

§ 12: Die Notwehr (Teil 2)

b) Die Gebotenheit der Notwehr

1975 hat der Gesetzgeber das vormals gestrichene Merkmal der Gebotenheit der Notwehr wieder in § 32 I StGB eingefügt. Dieses Merkmal dient der sozialetischen Restriktion der Notwehr (vgl. *Stratenwerth/Kuhlen* § 9 Rn. 85) und ermöglicht es zu berücksichtigen, dass es Fälle gibt, in denen trotz Vorliegens der formellen Voraussetzungen des § 32 II StGB die das Notwehrrecht tragenden Prinzipien in den Hintergrund treten und eine Verletzung des Angreifers nicht mehr zu legitimieren vermögen.

Rspr. und Lehre haben verschiedene Fallgruppen herausgearbeitet, in denen ausnahmsweise das Notwehrrecht eingeschränkt wird.

aa) Bagatellangriffe

Das Notwehrrecht besteht zunächst nur eingeschränkt für Verhaltensweisen, die an der Grenze des sozial Adäquaten liegen und nur zu unerheblichen Rechtsgutsbeeinträchtigungen führen (*Kindhäuser* AT § 16 Rn. 41).

Bsp.: Vordrängeln, Schubser im Gedränge; Anfassen, o.ä.

Grund: Das Rechtsbewährungsprinzip tritt bei minimalen Beeinträchtigungen in den Hintergrund.

bb) Krasses und unerträgliches Missverhältnis

Bei einem krassen und unerträglichem Missverhältnis zwischen verteidigtem und angegriffenem Rechtsgut ist die Ausübung des Notwehrrechts rechtsmissbräuchlich und deshalb ausgeschlossen (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 512; *Rengier* AT § 18 Rn. 57 ff.).

Bsp.: Der gelähmte Gartenbesitzer schießt mit dem Luftgewehr auf einen Jungen, der sich – im Kirschbaum sitzend – einige Kirschen schmecken lässt.

Grund: Das Recht will nicht um einen Preis verteidigt werden, der zum drohenden Schaden völlig außer Verhältnis steht. Das Rechtsbewährungsprinzip tritt dementsprechend auch hier zurück.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Fallgruppe sehr restriktiv zu handhaben ist. Denn bei vorschnellem Abstellen auf diese Fallgruppe läuft man Gefahr, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in § 32 StGB einzuführen, die dem Notwehrrecht – anders als bei § 34 StGB – gerade fremd ist. So ist die Fallgruppe wohl schon dann nicht mehr einschlägig, wenn der Angreifer zur Verteidigung eines Wertes von ca. € 50,-- schwer verletzt wird (vgl. dazu *MüKo/Erb* § 32 Rn. 218; *Rengier* AT § 18 Rn. 59).

cc) Einschränkung durch Art. 2 I EMRK

Art. 2 I EMRK verbietet die absichtliche Tötung eines Menschen. Art. 2 II lit. a EMRK lässt die Tötung nur zu, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen.

Bsp.: *A erschießt den Fahrraddieb D, als dieser sich gerade am Rad des A zu schaffen macht.*

Teilweise (*Frister GA 1985, 553*; wohl auch *Roxin AT I § 15 Rn. 87*) wird daraus die Konsequenz gezogen, Tötungshandlungen zur Verteidigung von Sachwerten seien nicht zu rechtfertigen.

- ⊕ Es ist nicht einzusehen, warum ein Privatmann kraft Notwehrrechts zu größeren Eingriffen befugt sein soll als der Staat. Dies wäre ein Wertungswiderspruch.
- ⊖ Die EMRK bindet nur Staatsorgane, nicht aber Private.
- ⊖ Dies ist auch kein Wertungswiderspruch – das Handeln des Staates kann durchaus stärkeren Bindungen unterliegen als das Handeln Privater (vgl. nur die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Verhältnis Privater).

Nach h.M. (*SK/Günther § 32 Rn. 115*; *Rengier AT § 18 Rn. 60*; *Fischer StGB § 32 Rn. 40*) schränkt Art. 2 II lit. a EMRK das Notwehrrecht bei der Tötung des Angreifers zur Verteidigung von Sachwerten daher nicht ein.

dd) Garantenbeziehungen

Ferner ist innerhalb von Garantenbeziehungen, d.h. insb. unter Personen mit engen familiären Beziehungen und v.a. unter Eheleuten, eine Einschränkung des Notwehrrechts erwogen worden (BGH NJW 1984, 986).

Bsp.: *M holt aus, um seiner Ehefrau F auf den Arm zu schlagen. Um den Angriff abzuwehren, tötet F den M.*

Grund: Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Recht zur Selbstverteidigung und der Garantenstellung, die es gebietet, Schaden voneinander abzuhalten (§ 13 StGB).

Zu beachten ist aber, dass eine Beschränkung des Notwehrrechts (i.S.d. Auferlegung einer Ausweich- oder Duldungspflicht) nur bei leichteren körperlichen Angriffen in Betracht kommt (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 519 f.). Denn das Näheverhältnis zwischen Angreifer und Angegriffenen darf nicht dazu führen, dass der Angegriffene schwere körperliche Misshandlungen oder gar den eigenen Tod dulden muss (*Kindhäuser* AT § 16 Rn. 47; *Rengier* AT § 18 Rn. 69). Richtigerweise wird man bereits bei einem zerrütteten Verhältnis mit Gewaltanwendung eine Garantenstellung verneinen (BGH NSTZ 1994, 581).

ee) Angriffe erkennbar schuldlos Handelnder

Ein nur eingeschränktes Notwehrrecht besteht nach h.M. (BGHSt 42, 97; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 518; *Roxin* AT I § 15 Rn. 65) gegenüber Angriffen erkennbar schuldlos Handelnder (insb. Kinder, Irrende, Schuldunfähige):

- Grds. ist dem Angriff auszuweichen.
- Wenn ein Ausweichen nicht möglich sein sollte, ist auf Schutzwehr (d.h. defensive Verteidigung wie z.B. Wegdrücken der Schlaghand des Angreifers) zurückzugreifen.
- Sodann bleibt Trutzwehr (d.h. die aktive Gegenwehr, z.B. ein Gegenangriff) unter größtmöglicher Schonung des Angreifers zulässig.

Bsp.: Ein stark alkoholierter Mann schlägt ziellos um sich und droht den A zu treffen.

Grund: Der schuldlos Handelnde greift die Geltung der Rechtsordnung nicht in dem Maße an, wie ein schuldhaft Handelnder (vgl. §§ 19 ff. StGB), so dass sich das Recht nicht in gleicher Weise bewähren muss.

ff) Notwehr gegen selbst provozierte Angriffe

Schließlich unterliegt das Notwehrrecht auch bei provozierten Notwehrlagen sozialethischen Einschränkungen. Handelt es sich bei der Provokationshandlung selbst um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff,

so befindet sich der Provozierte in einer Notwehrlage mit der Folge, dass dem Provozierenden überhaupt kein Notwehrrecht zusteht.

Fehlt es aber für den Provozierten an der Notwehrlage, z.B. weil der Angriff des Provozierenden nicht mehr gegenwärtig ist, befindet sich der Provozierende grundsätzlich in einer Notwehrsituation. Es stellt sich aber die Frage, ob seine Notwehrrechte nicht aufgrund seiner vorangegangenen Provokation eingeschränkt werden müssen. Anhand der Motivation des Provozierenden lassen sich die Fallgruppen der Absichtsprovokation und der sonst vorwerfbar herbeigeführte Notwehrlage unterscheiden.

(1) Absichtsprovokation

Von einer Absichtsprovokation spricht man, wenn es dem Täter gerade darum geht, einen Angriff auf sich selbst zu provozieren, um den so gereizten Angreifer dann unter dem Deckmantel der Notwehr verletzen zu können.

Bsp.: A beleidigt die Mutter des B, um B zum tätlichen Angriff zu reizen und auf ihn in Abwehr des Angriffs einstechen zu können.

Wie diese Fälle der Absichtsprovokation zu lösen sind, ist umstritten.

- Nach h.M. (BGH NSTz 2003, 425; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 522; *Roxin* AT I § 15 Rn. 65; *Rengier* AT § 18 Rn. 86 ff.) handelt der Täter in einem solchen Fall rechtsmissbräuchlich und kann sich daher gar nicht auf Notwehr berufen: er ist wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar.

- ⊕ Dem Täter fehlt jdfs. der Verteidigungswille, so dass in Wirklichkeit er der Angreifer ist.
- Nach a.A. (*Jescheck/Weigend* S. 346) besteht ein eingeschränktes Notwehrrecht: Grds. hat der Provokateur auszuweichen und muss auch leichtere Verletzungen hinnehmen; ist ein Ausweichen unmöglich, hat er sich auf Schutzwehr zu beschränken. Trutzwehr bleibt nur als ultima ratio zulässig.
- ⊕ Die Versagung jeden Notwehrrechts ist unbillig, wenn Provozierter einen stärkeren Angriff (z.B. Tötung) verübt, als der Täter provozieren wollte (z.B. Körperverletzung).
- Schließlich wird auch eine Lösung nach der Rechtsfigur der actio illicita in causa (= die im Ursprung unerlaubte Handlung) vorgeschlagen (*Sch/Sch/Perron* § 32 Rn. 57, 61): Danach ist die eigentliche Verteidigungshandlung nach § 32 StGB gerechtfertigt. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit ist jedoch die schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage, die für die spätere Tatbestandsverwirklichung kausal wird. Soweit bei der die Notwehrlage bedingenden Provokation Vorsatz hinsichtlich der später – rechtmäßig – herbeigeführten Verletzung bestand, ist der Provozierende wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar. Im Übrigen kommt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht.
- ⊖ Das auf eine spätere rechtmäßige Verteidigung gerichtete Verhalten kann aus rechtslogischen Gründen nicht rechtswidrig sein.
- ⊖ Sprengung der Tatbestandskonturen, wenn anstatt auf das eigentliche tatbestandsmäßige Verhalten auf ein nur durch zweifache psychische Vermittlung (Angriffsentschluss des Provozierten und Verteidigungsentschluss des Provokateurs) zum tatbestandsmäßigen Erfolg führendes Vorverhalten abgestellt wird.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Absichtsprovokation*: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/absichtsprovokation/>

(2) Sonst verschuldete Notwehrlage

Die Fallgruppe der sonst verschuldeten Notwehrlage fasst Fälle zusammen, in denen es dem Täter zwar nicht darauf ankam, den Angreifer zum Angriff zu provozieren, der Täter den Angriff aber gleichwohl in vorwerfbarer Weise heraufbeschworen hat. Welchen Anforderungen das Vorverhalten genügen muss, um zu einer Notwehreinschränkung zu führen, ist umstritten. Die Qualität des Vorverhaltens lässt sich in rechtswidrig und rechtmäßig unterscheiden.

(a) Rechtswidriges Vorverhalten

Bsp. (nach BGHSt 24, 356): *A streifte bei der Flucht mit dem soeben gestohlenen Auto den Wagen des O. Um sich der Feststellung seiner Personalien zu entziehen, fuhr er davon. O verfolgte A zunächst mit dem Pkw und, nachdem A an einer roten Ampel gehalten hatte, weiter zu Fuß. Es gelang ihm schließlich den A einzuholen. Wütend schlug O auf A ein. Schließlich erstach A den O mit einem Finnendolch.*

Dass rechtswidriges Vorverhalten das Notwehrrecht einschränkt, ist konsentiert. Umstritten ist dagegen, wie diese Einschränkung vorzunehmen ist:

- Denkbar – jedoch im Ergebnis nicht überzeugend (s.o.) – wäre zunächst wieder die Lösung über die Rechtsfigur der *actio illicita in causa*.
- Die h.M. (BGHSt 24, 356; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 524; *Rengier* AT § 18 Rn. 80, 56) beschränkt das Notwehrrecht in drei Stufen: Grds. muss der Provozierende ausweichen – wenn unmöglich, darf er Schutzwehr üben – schließlich bleibt Trutzwehr als *ultima ratio* zulässig. Je schwerer und ggf. rechtswidriger die Provokation war, desto mehr ist der Angegriffene verpflichtet, gefährliche Konstellationen zu vermeiden (BGHSt 39, 374).

Instruktiv aus der neuesten Rechtsprechung BGH NStZ-RR 2015, 303.

(b) Rechtmäßiges Vorverhalten

Unstreitig steht das Notwehrrecht demjenigen uneingeschränkt zur Seite, der sich rechtmäßig und sozialadäquat verhält.

Streitig ist dagegen, wie sich ein zwar rechtmäßiges, aber sozialwidriges (meint: ein den sozialen Umgangsformen widersprechendes) Vorverhalten auf das Notwehrrecht auswirkt.

Bsp. (nach BGHSt 42, 97): *A fährt im Dezember Zug. Der schwer alkoholisierte und stinkende B kommt nur mit einem T-Shirt bekleidet in das Abteil. Auch nach mehrfachem Auffordern verlässt B das 1. Klasse-Abteil nicht. A hofft, B durch das Öffnen des Fensters vergrämen zu können. B aber schließt das Fenster, woraufhin A es wieder öffnet. Dies wiederholt sich einige Male, bis B beginnt, A zu schütteln. Dieser kann sich nicht an-*

ders helfen, als B ein Messer in den Bauch zu rammen. B stirbt. War der Messerstich des A durch Notwehr gerechtfertigt?

Dies könnte fraglich sein, weil A sich durch das gezielte und wiederholte Öffnen des Fensters dem B gegenüber nicht sozialadäquat verhalten hat und B den A erst als Reaktion auf dessen „Vergrämungsversuch“ körperlich angegangen ist.

- Nach teilweise vertretener Ansicht (MüKo/Erb § 32 Rn. 232; Roxin AT I § 15 Rn. 73; Rengier AT § 18 Rn. 78) führt rechtmäßiges Vorverhalten nie zu einer Einschränkung des Notwehrrechts.
- ⊕ Erst bei einem rechtswidrigen Vorverhalten verlässt der Täter den Boden des Rechts, weshalb es ihm nicht mehr uneingeschränkt zur Seite stehen kann.
- Die h.M. (BGHSt 42, 97; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 525; Stratenwerth/Kuhlen § 9 Rn. 88) schränkt das Notwehrrecht bei rechtmäßigem, aber sozialetisch zu missbilligendem Verhalten ein. Danach ist vorrangig Schutzwehr zu üben. Voraussetzung ist allerdings, dass zwischen dem provozierenden Vorverhalten und dem dadurch ausgelösten Angriffsverhalten ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht.
- ⊕ Der reale Provokationseffekt besteht unabhängig von der Einordnung des Verhaltens als rechtswidrig oder „nur“ sozialwidrig.
- ⊖ Das Kriterium der „Sozialwidrigkeit“ ist zu unbestimmt. Nur die Kategorien rechtmäßig/rechtswidrig erlauben eine klare rechtliche Bewertung.

gg) Abwehrprovokation

Anders als bei den unter ff) diskutierten Fällen liegt bei der sog. Abwehrprovokation eine Notwehrlage ohne das Zutun des Angegriffenen vor. Allerdings hat sich der Angegriffene in Erwartung des Angriffs mit erheblichen Abwehrmitteln bewaffnet, die ihm ansonsten nicht zur Verfügung stünden und die der Angegriffene aber in der konkreten Situation unter Beachtung des Erforderlichkeitsgrundsatzes auch einsetzen kann. In der Literatur (vgl. Sch/Sch/Perron § 32 Rn. 61b; Küpper JA 2001, 440) wird diskutiert, ob das Notwehrrecht nicht auch in solchen Fällen eingeschränkt werden sollte.

Bsp. (vereinfacht nach BGH NStZ 2006, 152): *A und B suchten eine McDonald's-Filiale auf, um dort etwas zu essen. Aus Furcht vor tätlichen Angriffen bewaffneten sie sich zuvor: A hatte zwei Bajonette mit einer Klingengänge von je 24 cm in die Seitentaschen seiner Military-Hose gesteckt, während B vier Wurfmesser am Gürtel seiner Rückenseite trug. Als beide ihre Mahlzeiten verzehrten, trafen C und D ein, die A und B zunächst anpöbelten und dann tödlich angriffen. A und B machten dann von ihrer Bewaffnung Gebrauch, wobei C lebensgefährlich verletzt wurde. D flüchtete.*

Die h.M. (BGH NStZ 2006, 152; OLG Stuttgart NJW 1992, 850; Roxin AT I § 15 Rn. 82) erkennt die Fallgruppe der Abwehrprovokation nicht an.

- ⊕ Niemand weiß im Vorhinein, welche Verteidigungsmittel in der Kampfphase nötig sein werden: Der Verteidiger steht daher vor der Wahl einer eventuell unzureichenden Verteidigung oder eines Risikos, sich selbst strafbar zu machen.

- ⊕ Die Anerkennung der Fallgruppe würde die Prinzipien der Notwehr auf den Kopf stellen: Nicht dem Verteidiger, sondern dem Angreifer muss das Risiko überzogener Verteidigungsmittel zugeordnet werden.

hh) Notwehr gegen erpresserische Angriffe

(1) Bloße Schweigegelderpressung

Mit Schweigegelderpressung (Chantage) werden typischerweise Fälle umschrieben, in denen dem Opfer vom Erpresser mit der Enthüllung kompromittierender wahrer Sachverhalte, namentlich einer von ihm begangenen Straftat, gedroht wird, wenn es für das Schweigen nicht eine bestimmte Geldsumme bezahlt.

Erkennt man insoweit eine Notwehrlage an, kann diese u.U. nur durch Tötung des Erpressers effektiv abgewendet werden. Da diese letzte Konsequenz als unangemessen erscheint, gehen weite Teile der Literatur (*Roxin* AT I § 15 Rn. 102; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 530) von einer Einschränkung des Notwehrrechts des Erpressten dahingehend aus, dass er in einem solchen Fall nur die Beweismittel des Erpressers beseitigen darf. Rechtfertigungsfähig sind somit v.a. Delikte wie z.B. §§ 123, 303 StGB. Nicht vom Notwehrrecht gedeckt sind aber Delikte gegen den Körper oder gar das Leben des Erpressers.

Gründe für die Notwehrrestriktion bei der reinen Schweigegelderpressung:

- ⊕ Der in Notwehr Handelnde hat selbst Unrecht begangen und verteidigt das Recht daher nur bedingt.
- ⊕ Erpresser und Erpresster sollen keinen Privatkrieg führen: Der Erpresste ist gezwungen, „im Dunkeln“ zu agieren, um sein Geheimnis nicht offenbar werden zu lassen. Aus Sicht der Öffentlichkeit kann sich das Recht daher hier nicht bewähren.
- ⊕ Der in Notwehr Handelnde ist nur bedingt schutzwürdig, zumal § 154c II StPO ein Absehen seiner Bestrafung im Hinblick auf die mit der Aufdeckung bedrohte Straftat ermöglicht.

(2) Schutzgelderpressung

Etwas anders lag ein Erpressungsfall, den der BGH zu entscheiden hatte.

BGHSt 48, 207 (= NJW 2003, 1955): In der Vergangenheit hatte B dem A in Teilbeträgen bereits € 6.000 abgepresst. Er drohte bei Nichtzahlung mit der Offenlegung von A's Raubkopienhandel gegenüber der Polizei. Als A sich weiteren Zahlungen verweigerte, suchte B in Begleitung von C den A in dessen Wohnung auf und drohte erneut mit der Polizei sowie der Zerstörung seiner Sachen. Schließlich begann B, die Wohnungseinrichtung zu zerstören. A erklärte sich darauf hin zur Zahlung weiterer € 5.000 bereit und übergab diese dem C. Völlig überraschend für B und C trat A sodann hinter B; blitzschnell riss er B's Kopf zurück und schnitt B mit einem aus der Hosentasche gezogenen Küchenmesser sofort mehrfach durch den Hals. B brach zusammen und verstarb umgehend. Strafbarkeit des A nach § 212 StGB?

Der BGH dachte zunächst eine Notwehrein-schränkung an, ließ die Frage letztlich jedoch offen. Er verneinte eine Einschränkung bei erpresserischen Angriffen jedenfalls dann, „wenn der Angriff des Erpressers auf die Willensentschließungsfreiheit zugleich in einen gegenwärtigen Angriff auf das Vermögen übergeht, mit weiteren Übelsandrohungen verstärkt wird und der Angreifer im Angesicht des Opfers dabei ist, mit aktuell realisierbaren – auch konkludenten – Drohungen gegen Sachwerte und etwa auch die körperliche Integrität des Opfers seinen Angriff auf das Vermögen zu vollenden und zu beenden“ (BGH NJW 2003, 1955, 1959). Demnach ist schon bei einer „gemischten“ Drohkulisse, bei welcher der Erpresser nicht allein mit Enthüllungen droht, sondern sich auch anschickt, gegen sein Opfer oder dessen Sachen Gewalt zu üben, ein uneingeschränktes Notwehrrecht gegeben (vgl. auch *Roxin* AT I § 15 Rn. 101).

ii) Rettungsfolter als Nothilfe?

Die Gebotenheit wird schließlich in Zweifel gezogen, wenn die Verteidigungshandlung spezifische aus der Würde des Angreifers ableitbare Positionen des Angreifers verletzt und fundamentalen rechtsstaatlichen Grundprinzipien zuwiderläuft.

Bsp.: „Fall Daschner“: Im Fall der Entführung des 11-jährigen Bankierssohn Jakob von Metzler gelang es der Polizei, den Entführer Gäfen festzunehmen. Da sich dieser aber weigerte, den Aufenthaltsort des Jungen preiszugeben und die Polizei so unter Zeitdruck setzte, befahl Vize-Polizeipräsident Daschner, Gäfen in einem Verhör die Anwendung von Folter anzudrohen. Daraufhin gab Gäfen das Versteck preis.

- Nach h.M. (Kinzig ZStW 115 (2003), 791, 811; Saliger ZStW 116 (2004), 35, 48 f.; Sch/Sch/Perron § 32 Rn. 62a) ist das Verhalten Daschners strafrechtlich zu ahnden (z.B. als Aussageerpressung, § 343 StGB) und insbesondere nicht durch Nothilfe gerechtfertigt. Sowohl aus deutschen (Art. 1 I, Art. 104 I S.2 GG; § 136 StPO, § 343 StGB) als auch aus internationalen Vorschriften (u.a. Art. 3 EMRK, § 7 I Nr. 5 VStGB) ergebe sich ein unverrückbares Folterverbot, das sich auch in Ausnahmefällen nicht teleologisch einschränken ließe. Folternden Einzelpersonen müsse der Rückgriff auf die Rechtfertigungsgründe des StGB versagt werden.
- ⊕ Das Grundprinzip des Rechtsbewährungsinteresses komme nicht zur Geltung, wenn sich der Notwehrtäter eines rechtlich ausnahmslos verbotenen Mittels bediene.

- Teilweise (*Erb Jura 2005; Jerouschek/Kölbel JZ 2003, 613, 619 f.*) wird die Handlung Daschners als Nothilfe eingestuft und für gerechtfertigt gehalten. § 32 StGB erlaube gegenüber dem Entführer als Angreifer grundsätzlich jedes Vorgehen, das zur Abwendung des Angriffs (d.h. der Befreiung des Opfers) erforderlich sei. § 32 StGB enthalte gerade weder Interessensabwägung, noch Angemessenheitsklausel und differenziere nicht danach, ob ein Privatmann oder Amtsträger handele. Das Folterverbot aus Art. 1 I GG verbiete es lediglich dem Staat, Folter durch polizeirechtliche Regelungen hoheitlich anzuordnen. Gehe es aber um die Rechtfertigung des individuellen Verhaltens eines einzelnen Menschen, erfordere Art. 1 I GG keine Einschränkung des Notwehrrechts. Vereinzelt (*Brugger JZ 2000, 168 ff.*) wird daraus der Schluss gezogen, das Folterverbot in Ausnahmefällen hinter der Schutzpflicht des Staates für das Leben und die Würde des Entführten zurücktreten zu lassen. Diesem Gedanken erteilte der EGMR eine unmissverständliche Absage (vgl. Fall *Gäfgen* NStZ 2008, 699; Fall *Selmouni* NJW 2001, 59).

3. Subjektives Rechtfertigungselement

Zur Erforderlichkeit und den Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement sowie den Rechtsfolgen bei dessen Fehlen vgl. § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre), KK 181 ff.

III. Hoheitliches Handeln und Notwehrrecht

Bsp.: *Der SEK-Beamte P erschießt den Geiselnnehmer G durch gezielten Kopfschuss in einem günstigen Moment, obwohl noch nicht alle polizeilichen Maßnahmen der Krisenbewältigung ausgeschöpft waren.*

§ 54 II PolG BW lautet: „Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.“

Ob sich P als Hoheitsträger bei der Amtsausübung auf die Notwehrregeln berufen kann, ist umstritten:

- Ein Teil der Lehre (*Jakobs AT 12/42; LK/Rönnau/Hohn § 32 Rn. 220*) schließt jede Berufung auf Notwehr aus.
- ⊕ Sonst besteht die Gefahr des Unterlaufens spezieller Vorschriften des PolG, welche die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns und den Lebens- und Gesundheitsschutz der Bürger gewährleisten.
- ⊖ Die erzwungene Unmöglichkeit des allein effektiven Schutzes durch den Einsatz einer Schusswaffe könnte als Versagen des Staates beurteilt werden und private Reaktionen (Bürgerwehren) begünstigen. Kriminalpolitisch ist das aber unerwünscht.
- Andere (*LK/Zieschang § 34 Rn. 6*) differenzieren zwischen Notwehr und Nothilfe: Geht es um den Selbstschutz des angegriffenen Hoheitsträgers, ist die Berufung auf Notwehr zugelassen, während sie bei der Nothilfe unzulässig ist.

- ⊕ Beim Selbstschutz ist Straffreiheit wegen Notwehr eher vertretbar als bei Nothilfe, wo die Berufung zur Umgehung der Vorschriften über den Schusswaffengebrauch führen kann.
 - Nach einer Kompromisslösung (MüKo/Erb § 32 Rn. 189 ff.) beseitigt § 32 StGB nur die Strafbarkeit, hat aber keinen Einfluss auf die polizeirechtliche (Un-)Zulässigkeit, so dass insb. die Möglichkeit disziplinarischer Ahndung bestehen bleibt.
 - ⊕ Sachgerechtes Ergebnis: Der Täter ist strafrechtlich gerechtfertigt, polizeirechtlich bleibt das Verhalten aber mit allen Konsequenzen rechtswidrig.
 - ⊖ Einheit der Rechtsordnung schließt es denklogisch aus, ein Verhalten als strafrechtlich erlaubt und zugleich als öffentlich-rechtlich rechtswidrig einzustufen.
 - ⊕ Einwand verfängt nicht: vgl. § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre), KK 177 f.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Geltung der allgemeinen Rechtfertigungsgründe für Hoheitsträger*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/hoheitstraeger/>

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Hilft uns die EMRK bei der Bestimmung des Umfangs des Notwehrrechts?
- II. Warum kann ggf. auch eine solche Provokation für den Umfang des Notwehrrechts relevant sein, die für sich genommen rechtlich irrelevant ist?
- III. Was sind die Spezifika einer Abwehrprovokation?