

Der Sirup-Fall (OLG Stuttgart, DRZ 1949, 42)

Kurz nach Ende des Zweiten Weltkriegs stellte R im Zuge eines Kontrollganges auf dem Gelände einer Zuckerfabrik ein verdächtiges Verhalten einer Person (M) an der Umzäunung des Firmengeländes fest. Anschließend fand R außerhalb der Umzäunung eine in ein Tuch eingewickelte 1-Liter-Flasche, die Sirup enthielt (Wert 0,10 RM). Sie war dort von M durch ein Fenstergitter abgelegt worden. R verabredete daraufhin mit dem Polizeibeamten P die Ergreifung des Diebes, wozu sie beide vor der Fabrik versteckt Posten bezogen. Nach dem Schichtwechsel um 22 h kam der ihnen beiden unbekannt M und hob die Flasche auf. R leuchtete ihm mit einer Taschenlampe ins Gesicht und rief mehrmals "Halt, Hände hoch!" M kam der Aufforderung nicht nach, lief vielmehr unter Mitnahme der Flasche davon. P, der dies alles beobachtet hatte, rief mehrmals "Halt, Polizei!" Da M nicht anhielt, gab P zunächst einen Warnschuß und kurz darauf zwei weitere Schüsse ab, durch die er den Fliehenden im Gesäß treffen und gehunfähig machen wollte. Einer der Schüsse traf M oberhalb der rechten Lendengegend und führte zu seinem Tod. Strafbarkeit des P (auf der Grundlage heutigen Strafrechts)?
[siehe hierzu die Anmerkung von *Gallas*, DRZ 1949, 43; vgl. auch *RGSt* 55, 82 (Obstdiebstahls-Fall)]

Gutachten

1. Totschlag, § 212 I StGB

P könnte, indem er auf den P schoß, sich wegen¹⁾ Totschlags strafbar gemacht haben.²⁾

Tatbestand³⁾

a) *Objektiver Tatbestand*

P hat den Tod eines anderen Menschen verursacht.⁴⁾

¹⁾ Auf die sprachlich richtige Formulierung des Obersatzes ist zu achten. Es heißt "... sich *wegen* eines Totschlags *strafbar* gemacht haben" ("wegen" erfordert übrigens in der Hochsprache den Genitiv), aber "... sich eines Totschlags *schuldig* gemacht haben". Weitere mögliche Formulierungen sind etwa "... *nach* [bzw.: *gemäß*] § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben", "... einen Totschlag begangen haben" oder "... den Tatbestand des Totschlags [bzw.: § 212 Abs. 1 StGB] verwirklicht haben". - Ungeschickt ist es, im Obersatz nach der "Schuld" des Täters zu fragen, wenn zwar schuldhaftes, aber gleichwohl kein strafbares Handeln gegeben ist, etwa wegen eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch (soweit man in diesem mit der h.M. keinen Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgrund, sondern persönlichen Strafaufhebungsgrund sieht; siehe dazu Schönke/Schröder/*Eser*²⁶, § 24 Rn 4; SK-StGB/*Rudolphi*, § 22 Rn 6) oder mangels eines Strafantrags (Fehlen einer positiven Prozeßvoraussetzung).

²⁾ Diese erste Fallfrage braucht dann nicht nochmals - wie hier geschehen - schulmäßig als Obersatz formuliert zu werden, *wenn* alle maßgeblichen Kriterien bereits durch die Hauptgliederungsüberschriften (durch die der zu prüfende Sachverhaltsausschnitt, Tatbeteiligte und Straftatbestand näher gekennzeichnet werden) benannt sind. Auch vorliegend, wo nur die Strafbarkeit des P zu prüfen ist und hierfür offensichtlich allein ein Verhalten - der Schuß auf M - relevant sein kann, könnte auf diesen Obersatz verzichtet werden, denn die dann noch fehlenden Angaben zu dem konkret zu prüfenden Delikt (§ 212 Abs. 1 StGB) ergeben sich eben aus der Überschrift.

³⁾ Auf Überschriften zur bloßen Kennzeichnung der Verbrechenaufbaustufen (Tatbestand, objektiver bzw. subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld etc.) kann auch verzichtet werden. Doch sollten die einzelnen Aufbaustufen zumindest durch Absätze getrennt und diese durch Gliederungspunkte (zumindest aber Spiegelstriche ["-"]) gekennzeichnet werden. Denn der gewählte Aufbau (der als solcher auch bei Streitfragen nie zu begründen ist!) sowie die einzelnen Aufbaustufen müssen aus der Bearbeitung klar ersichtlich sein. Und natürlich muß der gewählte Aufbau auch dogmatisch vertretbar sein sowie auf die Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit des gewählten Aufbaus innerhalb eines Gutachtens geachtet werden.

⁴⁾ Angesichts des gänzlich unzweifelhaften Subsumtionsergebnisses, wird dieses im Wege der sog. Direktsubsumtion festgehalten. Man könnte hier sogar nur feststellen: "P hat den M getötet." (Siehe im übrigen auch unten Fn. 7.)

b) *Subjektiver Tatbestand*

Fraglich ist aber, ob er hinsichtlich des Todeseintritts **vorsätzlich** handelte. Dazu müßte er den Tod des M zumindest (billigend) in Kauf genommen, sich mit ihm abgefunden haben. P wollte den M durch den Schuß in das Gesäß gehunfähig machen. Selbst wenn er hierbei die Gefahr weitergehender bis tödlicher Verletzungen sah, so vertraute er doch darauf, daß schon nichts Schlimmeres passieren werde und er als ausgebildeter Polizeibeamter nicht "daneben" treffe. Ein bedingter Tötungsvorsatz ist insofern wegen des fehlenden Willenselements des Vorsatzes zu verneinen.

c) *Ergebnis*

P hat sich somit nicht wegen Totschlags strafbar gemacht.

2. **Gefährliche Körperverletzung im Amt**, § 340 I, III i.V.m. §§ 224 I Nr. 2, 5; 223 I StGB

P könnte sich jedoch einer Gefährlichen Körperverletzung im Amt schuldig gemacht haben.

a) *Tatbestand*

- *Objektiver Tatbestand*

aa) P ist als Polizeibeamter nach § 11 I Nr. 2 lit. a StGB Amtsträger und damit tauglicher Täter gemäß § 340 StGB. Auch handelte er bei dem Schießen auf M in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit (hier: der Strafverfolgung, vgl. § 163 StPO), also während des Dienstes.⁵⁾

bb) Weiter müßte P zunächst den Grundtatbestand des § 223 I StGB erfüllt haben. Körperliche Mißhandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Das Zufügen der Schußverletzung stellt eine solche sozialwidrige Behandlung dar, die in erheblicher Weise die körperliche Unversehrtheit des P beeinträchtigt.⁶⁾ Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern einer körperlichen oder seelischen Krankheit. Durch die tödliche Schußverletzung hat P bei M (zumindest vorübergehend) einen krankhaften Zustand herbeigeführt und ihn somit an der Gesundheit geschädigt.⁷⁾

cc) Darüber hinaus müßte eines der Qualifikationsmerkmale des § 224 StGB gegeben sein. P führte den tatbestandlichen Erfolg mittels einer (Schuß-) Waffe (vgl. § 1 WaffG) und somit gefährlichen Werkzeuges⁸⁾ herbei. Zudem war die dem M zugefügte Behandlung nach den konkreten Umständen nicht nur objektiv geeignet, dessen Leben zu gefährden, sondern sogar konkret lebensgefährdend⁹⁾.

⁵⁾ Wenn hier auch das Ergebnis recht klar vor Augen liegt, so ist dies doch nicht (für jedermann) ebenso offenkundig wie oben bei der Verwirklichung des Totschlagstatbestands. Deshalb sollte der zu diesem Ergebnis führende, besondere *juristische* Denkprozeß (= Subsumtionsvorgang) - wie geschehen - im Wege des verkürzten Gutachtenstils oder der sog. Direktsubsumtion festgehalten werden; das bloße Feststellen des Ergebnisses würde hier nicht ausreichen.

⁶⁾ Knappe schulmäßige Subsumtion mit Subsumtionsfrage, Definition, Subsumtion und Ergebnisfeststellung. Hier hätte statt dessen auch der verkürzte Gutachtenstil verwendet werden können.

⁷⁾ (Nähere) Ausführungen zur Kausalität und objektiven Zurechnung sind vorliegend entbehrlich, da beide allgemeine Merkmale des Unrechtstatbestandes ganz unproblematisch gegeben sind. Es wäre inhaltlich zwar nicht falsch, für die Bewertung aber eher schädlich, diese wie folgt festzustellen: "Für beide eingetretene tatbildmäßigen Erfolge kann das Handeln des P nicht hinweggedacht werden, ohne daß diese in ihrer konkreten Gestalt entfielen. Damit hat P sie (äquivalent-) kausal herbeigeführt. An der objektiven Zurechenbarkeit beider Taterfolge bestehen keine Zweifel."

⁸⁾ Da das Gesetz die Waffe ausdrücklich als einen Unterfall (das ist seit dem 6. StrRG nicht mehr streitig) eines gefährlichen Werkzeugs anführt, braucht dieser Begriff nicht weiter definiert zu werden, könnte aber etwa als Klammereinschub angeführt werden, etwa "(nämlich beweglichen Gegenstands, der seiner objektiven Beschaffenheit und konkreten Verwendungsart nach geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen)".

⁹⁾ Auch dies Subsumtionsergebnis ist schon vom allgemeinen Sprachgebrauch her so offensichtlich, daß auf eine schulmäßige Subsumtion und ein näheres Eingehen auf die - wie dargestellt - hier nicht entscheidungsrelevante Streitfrage, ob insofern ein sog. Eignungsdelikt (= konkret-abstraktes Gefährdungsdelikt; so im Anschluß an die h.M. auch der Gesetzgeber des 6. StrRG in BT-Drs. 13/8587, S. 83) oder konkretes Gefährdungsdelikt gegeben ist (so Schönke/Schröder/Stree²⁶, § 224 Rn 12, der allerdings nur auf die Handlung, nicht aber den Verletzungserfolg abstellt, so daß beide Ansichten praktisch meist zu demselben Ergebnis gelangen dürften; näher zum Ganzen Küper, BT⁵, S. 56 ff), verzichtet werden kann. Durch eine geschickte Direktsubsumtion wird beides knapp, aber hinreichend angesprochen.

- *Subjektiver Tatbestand*

dd) P handelte insoweit absichtlich und somit vorsätzlich.

b) Rechtswidrigkeit

aa) P könnte aber durch **Nothilfe (§ 32)** gerechtfertigt sein.

(1) *Anwendbarkeit der Notwehrregelung*

Fraglich ist allerdings, ob und inwieweit sich staatliche Amtsträger bei der Vornahme von **Amtshandlungen** auf die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe als Grundlage für Verteidigungs- oder Rettungsmaßnahmen berufen können. In dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum wird überwiegend davon ausgegangen, daß jedes hoheitliche Handeln, durch das in die Grundrechte der Bürger eingegriffen wird, einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf und demnach staatliche Vollzugshandlungen nur im Rahmen der speziellen (meist engeren) öffentlich-rechtlichen **Eingriffsbefugnisse** zulässig sind. Hingegen gesteht die in der strafrechtlichen Literatur vorherrschende Auffassung den Amtsträgern eine Berufung auf die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe als Eingriffsrechte zu. Dies nicht nur zur Selbstverteidigung, sondern auch zur Verteidigung anderer oder zur Gefahrenabwehr. Denn was jedem Bürger zugestanden wird, kann dem Amtsträger nicht verwehrt werden. Hiernach kommt vorliegend eine Anwendung der Notwehrregelung auch für den Polizeibeamten P in Betracht.

(2) *Notwehrlage*

Indem M die außerhalb der Umzäunung des Firmengeländes abgelegte Flasche Sirup an sich nahm und sich mit ihr entfernen wollte, griff er in Verletzung der objektiven Rechtsordnung das Eigentum und den Gewahrsam des Fabrikhabers an der Flasche Sirup an¹⁰⁾. Demnach liegt ein rechtswidriger Angriff vor, wobei es unbeachtlich ist, daß dieser sich gegen rechtlich geschützte Interessen des Fabrikhabers und nicht des P richtete, da Notwehr auch zugunsten Dritter geübt werden kann (sog. Nothilfe).

Fraglich ist jedoch, ob der Angriff zur Zeit des Schusses noch **gegenwärtig** war. Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert. Hiernach ist der Angriff solange gegenwärtig, bis die Gefahr, die daraus für das bedrohte Rechtsgut erwächst, entweder völlig abgewendet oder umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen ist. Hier kann dahinstehen, ob M bereits durch das versteckte Ablegen der Flasche außerhalb der Umzäunung des Firmengeländes den (generellen) Gewahrsam des Fabrikhabers gebrochen und eigenen Gewahrsam begründet, somit die Sirupflasche weggenommen hatte. Denn durch die Beobachtung, das Entdecken der Flasche Sirup sowie deren Bewachung durch R hatte der Fabrikhaber einen etwaig verlorenen Gewahrsam wieder zurückerhalten. Abzustellen ist auf das spätere Ansichnehmen der Flasche Sirup durch M. Wenn M dabei auch durch R und P beobachtet wurde, die bereit waren, den Gewahrsam und das Eigentum des Fabrikhabers zu verteidigen, so steht dies einem Bruch fremden und der Begründung neuen, eigenen Gewahrsams durch M, also einer vollendeten Wegnahme i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB, nicht entgegen. Auch ist nach der insoweit maßgeblichen Verkehrsauffassung von einem Gewahrsamswechsel an der (kleinen) Sirupflasche auszugehen. War demnach zur Zeit des Schusses der Diebstahl formell schon vollendet, so hatte M doch noch keinen gesicherten Gewahrsam an seiner Beute erlangt. Denn solange die Flasche Sirup noch für (R und) P "erreichbar" war, waren Gewahrsam und Eigentum des Fabrikhabers hieran noch nicht endgültig verloren. Der Diebstahl des M war somit noch nicht materiell beendet. Damit war der Angriff des M noch gegenwärtig.¹¹⁾

(3) *Verteidigungshandlung*

Die Schußverletzung des P müßte auch die erforderliche Notwehrhandlung gewesen sein. **Erforderlich** ist diejenige Verteidigungshandlung, die einerseits eine sofortige und sichere Beendigung des Angriffs verspricht, andererseits aber das hierzu schonendste Mittel darstellt. Hierbei ist zu beachten, daß vor allem auf die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung und nicht so sehr auf den tatsächlichen Abwehrerfolg

¹⁰⁾ Der (rechtswidrige) Angriff i.S.d. Notwehr muß übrigens keine Straftat darstellen, vielmehr reicht jede unmittelbare Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten aus.

¹¹⁾ Anders wäre es gewesen, wenn M die Flasche Sirup auf der Flucht weggeworfen hätte.

abzustellen ist. Demnach erscheint ein Schuß auf den flüchtenden M, um diesen gehunfähig zu machen, nachdem dieser auf die Anrufe, anzuhalten, als auch auf den Warnschuß nicht reagiert hatte, noch als eine erforderliche Verteidigungshandlung. Da zudem Anhaltspunkte dafür fehlen, daß R den M habe identifizieren können, scheidet schon insofern eine bloße Verfolgung und bei deren Erfolglosigkeit der Versuch, M alsbald an seinem Wohnsitz anzutreffen, als eine weniger gefährliche aber ebenso wirksame Verteidigungshandlung aus, zumal die Wiedererlangung des Gewahrsams hierdurch nicht gewährleistet worden wäre (Verstecken der Beute, weitere Flucht).

Bedenken gegen das Ergebnis könnten sich aber daraus ergeben, daß das von P eingesetzte Abwehrmittel unverhältnismäßig erscheint. Die Notwehr beruht auf dem Gedanken, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht. Eine Güterabwägung zwischen dem angegriffenen und dem durch die Verteidigung verletzten Rechtsgut ist daher nach h.M. bei § 32 StGB hinsichtlich der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung nicht vorzunehmen.

(4) *Einschränkungen des Notwehrrechts*

Eine Einschränkung des Notwehrrechts beim Schutz von Sachgütern könnte sich, zumindest da P als Amtsträger handelte, aus Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK ergeben. Hiernach ist jedoch zur Verteidigung von Vermögenswerten nur eine "absichtliche", d.h. zumindest vorsätzliche Tötung untersagt, an der es vorliegend fehlt. Auf die strittige Frage, ob und inwieweit diese Regelung das überlieferte nationale Notwehrrecht begrenzt, braucht somit nicht eingegangen zu werden.¹²⁾

Die Notwehrhandlung muß aber auch geboten sein. Hierbei sind die sich aus der Notwehr ergebenden **sozialethischen Beschränkungen** des Notwehrrechts zu beachten, so bei Angriffen von Kindern, Betrunkenen, Geisteskranken, Irrenden und sonstigen schuldlos Handelnden, bei der bloßen Unfugabwehr, unter Personen mit engen persönlichen Beziehungen aber auch bei einem krassen Mißverhältnis der beteiligten Rechtsgüter. Denn dann fehlt es an dem Rechtsbewährungsinteresse oder das Selbstschutzinteresse ist wesentlich gemindert. Im vorliegenden Fall ist, auch gemessen an dem damaligen Geldwert und der bestehenden Lebensmittelknappheit, bei einem Wert der Flasche Sirup von 10 Pfennigen gegenüber den für Leib und Leben des M bei Abgabe eines Schusses in Richtung auf das Gesäß drohenden Gefahren schwerwiegender bis tödlicher Verletzungen (nicht nur bei Fehlgehen des Schusses) von einem unerträglichen Mißverhältnis zwischen dem angegriffenen Rechtsgut und der durch die Verteidigung heraufbeschworenen Gefahr für die Rechtsgüter des Angreifers auszugehen. Die Notwehrhandlung war somit nicht die gebotene und P's Handeln nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt.

[(5) *Rechtfertigungswille*¹³⁾

Darüber hinaus könnte es auch am Verteidigungswillen des P zugunsten des Fabrikhabers gefehlt haben, wenn er lediglich mit Festnahmewillen handelte. Wenn auch nach überwiegender Ansicht für den Verteidigungswillen (als subjektives Rechtfertigungselement) zielgerichtetes Wollen zu fordern ist, so bedeutet dies doch nicht, daß der Verteidigungswille alleiniges Handlungsmotiv sein müßte. Wenn hier zur Sicherung des Eigentums und Gewahrsams des Fabrikhabers an der Flasche Sirup es auch ausgereicht hätte, die aufgefundene Flasche sicherzustellen, so heißt dies doch nicht, daß P's Handeln nicht auch von dem Willen zur Verteidigung der Rechtsgüter des Fabrikhabers mitbestimmt war, zumal M mit dem Sirup flüchtete. Selbst wenn hier der Festnahmewille überwogen haben sollte, so ist er doch kein dem Verteidigungswillen völlig entgegengesetzter. Von einer völligen Überlagerung des Verteidigungswillens von anderen, "rechtfertigungsfremden" Motiven kann nicht die Rede sein, zumal P in Kenntnis der Notwehrsituation handelte.]

bb) P könnte aber durch das **allgemeine Festnahmerecht, § 127 I StPO**, gerechtfertigt sein.

(1) *Anwendbarkeit*

Der Rückgriff auf das sog. Jedermanns-Festnahmerecht zur Rechtfertigung polizeilichen Handelns ist zwar nicht unumstritten. Wie sich aber aus der (Ausnahme-) Regelung des § 127 I 2 StPO folgern läßt, muß auch die Regelung des Abs. 1 S. 1 und nicht nur die des Abs. 2 (der die Festnahme ausdrücklich "auch" bei

¹²⁾ Siehe zum Ganzen (auch zu der Frage, ob die Tötung eine *direkt* vorsätzliche sein muß) Schönke/Schröder/Lenckner/Perron²⁶, § 32 Rn 62; sowie Hillenkamp, AT⁹, 3. Problem, S. 25.

¹³⁾ Angesichts des festgestellten Nichteingreifens des Nothilferechts erübrigen sich eigentlich weitere (hilfsgutachtliche) Ausführungen zum Verteidigungswillen; sie erfolgen hier allein aus weiterführenden didaktischen Zwecken zur Abrundung des Problemkreises.

Vorliegen der Voraussetzungen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls ermöglicht) Grundlage polizeilichen Handelns sein können.

(2) Voraussetzungen

Mit der Wegnahme der Sirup-Flasche durch M lag (objektiv) eine (Straf-)Tat i.S.d. Abs. 1 S. 1 - nämlich ein Diebstahl - vor, bei deren Begehung M durch P unmittelbar danach am Tatort gestellt und somit auf frischer Tat betroffen wurde.¹⁴⁾ Da es um die Fluchtverhinderung und nicht nur um eine Identitätsfeststellung (nach §§ 163b, 163c StPO) geht, ist auch der Polizeibeamte P zur Festnahme berechtigt. Insoweit sind, zumal auch P mit Festnahmewille handelte, die Voraussetzungen des Festnahmerechts gegeben.

(3) Schußwaffeneinsatz

Fraglich ist jedoch, ob das allgemeine Festnahmerecht auch die Anwendung der Schußwaffe als Mittel zur Festnahme gestattet. Von dem Zweck des Festnahmerechts her, den Täter der Strafverfolgung zuzuführen, werden zunächst nur Eingriffe in die persönliche Freiheit des Betroffenen gedeckt. Eine Gewaltanwendung kann hierbei nur gerechtfertigt sein, soweit sie zur Überwindung des Widerstands bzw. des gewaltsamen Versuchs, sich der Festnahme zu entziehen, erforderlich ist. Ein Schußwaffengebrauch gegenüber Fliehenden zum Zwecke der Festnahme mit der Gefahr schwerwiegender oder gar tödlicher Verletzungen ist hier nach grundsätzlich nicht zulässig. Jedenfalls ist er es dann nicht, wenn die (möglichen) Verletzungsfolgen wie hier außer Verhältnis zum Festnahmeanlaß stehen. Im übrigen kann über das allgemeine Festnahmerecht nicht "jedermann" (!) zur Erzwingung einer "privaten" Festnahme zu schießen befugt erachtet werden (wohl aber mit der Schußwaffe zu drohen), wenn selbst Polizeibeamten, als den zur Verfolgung von Straftaten berufenen Vollzugsbeamten, nach den polizeirechtlichen Vorschriften (s. unten) der Schußwaffengebrauch gegen fliehende Straftäter nur unter bestimmten engen Voraussetzungen gestattet ist. Insbesondere kann dann für einen Polizeibeamten keine Erweiterung der Befugnis zum Schußwaffengebrauch über das allgemeine Festnahmerecht erfolgen.

cc) P könnte aber durch das **polizeiliche Festnahmerecht, § 127 II StPO**, gerechtfertigt sein (sog. haft-sichernde amtliche Festnahme).

Die in der Erwirkung eines Haftbefehls liegende Verzögerung hätte den Untersuchungszweck gefährdet, so daß P als Polizeibeamter wegen Gefahr im Verzug handeln konnte. Es müßten aber ferner die Voraussetzungen eines Haftbefehls vorgelegen haben. Angesichts des gegenwärtigen Rechtsgutsangriffs des M lag ein dringender Tatverdacht des Diebstahls gegen ihn vor, und ferner war mit der Flucht des M ein Haftgrund i.S.d. § 112 II Nr. 2 StPO (Fluchtverdacht) gegeben. Die Festnahme müßte aber auch verhältnismäßig gewesen sein, was wegen der geringen Beute und angesichts der Regelung des § 127a Nr. 1 StPO überaus zweifelhaft erscheint. Zudem muß auch hier der Schußwaffengebrauch als Festnahmemittel abgelehnt werden.

dd) Nach den geltenden **polizeirechtlichen Vorschriften** (§ 54 I Nr. 2 i.V.m. §§ 53, 52 PolG BW bzw. § 34 I Nr. 2 i.V.m. §§ 30 I; 31; 32 I, II; 33 I PolG SN) ist mangels Vorliegens eines Verbrechens - § 12 I i.V.m. § 242 I StGB - hier bereits der Schußwaffengebrauch als solcher nicht erlaubt.

c) Schuld

Wenn der Sachverhalt hierzu auch keine ausdrücklichen Angaben enthält, so ist doch bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung davon auszugehen, daß P sein Verhalten für gerechtfertigt hielt. Dabei irrte er hinsichtlich aller in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe jedoch nicht über deren objektive Voraussetzungen (sog. Erlaubnistatbestandsirrtum), sondern allein über deren rechtliche Grenzen und somit über die rechtliche Bewertung seiner Tat. Solch ein **Erlaubnisirrtum** betrifft als indirekter Verbotsirrtum allein die

¹⁴⁾ Auf den Streit, ob das Jedermanns-Festnahmerecht nur eingreift, wenn wirklich eine Straftat begangen worden ist (so wohl die h.M.), oder ein dringender oder anderer hoher Verdachtsgrad ausreicht (zum Ganzen etwa Schönke/Schröder/Lenckner²⁶, Vor § 32 Rn 81,82), kommt es angesichts des objektiven Vorliegens einer Straftat nicht an. Er braucht daher nicht entschieden und - wie geschehen - auch nicht einmal erwähnt zu werden, wenngleich ein kurzes (!) "Aufblitzenlassen von Wissen" nicht schadet.

Frage des Unrechtsbewußtseins und unterfällt der Regelung des § 17 StGB¹⁵⁾. Hiernach ist zu prüfen, ob der Irrtum des P vermeidbar war. Vermeidbar ist der Irrtum, wenn der Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten bei Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen zur Unrechtseinsicht hätte kommen können. Davon ist hier auszugehen. (Doch kann die Strafe gemäß § 17 S. 2 i.V.m. § 49 I StGB gemildert werden.)¹⁶⁾

d) *Ergebnis*

Demnach hat sich P einer Gefährlichen Körperverletzung im Amt, § 340 I, III i.V.m. § 224 I Nr. 2, 5 StGB, schuldig gemacht.

e) *Gesetzeskonkurrenzen*

Die zugleich verwirklichte (einfache) Körperverletzung, § 223 I StGB, sowie die Gefährliche Körperverletzung, § 224 I Nr. 2, 5 StGB, werden durch den Qualifikationstatbestand der Gefährlichen Körperverletzung im Amt als speziellerem Delikt im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.

3. Gefährliche Körperverletzung im Amt mit Todesfolge, § 340 I, III i.V.m. §§ 227 I, 224 I Nr. 2, 5; 18 StGB

P könnte sich sogar gemäß § 340 I, III i.V.m. §§ 227 I, 224 I Nr. 2, 5; 18 StGB strafbar gemacht haben.

a) *Grundtatbestand und Eintreten der besonderen Tatfolge (= Erfolgsqualifikation)*

Der Grundtatbestand einer Gefährlichen Körperverletzung im Amt sowie die besondere Tatfolge, der Tod des M, sind - wie oben gezeigt - gegeben.

b) *Unmittelbarkeitszusammenhang*

Bei den erfolgsqualifizierten Delikten, zu denen die Körperverletzung mit Todesfolge zählt, ist jedoch angesichts der wesentlich höheren Strafdrohung neben der kausalen Verursachung der besonderen Tatfolge eine engere Verbindung zwischen Grundtat und besonderer Folge zu fordern. So verlangt auch § 227 I StGB, daß die Todesfolge "durch" die Körperverletzung verursacht worden ist. Dabei geht es zum einen um die Frage, ob diese Verbindung erfolgs- oder handlungsbezogen zu verstehen ist und zum anderen darum, ob sich in der besonderen Folge gerade die durch das Grunddelikt geschaffene besondere **tatbestandsspezifische Gefahr verwirklicht** hat bzw. sie unmittelbare Folge des Grunddelikts ist (sog. Unmittelbarkeitszusammenhang bei § 227 StGB). Da hier der Tod des M sowohl durch die Handlung als auch den konkreten Verletzungserfolg bedingt ist, kann die Frage, ob in § 227 StGB die Todesfolge handlungs- (h.M.) oder erfolgsbezogen (m.M.) zu verstehen ist, dahinstehen. Unproblematisch ist auch die Annahme des tatbestandsspezifischen Gefährlichkeitszusammenhangs, ist der Tod doch unmittelbare Folge der Tat und Realisierung des Risikos des Schusses durch P auf das Gesäß des M.

c) *Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich der besonderen Tatfolge*

Nach § 18 StGB muß die besondere **Tatfolge wenigstens**¹⁷⁾ **fahrlässig verursacht** sein. Die Pflichtwidrigkeit (= Vermeidbarkeit) der Handlung folgt hierbei nach h.M. bereits aus der vorsätzlichen Körperverletzungshandlung. Demnach bleibt allein die generelle und individuelle Erkennbarkeit der Todesfolge sowie des tatbestandsspezifischen Gefährlichkeitszusammenhangs festzustellen. Hier war ein Fehlgehen des Schusses auf das Gesäß mit der Folge tödlicher Verletzungen nach der allgemeinen Lebenserfahrung (objektiv) vorherzusehen, und dies hätte P auch nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten (subjektiv) erkennen können. Die Todesfolge war somit vorhersehbar und ist damit auch fahrlässig herbeigeführt worden.

¹⁵⁾ Damit gelangt man vorliegend weitgehend zum gleichen Ergebnis wie früher nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, das generell einen Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund als unbeachtlichen Rechtsirrtum ansah.

¹⁶⁾ Wenn auch in einem akademischen strafrechtlichen Gutachten Ausführungen zur Strafzumessung regelmäßig nicht verlangt werden, so ist hier ein Hinweis auf die Möglichkeit der Strafmilderung doch angebracht.

¹⁷⁾ Wobei hier bei § 227 StGB nach einer Ansicht hinsichtlich der Todesfolge allein fahrlässiges Handeln in Betracht kommt, während nach der Rechtsprechung wohl auch bei vorsätzlicher Todesverursachung § 227 StGB eingreifen (aber durch §§ 212, 211 StGB verdrängt werden) soll (fragl., vgl. SK-StGB/Horn, § 227 Rn 18).

d) *Rechtswidrigkeit, Schuld und Ergebnis*

Demnach machte sich P, der nach obigem rechtswidrig und auch ansonsten¹⁸⁾ schuldhaft handelte, sogar wegen einer Körperverletzung im Amt mit Todesfolge strafbar.

e) *Gesetzeskonkurrenzen*

Die zugleich verwirklichte Fahrlässige Tötung, § 222 StGB, tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der Gefährlichen Körperverletzung im Amt mit Todesfolge zurück (Subsidiarität).

Desgleichen wird hier die vorliegende Gefährliche Körperverletzung im Amt durch die Gefährliche Körperverletzung im Amt mit Todesfolge verdrängt (Spezialität).

4. **Nötigung**, § 240 I StGB

P könnte zudem eine Nötigung begangen haben.

a) *Tatbestand*

P hat zunächst versucht, den M durch die Drohung, anderenfalls auf ihn zu schießen, dazu zu zwingen (nötigen), daß er die Fortsetzung der Flucht unterläßt (§§ 240 III, 22, 23 I StGB; fehlgeschlagener Versuch). Daraufhin hat er M durch Anwendung körperlicher Gewalt (hier: vis absoluta [= willensausschließende Gewalt]) zum Anhalten genötigt.

b) *Rechtswidrigkeit*

- **Nothilfe**, § 32 StGB

Wie oben gezeigt, stellte der Schuß auf M eine erforderliche Verteidigungshandlung auf den gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff des M auf Rechtsgüter des Fabrikhabers dar.

Die Verteidigungshandlung des P könnte aber auch hier als unverhältnismäßige (bzw. rechtsmißbräuchliche) nicht geboten sein. P hat die Willensfreiheit des M durch die Nötigung beeinträchtigt. Vergleicht man die Beeinträchtigung der Willensfreiheit mit dem Angriff auf Gewahrsam und Eigentum des Fabrikhabers, so läßt sich insofern ein krasses Mißverhältnis jedoch nicht feststellen.

Da auch der erforderliche Verteidigungswille gegeben ist, war insoweit P's Tun gerechtfertigt.

[Ebenso wäre die Nötigung als solche durch das **allgemeine Festnahmerecht nach § 127 I StPO** gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung durch das **polizeiliche Festnahmerecht nach § 127 II StPO** scheiterte hingegen wie oben bereits an der Unverhältnismäßigkeit der Festnahme wegen der Geringfügigkeit der Tat des M.]¹⁹⁾

Demnach hat P keine strafbare Nötigung begangen.

Gesamtergebnis: P ist aus § 340 I, III i.V.m. §§ 227 I, 224 I Nr. 2, 5; 18 StGB zu bestrafen (die Strafe kann aber gem. § 17 S. 2 i.V.m. § 49 I StGB gemildert werden).

¹⁸⁾ Dies "ansonsten" steht hier im Hinblick auf die zuvor bereits objektiv wie subjektiv festgestellte Fahrlässigkeit (hier: Vorhersehbarkeit), deren subjektive Komponente nach wohl vorherrschender, aber nicht unumstrittener Ansicht ein Schuld- (und kein [subjektives] Tatbestands-)merkmal darstellt.

¹⁹⁾ Auf die weiteren Rechtfertigungsgründe ist bei Bejahen der Notwehr/-hilfe, die übrigens als "schneidigster" Rechtfertigungsgrund regelmäßig zuerst zu prüfen ist, hier eigentlich nicht mehr - auch nicht hilfsgutachtlich - einzugehen. Auch diese Hinweise dienen nur der Fallabrundung.

Anhang:

DRZ, 1949, 42 - OLG Stuttgart, Urt. v. 21.4.1948 - 1 Ss 30/48

[Grenzen der Notwehr; StGB §§ 32, 17 (n.F.)]

Vernichtung eines Menschenlebens zum Schutze eines geringwertigen Vermögensgegenstandes kann nicht durch Notwehr "geboten" sein.

Zur Frage des Rechtsirrtums bei Putativnotwehr

Zum Sachverhalt: Am Abend des 5. 11. 1947 stellte der Zeuge R gelegentlich eines Kontrollgangs auf dem Gelände der Zuckerfabrik H fest, daß eine Person sich in verdächtiger Weise an der Umzäunung des Fabrikgeländes zu schaffen machte. Anschließend fand er außerhalb der Umzäunung eine mit einem Tuch eingewickelte 1-Liter-Flasche, die Sirup enthielt. Sie war von der verdächtigen Person durch ein Fenstergitter an dieser Stelle niedergelegt worden. Der Inhalt der Flasche stellte einen Wert von 0,10 RM dar. Der Zeuge R verabredete mit dem Angeklagten, der als Angehöriger der Spezialpolizei Wachdienst an der Fabrik hatte, die Ergreifung des Diebes und stellte sich in einer Entfernung von 6 m von dem Liegeplatz der Flasche in eine Ecke des Mauerwerks, während der Angeklagte jenseits der Straße in einer Hausruine Platz nahm. Nach dem Schichtwechsel um 22 Uhr kam erwartungsgemäß der Verdächtige und hob die Flasche auf. Es war dies der den beiden Beobachtern unbekannt Fabrikarbeiter M. R leuchtete ihm mit seiner Handlampe ins Gesicht und rief mehrmals "Halt, Hände hoch!" M kam der Aufforderung nicht nach, lief vielmehr unter Mitnahme der Flasche davon. Der Angeklagte, der beobachtet hatte, daß der Zeuge den Dieb angeleuchtet hatte, rief drei- bis viermal "Halt, Polizei!" Da M nicht anhielt, gab der Angeklagte zunächst einen Warnschuß und kurz darauf zwei weitere Schüsse ab. Durch die im Hüftanschlag abgegebenen beiden Schüsse wollte er den Fliehenden im Gesäß treffen und ihn gehunfähig machen. Einer der Schüsse traf M oberhalb der rechten Lendengegend und führte zu seinem Tod.

Aufgrund dieses Sachverhalts ist der Angeklagte wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung zu einer Gefängnisstrafe von 1 Jahr 6 Monaten verurteilt worden. Seine Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Zutreffend ist von der Strafkammer ausgeführt, daß die Entwendung der Flasche Sirup einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf das als Rechtsgut geschützte Eigentum der Zuckerfabrik darstellte und der Angeklagte zur Abwendung dieses Angriffs berechtigt war. Die Frage ist jedoch, ob unter den obwaltenden Umständen die von ihm gewählte Art der Verteidigung geboten war. Sie ist zu verneinen. Zwar ist der Revision darin zuzustimmen, daß grundsätzlich die Hartnäckigkeit und Stärke des Angriffs, nicht der Wert des in Gefahr befindlichen Rechtsguts für die Notwehr entscheidend ist, das Maß der Abwehr also nicht nach der Verhältnismäßigkeit des angegriffenen und des durch die Abwehr bedrohten Rechtsguts zu beurteilen ist (RGSt 55, 86). Es muß erlaubt sein, den Räuber und Einbrecher, wenn andere Abwehrmittel versagen, niederzuschießen. Wenn sonach grundsätzlich für Art und Maß der Verteidigung die Intensität des Angriffs entscheidend ist, so darf doch dieser Gesichtspunkt nicht überspannt werden. Dem Grundsatz, Recht brauche dem Unrecht niemals zu weichen, ist eine Schranke gezogen. Vernichtung eines Menschenlebens um des Schutzes eines geringwertigen Vermögensgegenstandes willen kann nicht zugelassen werden. Das gesunde Rechtsgefühl müßte es beleidigen, wenn man zwar einen wertvollen Hund, der mit einem wertlosen Stück Fleisch davonläuft, nicht töten dürfte (§ 228 BGB), wohl aber einen Menschen, der eine derart wertlose Sache wegnimmt und nicht anders abgewehrt werden kann. Bei verständiger Auslegung des Gesetzes kann in einem solchen Fall eine durch Notwehr *gebotene* Handlung nicht angenommen werden. Im vorliegenden Falle handelt es sich, wie dem Angeklagten bekannt war, um eine ganz geringwertige Diebesbeute, deretwillen ein Menschenleben zu gefährden oder gar zu töten, außer jedem Verhältnis stand. Das gilt, gleichgültig ob man den Vorgang allein für sich betrachtet oder im Rahmen der zahlreichen zum Nachteil der Zuckerfabrik verübten Diebstähle. Der Angeklagte, der in Sichtweite der Fundstelle Aufstellung genommen hatte, sah, daß der Zeuge R den M mit seiner Lampe angeleuchtet hatte. Daß R dies tun werde, war zwischen beiden ausdrücklich verabredet. Der Angeklagte mußte sich sagen, daß der Zeuge in der Lage sein werde, aus dem begrenzten Kreis der Fabrikarbeiter (Angehörige der abgelassenen Schicht) den Täter zu identifizieren. Wenn er dennoch und dazu im Hüftanschlag ungeachtet der sich aus seinem Verhalten für Unbeteiligte ergebenden Gefährdung (trotz der Dunkelheit feuerte er entlang der Straße in Richtung ...) auf den Fliehenden schoß, so kann dies Verhalten, da es als Notwehrhandlung nicht geboten war, nicht gedeckt werden.

Der Angeklagte vermag sich auch nicht von seiner strafrechtlichen Verantwortung durch die Berufung auf vermeintliche Notwehr zu entziehen. Er hatte den wesentlichen Sachverhalt gekannt, nämlich, daß es sich bei dem Diebesgut um ein Objekt von nur einigen Pfennigen handelte, daß dieses an sich schon sichergestellt war und nun lediglich um des Täters habhaft zu werden, wieder an die Fundstelle gebracht worden war, daß der Zeuge R den Täter angeleuchtet hatte und er damit höchstwahrscheinlich in die Lage gesetzt war, diesen zu identifizieren. Für jedermann war unter solchen Umständen erkennbar, daß es eine Sinnlosigkeit ist und einen groben Mißgriff bedeutet, auf den Fliehenden zu schießen. Dies gilt erst recht für den in gereiften Jahren stehenden, seit fast 2

Jahren mit Wahrnehmung polizeilicher bzw. polizeiähnlichen Funktionen betrauten Angeklagten. Darum könnte ihn sein etwaiger Irrtum darüber, daß er bei der gegebenen Sachlage unter dem Gesichtspunkt der Notwehr auf M zu schießen befugt gewesen sei, nicht entlasten. Ganz abgesehen davon, daß der allgemeine Irrtum des Täters über die Rechtswidrigkeit seines Tuns ebenso wie die Annahme eines vom Gesetz nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes trotz Kenntnis der wahren Sachlage einen strafrechtlich unbeachtlichen Rechtsirrtum darstellen würde, ist das Schießen auf einen wegen Diebstahls von Pfennigwerten verfolgten Täter ein solch grober Verstoß gegen die primitiven Grundbegriffe des Naturrechts, daß ein wirklicher oder angeblicher Irrtum hierüber keine Beachtung finden könnte.

Anmerkung: 1. Die Auffassung des Revisionsgerichts, daß das Recht zur Notwehr zwar an sich nicht von dem Wert des zu schützenden Rechtsguts abhängt, jedoch dort seine Grenze finden müsse, wo es zur Vernichtung eines Menschenlebens um des Schutzes eines geringwertigen Vermögensgegenstandes willen führen würde, deckt sich mit der Tendenz der neueren Reformvorschläge (vgl. E 25 § 21 II mit Begr. S. 20; E 27 § 24: Das kommende dt. StrafR AT, 2. Aufl., S. 75f; s. ferner SchweizStGB § 33 I), wird aber entgegen der bisher herrschenden Meinung (siehe *Frank*, StGB, 18. Aufl., Anm. II zu § 53 u. wohl auch noch *RGSt* 72, 58) neuerdings im zunehmendem Maße auch schon de lege lata vertreten. So von *Olshausen-Niethammer*, StGB, 12. Aufl., Rn 12 zu § 53; *Schönke*, StGB, 3. Aufl., Anm. IV 2b zu § 53; *Leipziger Komm.*, II 3, VIII zu § 53; *Welzel*, Dt. StrafR, S. 47. In der Tat dürfte eine schrankenlose Ausübung des Notwehrrechts heutiger Rechtsanschauung nicht mehr entsprechen, vielmehr schon der geltende § 53 [heute § 32] dahin auszulegen sein, daß das Recht zur Verteidigung dort endet, wo es, wie im Fall unerträglichen Mißverhältnisses zwischen dem Wert des zu schützenden und dem Wert des durch die Abwehr zu verletzenden Rechtsguts, zum *Rechtsmißbrauch* würde.

2. Die Entscheidung stützt ihr Ergebnis, daß die Tat des Angeklagten nicht durch Notwehr gedeckt gewesen sei, auch auf die Erwägung, daß der Dieb höchstwahrscheinlich schon durch das Anleuchten seitens des Zeugen R habe identifiziert werden können. Damit kann im Rahmen der Notwehrprüfung wohl nur gemeint sein, daß es nach Auffassung des Revisionsgerichts auch an der "Erforderlichkeit" der Verteidigung gefehlt hat. Indessen erscheint es bedenklich, dem Angegriffenen bzw. Nothelfer das Recht zur unmittelbaren Abwehr schon deshalb abzusprechen, weil er die Aussicht hat, das entwendete Gut von dem identifizierten Täter nachträglich wieder zurückzuerlangen.

Dagegen hätte die besondere Lage des Falles Anlaß zur Prüfung der Frage gegeben, ob der Angeklagte überhaupt hat Notwehr üben wollen. Die Entscheidung hebt selbst hervor, das Diebesgut sei an sich schon sichergestellt gewesen und lediglich, um des Täters habhaft zu werden, an der Fundstelle belassen worden. Das legt die Annahme immerhin nahe, daß der Angeklagte mit seinem Schuß nicht dem Fabrikhaber sein Eigentum an der geringwertigen Flasche Sirup hat erhalten, vielmehr im Interesse der Bekämpfung der zahlreichen Fabrikdiebstähle die Festnahme des Täters hat ermöglichen wollen. Lag der Sachverhalt so, dann entfiel der Gesichtspunkt der Notwehr schon mangels Verteidigungswillens und konnte es sich nur fragen, ob das Verhalten des Angeklagten als Mittel zur Festnahme des Täters gerechtfertigt war. § 127 StPO deckt indessen über den eigentlichen Festnahmeakt hinausgehende Eingriffe in Leib und Leben grundsätzlich *nicht* (*RGSt* 65, 392; 72, 306). Es bedarf hierzu vielmehr einer besonderen Rechtsgrundlage. Als solche kämen hier zwar die Vorschriften über den Waffengebrauch für Polizeibeamte in Betracht. Auch sie schließen jedoch den Gebrauch der Schusswaffe gegenüber dem fliehenden Täter bei "offensichtlich geringfügigen Verfehlungen" aus (vgl. die Angaben bei *Schlüter*, DStrR 1940, 3f.; s. auch *RGSt* 65, 395).

3. Wenn das Urteil bei Erörterung der Frage der Putativnotwehr [hier verwendet in der allgemeinen Bedeutung, einer irrigen Annahme eines Notwehrrechts ohne Differenzierung zwischen Erlaubnistatbestands- und Erlaubnisirrtum] auf die Grundbegriffe des Naturrechts verweist, so erscheint das wenig überzeugend angesichts der Tatsache, daß die als naturrechtswidrig bezeichnete Auslegung des Notwehrrechts zum mindesten bis vor kurzem die der herrschenden Meinung war (s.o. 1)! Für die Karte des Naturrechts gilt nicht minder als für die der Weltanschauung die Mahnung *Kohlrauschs*, daß sie "nicht zu früh ausgespielt" werden sollte. Im übrigen dürften, sofern man nicht mit dem RG einen Rechtsirrtum über den Umfang des Notwehrrechts [sog. Erlaubnisirrtum] schlechthin für unerheblich erachtet, bei der Prüfung der Entschuldbarkeit einen solchen Irrtums die Strittigkeit der oben 1 erörterten Frage und die praktischen Schwierigkeiten der Grenzziehung zwischen erlaubter und mißbräuchlicher Notwehrausübung immerhin mit in Rechnung zu stellen sein.

Prof. Dr. Gallas, Tübingen