten. Achten Sie darauf! Das wird immer wieder falsch gemacht.

Die Abschiebung richtet sich nach den §§ 58 ff. AufenthG. In § 60 a ist die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (= Duldung) geregelt. Nach § 60 a Abs. 2 ist die Abschiebung eines Ausländers auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.

**b)** Fraglich ist, ob dieser Angriff auf A **rechtswidrig** war. Problematisch ist, nach welchem Maßstab sich die Rechtmäßigkeit des Angriffs **bei hoheitlichem Handeln** bemisst. In Betracht kommt eine akzessorische Bewertung nach dem zugrunde liegenden **Verwaltungsrecht** – hier dem AufenthG – oder aber ein eigener **strafrechtlicher Beurteilungsmaßstab**.

**aa)** Der Angriff des E auf A lag in der Durchführung der Abschiebung. Dieser stand als Vollzugshindernis die Duldung nach § 60 a AufenthG entgegen. Nach dem AufenthG war die Abschiebung daher **verwaltungsrechtlich rechtswidrig**.

**bb)** Im Gegensatz zu diesem verwaltungsrechtlichen Bewertungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns verlangen Rspr. und Schrifttum (siehe MüKo-StGB/Erb § 32 Rn. 75) einen **strafrechtlichen Maßstab**.

*„[25] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich die Rechtmäßigkeit – sowohl bezüglich § 32 Abs. 2 StGB als auch § 113 Abs. 3 StGB – des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von **Hoheitsgewalt weder streng akzessorisch nach der materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zugrundeliegenden Rechtsgebiets (meist des materiellen Verwaltungsrechts) noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem maßgeblichen Vollstreckungsrecht (...). Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hängt vielmehr lediglich davon ab, dass ‚die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten‘ gegeben sind, ‚er also örtlich und sachlich zuständig‘ ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger sein – ihm ggf. eingeräumtes – Ermessen pflichtgemäß ausübt (...). Befindet sich allerdings der Hoheitsträger in einem schuldhafte Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung, handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes, so ist sein Handeln rechtswidrig (...).“***

Es geht um die **Verteilung des Irrtumsrisikos** zwischen Bürger und Beamten. Der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff ist im Vergleich zum verwaltungsrechtlichen „großzügiger“.

*„[28] Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit ... von hoheitlichem Handeln stets in den Blick genommen, in welcher Lage sich (Polizei)Vollzugsbeamte bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeit befinden (...). **Diese müssen sich in der konkreten Situation in der Regel unter einem gewissen zeitlichen Druck auf die Ermittlung eines äußeren Sachverhalts beschränken, ohne die Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns auf der Grundlage des materiellen Rechts oder des (Verwaltungs)Vollstreckungsrechts bis in alle Einzelheiten klären zu können (...).**“*

*[30] ... Die **Entlastung des Vollzugsbeamten von dem Risiko, dass sich bei einer ex post erfolgenden Prüfung der Rechtmäßigkeit seines hoheitlichen Handelns am Maßstab meist des materiellen Verwaltungsrechts oder des Verwaltungsvollstreckungsrechts seine ex ante unter den konkreten Bedingungen seines Handelns vorgenommene Rechtmäßigkeitsbeurteilung als unzutreffend erweist und dem von der Maßnahme betroffenen Bürger dann eine ggf. gewaltsame Verteidigung gegen den Hoheitsträger offen stünde, dient gerade im demokratischen Rechtsstaat der Sicherung der Entschlusskraft der eingesetzten Vollzugsbeamten (...).**“*

Bei **Auftragsverhältnissen** muss eine für den Amtsträger verbindliche, nicht offensichtlich rechtswidrige Weisung vorliegen, die der Beamte in gesetzlicher Weise vollziehen muss.

*„[30] ... Wird – wie hier – der hoheitlich handelnde Beamte mit der Vollstreckung einer durch eine andere Behörde angeordneten Verwaltungsmaßnahme beauf-*

tragt, darf er sich grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit der ihm übertragenen Vollstreckung verlassen. Umgekehrt muss die beauftragende Behörde von dem Vollzug der Maßnahme durch die angewiesene Behörde und deren dort konkret betraute Beamte ausgehen können. ...“

Der staatliche Wille soll in der konkreten – polizeilichen – Handlungssituation konsequent durchgesetzt werden, sofern er sich in einer „eingeschränkten“ Prüfung als rechtmäßig erweist. Der Bürger hat eine Duldungspflicht. Die verwaltungsrechtliche Prüfung verbleibt ex post dem nachträglichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gegen die verwaltungsrechtliche Maßnahme. Der Bürger ist nicht rechtlos.

„[31] Darüber hinaus führte die Gewährung des Notwehrrechts gegen hoheitliches Handeln zu nicht akzeptablen Konsequenzen im Hinblick auf die Rechtsgüter des betroffenen Bürgers auf der einen Seite und derjenigen des ausführenden Beamten auf der anderen Seite. ... Innerhalb der Grenzen seiner Duldungspflicht (...) ist die Eingriffsintensität der staatlichen Maßnahme durch die für hoheitliches Handeln bestehenden Schranken, vor allem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (...) begrenzt. **Es droht typischerweise kein endgültiger Verlust des beeinträchtigten Rechtsguts.**

[32] Auf der anderen Seite wäre der Vollzugsbeamte bei Gewährung des Notwehrrechts gegen sein hoheitliches Handeln der Gefahr erheblicher Rechtsgutsbeeinträchtigungen in einer Situation ausgesetzt, in der er ohne ihm vorwerfbaren Irrtum von der Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Vollstreckungsmaßnahme ausgeht. Gerade bei Notwehrhandlungen gegen bewaffnete Polizeibeamte im Rahmen des Vollzugs durch andere Behörden angeordneter Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung wird eine zur endgültigen und sicheren Abwehr des Angriffs führende ‚Verteidigung‘ häufig gleichsam notwendig die Tötung der eingesetzten Beamten umfassen (...).“

Jedoch ist die Duldungspflicht des betroffenen Bürgers nicht grenzenlos. So muss er willkürliches Verwaltungshandeln nicht dulden.

**cc)** Nach dem strafrechtlichen Maßstab für die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns handelte E im Rahmen seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit aufgrund des seitens der ihrerseits zuständigen Ausländerbehörde erteilten Auftrags zur Verwaltungsvollstreckung. Die wesentlichen Förmlichkeiten wurden eingehalten. Ein schuldhafter Irrtum war E nicht vorzuwerfen. Von einer Duldung nach § 60 a AufenthG wusste E nichts und musste auch nichts wissen. Sein Vorgehen war nicht willkürlich. Zudem wäre es A möglich gewesen, seine Duldung als Abschiebungshindernis vor Vollzug der Maßnahme durchzusetzen.

Das Handeln des Polizeibeamten E war rechtmäßig. A konnte sich daher nicht auf § 32 StGB berufen.

**4.** A hat sich auch nicht über tatsächliche Umstände geirrt, deren Vorliegen einen von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen würde, der eine Tötung erlauben würde. Ein die Strafbarkeit ausschließender **Erlaubnistatbestandsirrtum** ist **nicht** gegeben.

**5.** Es kam dem A allein auf seine Flucht an. Über die Rechtmäßigkeit des Messereinsatzes zum Erreichen seines Ziels hat er sich keine Gedanken gemacht. Damit liegt auch kein **Verbotsirrtum** (§ 17 StGB) vor.

A ist des **versuchten Totschlags** schuldig.

**II.** A hat sich mit dem erfolglosen Zustechen auf E zudem der **versuchten gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5, 22 StGB** schuldig gemacht. Diese ist gegenüber §§ 212, 22 StGB subsidiär.

III. A könnte sich zudem des **Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall nach § 113 Abs. 1 mit Abs. 2 Nr. 1 StGB** schuldig gemacht haben.

1. E war als Polizeibeamter dazu berufen, mit der Abschiebung eine konkrete Verwaltungsmaßnahme durchzusetzen. In dieser Vollstreckungssituation müsste A **mittels Gewalt Widerstand** geleistet haben. Das Leisten von Widerstand verlangt ein zielgerichtetes aktives Tun. Mit dem Messerstich hat A Gewalt angewendet. Der Widerstand muss nicht erfolgreich sein. Zudem lag mit dem erfolglosen Stechen auch ein **tätlicher Angriff** vor, da A in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper des Beamten zielend eingewirkt hat.

Der dogmatische Streit geht darum, ob § 113 Abs. 3 StGB als Tatbestandsausschluss oder als spezieller Rechtfertigungsgrund zu sehen ist oder aber die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist (s. AS-Skript Strafrecht BT 2 [2015], Rn. 607).

2. Nach § 113 Abs. 3 S. 1 StGB ist die Tat nicht nach § 113 StGB strafbar, wenn die **Diensthandlung nicht rechtmäßig** ist. Die dogmatische Rechtsnatur der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung ist umstritten. Da jedoch § 113 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 StGB eine eigenständige Irrtumsregelung enthält, ist der Streit dogmatisch unergiebig. Mit den soeben in § 32 StGB erwähnten Argumenten gilt auch in § 113 StGB ein **strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff** (siehe Zöllner JA 2010, 161, 165). Danach war das Handeln des E gegen A rechtmäßig. A kann sich daher nicht auf § 113 Abs. 3 StGB berufen.

3. A handelte auch **vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft**.

4. Dadurch, dass A ein Messer bei der Tathandlung benutzt hat, hat er ein **gefährliches Werkzeug bei sich geführt**, sodass das Regelbeispiel des **§ 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB** erfüllt ist. Eine konkrete Gefahr gemäß **§ 113 Abs. 2 Nr. 2 StGB** war wegen der Schutzweste für E ausgeschlossen.

IV. Der gleichermaßen erfüllte **§ 240 StGB wird durch § 113 StGB als lex specialis verdrängt** (siehe Zöllner JA 2010, 161, 167).

**Ergebnis:** A ist wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall (§§ 212, 22; 113 Abs. 1 mit Abs. 2 Nr. 1; 52 StGB).

**Dr. Joachim Kretschmer**