

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22¹

Beurteilung der Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung

Für die zur Beurteilung der Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung gebotene ex ante-Betrachtung ist entscheidend, wie sich die Lage aus Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Dritten in der Tatsituation des Angeklagten nach der unter Beachtung des Zweifelsatzes zu bildenden tatrichterlichen Überzeugung darstellt. Geprägt wird die Tatsituation eines Verteidigers dabei auch durch den ihm in diesem Moment zugänglichen Erkenntnishorizont; maßgeblich ist nicht die Sicht eines allwissenden Beobachters, sondern die Perspektive des sorgfältig beobachtenden Verteidigers.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 32

Marc Prehler, LL.M. (San Francisco), Düsseldorf*

I. Zum Sachverhalt

Laut Feststellungen der Vorinstanz² trafen sich die beiden Angeklagten A und B zur Abwicklung eines von B initiierten Ankaufs einer Pistole für etwa 4.000 € mit dem Nebenkläger N bei einer Straßenbahnhaltestelle. A führte neben dem Kaufpreis für das eventuelle Eintreten von Problemen eine Schusswaffe mit sich, die er dann zur Verteidigung einsetzen wollte. Als N von A für die Geschäftsabwicklung zunächst die Übergabe des Geldes forderte, kam es zu Unstimmigkeiten, woraufhin N zunächst mit seinem Motorrad das Geschehen verließ. Nach einigen Minuten kehrte N mit dem Zeugen Z zurück, der A ebenfalls zur Übergabe des Geldes aufforderte. Als A das Geld aus seiner Jackentasche nahm und es vorzeigte, sprühte N mit einem Pfefferspray in seine Richtung und traf A im Gesicht. Z entriss A in diesem Zeitraum (entweder vor Anwendung des Sprays oder danach) das Geld. A zog daraufhin die Pistole, was N und Z erkannten. N und Z ergriffen nun die Flucht in Richtung Motorrad. A lief ihnen hinterher und forderte sie zur Rückgabe auf. Da beide auf diese Forderung nicht reagierten, schoss A in rascher Folge zweimal auf Oberkörperhöhe in Richtung N und Z, die zwei bis drei Meter von ihm entfernt liefen, ohne sie zu treffen. Im Laufe der Flucht erhöhte sich der Abstand. Als A bereits 20–25 Meter im Rückstand war und Z bereits in einen Stichweg und somit außerhalb des Schussfeldes einbog, drehte sich N an diesem Weg kurz um. A schoss ihm bei dieser Gelegenheit kurz unter das Schlüsselbein und traf ihn lebensgefährlich. N setzte dennoch die Flucht fort, woraufhin A die Jagd abbrach, da er an ein Einholen nicht mehr glaubte. Bei allen Schüssen nahm A – bei dem es sich um einen besonders geübten Schützen handelt – den Tod des Z und N in

* Marc Prehler ist Compliance-Manager im Bereich strafrechtlicher interner Ermittlungen. Nebenbei promoviert er an der Universität des Saarlandes zu einem Thema mit Schnittstellenbezug zu Strafrecht und Compliance.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=5%20StR%20276/22&nr=131965>.

² LG Bremen, Urt. v. 25.2.2022 – 42 KLS 210 Js 900011/21 (11/21).

Kauf, wenn das LG zu seinen Gunsten davon ausging, dass er auch gleichermaßen mit dem Willen handelte, sich gegen die Entwendung des Geldes zur Wehr zu setzen. Es wurden keine Feststellungen des LG dazu getroffen, wer das Geld bei der Flucht in Besitz hatte – Z oder N – und ob A die Situation durch den Pfeffersprayangriff klar einschätzen konnte.

Das LG verneinte bei allen drei Schüssen eine erforderliche Notwehrhandlung gem. § 32 Abs. 2 StGB, da es sich jeweils nicht um das mildeste Mittel handelte. Die verbale Ankündigung der Waffe habe sich durch das Zeigen dieser erübrigt, jedenfalls aber hätte A zunächst Warnschüsse und als geübter Schütze Schüsse auf weniger gefährliche Körperteile abgeben müssen. Die Revision (§ 333 StPO) des Angeklagten hatte Erfolg.

Prüfungsaufbau der Notwehr gem. § 32 StGB

1. Notwehrlage
 - a) Angriff
 - b) Gegenwärtigkeit des Angriffs
 - c) Rechtswidrigkeit des Angriffs
2. Verteidigungshandlung
 - a) Verteidigung gegen den Angriff (nur gegen Rechtsgüter des Angreifers)
 - b) Erforderlichkeit
 - c) Gebotenheit
3. Subjektives Rechtfertigungselement (h.M.)

II. Einführung in die Probleme

Jede Verteidigungshandlung i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB muss nach dem Gesetzeswortlaut erforderlich sein. Das ist der Fall, wenn sie einerseits zur Abwehr des Angriffs geeignet ist und andererseits das relativ mildeste Gegenmittel darstellt.³

Die Verteidigungshandlung ist dann geeignet, wenn durch ihren Einsatz die Möglichkeit besteht, dass der Angriff sofort und endgültig beseitigt oder abgeschwächt wird.⁴ Konsequenterweise sind daher Verteidigungshandlungen nicht geeignet, sofern sie überhaupt keine Auswirkungen auf den Angriff haben, sei es wegen geringer Intensität oder nutzloser Beeinträchtigung von Rechtsgütern des Angreifers, die den Angriff auf keinen Fall beenden können und Vergeltungscharakter besitzen.⁵ Zu beachten ist aber, dass an die Eignung des Mittels keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Ausreichend ist, wenn dieses nach den Grundsätzen des Notwehrrechts sinnvoll erscheint,⁶ die Abschwächung oder Verzögerung des Angriffs, oder die Verringerung der Gefahr einer Verletzung, nicht von vornherein aussichtslos ist.⁷

³ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 34; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 24; Kindhäuser, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 88.

⁴ Momsen/Savić, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 32 Rn. 28; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 23.

⁵ OLG Düsseldorf NStZ 1994, 343 (344); Momsen/Savić, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 32 Rn. 28; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 24; Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 167.

⁶ OLG Düsseldorf NStZ 1994, 343 (344).

⁷ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 35.

Eine Verteidigungshandlung ist ferner erforderlich, wenn sie mit dem mildesten zur Verfügung stehenden Mittel den Angriff effektiv und endgültig abwehren kann, wobei der Angegriffene nicht das Risiko einer unzureichenden Abwehrhandlung in Kauf nehmen muss.⁸ Die Verpflichtung besteht aber nur dann, wenn mehrere – gleich geeignete – Mittel zur Verfügung stehen, die den Angriff jeweils effektiv und endgültig abwehren können.⁹ Diese Kriterien beurteilen sich im Hinblick auf den prognostischen Charakter der Erforderlichkeit nach einem objektiven ex ante Urteil¹⁰ innerhalb der Umstände des Einzelfalles – die Rechtsprechung spricht insoweit auch von der „konkreten Kampflege“¹¹ – aus Sicht eines besonnenen Dritten (ggf. unter Berücksichtigung von Sonderwissen des Notwehrtäters) in der Lage des Angegriffenen¹² – und nicht nach der tatsächlichen Vorstellung des Täters¹³.

Irrtümer in dieser Prognoseentscheidung (Situationsbeurteilung), die auch diesem Verteidiger unterlaufen wären, dürfen dem tatsächlich Verteidigendem nicht angelastet werden: Sie wirken zu Lasten des Angreifers. Somit fließen unerkennbare, nachträglich bekanntwerdende Umstände nicht in die Erforderlichkeitsbeurteilung ein.¹⁴ Dagegen kommt bei einem Irrtum ein Erlaubnistatbestandsirrtum in Betracht, wenn der Verteidiger keine ex ante erforderliche Verteidigungsmaßnahme wählt, weil er sich tatsächliche Umstände vorstellt, unter denen die gewählte Verteidigungshandlung erforderlich gewesen wäre. Dies kann der Fall sein, wenn der Verteidiger die Intensivierung eines bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs verkennt und aufgrund dieser falschen Bewertung nicht das mildeste Mittel wählt.¹⁵

Eine besondere Begründung der Erforderlichkeit ist – auch in der Klausur – unabdingbar, wenn es sich bei der Verteidigungshandlung um einen Schusswaffeneinsatz handelt.¹⁶ Schritt eins ist hier ein Warnruf und, sofern dies nicht ausreicht, ein Warnschuss. Danach darf als zweiter Schritt der Angegriffene einen gezielten, nicht tödlichen Schuss auf den Angreifer abgeben. Schließlich darf als letzte Verteidigungsmaßnahme (Stichwort: „ultima ratio“¹⁷) ein tödlicher Schuss auf den Angreifer abgefeuert werden.¹⁸ Zu beachten bleibt dennoch der oben genannte Grundsatz, dass das Risiko einer unzureichenden Abwehrhandlung nicht in Kauf genommen werden muss, sodass ein Schuss – auch ein tödlicher – ohne Vorwarnung erforderlich sein kann.¹⁹

⁸ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 36; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 129.

⁹ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 25; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 100.

¹⁰ Bei einer Betrachtung ex ante wird eine erkennbare Sachlage vor dem Eintritt des Ereignisses vorgestellt, ohne dabei nachträglich bekanntwerdende Fakten zu berücksichtigen. Im Falle der ex-post-Betrachtung werden eben diese berücksichtigt. Es geht folglich bei der Bewertung der Erforderlichkeit um Umstände, die ein besonnener Beobachter zum Zeitpunkt seines Handelns objektiv hätte erkennen können, die aber nicht notwendigerweise tatsächlich erkannt wurden, vgl. Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 24.

¹¹ BGH NStZ 2018, 84 (85) m. Anm. Rückert; BGH NStZ 2002, 425 (427); BGH NStZ-RR 2004, 10 (11).

¹² BGH NStZ 2009, 626 (627); Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 130.

¹³ BGH, Urt. v. 1.7.1952 – 1 StR 119/52 = BeckRS 1952, 30401639; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 130.

¹⁴ Rönna/Hohn, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 180; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 46.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – 3 StR 450/10 = BeckRS 2011, 6578; BGH NStZ-RR 2013, 139.

¹⁶ Zutreffend: Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 40.

¹⁷ BGH NStZ 2012, 272 (274) m. Anm. Engländer; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 166.

¹⁸ BGH NJW 2001, 1075 (1076); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 41.

¹⁹ BGH NStZ 2012, 272 (274) m. Anm. Engländer; zur Vertiefung: Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 40; vgl. auch zu Messerstichen: BGH NStZ 2016, 593 (594).

Auf subjektiver Ebene entspricht es der herrschenden Meinung,²⁰ dass die Notwehrhandlung im Rahmen des subjektiven Rechtfertigungselementes mit einem Rechtfertigungsvorsatz ausgeübt werden muss. Dafür genügt jedenfalls ein Handeln in sicherer Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen.²¹ Umstritten ist dagegen, ob dieser Verteidigungsvorsatz bei der Notwehr ausreichend ist oder es darüber hinaus einer Verteidigungsabsicht in der Form bedarf, dass der Verteidigungszweck trotz anderweitiger Motive wie Hass, Rache oder Wut nicht völlig in den Hintergrund tritt. Letzteres vertreten die Rechtsprechung²² und Teile der Literatur²³, die dies aus dem Gesetzeswortlaut entnehmen. Die Gegenmeinung in der Literatur²⁴ lehnt dies mit dem Hinweis auf ein daraus folgendes Gesinnungsstrafrecht ab.

Die Klärung der Frage, wann an die Verteidigungshandlung welches Maß angelegt werden kann, bereitet Schwierigkeiten, sofern – wie im folgenden Fall – die tatsächlichen Gegebenheiten und der Erkenntnishorizont innerhalb kürzester Zeit variieren und abgewandelt werden können.

III. Darstellung und Analyse

Das LG hat die Rechtfertigung des versuchten Totschlages gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB durch Notwehr an der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlungen scheitern lassen.

Der BGH sieht – anders als die Vorinstanz – im letzten Schuss des A ein potentiell mildestes Mittel im Sinne einer Notwehr gem. § 32 Abs. 2 StGB. Im Urteil selbst war diese Frage nicht vollständig aufzuklären: Das LG hatte keine Feststellung dazu getroffen, ob N bei Abgabe des dritten Schusses im Besitz des Geldes und damit die Verteidigung des Rechtsgutes möglich war. Die drei Schüsse hätten nicht rechtlich einheitlich gewertet werden dürfen. Dazu führt der 5. Strafsenat aus:²⁵

„Die Erwägungen, mit denen das Landgericht die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlungen und damit eine Rechtfertigung des Angeklagten abgelehnt hat, halten rechtlicher Überprüfung teilweise nicht stand. Es hat die drei Schüsse rechtlich einheitlich gewürdigt. Da diese unter sich ändernden Bedingungen abgegeben wurden, hätte es jedoch einer differenzierenden Betrachtung und in deren Konsequenz zusätzlicher Feststellungen bedurft. [...]

Für den dritten Schuss hat das Landgericht dagegen nicht in den Blick genommen, dass sich im Verlauf des Tatgeschehens Umstände geändert haben, die für die Voraussetzungen der Notwehr wesentlich sind. Ausgehend hiervon hat es unzureichende Feststellungen getroffen, die es dem Senat nicht erlauben, die mögliche Erforderlichkeit des Schusses als Notwehrhandlung zu überprüfen.“

²⁰ U.a. BGH NJW 1954, 438; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 7; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 63; Momsen/Savić, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 32 Rn. 46.

²¹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 11.

²² BGH NStZ 2016, 333; BGH NStZ 2000, 365 (366); BGH NStZ-RR 2013, 369 (370).

²³ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 108; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 53.

²⁴ Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 16 Rn. 60; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 240; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 63; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 7; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 63.

²⁵ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 9, 13.

Die Notwehrlage bestand bei allen drei Schüssen. Auch unter der Annahme, dass Z das Geld im Zeitpunkt des dritten Schusses besaß, war der rechtswidrige Angriff auf das Besitzrecht gegenwärtig, da die Beute für die Beendigung noch nicht gesichert war und Z sich weiterhin der Verfolgung ausgesetzt sah, die im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Tat eingeleitet und ununterbrochen fortgesetzt wurde.²⁶

Die ersten beiden Schüsse des A waren geeignet, aber nicht erforderlich. Unabhängig von der Frage, wer das Geld im Schusszeitpunkt besaß, war die Verteidigung entweder geeignet, den Besitzer zu stoppen oder diesen wegen der Verletzung seines Weggefährten zur Aufgabe zu zwingen. Dagegen wurden die ersten beiden Schüsse korrekterweise von der Vorinstanz als nicht erforderlich eingestuft. Die Ansicht des LG, durch das Hervorziehen der Waffe sei eine Androhung erübrigt, erscheint vertretbar, da damit As Einsatzwille deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Der direkte Schuss ohne vorigen Warnschuss ist aus der ex-ante-Perspektive eines besonnenen Verteidigers dagegen nicht einleuchtend, da dieser mit seiner Schreckwirkung N und Z zur Aufgabe hätte bewegen können. Ebenfalls wäre es A zumutbar gewesen, den Angriff in gleich effektiver Weise durch Schüsse z.B. auf die Beine zu beenden, zumal er in der Verwendung der Waffe geschult war.

Für den dritten Schuss – den die Vorinstanz gleichermaßen wertete – hätte das LG allerdings in Betracht ziehen müssen, dass sich die tatsächlichen Umstände in diesem Zeitpunkt geändert haben. Z und N hatten eine größere Distanz zu A aufgebaut. Z war bereits in den Stichweg abgebogen. Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Somit wäre eine Neubewertung der Erforderlichkeit des dritten Schusses inklusive der dafür nötigen Feststellungen notwendig gewesen. Der 5. Strafsenat führt aus:²⁷

„Für die zur Beurteilung der Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung gebotene ex ante-Betrachtung ist entscheidend, wie sich die Lage aus Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Dritten in der Tatsituation des Angeklagten nach der unter Beachtung des Zweifelssatzes zu bildenden trichterlichen Überzeugung darstellt. Geprägt wird die Tatsituation eines Verteidigers dabei auch durch den ihm in diesem Moment zugänglichen Erkenntnishorizont; maßgeblich ist nicht die Sicht eines allwissenden Beobachters, sondern die Perspektive des sorgfältig beobachtenden Verteidigers.“

Zunächst – so der BGH – war im Zeitpunkt des dritten Schusses nicht klar, ob Z oder N das Geld in Besitz hatten. Dazu erläutert der BGH:²⁸

„Ausgehend hiervon erlauben es die vorhandenen Feststellungen jedoch schon nicht zu beurteilen, ob der dritte Schuss eine Beseitigung der Gefahr überhaupt ermöglichte, mithin ob er zur Abwehr des Angriffs auf das Besitzrecht des [A] geeignet war. Dies unterliegt Zweifeln, weil der dritte Schuss – anders als die ersten beiden Schüsse – allein auf den [N] abgegeben wurde. Trug der [Z], der die Geldscheine entrissen hatte, sie auch bei Abgabe des dritten Schusses noch bei sich, so erscheint fraglich, inwiefern eine Unterbindung der Flucht des [N] noch zur Abwehr des Angriffs hätte beitragen können. Dazu hätte das Handeln des [A] schließlich die Aussicht bieten müssen, eine Beutesicherung durch den bereits vorausseilenden [Z] noch zu verhindern. Das

²⁶ Vgl. BGH NSTz 2003, 425 (426); BGH NJW 1985, 814; BGH, Urt. v. 4.5.2022 – 6 StR 628/21 = BeckRS 2022, 10757; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 114.

²⁷ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Amtlicher Leitsatz.

²⁸ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 15 f.

Landgericht hat nicht festgestellt, ob sich das Geld bei Abgabe des dritten Schusses noch beim [Z] oder aber beim [N] befand.

Dies hätte hier jedoch allenfalls dann offen bleiben dürfen, wenn aus der gebotenen ex ante-Sicht gar nicht erkennbar gewesen sein sollte, welcher der Fliehenden das entwendete Geld mit sich führte, denn dann wäre aus dieser Perspektive jeder Schuss als chancenerhöhend für die Abwehr anzusehen gewesen, unabhängig davon, auf wen von beiden er abgegeben wurde. Auch über diese Frage geben die Urteilsgründe aber keine Auskunft.“

Diese Argumentation überzeugt. Anders als bei den ersten Schüssen bestand für A kein unmittelbarer Zugriff auf Z. Ferner hat der Pfeffersprayeinsatz seine Wahrnehmung ggf. beeinträchtigt oder beeinflusst. Es kam nun entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse an und wie sich diese aus Sicht des A bzw. objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Beobachter dargestellt hätten.

Je nach Variante wäre ein anderes Ergebnis zu erwarten.

Variante 1: Z hat das Geld und A hatte positive Kenntnis davon.

Ein Schuss auf N würde keinen Effekt mehr erzielen, sondern wäre schlichtweg untauglich und hätte vergeltungsähnlichen Charakter, wodurch dieser nicht einmal geeignet wäre, den Angriff abzuwehren.²⁹ Denn Z würde sich aus dieser Entfernung auch aufgrund seines vorigen Verhaltens³⁰ kaum veranlasst sehen, die Flucht zu beenden.

Der BGH führt darüber hinaus aus:³¹

„Sollte das Tatgericht zu der Überzeugung gelangen, dass der [A] positiv von einem Besitz des [Z] ausging, so kann dies die erneute Annahme eines auch beim Schuss auf den [N] noch fortbestehenden Verteidigungswillens in Frage stellen.“

Diese Formulierung entspricht der in der Rechtsprechung vertretenden Ansicht einer notwendigen Verteidigungsabsicht mit der Folge, dass im Falle eines völlig in den Hintergrund tretenden Verteidigungszweckes das subjektive Rechtfertigungselement ausscheiden soll. Das erscheint hier naheliegend, wenn A mit dem Schuss sein Besitzrecht überhaupt nicht effektiv verteidigen hätte können und dieser somit reinen Vergeltungscharakter gewinnt. Die Gegenmeinung in der Literatur würde das subjektive Rechtfertigungselement annehmen, da für sie ein Handeln in Kenntnis der objektiven Notwehrvoraussetzungen im Sinne eines bloßen Verteidigungsvorsatzes genügt.³²

Variante 2: N hat das Geld, z.B. weil Z es ihm während der Flucht übergeben hat, was auch erkennbar war.

In diesem Fall hätte sich die „konkrete Kampfplage“ derartig verändert, dass N nun 20–25 Meter entfernt war. Er war auf Höhe des Stichweges, bei dem Z schon schwer einholbar außerhalb des Schuss-

²⁹ Vgl. *Frister*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 23.

³⁰ Er hat die Flucht selbst bei Schüssen aus kürzester Distanz nicht aufgegeben.

³¹ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 26.

³² Vgl. *Rengier*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 103, 106 f.

feldes abbot. Würde N nun abbiegen, wäre auch er kaum noch einzuholen. Der Schuss wäre nun geeignet, um die Flucht des N zu beenden. Hier müsste sich A im Rahmen der Erforderlichkeit weder auf einen Warnschuss noch auf einen Schuss auf Höhe der Beine verweisen lassen. Der Verteidigende darf dasjenige Mittel wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet und nur dann das weniger gefährliche Mittel zu wählen, wenn beide gleich wirksam sind. Er muss sich – auch im Fall einer Schusswaffe – nicht auf das gefahrlosere Mittel verweisen lassen, wenn dessen Abwehrwirkung zweifelhaft ist.³³ In der „konkreten Kampfphase“ war aufgrund der vorigen Erkenntnisse ex ante ersichtlich, dass nur noch ein Schuss auf Oberkörperhöhe überhaupt ein effektives Abwehrmittel darstellen würde. Es wäre ohnehin fraglich gewesen, ob A aus dieser Distanz überhaupt die Beine des N träfe, wo er doch zuvor aus wenigen Metern bei einer größeren Körperoberfläche gescheitert war. Auch hatten die vorigen Schüsse N nicht beeindruckt. A hatte nur noch eine letzte Chance, N aufzuhalten, bevor dieser im Stichweg verschwinden würde.

Dazu schildert der *Senat*:³⁴

„Die maßgebliche ‚Kampfphase‘ [...] stellte sich bei Abgabe des dritten Schusses ganz anders dar als bei den vorangegangenen Schüssen: Der N war vom A nun bereits 20 bis 25 Meter entfernt, der Z zuvor schon in einen Stichweg abgebogen. Ex ante lag damit nahe, dass ein Entkommen des N aus dem Schussfeld nun unmittelbar bevorstand und dem A nur noch Gelegenheit zu einem letzten Schuss verblieb, um dies zu verhindern. Da die beiden gezielten, ihn allerdings verfehlenden Schüsse den N von seiner Flucht nicht abgehalten hatten, konnte dies realistisch nur noch durch einen Treffer gelingen.

[...] Die Jugendkammer hat Schüsse auf die Beine gerade deshalb für möglich erachtet, weil der A ein geübter Schütze ist. Sie ist also offenbar davon ausgegangen, dass die sich bewegenden Beine eines Fliehenden schwieriger zu treffen sind als sein Oberkörper. Dann hätte sie allerdings in ihren prognostischen Vergleich der Erfolgswahrscheinlichkeiten einstellen müssen, dass der A den dritten Schuss unter weit ungünstigeren Bedingungen abgab als die ersten beiden Schüsse, bei denen er seine Ziele schon verfehlt hatte: Was aus einer Entfernung von lediglich zwei bis drei Meter gelingen konnte, muss aus rund zehnfacher Distanz keineswegs genauso erreichbar gewesen sein.“

Variante 3: A ging irriterweise davon aus, dass N das Geld hatte. Für einen besonnenen Verteidiger wäre erkennbar gewesen, dass Z das Geld besaß.

Mangels Geeignetheit des Schusses würde man zu dem Ergebnis gelangen, dass auf Grundlage der ex-ante-Perspektive keine Erforderlichkeit gegeben ist und eine Rechtfertigung durch Notwehr folglich ausscheidet. Dennoch kann der Irrtum des A im Rahmen eines Erlaubnistatbestandsirrtums relevant werden. Dieser ist auch möglich, wenn sich der Verteidigende über tatsächliche Umstände irrt, die über das erforderliche Verteidigungsmittel entscheiden.³⁵ Denn auf Grundlage seines Irrtums hätte A in seiner Vorstellung das erforderliche Verteidigungsmittel angewandt (vgl. *Variante 2*).

Der BGH führt aus:³⁶

³³ BGH NStZ 2012, 272 (274) m. Anm. Engländer.

³⁴ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 21 f.

³⁵ BGH NStZ 2020, 725.

³⁶ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 26. Natürlich wäre in der Folge der klassische Meinungsstreit darzustellen, zur Vertiefung: Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 30 Rn. 8 ff.

„Sollte der [A] dagegen irrtümlich einen gar nicht bestehenden Besitz des [N] angenommen haben, könnte dies unter dem Gesichtspunkt der irrigen Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts als ein den Vorsatz ausschließender Irrtum über Tatumstände nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB Bedeutung erlangen [...].“

Variante 4: Es ist ex ante nicht aufklärbar, wo sich das Geld befand, sodass der Besitz des N möglich erschien.

In dieser Variante ist zu unterscheiden zwischen der Beurteilung bei der Notwehrlage und der Verteidigungshandlung. Die Notwehrlage wird nach h.M. ex post beurteilt, weswegen das Risiko eines Irrtums zulasten des Verteidigers fällt.³⁷ Anders als die Notwehrlage bemisst sich die Erforderlichkeit der Verteidigung nach einem objektiven ex ante Urteil zur Zeit der Handlung, weswegen unerkennbare, erst nachträglich bekanntwerdende Umstände, nicht in die Bewertung der Erforderlichkeit einfließen.³⁸ Objektiv unvermeidbare Irrtümer des Täters, die auch einem besonnenen Verteidiger unterlaufen wären, gehen damit zu Lasten des Angreifers.³⁹ Die risikobehaftete Prognoseentscheidung – geprägt durch das dynamische Geschehen des Pfeffersprayeinsatzes – hinsichtlich der Geeignetheit des Mittels wegen eines möglichen Besitzes des Z geht damit zulasten des N, auch wenn sich später herausstellen sollte, dass Z das Geld mit sich führte.

In der Folge (vgl. *Variante 2*) hätte er das mildeste Mittel angewandt.

Der BGH führt dahingehend aus:⁴⁰

„Für die gebotene ex ante-Betrachtung ist entscheidend, wie sich die Lage aus Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Dritten in der Tatsituation des Angeklagten nach der unter Beachtung des Zweifelssatzes zu bildenden trichterlichen Überzeugung darstellt [...]. Geprägt wird die ‚Tatsituation‘ eines Verteidigers dabei auch durch den ihm in diesem Moment zugänglichen Erkenntnishorizont; maßgeblich ist nicht die Sicht eines allwissenden Beobachters, sondern die Perspektive des sorgfältig beobachtenden Verteidigers [...]. Für den [A] war diese Perspektive naheliegend insofern limitiert, als ihm das Geld in einem plötzlich beginnenden, dynamischen Geschehen entrissen und zudem gegen ihn Reizgas eingesetzt worden war. Die Jugendkammer ist zwar davon ausgegangen, dass dies die Sehfähigkeit des A ‚nicht signifikant‘ verschlechtert hatte, konnte aber nicht ausschließen, dass er jedenfalls ‚im Gesicht getroffen und dementsprechend beeinträchtigt‘ war.

Aus der beschriebenen Perspektive bildete die Verhinderung der Flucht des [N] schon dann eine geeignete Abwehrhandlung, wenn der Verbleib des Geldes nicht erkennbar gewesen sein sollte. Denn aus dieser Sicht wäre dann von der Möglichkeit auszugehen gewesen, dass der [N] das Geld mit sich führte, so dass der Schuss auf ihn eine Chance zum Erhalt der von den Angreifern noch nicht endgültig gesicherten Beute begründen konnte. Eine für den [A] nur ex post zu erlangende

³⁷ Rönna/Hohn, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 180; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47;

³⁸ BGH, Beschl. v. 26.11.2013 – 3 StR 331/13 = BeckRS 2014, 2524; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47.

³⁹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 46; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 39.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 17 f.

Kenntnis davon, dass sich das Geld beim [Z] befand, würde dies nicht in Frage stellen; dies fällt vielmehr in das Risiko der Angreifer [...].“

IV. Exkurs: StPO

Auffällig ist, dass obwohl die Vorinstanz die ersten beiden Schüsse rechtsfehlerfrei wertete, der BGH dennoch den gesamten Schuldspruch gem. §§ 349 Abs. 4, 353 Abs. 1 und Abs. 2 StPO aufgehoben hat. Die Vorinstanz hatte A wegen versuchten Totschlages in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt.⁴¹ Aus diesem Urteilstenor ergibt sich nicht auf den ersten Blick, wie oft geschossen wurde bzw. auf wie viele Schüsse sich der Tenor bezieht. Da der BGH die ersten beiden Schüsse rechtlich nicht beanstandete, läge der Gedanke nahe, hinsichtlich der ersten beiden Schüsse den Schuldspruch aufrecht zu erhalten und lediglich den Strafausspruch und die Feststellungen zum dritten Schuss aufzuheben, da die Verurteilung wegen eines versuchten Totschlages richtigerweise erfolgte. Dass dies nicht geschah, lässt sich mit der in Tateinheit im Tenor enthaltenen gefährlichen Körperverletzung erklären. Da A den Körperverletzungserfolg nur bei seinem letzten Schuss erzielte, berücksichtigt der Schuldspruch der versuchten Tötung alle drei Schüsse im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit.⁴² Der dritte Schuss war auch im Falle der gefährlichen Körperverletzungen wegen der zur versuchten Tötung dargestellten Erwägungen rechtsfehlerhaft, weswegen dieses Detail zur Komplettaufhebung zwang.

Dazu erörtert der BGH im Beschluss:⁴³

„Das Urteil beruht auf den aufgezeigten Rechtsfehlern (§ 337 Abs. 1 StPO). Das gilt aufgrund der vom Landgericht angenommenen Tateinheit auch für die ersten beiden – auf Grundlage der bisherigen Feststellungen – mit Tötungsvorsatz abgegebenen Schüsse, obgleich das Landgericht insoweit eine Rechtfertigung durch Notwehr rechtsfehlerfrei abgelehnt hat und die Feststellungen isoliert betrachtet eine Verurteilung wegen versuchten Totschlages getragen hätten. Die Sache bedarf daher insgesamt der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung.“

V. Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Der Fall zeigt lehrbuchmäßig die Anforderungen an den Schusswaffengebrauch im Rahmen der Notwehr und ist somit von Relevanz in der juristischen Ausbildung. Ebenfalls lässt er durchblicken, wie kleinere Abwandlungen im Sachverhalt enorme Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung haben können.

⁴¹ Die gefährliche Körperverletzung bleibt aus Klarstellungsgründen neben einem versuchten Tötungsdelikt bestehen, vgl. BGH NJW 1999, 69.

⁴² Vgl. dazu: BGH NStZ-RR 2001, 82.

⁴³ BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 23.