

Strafrecht: Tötung eines Erpressers kann Notwehr sein

Relevante Normen: §§ 211, 32 StGB

Copyright by Rolf Schmidt – Februar 2003

Mit Urteil vom 12.02.2003 (1 StR – 403/02) hat der 1. Strafsenat des BGH die Verurteilung eines Angeklagten wegen Heimtückemordes aufgehoben, weil der Täter – entgegen der Auffassung des Landgerichts – zum einen nicht die Mordmerkmale der Heimtücke verwirklicht habe und zum anderen möglicherweise gerechtfertigt gewesen sei. Der folgende Beitrag stellt das Notwehrrecht in seiner Gesamtheit dar und berücksichtigt dabei die genannte Rechtsprechung des BGH.

Voraussetzungen der Notwehr

I. Verwirklichung des Tatbestands durch den Täter (objektiv, subjektiv)

II. Rechtswidrigkeit des Täterverhaltens

⇒ Grundsätzlich durch die Verwirklichung des Tatbestands indiziert; aber: Rechtfertigung infolge Notwehr möglich. Das setzt folgendes voraus:

1. Objektive Rechtfertigungsmerkmale

a. Notwehrlage: Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut

Unter einem **Angriff** versteht man das willensgetragene Verhalten eines Menschen, welches ein rechtlich geschütztes Interesse zu verletzen droht oder verletzt. Probleme: Bagatelanganriffe, Scheinanganriffe, Scherzanganriffe, Unterlassen und Tierverhalten.

Als **notwehrfähiges Rechtsgut** kommt jedes rechtlich geschützte Interesse oder Gut des Täters oder eines anderen in Betracht. Dazu zählen jedenfalls alle Individualrechtsgüter, u.a. die in § 34 beispielhaft genannten Rechtsgüter Leben (auch das ungeborene), Leib, Freiheit usw. Auch Eigentum ist notwehrfähig. Ob und inwieweit auch Rechtsgüter des Staates für den einzelnen notwehrfähig sind, ist zweifelhaft. Jedenfalls ist die objektive Rechtsordnung für den einzelnen nicht notwehrfähig. Diese zu verteidigen ist Aufgabe der Behörden.

Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert. Probleme: Präventivnotwehr, Dauer Gefahr, antizipierte Notwehr (durch Selbstschutzanlagen), Notwehr gegen erpresserische und nötigende Drohungen. Das Kriterium der Gegenwärtigkeit richtet sich nach der objektiven Sachlage zur Zeit der Tat, nicht etwa nach der Vorstellung desjenigen, der sich bedroht fühlt oder andere für bedroht hält. Anderenfalls liegt ein Fall der Putativnotwehr vor, deren Strafbarkeit nach den Irrtumsregeln zu beurteilen ist. Bei Dauerdelikten (z.B. § 239) ist der Angriff solange gegenwärtig, wie der rechtswidrige Zustand noch andauert.

Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Kann sich also bereits der Angreifer auf einen Rechtfertigungsgrund stützen (wobei es keine Rolle spielt, welchem Rechtsgebiet der Rechtfertigungsgrund angehört), handelt er nicht rechtswidrig. Ein schuldhaftes Handeln des Angreifers ist nicht erforderlich.

Schließlich gilt, daß die Notwehr nicht nur zur Abwehr eines Angriffs auf sich selbst, sondern auch zur Abwehr eines Angriffs auf ein Rechtsgut eines Dritten zulässig ist, § 32 II (sog. **Nothilfe**).

b. Notwehrhandlung: Jede mit Verteidigungswillen ausgeübte Verteidigungshandlung, die (objektiv) erforderlich und (normativ) geboten ist, um den Angriff abzuwehren.

Verteidigung ist jedes Verhalten, das sich gegen die Rechtsgüter des Angreifers richtet und der Beendigung des Angriffs dient.

Erforderlich ist grundsätzlich jede Handlung, welche zu einer wirksamen Verteidigung beiträgt, eine möglichst sofortige Beendigung des Angriffs erwarten läßt und die endgültige Beseitigung der Gefahr am besten gewährleistet. Eine Güterabwägung findet nicht statt („Das Recht muß dem Unrecht nicht weichen“). Stehen dem Notwehrübenden allerdings mehrere gleich wirksame Abwehrmittel zur Verfügung, muß er dasjenige wählen, das den geringsten Schaden verursacht (Vorrang des relativ mildesten Mittels). Problem: Einsatz von (auch unerlaubt mitgeführten) Schußwaffen oder anderer gefährlicher Werkzeuge (Messer o.ä.).

Obwohl eine Güterabwägung nicht stattfindet, wird das Notwehrrecht nicht grenzenlos gewährleistet. Vielmehr muß die Verteidigungshandlung **geboten** sein. So wird dem Verteidiger das „schneidige“ Notwehrrecht insbesondere dann versagt, wenn er sich rechtsmißbräuchlich verhält – sozialetische Schranke des Notwehrrechts. Einschränkungen ergeben sich hinsichtlich folgender Personengruppen bzw. Sachverhalte: Schuldlos Handelnde (Kinder, Geisteskranke, Volltrunkene, ersichtlich Irrende etc.), nahestehende Personen, Bagatellangriffe, krasses Mißverhältnis, vorsätzliche oder sonst vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage.

2. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muß, um subjektiv gerechtfertigt zu sein, in Kenntnis des objektiven Rechtfertigungstatbestands und mit dem Willen, sich zu verteidigen, gehandelt haben. Zusätzliche Motive, wie beispielsweise Eifersucht, Neid, Haß, Wut oder das Streben nach Vergeltung spielen dabei keine Rolle, sofern sie jedenfalls den Rechtfertigungswillen nicht völlig in den Hintergrund drängen.

3. Irrtumsfragen

Nimmt der Täter irrtümlich eine objektiv nicht vorliegende Notwehrsituation an (sog. Putativnotwehr), handelt es sich um einen sog. **Erlaubnistatbestandsirrtum**, der nach dem BGH gem. § 16 I S. 1 analog zum Ausschluß des Tatbestandsvorsatzes und nach der der auch hier vertretenen h.L. zum Ausschluß des Vorsatzschuldvorwurfs führt. Irrt der Täter dagegen über die rechtliche Zulässigkeit der Abwehr (**Erlaubnisirrtum**), liegt ein Verbotsirrtum vor, der bei Vermeidbarkeit über § 17 S. 1 zum Schuldausschluß führt.

a. Objektive Rechtfertigungsmerkmale

a.) Notwehrlage

Notwehr setzt zunächst einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ein rechtlich geschütztes Interesse (= notwehrfähiges Rechtsgut) voraus.

aa.) Angriff auf ein rechtlich geschütztes Interesse

Unter einem **Angriff** versteht man das Verhalten eines Menschen, welches ein rechtlich geschütztes Interesse zu verletzen droht oder verletzt.¹ Nicht erforderlich ist, daß das Verhalten „gezielt“ ausgeübt wird. Es muß aber willensgetragen sein. Reflexe, Hypnose, vis absoluta u.ä. scheiden somit aus.

¹ Vgl. BGH, Urteil v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02; BGH NSTZ-RR 2002, 73; Grop, AT, § 6 Rn 68.

Beispiel: A wird von B heftig gegen C gestoßen. Hier liegt kein Angriff des A auf C vor, da A nicht willentlich gehandelt hat. Ein Notwehrrecht des C besteht somit nicht. In Betracht kommt aber Notstand i.S.d. §§ 34 oder 35.²

Das Verhalten des „Angreifers“ muß eine bestimmte „**Bagatellschwelle**“ überschreiten. So kann etwa das Anleuchten mit einer Taschenlampe nicht als Angriff bewertet werden (zumindest aber wäre eine Verteidigungshandlung, welche die Grenze zur Körperverletzung überschreitet, nicht geboten, vgl. unten). Auch ein Verhalten, das nur bedrohlich erscheint, dies aber in Wirklichkeit nicht ist (sog. **Scheinangriff**), ist kein Angriff.³ Verteidigt sich der Betroffene hierauf, liegt ein Fall der **Putativnotwehr**⁴ vor, der nach der hier vertretenen Auffassung als Erlaubnistatbestandsirrtum behandelt wird.

Beispiel: A und B streiten sich heftig. Als der als äußerst hinterhältig geltende B in die Innentasche seines Jacketts greift und einen kleinen Gegenstand herauszieht, glaubt A im ersten Moment, es handele sich dabei um eine Waffe. Um einer vermeintlichen Schußverletzung zuvor zu kommen, schlägt A B mit seiner rechten Faust nieder. Später stellt sich heraus, daß es sich bei dem Gegenstand lediglich um ein Zigarettenetui handelte.

Hier hält A irrig eine Sachlage für gegeben, die – bei deren tatsächlichem Vorliegen – ihm ein Notwehrrecht einräumen würde. Da eine solche aber nicht besteht, unterliegt A einem Erlaubnistatbestandsirrtum mit der Folge der analogen Anwendung des § 16 I S. 1.

Von dem Scheinangriff abzugrenzen ist der sog. **Scherzangriff**. Darunter ist eine Sachlage zu verstehen, bei welcher der „Angreifer“ nicht ernsthaft, also nur aus Scherz dem Betroffenen einen „Schreck“ einjagen will. Erkennt der Betroffene nun aber nicht die Sachlage, sondern glaubt sich tatsächlich angegriffen und führt entsprechende Verteidigungshandlungen aus (etwa dergestalt, daß er den „Angreifer“ niederschlägt), so wird überwiegend eine Notwehrlage abgelehnt. In Betracht kommt aber auch hier ein Irrtum über rechtfertigende Umstände, nach der hier vertretenen Auffassung ein Erlaubnistatbestandsirrtum.

Fraglich ist, ob auch ein **Unterlassen** einen Angriff darstellen kann. Eine Mindermeinung macht geltend, ein „Angriff“ setze schon begriffsnotwendig ein aktives Tun voraus. Ebenso gebe es bei einem bloßen Unterlassen nichts – jedenfalls nicht i.S. einer „Verteidigung“ –, was abzuwehren wäre. „Abgewehrt“ werde hier vielmehr eine sonstige, nicht von einem Angriff des „Angreifers“ ausgehende Gefahr, die dieser lediglich abzuwenden unterläßt.⁵ Demgegenüber kann nach h.M. auch ein Unterlassen ein Angriff sein, wobei die Voraussetzungen im einzelnen sehr strittig sind. Während einige eine dem § 13 entsprechende Rechtspflicht zum Tun fordern⁶, lassen andere eine dem § 323c entsprechende schlichte Rechtspflicht zum Handeln genügen, jedenfalls dann, wenn staatlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist⁷.

2 Vgl. *Wessels/Beulke*, AT, Rn 325; *Roxin*, AT, § 15 Rn 8; *LK-Spendel*, § 32 Rn 28.

3 Vgl. Schröder, JuS **2000**, 235, 237 f.; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 3 und 27.

4 Der Begriffsbestandteil „Putativ“ entstammt dem lateinischen Wort *putare* und bedeutet „glauben“. Putativnotwehr bedeutet demnach so viel wie „man glaubt, es liege Notwehr vor“.

5 Vgl. *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 10.

6 So z.B. *Roxin*, AT, § 15 Rn 11; undifferenzierend *Wessels/Beulke*, AT, Rn 326; *Joecks*, § 32 Rn 6.

7 *NK-Herzog*, § 32 Rn 11 u.13; *Lackner/Kühl*, § 32 Rn 2; *LK-Spendel*, § 32 Rn 46 ff.

Beispiel: Die Eheleute M und F fahren mit ihrem Wagen nachts auf einer einsamen Landstraße. Plötzlich bricht der Wagen aus, schleudert in den Straßengraben und bleibt auf dem Dach liegen. Der unverletzt gebliebene M sieht, wie seine Frau stark blutet. Er eilt auf die Straße, um nach Hilfe zu rufen. Als er in ca. 100m Entfernung einen Bauernhof sieht, läuft er dorthin, um von dort aus telefonisch den Rettungswagen zu alarmieren. Die Hauseigentümerin E weigert sich jedoch, M die Tür zu öffnen mit der Begründung, was auf der Straße passiere, gehe sie nichts an. Darauf tritt M die Tür ein, stößt E zur Seite und benutzt deren Telefon. Strafbarkeit des B aus § 123 ?

Der Tatbestand des Hausfriedensbruchs ist ohne Zweifel verwirklicht. Möglicherweise ist M aber infolge Notwehr gerechtfertigt. Das setzt aber einen rechtswidrigen Angriff seitens der E voraus. Steht man auf dem Standpunkt, nur ein aktives Tun sei vom möglichen Wortsinn des Begriffs „Angriff“ i.S.d. § 32 umfaßt, hat vorliegend die E den M nicht angegriffen. Dieser durfte daher kein Notwehrrecht ausüben. In Betracht kommt dann aber § 34. Folgt man dagegen der h.M., wonach auch ein Unterlassen ein Angriff sein kann, ist des weiteren nach einer Garantenstellung i.S.d. § 13 zu fragen. Eine solche fehlt jedoch bei E. Fordert man also eine Rechtspflicht gem. § 13, so wäre E auch nach dieser Auffassung nicht „Angreifer“, was zur Folge hätte, daß M sich auch hier nicht auf § 32 berufen kann. Unberührt bleibt jedoch sein Notstandsrecht aus § 34. Ein Angriff durch Unterlassen läge aber vor, wenn man eine Rechtspflicht i.S.d. § 323c genügen ließe. Danach stünde M das Notwehrrecht aus § 32 zu mit der Folge, daß der Hausfriedensbruch gerechtfertigt ist. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, daß staatliche Hilfe rechtzeitig eingetroffen wäre.⁸ Vgl. auch die Variante 2 des nächsten Beispiels.

Dadurch daß der Angriff von einem Menschen ausgehen muß, unterfallen Angriffe von **Tieren** nicht dem § 32 (in Betracht kommt aber § 228 BGB). Wird das Tier aber von einem Menschen eingesetzt, liegt insoweit ein Fall des § 32 vor. „Angreifer“ ist dann der das Tier einsetzende Mensch. Voraussetzung ist nur, daß es sich bei dem Tier um Eigentum des Angreifers handelt, sonst bleibt es bei der Anwendbarkeit des § 228 BGB.⁹

Als **notwehrfähiges Rechtsgut** kommt jedes rechtlich geschützte Interesse oder Gut *des Täters* oder *eines anderen* (vgl. das Textfragment *Nothilfe* in § 32 II !) in Betracht. Dazu zählen jedenfalls alle **Individualrechtsgüter**, u.a. die in § 34 beispielhaft genannten Rechtsgüter **Leben** (auch das ungeborene), **Leib**, **Freiheit** usw.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Daß § 32 die Notwehr auch zugunsten eines Dritten (sog. Nothilfe) zuläßt, wird häufig übersehen. Insbesondere die Worte „von sich oder einem anderen“ in § 32 II werden als Bezugnahme auf die Person des Angegriffenen („sich“ = Verteidiger, „anderen“ = Dritter) in seiner physischen Erscheinung mißverstanden. Notwehrfähig seien daher nur Angriffe auf Leib oder Leben des Verteidigers oder des anderen. Daß mit „sich“ oder „einem Dritten“ der Angegriffene in seiner Eigenschaft als Inhaber eines beliebigen notwehrfähigen Rechtsguts (also auch eines Vermögensrechts) gemeint ist, wird häufig verkannt.

Beispiel: Der Kaufhausdetektiv, der einen flüchtenden Ladendieb verfolgt und ihn später in der Fußgängerzone überwältigt, kann sich nicht nur auf § 127 I S. 1 StPO stützen, sondern auch auf Notwehr in Form der Nothilfe. Der abzuwehrende Angriff besteht hier in der Eigentumsverletzung gegenüber dem Kaufhausinhaber. Angreifer ist also der Ladendieb, Angegriffener der Rechtsgutsinhaber (der Kaufhausinhaber), Notwehrübender der Detektiv.

⁸ Näher zum ganzen Eschenbach, Jura **1999**, 88, 90.

⁹ *Joecks*, § 32 Rn 6.

bb.) Gegenwärtigkeit des Angriffs

Der Angriff muß gegenwärtig sein. **Gegenwärtig** ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert.¹⁰

- ⇒ Der Angriff **steht unmittelbar bevor** bei einem Verhalten des Angreifers, das aus *objektiver* Sicht unmittelbar in die eigentliche Verletzungshandlung umzuschlagen droht. **Nicht** gegenwärtig sind daher erst künftige Angriffe. Auch **Präventivmaßnahmen** (sog. notwehrähnliche Lagen oder **Präventivnotwehr**) werden nach h.M. nicht durch § 32, auch nicht analog, gedeckt.

Beispiel: Prinz P ist schon einmal beim Urinieren in der Öffentlichkeit von F fotografiert und anschließend erpreßt worden. Als F wieder einmal ein skandalöses Foto schießt, geht P kurzerhand auf F los, reißt ihm die Kamera aus der Hand und öffnet diese, um den Film unbrauchbar zu machen. Unterstellt, dem P geht es nur darum, eine drohende Erpressung zu verhindern, ist zwar an § 32 zu denken. Dieser Rechtfertigungsgrund scheitert aber an der Gegenwärtigkeit, da die Angriffshandlung des F noch nicht in die eigentliche Verletzungshandlung (die Erpressung) umzuschlagen droht.

Bei Präventivmaßnahmen, die nicht unter § 32 fallen, kommt aber § 34 in Betracht, wenn sofortiger Handlungsbedarf besteht. Zu beachten ist jedoch, daß § 34 nur dann eingreift, wenn die Gefahr nicht anders abwendbar ist, also insbesondere keine staatliche Hilfe herbeigerufen werden kann.¹¹

Des weiteren sind **Dauergefahren**, d.h. Gefahrensituationen, in denen der Zeitpunkt des möglichen Schadenseintritts noch nicht abgesehen werden kann, nicht vom Begriff des gegenwärtigen Angriffs umfaßt.

Beispiel: Die Ehefrau, die von ihrem gewalttätigen Mann ständig körperlich und seelisch mißhandelt wird, kann nicht während einer „gewaltfreien Phase“ auf einen günstigen Moment warten, um ihren Mann in Notwehr zu töten. Notwehr kommt erst dann in Betracht, wenn der Mann unmittelbar zum Angriff ansetzt. Im übrigen ist aber an § 34 oder § 35 zu denken.

Schwierigkeiten bereitet auch die sog. **antizipierte Notwehr** durch Anbringen von selbständig wirkenden **Selbstschutzanlagen**, um Angriffe abzuwehren (etwa Selbstschußanlagen, elektrischer Strom, Stacheldraht etc., um das Haus bzw. das Grundstück vor unbefugtem Betreten zu schützen). Sofern man die Gegenwärtigkeit des Angriffs bejaht – etwa mit dem Argument, daß die Anlage erst im Augenblick des stattfindenden Angriffs wirksam werden soll¹² –, ist doch die Erforderlichkeit der Verteidigung äußerst fraglich.

- ⇒ Demgegenüber liegt **Gegenwärtigkeit nicht mehr vor**, wenn der Angriff fehlgeschlagen, endgültig aufgegeben oder vollständig durchgeführt ist, so daß die Rechtsverletzung durch Gegenwehr nicht mehr abgewendet werden kann.¹³

Beispiel: O schießt auf den flüchtigen Dieb. In diesem Fall war der Angriff noch gegenwärtig, da die Tat zwar vollendet, die Rechtsgutsverletzung durch Gegenwehr aber noch abgewendet werden kann (der Dieb hatte noch keinen gesicherten Gewahrsam). Möglicherweise fehlt aber die Gebotenheit des Schußwaffengebrauchs.

10 Ganz h.M., vgl. nur BGH, Urteil v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02; BGH NSTZ-RR 2002, 73; Eggert, NSTZ 2001, 225; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 328; *Gropp*, AT, § 6 Rn 77; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 13 ff.

11 *Gropp*, AT, § 6 Rn 77.

12 Vgl. *SK-Günther*, § 32 Rn 73; *NK-Herzog*, § 32 Rn 72; *Lackner/Kühl*, § 32 Rn 10.

13 BGH NSTZ-RR 2002, 73; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 16.

Dies ist eine Einzelfallfrage und hängt in erster Linie von der Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts im Vergleich zum möglichen Schaden beim Angreifer ab.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei Überschreiten der Gegenwärtigkeits-Grenze ist stets an den Entschuldigungsgrund **Notwehrexzeß** (§ 33) zu denken, auch wenn die h.M. diesen nur beim sog. intensiven Notwehrexzeß (also bei Überschreitung der Erforderlichkeitsgrenze) anerkennt, vgl. dazu ausführlich unten S. 203 f.

Umstritten ist die Frage der Notwehr gegen **erpresserische** und **nötigende Drohungen**. Die h.M. bejaht prinzipiell die Möglichkeit der Notwehr. Ein Angriff auf die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung sei nicht schon mit Ausspruch der Drohung beendet, sondern bestehe fort und sei weiterhin gegenwärtig, solange der Erpresser oder der Nötiger den von seiner Drohung ausgehenden psychischen Zwang aufrecht erhalte und der Bedrohte in der Lage sei, eine Intensivierung der bereits in Gang gesetzten Rechtsgutsverletzung abzuwehren.¹⁴

Das Kriterium der Gegenwärtigkeit richtet sich nach der **objektiven Sachlage zur Zeit der Tat**, nicht etwa nach der Vorstellung desjenigen, der sich bedroht fühlt oder andere für bedroht hält.¹⁵ Anderenfalls liegt ein Fall der Putativnotwehr vor, deren Strafbarkeit nach den Irrtumsregeln zu beurteilen ist. Bei **Dauerdelikten** (z.B. § 239) ist der Angriff solange gegenwärtig, wie der rechtswidrige Zustand noch andauert.

cc.) Rechtswidrigkeit des Angriffs

Des weiteren ist Notwehr nur gegen einen *rechtswidrigen* Angriff zulässig. Nach einer allgemeinen Definition ist ein Angriff immer dann **rechtswidrig**, wenn er im **Widerspruch zur Rechtsordnung** steht.¹⁶ Kann sich also bereits der Angreifer auf einen Rechtfertigungsgrund stützen (wobei es keine Rolle spielt, welchem Rechtsgebiet der Rechtfertigungsgrund angehört), handelt er nicht rechtswidrig. Das führt zu einer **Duldungspflicht** auf Seiten des „Verteidigenden“.¹⁷ Dieser kann sich dann nicht auf Notwehr berufen.

Prüfungshinweis: Die Prüfung, ob ein Rechtssatz ein Verhalten rechtfertigt und damit eine Notwehr gegen dieses Verhalten ausschließt, nennt man „**Notwehrprobe**“.¹⁸

Kann sich der Angreifer nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen, ist des weiteren zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Angriff *rechtswidrig* ist. Hier ist fraglich, ob es zur Bejahung der Rechtswidrigkeit des Angriffs genügt, daß der drohende „Erfolg“ ein Unrecht darstellt, oder ob der Angreifer darüber hinaus auch sorgfaltswidrig gehandelt haben muß.

Beispiel¹⁹: Der im australischen Busch lebende Crocodile Dundee möchte seine in Deutschland lebende Tante besuchen. Zufälligerweise ist in Deutschland Rosenmontag, als er auf dem Düsseldorfer Flughafen eintrifft. Auf dem Weg zum Taxistand wird er von

14 *Wessels/Beulke*, AT, Rn 328; Amelung, GA **1982**, 381, 385; ders. NSTZ **1998**, 70 f.; LK-Spendel, § 32 Rn 122, 133; NK-Herzog, § 32 Rn 32; *Lackner/Kühl*, § 32 Rn 4; differenzierend Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 32 Rn 18.

15 *Wessels/Beulke*, AT, Rn 350; *Schröder*, JuS **2000**, 235.

16 Vgl. *Gropp*, AT, § 6 Rn 70; *Joecks*, § 32 Rn 10; *Tröndle/Fischer*, § 32 Rn 11; *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 II 1c; *Lackner/Kühl*, § 32 Rn 5; NK-Herzog, § 32 Rn 34.

17 Vgl. dazu BSG JZ **2000**, 96, 97; AG Grevenbroich NJW **2002**, 1060, 1061.

18 *Gropp*, AT, § 6 Rn 70.

19 Nach *Gropp*, AT, § 6 Rn 71.

dem als Sheriff verkleideten „Jecken“ J verfolgt, der mit seinem täuschend echt aussehenden Plastikrevolver herumfuchtelte. In der Annahme, von diesem im nächsten Augenblick erschossen zu werden, holt Crocodile Dundee zum Schlag aus. Dürfte sich J gegen den Schlag des Crocodile Dundee zur Wehr setzen?

- ⇒ Eine Auffassung bejaht die Rechtswidrigkeit des Angriffs bereits dann, wenn der drohende „Erfolg“ einen Unwert darstellt.²⁰ Folgt man dieser Auffassung, kommt im vorliegenden Beispielfall Notwehr (und nicht nur Notstand) seitens des J in Betracht, weil der drohende Erfolg in einer Körperverletzung besteht und diese einen Unwert darstellt.
- ⇒ Andere stellen auf die Handlungsbefugnis des Angreifers ab.²¹ Danach ist der Angriff rechtswidrig, wenn dem Angreifer die Befugnis zum Handeln fehlt (wichtig bei §§ 113, 193 und solchen rechtswidrigen Befehlen, die der Untergebene nach § 11 SoldG zu befolgen hat). Auch diese Auffassung würde J ein Notwehrrecht einräumen, da dem Crocodile Dundee die Befugnis fehlt, J niederzuschlagen. Insbesondere besteht dem Crocodile Dundee kein Rechtfertigungsgrund zur Seite, da J ihn nicht angegriffen hatte.
- ⇒ Eine dritte Auffassung läßt das schlichte drohende Erfolgsunrecht nicht genügen, sondern fordert ein **Handlungsunrecht** auf Seiten des Angreifers.²² Dadurch, daß das schneidige Notwehrrecht – anders als der Notstand – keine Güterabwägung fordere, sei zumindest ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten des Angreifers erforderlich. Wenn man ein solches bei Crocodile Dundee unterstellt, könnte sich J auch nach dieser Auffassung auf Notwehr berufen. Geht man dagegen bei Crocodile Dundee von einem fehlenden Handlungsunrecht aus, und setzt sich J zur Wehr, weil er den Irrtum des Crocodile Dundee nicht erkennt, liegt ein sog. Erlaubnistatbestandsirrtum (Putativnotwehr) vor, bei dessen Vermeidbarkeit eine Strafbarkeit des J nach Fahrlässigkeitsgrundsätzen in Betracht kommt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie anhand des Beispiels gezeigt, kommen alle Auffassungen zum selben Ergebnis, wenn (wie in den meisten Fällen) ein Handlungsunrecht seitens des Angreifers besteht. Eine Streitentscheidung kann dann dahinstehen. Sollte ausnahmsweise einmal der Handlungsunwert zu verneinen sein, sollte die Streitentscheidung von der Auffassung des Bearbeiters abhängig gemacht werden. Vertretbar sind alle Ansichten gleichermaßen. Aus klausurtaktischer Sicht favorisierungswürdig erscheint aber die zuletzt genannte Auffassung, da hier ggf. auf den Erlaubnistatbestandsirrtum eingegangen werden kann.

Dagegen braucht das Verhalten des Angreifers nach zutreffender h.M. **nicht schuldhaft** zu sein.²³ Daher darf z.B. gegen einen Amokläufer, der im schuldunfähigen Zustand wild um sich schießt, Notwehr (bzw. Nothilfe) geübt werden, wenn man sich seines Angriffs nicht anders erwehren kann.

dd.) Von sich oder einem anderen

Notwehr ist nicht nur zur Abwehr eines Angriffs auf sich selbst, sondern auch zur Abwehr eines Angriffs auf ein Rechtsgut eines Dritten zulässig, § 32 II (sog. **Nothil-**

20 Vgl. Roxin, JZ **2000**, 96, 99 f.

21 Vgl. Graul, JuS **1995**, 1049, 1052.

22 Wessels/Beulke, AT, Rn 331; Gropp, AT, § 6 Rn 73; NK-Herzog, § 32 Rn 34; Roxin, AT, § 15 Rn 14 ff.; Joecks, § 32 Rn 10; Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 32 Rn 21.

23 So BSG NJW **1999**, 2301, 2302; Tröndle/Fischer, § 32 Rn 4; a.A. Frister, GA **1988**, 291, 305; Otto, Grundkurs AT, § 8 Rn 21 wonach aber § 34 oder § 35 in Betracht kommt.

fe). Voraussetzungen und Umfang der Nothilfe sind prinzipiell mit denen der Notwehr identisch. Es gelten jedoch folgende Besonderheiten: Da der Nothilfeübende nicht zum eigenen Rechtsgüterschutz tätig wird, sind Notwehrvoraussetzungen und -einschränkungen allein aus dem Verhältnis Angreifer - Angegriffener zu beurteilen.²⁴ Darüber hinaus darf er nicht mehr Notrechte ausüben, als der Angegriffene selbst ausüben möchte (**keine aufgedrängte Nothilfe**).²⁵

b.) Notwehrhandlung

Notwehrhandlung ist diejenige Verteidigungshandlung, die (objektiv) erforderlich und (normativ) geboten ist, um den Angriff abzuwehren.²⁶ Schließlich muß sie vom Verteidigungswillen getragen sein (subjektives Rechtfertigungselement).

aa.) Verteidigung

Verteidigung ist jedes Verhalten, das sich gegen die Rechtsgüter des Angreifers richtet und der Beendigung des Angriffs dient. Gegen Rechtsgüter Dritter darf keine Verteidigungshandlung ausgeübt werden.²⁷ Etwas anderes gilt nach h.M. jedoch dann, wenn der Angreifer sich beim Angriff fremder Sachen bedient. Hier soll Notwehr auch gegen diese Sachen zulässig sein (sog. **Drittwirkung der Notwehr**). Dem läßt sich jedoch entgegenhalten, daß Beschädigungen fremder Sachen hinreichend über die Notstandsvorschriften abgedeckt sind. Eine Anwendung der Notwehrregeln ist daher nach der hier vertretenen Auffassung systemwidrig und abzulehnen.

Beispiel: A und B raufen sich. Als B merkt, daß er gegen A keine Chance hat, greift er den in der Nähe stehenden Stuhl des C und will damit auf A einschlagen. Dieser kann jedoch noch eine Eisenstange greifen und mit dieser den Stuhl zerschlagen.

Hier hat A den objektiven und subjektiven Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303) erfüllt. Er könnte aber infolge Notwehr gerechtfertigt sein. Zwar darf sich die Notwehrhandlung nur gegen den Angreifer und nicht gegen Rechtsgüter Dritter richten, eine Ausnahme soll aber dort gelten, wo sich der Angreifer fremder Sachen bedient. Folgt man dieser Auffassung, ist A gem. § 32 gerechtfertigt, anderenfalls gem. § 34.

Dritte können jedoch eine Duldungspflicht aus § 904 BGB haben. Gegebenenfalls bleibt dann einem Duldungspflichtigen die Möglichkeit, sich für eine gleichwohl vorgenommene Abwehrhandlung auf entschuldigenden Notstand (§ 35) zu berufen.

bb.) Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung (tatsächliche Komponente)

Erforderlich ist grundsätzlich jede Handlung, welche zu einer wirksamen Verteidigung beiträgt, eine möglichst sofortige Beendigung des Angriffs erwarten läßt und die endgültige Beseitigung der Gefahr am besten gewährleistet. Eine **Güterabwägung findet grundsätzlich nicht statt** („Das Recht muß dem Unrecht nicht weichen“).²⁸ Dieses recht großzügige Verständnis der Erforderlichkeit läßt sich darauf zurückführen, daß letztlich der Angreifer die gefährliche Situation herbeigeführt und es in der Hand hat, die Notwehrlage durch Abbruch des Angriffs zu beenden. Stehen dem Notwehrübenden allerdings mehrere gleich wirksame Abwehrmittel zur Verfügung, muß er dasjenige wählen, das den geringsten Schaden verursacht (Vorrang des relativ

24 Kühl, Jura **1993**, 233, 235.

25 Vgl. dazu ausführlich *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS **1999**, 444 ff.

26 Vgl. nur BGH, Urteil v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02.

27 Vgl. BGHSt **5**, 245, 248; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 334.

28 Vgl. BGH NStZ **2002**, 140; BGH NStZ **2001**, 143, 144; BGH, Urt. v. 7.3.2002 – 3 StR 490/01; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 34 f.; *Altwater*, NStZ **2002**, 20, 25.

mildesten Mittels, wozu auch das Herbeirufen der Polizei gehören kann).²⁹ Daher ist auch der **Einsatz von (auch unerlaubt mitgeführten) Schußwaffen** oder **anderer gefährlicher Werkzeuge (Messer o.ä.)**³⁰ äußerst problematisch. In Ermangelung anderer, ebenso geeigneter Mittel können zwar auch sie in rechtlich nicht zu beanstandender Weise eingesetzt werden, bei einer Schußwaffe muß deren Einsatz aber grundsätzlich zunächst angedroht werden (jedenfalls dann, wenn der Angreifer selbst unbewaffnet ist) und – sofern dies nicht ausreicht – nach Möglichkeit noch ein **Warnschuß** abgegeben werden (dieser darf aber entfallen, wenn der Verteidiger nur eine Patrone zur Verfügung hat³¹). Wenn schließlich der Angriff nicht anders als durch Schußwaffeneinsatz abgewehrt werden kann, muß der Notwehrübende zumindest versuchen, den Angreifer nicht lebensgefährlich zu verletzen (etwa durch gezielten Schuß in die Beine).³² Ist auch dies nicht möglich (etwa weil der Angreifer zu dicht am Verteidiger steht oder der Verteidiger aufgrund seiner körperlichen Konstitution keine andere Abwehrchance hat), kann auch ein tödlich wirkender Schuß (etwa in die Brust) erforderlich sein.³³

Ist unter diesen Voraussetzungen der Einsatz von gefährlichen Abwehrmitteln zulässig, überschreitet der Notwehrübende auch dann nicht die Grenzen seines Notwehrrechts, wenn sich ungewollt doch noch die Gefährlichkeit des Mittels (im tödlichen Ausgang) realisiert.

Beispiel³⁴: A greift B mit einem Messer an. Zur Verteidigung nimmt B seine geladene Schußwaffe, möchte diese aber – um A zu schonen – lediglich als Schlagwerkzeug einsetzen. Beim Schlag löst sich aber doch ungewollt ein Schuß, wodurch der Tod des A verursacht wird (vgl. §§ 223, 227).

Hier kann sich B auf Notwehr berufen. Daran ändert auch der (ungewollt herbeigeführte) Todeseintritt bei A nichts. Denn die Risiken, die mit einer Verteidigungshandlung verbunden sind, gehen zu Lasten des Angreifers und sind nicht vom Notwehrübenden zu tragen.³⁵

Gab der Täter in einer Notwehrlage zur Abwehr des Angriffs einen Schuß ab und war ihm dabei nicht bewußt, daß ihm weniger gefährliche Abwehrmittel in dieser Situation zur Verfügung standen, liegt im Verkennen dieses Sachverhalts ein **Erlaubnistatbestandsirrtum** vor³⁶, der nach st. Rspr. des BGH zum Ausschluß des Vorsatzes und nach h.L. zum Ausschluß des Vorsatzschuldvorwurfs führt (zu den Konsequenzen vgl. unten).

Denkbar sind auch Fallkonstellationen, in denen der vorsätzlich handelnde Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage ungewollte „**Nebenwirkungen**“ verursacht. Hier ist fraglich, ob der Täter aus einem Fahrlässigkeitsdelikt strafbar ist.

29 BGH, Urteil v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02; BGH NStZ 2002, 73 und 140; BGHSt 42, 97, 100; BGH NJW 2001, 3200, 3201; BGH NStZ 2001, 530; Altvater, NStZ 2002, 20, 25.

30 Zur Notwehr durch sofortigen lebensgefährlichen Messerstich vgl. BGH, Urteil v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02; BGH NStZ 2002, 73 und 140.

31 Vgl. BGH NStZ 2001, 591; Altvater, NStZ 2002, 20, 25.

32 Zum Schußwaffeneinsatz vgl. BGH NStZ 2001, 143, 144; BGH NStZ 2001, 591; BGH NJW 2001, 3200, 3201 f..

33 Vgl. BGH NStZ 2001, 143, 144; BGH NJW 2001, 3200, 3201 f.

34 Vgl. *Wessels/Beulke*, AT, Rn 336.

35 BGHSt 27, 313, 314; BGH NJW 1999, 2533, 2534; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 336.

36 BGH NStZ 2001, 530. Vgl. auch BGH NStZ-RR 2002, 73.

Beispiel³⁷: O hatte es auf die wertvollen Antiquitäten im Hause der ca. 70-jährigen Eheleute T abgesehen. Dazu brach er eines Nachts – kurz nachdem die Eheleute sich schlafen gelegt hatten – in deren Haus ein. Doch Frau T, die an einem unruhigen Schlaf litt, hörte etwas unten im Wohnzimmer und begab sich die Treppe hinunter. Unten angekommen, wurde sie sofort von O überwältigt. Von dem lauten Geschrei seiner Frau aufgeweckt, ahnte Herr T großes Unheil. Er ergriff einen im Schlafzimmerschrank versteckten Revolver, von dem er annahm, daß dieser nicht geladen sei. Er wollte den Angreifer lediglich erschrecken und so in die Flucht schlagen. Nachdem Herr T unten im Wohnzimmer sah, daß seine Frau von O geschlagen wurde, richtete er – um weitere Körperverletzungshandlungen zu verhindern – aus einer Entfernung von ca. 1 m den Revolver auf den Gesichtsbereich der O und drohte diesem zu schießen, wenn dieser nicht sofort seine Frau loslassen würde. Von dieser Warnung unbeeindruckt, begann O auf die mittlerweile am Boden liegende Frau T einzutreten. Daraufhin zog Herr T den Abzug schnell hintereinander drei- oder viermal durch. Er hoffte, O werde erschrecken und so von O ablassen. Bei der wiederholten Betätigung des Abzugs löste sich für Herrn T völlig überraschend ein Schuß, der O unmittelbar unterhalb der Nase traf, im dritten Halswirbel steckenblieb und binnen kurzer Zeit zu dessen Tod führte.

Die anschließende kriminalistische Untersuchung ergab, daß Herr T zwar über eine Waffenbesitzkarte verfügte, die Erlaubnis sich aber nicht auf einen Revolver bezog. Auch ergab die Untersuchung, daß Herr T schon seit längerer Zeit wegen eines Bandscheibenleidens und einer Handgelenksarthritis verschiedene Medikamente einnahm, unter anderem Valoron und Voltaren. Diese Medikamente führen in Kombination zueinander mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Benommenheit des Einnehmenden. Auch Herr T berichtete in der ersten Vernehmung von einer „leichten Benommenheit“. Hinsichtlich des Schusses gab er zu Protokoll, daß er selbst die Patrone in den Revolver gesteckt habe, dies aber bereits vor so vielen Jahren geschehen sei, daß er sich in der konkreten Situation gar nicht mehr daran erinnert habe. Hat sich Herr T wegen fahrlässiger Tötung schuldig gemacht?

Hier hat Herr T unproblematisch den Tatbestand der fahrlässigen Tötung verwirklicht, denn er hat die Tötung nicht vorsätzlich verursacht. Möglicherweise ist er aber infolge Nothilfe (§ 32) gerechtfertigt. Ein Angriff seitens des O liegt vor. Der tödlich wirkende Schuß als solcher war auch erforderlich und geboten, um den Angriff abzuwehren. Zwar ist richtig, daß der lebensgefährliche Einsatz einer Schußwaffe nur das letzte Mittel der Verteidigung sein kann, Herrn T blieb aber kaum Zeit, andere mildere Abwehrmittel zu wählen, die den Angriff auf seine Frau ebensogut beendet hätten (zur Erinnerung: T ist alt und krank). Zum anderen hatte Herr T den Einsatz angekündigt. Schließlich drang O in einen besonders geschützten Bereich ein (vgl. Art. 13 I GG). Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, daß Herr T seiner Frau auf ganz andere Art helfen wollte und der Tod des O nur eine ungewollte Folge des Abwehrverhaltens darstellt.

Zur Lösung dieses Falles dient folgende Überlegung: Hätte Herr T vorsätzlich die Todesfolge bei O herbeigeführt, wäre er – wegen Vorliegens der bereits festgestellten Voraussetzungen – infolge Notwehr gerechtfertigt gewesen. Insbesondere wäre diese Verteidigungshandlung erforderlich und geboten gewesen. Zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs muß diese Rechtfertigung erst recht greifen, wenn er sich bei der Abwehr für ein milderes Mittel entscheidet und der Angreifer – wie hier – bei einer beabsichtigten Drohung mit der Schußwaffe zu Tode kommt, weil sich ungewollt ein Schuß löst. Herr T ist daher gerechtfertigt.

37 In Anlehnung an BGH NJW **2001**, 3200.

Weiterführender Hinweis: Selbst wenn man Herrn T – vorsätzliches Handeln unterstellt – das Nothilferecht wegen Überschreitung der Notwehrgrenzen versagt hätte, wäre er wegen Notwehrüberschreitung (§ 33) straffrei geblieben. Denn er hätte die Grenzen der Notwehr aus Furcht, Schrecken oder Verwirrung überschritten.

Die Erforderlichkeit richtet sich dabei nicht nach dem Ergebnis der Verteidigungshandlung, sondern ist **objektiv ex ante** zu beurteilen. Maßgeblich ist, wie ein Durchschnittsbetrachter in der Lage des Notwehübenden die im Zeitpunkt des Angriffs gegebenen und objektiv erkennbaren Umstände beurteilt hätte.³⁸

Beispiel³⁹: C überfällt nachts einen privaten Wachdienst und greift den dort arbeitenden D mit einer täuschend echt aussehenden **Scheinwaffe** an. Aus der Sicht des D liegt ein Angriff auf sein Leben vor. Greift nun D seinerseits zur Waffe und erschießt C, war diese Verteidigungshandlung nur dann erforderlich, wenn auch ein Durchschnittsbetrachter in der aktuellen Situation (Dunkelheit, kurzfristige Entscheidung nötig) die Einschätzung des D geteilt hätte. Sollte dies nicht der Fall sein, unterliegt D einem Erlaubnistatbestandsirrtum, der nach dem BGH gem. § 16 I S. 1 zum Vorsatzausschluß und nach der auch hier vertretenen h.L. zum Ausschluß des Vorsatzschuldvorwurfs führt.

cc.) Gebotenheit der Verteidigungshandlung (normative Komponente)

Obwohl Einigkeit darüber besteht, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht und daher keine Abwägung der betroffenen Güter vorausgesetzt wird, versteht es sich von selbst, daß das Notwehrrecht nicht schrankenlos gewährt werden kann. So muß dem Verteidiger das „schneidige“ Notwehrrecht insbesondere dann versagt werden, wenn er sich **rechtsmißbräuchlich** verhält – **sozialethische Schranke des Notwehrrechts**. Als gesetzliche Grundlage für diese Einschränkung zieht die h.M.⁴⁰ den Begriff der *Gebotenheit* in § 32 I heran. Folgende Fallgruppen sind anerkannt:

(a.) Fehlendes Rechtsbewährungsinteresse

(aa.) Zunächst ist das Notwehrrecht gegenüber **schuldlos Handelnden** (und ggf. auch gegenüber vermindert Schuldfähigen) eingeschränkt. Das beruht auf der Erwägung, daß von diesem Personenkreis die Rechtsordnung grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird, so daß Notwehr nicht geboten erscheint (fehlendes Rechtsbewährungsinteresse).

Schuldlos handeln zunächst **Kinder** (§ 19), aber auch **Volltrunkene** und **Geisteskranke** (§ 20), ferner durch **Notwehrexzeß** gem. § 33 oder durch **Notstand** (§ 35) entschuldigte Personen. Hier ist es dem Notwehrrechtinhaber eher zuzumuten, auszuweichen, ohne sich in seiner Ehre etwas zu vergeben. Lediglich wenn ein Ausweichen nicht möglich ist, kommen Verteidigungshandlungen in Betracht (individualrechtliche Begründung der Notwehr). Der Angegriffene muß sich dann aber zunächst auf Schutzwehr beschränken. Nur wenn auf diese Weise die Rechtsgutsverletzung nicht abgewehrt werden kann, darf der Angegriffene auf Trutzwehr übergehen. Aber auch diese hat unter größtmöglicher Schonung des Angreifers zu erfolgen.

³⁸ *Joeks*, § 32 Rn 15; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 338; Schröder, JuS **2000**, 235 f.

³⁹ Vgl. *Joeks*, § 32 Rn 15.

⁴⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 7.3.2002 – 3 StR 490/01; Vgl. aber BGH, Urteil v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02, der zwischen Gebotenheit der Verteidigungshandlung und Einschränkung des Notwehrrechts unterscheidet, dann aber bei der Prüfung der Einschränkung des Notwehrrechts Kriterien der Gebotenheit prüft.

Beispiel und Hinweis für die Fallbearbeitung: Wer beispielsweise ein (äußerst gewalttätiges) Kind oder einen Volltrunkenen in auswegloser Lage tötet, um sein eigenes Leben zu retten, kann sich nach der hier vertretenen Auffassung auf Notwehr berufen.⁴¹ Teilt man diese Ansicht nicht, läßt die Notwehr also am rechtswidrigen Angriff oder an der Gebotenheit scheitern, kommt doch zumindest der rechtfertigende Notstand (§ 34) in Betracht. Dabei ist zu bedenken, daß in die Rechtssphäre desjenigen eingegriffen wird, von dem die Gefahr ausgeht, die erforderliche Güterabwägung also großzügiger ausfallen darf (es genügt, daß der angerichtete Schaden gegenüber dem abgewendeten nicht unverhältnismäßig groß ist). Lehnt man auch die Rechtfertigung gem. § 34 ab (etwa wegen fehlender Verhältnismäßigkeit), ist schließlich auf den entschuldigenden Notstand (§ 35) einzugehen. Dieser ist dann zu bejahen, weil der Verteidiger den Angreifer in einer existenziellen Notlage tötet.

Schuldlos handeln können aber auch Personen, die sich bei der Rechtsgutbeeinträchtigung (also beim Angriff) in einem **Tatbestandsirrtum** oder in einem **unvermeidbaren Verbotsirrtum** befinden. Das gleiche gilt hinsichtlich Personen, die sich über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes irren, sich also in einem **Erlaubnistatbestandsirrtum** befinden. Auch hier ist hinsichtlich der Abwehrhandlung äußerste Zurückhaltung geboten, die zunächst darin zu suchen ist, den Angreifer über seinen Irrtum aufzuklären.⁴² Lediglich wenn ein Aufklären nicht möglich ist, kommen Verteidigungshandlungen in Betracht (individualrechtliche Begründung der Notwehr).

(bb.) Auch unter **Personen mit engen persönlichen Beziehungen** (z.B. Ehegatten) wird bei der Ausübung des Notwehrrechts diskutiert, ob eine Zurückhaltung geboten ist. Die Pflicht zur Zurückhaltung folge aus dem Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf Selbstverteidigung und der **Beschützergarantenstellung** (§ 13) gegenüber dem Angreifer.⁴³ Danach muß der Angegriffene zunächst versuchen, dem Angriff auszuweichen. Ist das nicht möglich, ist strittig, ob der Angegriffene zunächst leichtere Körperverletzungen hinnehmen muß, bevor er zum „schneidigen“ Notwehrrecht (mit möglicherweise tödlichem Ausgang auf Seitens des Angreifers) greifen kann.

Beispiel: Der arbeitslose Ehemann M ist frustriert und ertränkt seinen Kummer im Alkohol. Nach einiger Zeit beginnt er gegenüber seiner Frau F gewalttätig zu werden. Mit fortschreitender Zeit wird die Prügel heftiger. F mußte sich auch schon einmal einer stationären Heilbehandlung unterziehen. Als F schwanger wird, bangt sie um das Leben ihres ungeborenen Kindes für den Fall, daß ihr Mann sie noch einmal attackiert. Eines Abends kommt M wieder angetrunken nach Hause und beginnt sofort auf F einzuschlagen. Diese greift ein zufälligerweise auf dem Tisch liegendes Küchenmesser und sticht zu. Dabei trifft sie M ins Herz.

⇒ Nach einer Auffassung muß der Angegriffene – jedenfalls sofern der Angriff nur geringere Körperverletzungen befürchten läßt – das Risiko einer leichteren Mißhandlung hinnehmen, zumindest aber auf möglicherweise tödliche Abwehrmittel verzichten. Lediglich wenn eine Gefahr für das eigene Leben besteht oder eine schwere körperliche Mißhandlung droht, sei als ultima ratio der Einsatz auch von

41 Speziell bei einem Volltrunkenen wäre in der Klausurbearbeitung noch zu diskutieren, ob überhaupt ein rechtswidriger Angriff vorliegt. Dieser sollte aber angenommen werden, um anschließend zur Gebotenheit der Notwehrhandlung eingehen zu können. Anderenfalls ist gleich auf § 34 bzw. § 35 einzugehen.

42 *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 III 3a. Vgl. auch BSGE **84**, 54, 56 mit Bespr. v. Simon, JuS **2001**, 639 ff.

43 Vgl. insbesondere die ältere Rechtsprechung des BGH (NJW **1975**, 62) und heute *Wessels/Beulke*, AT, Rn 345; *Roxin*, AT, § 15 Rn 83.

möglicherweise tödlich wirkenden Abwehrmitteln zulässig.⁴⁴ Vorliegend bestand eine Gefahr für das eigene Leben (und für das Leben des *nasciturus*). Folgt man also dieser Auffassung, war es F nicht zuzumuten, auf die allein erfolgsversprechende Verteidigung mit dem Messer nur deshalb zu verzichten, weil diese zum Tod des Ehemanns führen kann.

- ⇒ Nach der Gegenauffassung ist es dem Angegriffenen nicht zuzumuten, auch nur leichtere Verletzungen in Kauf zu nehmen, bevor er zu Gegenmaßnahmen schreitet. Innerhalb einer auf Gleichberechtigung aufgebauten Lebensbeziehung müsse es dem jeweils Betroffenen überlassen bleiben, ob er sich gegen Angriffe zur Wehr setzen wolle. Dazu bedürfe es jedoch der Erlaubnis zu wirkungsvoller Abwehr. Zudem richte sich der Angreifer ja gerade gegen das Näheverhältnis oder nutze dieses doch zumindest aus.⁴⁵ Folgt man dieser Auffassung, ist es gar nicht zu prüfen, ob F hätte ausweichen können oder ob für sie geringere Körperverletzungen zumutbar gewesen wären. F konnte sich demzufolge uneingeschränkt auf das Notwehrrecht berufen.

Stellungnahme und Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie in den meisten Klausurfällen bestand auch vorliegend für die F eine (lebens-)bedrohliche Situation, so daß sie sich nach beiden Auffassungen auf Notwehr berufen konnte. Einer Streitentscheidung bedurfte es daher nicht. Sollte ausnahmsweise doch einmal ein Sachverhalt zu prüfen sein, bei dem der Angegriffene nicht (lebens-)bedrohlich attackiert wird, bietet folgende Überlegung eine sachgerechte Lösung: Wer seinen Ehe- oder Lebenspartner mißhandelt oder zusammenschlägt, richtet sich bewußt gegen das Näheverhältnis. Warum sollte dieses dann gerade dem Angreifer einen Schutz dergestalt gewähren, daß der Angegriffene sich nur eingeschränkt zur Wehr setzen darf. Darüber hinaus sei die neue Rechtslage zum elterlichen Züchtigungsrecht herangezogen. Dort ist seit der Neufassung des § 1631 II BGB jede körperliche Einwirkung verboten. Nichts anderes kann unter Ehegatten und nicht verheirateten Lebenspartnern gelten. Der Partner, der körperliche Gewalt ausübt, verliert den Schutz, der aus der Beschützergarantenstellung erwächst. Der angegriffene Lebenspartner kann sich daher unter den allgemeinen Voraussetzungen auf Notwehr berufen. Die Auffassung, die von einer Einschränkung des Notwehrrechts in engen familiären Beziehungen ausgeht, ist antiquiert und sollte in der heutigen (aufgeschlossenen) Gesellschaft nicht mehr vertreten werden. Sollte der Klausurbearbeiter dennoch diese Auffassung teilen, sollte er aber berücksichtigen, daß wenn es um die Verteidigung mit lebensbedrohlichen Werkzeugen geht, er die „Gebotenheit“ der Notwehr nur eingeschränkt zuläßt. Sollte demnach der Rechtfertigungsgrund Notwehr nicht greifen, ist immer noch an den rechtfertigenden Notstand (§ 34) zu denken, bei dem – da die Gefahr vom Angreifer herrührt – eine großzügige Abwägung stattfindet. Schließlich können dem Verteidiger die §§ 33 und 35 helfen. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, bietet sich in der Fallbearbeitung folgende Stufenprüfung an:

- ⇒ Zunächst muß der angegriffene Ehepartner versuchen auszuweichen.
- ⇒ Ist dies nicht möglich, braucht er entgegen der älteren Rechtsprechung des BGH – jedenfalls sofern der Angriff nur geringere Körperverletzungen befürchten läßt –

44 Vgl. BGH NJW **1984**, 986; *Roxin*, AT, § 15 Rn 83 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 345; *Roxin*, AT, § 15 Rn 83; *SK-Günther*, § 32 Rn 130; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 53; *NK-Herzog*, § 32 Rn 111; *Ame-lung/Bosch*, JuS **2000**, 261, 264 f. (allerdings unter dem Aspekt der nicht mehr intakten Ehe, in der eine Einschränkung des Notwehrrechts von vornherein nicht in Betracht kommen soll).

45 Vgl. *Freund*, AT, § 3 Rn 123; *LK-Spendel*, § 32 Rn 310 *Gropp*, AT, § 6 Rn 87; *Wohlers*, JZ **1999**, 434; *Tröndle/Fischer*, § 32 Rn 19.

das Risiko einer leichteren Mißhandlung *nicht* hinzunehmen, muß aber grundsätzlich auf möglicherweise tödlich wirkende Abwehrmittel verzichten.

⇒ Lediglich wenn eine Gefahr für das eigene Leben besteht oder eine schwere körperliche Mißhandlung droht, ist (wie auch im allgemeinen) der Einsatz auch von möglicherweise tödlich wirkenden Abwehrmitteln als ultima ratio zulässig.

(b.) Bagatellangriff / Krasses Mißverhältnis

(aa.) Eine weitere sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts besteht hinsichtlich sog. **Bagatellangriffe**, sofern man diese überhaupt als Angriffe qualifiziert.⁴⁶ Hier ist eine Abwehrhandlung, die das Stadium einer Körperverletzung (§ 223) erreicht, schlechthin unzulässig.

Beispiel: Während einer Nachtwanderung leuchtet A den B ständig mit seiner Taschenlampe ins Gesicht. Völlig entnervt schlägt B den A daraufhin an den Kopf. Hier kann sich B nicht auf Notwehr berufen.

(bb.) Nach h.M. ist das Notwehrrecht auch eingeschränkt, wenn der durch die Verteidigungshandlung herbeigeführte Schaden bzw. die durch die Verteidigungshandlung herbeigeführte Gefährdung einerseits und das gefährdete Rechtsgut andererseits in einem **krassen Mißverhältnis** zueinander stehen. Diese Einschränkung des Notwehrrechts stellt zwar keinen Fall der Güterabwägung dar (eine solche findet bei § 32 gerade nicht statt!), beruht aber auf dem Gedanken, gänzlich unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden. Der überall genannte Klassiker „gelähmter Bauer schießt Kind aus dem Apfelbaum“⁴⁷ dürfte dabei zwar nicht mehr allzu klausurverdächtig sein, steht aber exemplarisch für die Erforderlichkeit der Abwehrhandlung (dem gelähmten Bauern steht kein anderes Mittel zur Verfügung, um den Angriff auf sein Eigentum zu beenden) und zugleich für das Nichtvorhandensein der Gebotenheit (es wäre für die Rechtsgemeinschaft – und letztlich für das getötete oder verletzte Kind – unerträglich, wenn sich der Bauer auf Notwehr berufen könnte).⁴⁸

Weiteres Beispiel⁴⁹: A fährt mit seinem Pkw in einen Parkplatz ein, den B für dessen Bekannten C freihält. A rechnet damit, daß B den Parkplatz unter dem Eindruck des langsamen Zufahrens räumen werde. Da B dies jedoch nicht tut, stößt A mit der Stoßstange seines Wagens gegen das linke Schienbein des B. Dieser gerät dadurch aus dem Gleichgewicht und stürzt zu Boden. Dabei zieht er sich eine Prellung am rechten Kniegelenk sowie einige Hautabschürfungen zu.

Hier könnte die von A verwirklichte Körperverletzung infolge Notwehr gerechtfertigt sein. Dabei kann dahinstehen, ob der rechtswidrige Angriff des B in einer Nötigung (§ 240) besteht oder darin zu suchen ist, daß B den A unter Verstoß gegen § 1 StVO an der Benutzung eines öffentlichen Parkplatzes gehindert hat. Jedenfalls steht jedermann aufgrund des Rechts zum Gemeingebrauch von öffentlichen Parkplätzen grundsätzlich die Befugnis zu, dort zu parken. Ein notwehrfähiges Rechtsgut besteht somit. Unterstellt, die Abwehrhandlung des A sei erforderlich gewesen, fehlt es doch an der Gebotenheit. Denn bei einem so geringen Gewicht, das der Blockierung einer Parklücke beizumessen ist, und dem Bagatellcharakter des dem A drohenden materiellen Schadens

46 Vgl. dazu Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 32 Rn 49.

47 Vgl. RGSt 23, 116, 117.

48 Vgl. dazu Roxin, AT, § 15 Rn 56, 73 ff.; SK-Günther, § 32 Rn 111; Fahl, JA 2000, 460 ff.

49 Vgl. BayOBLG NJW 1995, 2646.

wäre eine so drastische Abwehrmaßnahme keine sozialetisch vertretbare Handlung. A ist somit wegen (gefährlicher) Körperverletzung und versuchter Nötigung strafbar. Ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr ist dagegen wegen Geringfügigkeit zu verneinen.

(c.) Schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage

Hat der Verteidiger den Angriff vorwerfbar veranlaßt, wird ganz überwiegend eine Einschränkung des Notwehrrechts diskutiert. Im einzelnen ist jedoch vieles sehr strittig. Im folgenden sollen die wichtigsten Fallgruppen und Auffassungen erläutert werden.

(aa.) Absichtliche Herbeiführung der Notwehrlage - Absichtsprovokation

Wer zielstrebig einen Angriff herausfordert, um den Gegner unter dem Deckmantel der äußerlich gegebenen Notwehrlage verletzen zu können (**Absichtsprovokation**), handelt rechtsmißbräuchlich und ohne Verteidigungswillen.⁵⁰ Umstritten ist, ob und in welchem Maße ihm dadurch das Notwehrrecht entzogen wird.

Beispiel: A möchte B, der ihm seine Freundin ausgespannt hat, mal so richtig „eine überbraten“. Da er davon gehört hat, daß man im Falle einer Notwehr nicht strafbar sei, beschimpft er B auf übelste Weise, um diesen dazu zu bewegen, endlich handgreiflich zu werden, damit er ihn anschließend verprügeln kann. Wie erwartet geht B auf A los, um diesen zu schlagen. Könnte A sich dem B zur Wehr setzen?

- ⇒ Nach h.M.⁵¹ kann sich der Absichtsprovokateur **nicht auf Notwehr berufen** (er sei selbst der Angreifer). In einem solchen Fall habe er dem Angriff auszuweichen. Könne er das nicht, so sei ihm der Rechtfertigungsgrund Notwehr kategorisch versagt, da er bei einem von ihm selbst herbeigeführten Angriff nicht schützenswert sei. Folgt man dieser Auffassung, kann sich vorliegend A nicht auf Notwehr berufen. Er muß den „Angriff“ des B dulden. Setzt sich A dennoch zur Wehr, handelt er rechtswidrig.
- ⇒ Demgegenüber versagt die Gegenauffassung⁵² dem Absichtsprovokateur das Notwehrrecht nicht gänzlich, sondern verlangt von diesem nur, daß er dem Angriff ausweicht. Ist ein Ausweichen nicht möglich, so soll das Notwehrrecht erhalten bleiben. Denn trotz der Provokation bleibe der Angriff rechtswidrig; infolgedessen müsse dem Angegriffenen ein Notwehrrecht zugestanden werden. Gehe man es ihm nicht zu, bedeute dies einen Vorrang des Unrechts, was im Widerspruch zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen stehe. Folgt man dieser Gegenauffassung, wäre im konkreten Fall zu prüfen, ob der Provokateur dem Angriff ausweichen kann. Könnte er dies, tut es aber nicht, sondern läßt sich auf (aktive) Abwehrhandlungen ein, kommt auch die Gegenauffassung nicht umher, ihm das Notwehrrecht zu versagen. Ist hingegen ein Ausweichen bzw. eine Deeskalation nicht möglich, kann er sich demzufolge uneingeschränkt auf das Notwehrrecht berufen. Fraglich ist dann aber, wie das Verhalten des Provokateurs strafrechtlich zu würdigen ist. Hierzu wird teilweise auf die Rechtsfigur der **actio illicita in causa** zurückgegriffen.⁵³ Bei dieser Figur wird bei der Unrechtsbegründung des Provokateurs auf dessen pflichtwidrige Schaffung der

50 BGH NSTZ-RR **2002**, 73; NSTZ 2001, 143; Küpper, JA **2001**, 438, 439; *Altwater*, NSTZ **2002**, 20, 25.

51 BGH NSTZ-RR **2002**, 73; NSTZ **2001**, 143 f.; *Altwater*, NSTZ **2002**, 20, 25; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 347.

52 Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 III 3a; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 57; *NK-Herzog*, § 32 Rn 16; *Gropp*, AT, § 6 Rn 94; *Bockelmann/Volk*, AT, § 15 I 2 f.

53 Vgl. *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 61.

Kollisionslage (hier: Notwehrlage) abgestellt und dieser dann i.d.R. wegen Fahrlässigkeit bestraft, vgl. dazu auch unten S. 126 ff.

Fraglich ist auch, wie zu entscheiden ist, wenn der provozierte Angriff einen anderen Verlauf annimmt, als der Provokateur ihn sich vorgestellt hat.

Beispiel: Im obigen Beispiel zückt B unerwartet ein Messer und beginnt, auf A einzustechen. Hier wird man A wohl das Notwehrrecht einräumen müssen. Auch der Provokateur ist nicht gezwungen, sich töten bzw. lebensgefährlich verletzen zu lassen, wenn der provozierte Angriff unter Benutzung einer Waffe erfolgt.

(bb.) Sonstige vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage

(1) Anders stellt sich die Situation dar, in welcher der Provokateur die Notwehrlage zwar vorwerfbar, nicht aber vorsätzlich herbeiführt. Diesbezüglich sind zum einen die Fälle des **nicht rechtswidrigen, wohl aber „sozialethisch zu beanstandenden“ Vorverhaltens** zu nennen.

Beispiel⁵⁴: In einem überfüllten Zug setzt sich der leicht angetrunkene O, der eine geöffnete Bierdose in der Hand hält, zu T in ein Abteil der 1. Klasse, obwohl er nur ein Ticket für die 2. Klasse hat. Zwar muß T in nur wenigen Minuten aussteigen, er fühlt sich aber durch den Alkoholgeruch erheblich belästigt und öffnet mehrmals das Fenster, um den nur leicht bekleideten O „hinauszuekeln“. O schließt das Fenster immer wieder und droht T schließlich für den Fall des erneuten Öffnens Prügel an. T zeigt daraufhin drohend sein Fahrtenmesser. Im Glauben, O damit genügend eingeschüchtert zu haben, öffnet T erneut das Fenster. Daraufhin stürzt sich O auf T und beginnt, auf ihn einzuschlagen. Zum Zwecke der Verteidigung stößt T dem O das Messer in den Bauch. O stirbt an der Verletzung.

T könnte sich wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) strafbar gemacht haben.⁵⁵ Der Tatbestand des § 227 ist erfüllt. Insbesondere ist die schwere Folge, der Tod des O, unmittelbar durch die Körperverletzung verursacht worden. T könnte aber durch Notwehr gerechtfertigt sein. Eine Notwehrlage liegt vor: T ist von O angegriffen worden. Der Messerstich war auch erforderlich, um den Angriff abzuwehren. Möglicherweise fehlt es aber an der Gebotenheit. Nach allgemeiner Auffassung muß auch derjenige, der zwar nicht absichtlich, aber sonst vorwerfbar eine Notwehrsituation herbeiführt, dem Angriff tunlichst ausweichen. Ist dies nicht möglich, ist bei der Abwehr äußerste Zurückhaltung geboten. Das gilt nach Auffassung des BGH auch in Fällen, in denen das vorwerfbare Vorverhalten nicht rechtswidrig, sondern lediglich sozialethisch anstößig ist (etwa im Fall einer schweren Beleidigung). Vorliegend war nach Auffassung des BGH das Vorverhalten des T dadurch, daß er durch das ständige Öffnen des Fensters während der Fahrt den nur leicht bekleideten O „hinausekeln“ wollte, obwohl er nur noch wenige Minuten Fahrzeit vor sich hatte, mit einer schweren Beleidigung vergleichbar und damit sozialethisch anstößig.⁵⁶ Folgt man der Auffassung des BGH, hätte T sich beim anschließenden Kampf auf Schutzwehr und Hilferufe beschränken müssen. Da er dies nicht tat, sondern in Trutzwehr überging, konnte er sich nach Auffassung des BGH nicht auf Notwehr berufen (a.A. die Vorinstanz).

54 Nach BGHSt 42, 97 ff., dargestellt auch bei *Gropp*, AT, § 6 Rn 95 und *Wessels/Beulke*, AT, Rn 268. Vgl. auch BGH, Urt. v. 7.3.2002 – 3 StR 490/01.

55 In der Fallbearbeitung müßte zwar zuvor noch auf § 212 eingegangen werden. Der Totschlag scheitert aber am erforderlichen Vorsatz.

56 BGHSt 42, 97, 101.

Diese Entscheidung ist in der überwiegenden Literatur auf Kritik gestoßen, da der BGH hier nicht auf rechtliche, sondern auf sozialetische Maßstäbe abstellt.⁵⁷ Eine Einschränkung des Notwehrrechts komme nur bei rechtlich zu beanstandendem Vorverhalten des Notwehrübenden in Betracht.

(2) Bei rechtlich zu beanstandendem (also rechtswidrigem) Vorverhalten seitens des „Notwehrübenden“ diskutiert also auch die Literatur eine Einschränkung des Notwehrrechts. Wer nicht absichtlich, aber sonst rechtswidrig und vorwerfbar (d.h. fahrlässig) eine Notwehrsituation herbeiführe, habe dem von ihm mitverschuldeten Angriff grundsätzlich auszuweichen. Bei fehlender Ausweichmöglichkeit müsse er sich bis zur Grenze des noch Zumutbaren auf defensive Verteidigungshandlungen beschränken; solange diese **Schutzwehr** zur Abwehr ausreiche, dürfe er nicht zur **Trutzwehr** übergehen. Sogar leichtere Verletzungen seien zumutbar. Bleibe ihm aber keine andere Wahl als zur Trutzwehr überzugehen, habe er zumindest eine weniger gefährliche Verteidigung auszuüben bzw. diese zurückhaltend zu praktizieren. Dabei seien um so höhere Anforderungen im Hinblick auf die Vermeidung gefährlicher Konstellationen gestellt, je schwerer die rechtswidrige und vorwerfbare Provokation der Notwehrlage wiege. Andererseits sei ihm die Hinnahme erheblicher eigener Verletzungen nicht zuzumuten. Wo andere Möglichkeiten nicht zur Verfügung stünden oder keine ausreichende Verteidigung gewährleistet, blieben je nach Stärke des Angriffs auch der Griff zur Waffe und im äußersten Notfall sogar die Tötung des Angreifers erlaubt.⁵⁸

Hinweis für die Fallbearbeitung: Im Fall der unbeabsichtigten, aber vorwerfbar herbeigeführten Notwehrlage ist in der Fallbearbeitung zunächst darzulegen, daß dem Notwehrübenden das Notwehrrecht – anders als bei der Absichtsprovokation – nicht von vornherein versagt wird. Bei der Frage, welche Abwehrmaßnahmen zulässig sind, ist nach folgendem „Stufen-Modell“ vorzugehen:

- ⇒ Zunächst muß der Verteidiger versuchen, dem Angriff **auszuweichen**.
- ⇒ Ist ein Ausweichen nicht möglich, muß er sich zumindest auf **Schutzwehrmaßnahmen** beschränken. Dabei sind sogar leichtere Verletzungen zumutbar.
- ⇒ Führen auch Schutzwehrmaßnahmen nicht zur Beendigung des Angriffs, sind – um schwerere Verletzungen abzuwenden – schließlich **Trutzwehrmaßnahmen** gestattet. Dabei hat die Ausübung aber desto zurückhaltender auszufallen, je schwerer die rechtswidrige und vorwerfbare Provokation der Notwehrlage wiegt. Sein Leben muß der die Notwehrlage herbeiführende aber nicht riskieren. Daher ist auch der Einsatz von **Waffen** und (anderen) **gefährlichen Werkzeugen** nicht ausgeschlossen.⁵⁹

(3) Nach der jüngsten diesbezüglichen Rechtsprechung des BGH ist es jedoch abzulehnen, eine Einschränkung des Notwehrrechts wegen des eigenen strafbaren Vorverhaltens des Täters anzunehmen, wenn dieses sich **nicht gegen Rechtsgüter** des Angreifers gerichtet und auch nicht in **unmittelbarem zeitlichem und räumlichem Zusammenhang** mit den Angriffshandlungen gestanden hat. Auch das **Hereinlassen** des Angreifers **in die eigene Wohnung** führe für sich

57 Vgl. nur *Gropp*, § 6 Rn 95a; *Krack*, JR **1996**, 468 f.; *Kühl*, AT, § 7 Rn 223a und StV **1997**, 298; *Lesch*, JA **1996**, 833 f.; *Vassilaki/Hüthig*, Jura **1997**, 266, 268; *Freund*, AT, § 3 Rn 117; *Roxin*, AT, § 15 Rn 69; *SK-Günther*, § 32 Rn 123. Dem BGH zustimmend *Wessels/Beulke*, AT, Rn 349.

58 BGH NSTz **2001**, 143, 144; *Altwater*, NSTz **2002**, 20, 26; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 348; *Tröndle/Fischer*, § 32 Rn 24.

59 Vgl. dazu jüngst BGH, Ur. v. 7.3.2002 – 3 StR 490/01.

gesehen nicht zu einer Schmälerung der Notwehrbefugnis, weil dieses **kein rechtlich oder sozial-ethisch zu mißbilligendes Vorverhalten** sei.⁶⁰

Dem Urteil des BGH lag der Sachverhalt zugrunde, daß der Täter (T) von seinem früheren Freund (O) erpreßt worden war, weil er mit illegalen CD-Raubkopien handelte. Nach neuerlichen, von T zunächst zurückgewiesenen Geldforderungen ließ er den O und dessen Begleiter abends in seine Wohnung ein, obgleich O angekündigt hatte, er werde „das Geld eintreiben“ und den T auch zusammenschlagen lassen. Nach einem Streit über die Geldforderung und sich daran anschließendem gemeinsamen Whiskeytrinken drohte O – der nun 2.500 € verlangte – mit der Zerstörung der Wohnungseinrichtung und der Mitnahme von Einrichtungsgegenständen; er trat gegen die CD-Sammlung des T. Dieser erklärte sich schließlich bereit, den geforderten Betrag zu zahlen, wenn O „seine Sachen in Ruhe ließe“. Er holte aus einem Versteck im Bad seiner Einraumwohnung eine Tüte mit 2.500 € und 500 US-Dollar. Diese nahm der Begleiter des O an sich. T, der wütend darüber war, daß O ihm sein angespartes Geld wegnehmen wollte, trat hinter O, faßte diesen am Kopf und schnitt ihm von hinten mit einem kleinen Küchenmesser mehrfach von links nach rechts durch den Hals. O verstarb noch in der Wohnung. Sein Begleiter konnte zunächst mit dem Geld flüchten.

Der *1. Strafsenat* des BGH hat die Verwirklichung des Mordmerkmals der Heimtücke verneint. Heimtücke setze nach ständiger Rechtsprechung u.a. voraus, daß der Getötete arglos gegenüber einem erheblichen Angriff auf seine körperliche Integrität oder gar auf sein Leben sei. Der Erpresser, der in einer von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpreßten und in dessen Angesicht im Begriff sei, seine Tat zu vollenden (Geldübergabe oder -wegnahme), sei nicht arglos im Sinne des Mordmerkmals der Heimtücke. Das gelte auch dann, wenn er mit einer Gegenwehr seines Opfers nicht rechne und von dieser überrascht sei. Denn der Erpresser sei der eigentliche Angreifer. Dem Erpreßten gestehe die Rechtsordnung das Notwehrrecht zu. Mit dessen Ausübung müsse jeder Angreifer in solcher Lage grundsätzlich rechnen. Grundsätzlich ergebe sich auch dann nichts anderes, wenn der Erpreßte die Grenzen erlaubter Verteidigung überschreite. Da das Landgericht (die Vorinstanz) darüber hinaus mit rechtsfehlerhafter Begründung das Vorliegen einer objektiv gegebenen, zum Zeitpunkt des Tötungsaktes andauernden Notwehrlage des Angeklagten verneint habe, müsse eine andere Strafkammer des Landgerichts nun auch prüfen, ob die Gegenwehr des T erforderlich und geboten war, um den Verlust des Geldes abzuwenden. Dabei werde zu erörtern sein, ob in der gegebenen Situation die Möglichkeit bestand, noch rechtzeitig polizeiliche Hilfe zu erlangen. Auch werde die Frage zu beantworten sein, ob das Notwehrrecht des T einer Einschränkung unterlag. Jedenfalls sei es abzulehnen, eine Einschränkung des Notwehrrechts wegen des eigenen strafbaren Vorverhaltens des T (Urheberrechtsverletzungen) anzunehmen. Denn dieses habe sich nicht gegen Rechtsgüter des Erpressers gerichtet und auch nicht in unmittelbarem zeitlichem und räumlichem Zusammenhang mit den Erpressungen gestanden. Auch das Hereinlassen des Erpressers in die eigene Wohnung führe für sich gesehen nicht zu einer Schmälerung der Notwehrbefugnis, weil es kein rechtlich oder sozial-ethisch zu mißbilligendes Vorverhalten sei. Auf die in der Fachliteratur erwogene Einschränkung des Notwehrrechts für Fälle der sog. Schweigegelderpressung („**Chantage**“: Androhung kompromittierender Enthüllungen zum Zwecke der Erpressung) brauchte der *Senat* nicht näher einzugehen, weil der Erpresser hier eine „**gemischte Drohkulisse**“ aufgebaut und auch mit Sachbeschädigungen und dem Einsatz räuberischer Mittel gedroht bzw. begonnen hatte.

60 BGH, Urteil v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02.

(4) Sofern der die Notwehrlage rechtswidrig und/oder vorwerfbar herbeiführende Verteidiger sich auf das Notwehrrecht berufen kann, ist er aus dem konkreten vorsätzlichen Verletzungsdelikt also nicht strafbar. In diesem Fall muß aber der Frage nachgegangen werden, ob sonst eine Strafbarkeit begründet werden kann.

(a) Zunächst ist an einen **Versuch** zu denken. Der Strafbarkeitsvorwurf könnte an das rechtswidrige Vorverhalten anknüpfen, ist aber eine Frage des konkreten Einzelfalles. Vgl. dazu Abschlußfall auf S. 129.

(b) Schließlich ist eine **Fahrlässigkeitstat** in Betracht zu ziehen. Anknüpfungspunkt des Fahrlässigkeitsvorwurfs ist dabei nicht die konkrete Verletzungshandlung, da diese bereits durch Notwehr gerechtfertigt ist und eine gerechtfertigte Tat nicht Anknüpfungspunkt eines Pflichtwidrigkeitsvorwurfs sein kann (ein und dieselbe Tat kann nicht sowohl rechtmäßig als auch rechtswidrig sein).⁶¹ Der Pflichtwidrigkeitsvorwurf könnte aber an das rechtswidrige und vorwerfbare Vorverhalten des Täters anknüpfen.

Hierzu wird teilweise auf die bereits erwähnte Rechtsfigur der *actio illicita in causa*⁶² zurückgegriffen.⁶³ Bei dieser Figur wird bei der Unrechtsbegründung des Provokateurs auf dessen pflichtwidrige Schaffung der Kollisionslage (hier: Notwehrlage) abgestellt und dieser dann regelmäßig wegen Fahrlässigkeit bestraft. Es findet somit (ähnlich wie bei der Figur der *actio libera in causa*) eine Vorverlagerung der strafrechtlichen Verantwortung statt.

Gerade wegen der Vorverlagerung des strafrechtlichen Vorwurfs wird diese Rechtsfigur von der h.L. auch abgelehnt. Zwar sei es richtig, daß der Verteidiger rechtswidrig und vorwerfbar die Notwehrlage herbeigeführt habe, den Entschluß, sich zu verteidigen (und so die konkrete Tat zu verwirklichen), habe er aber erst zeitlich später gefaßt. Diese Zäsur führe zum Abbruch der objektiven Zurechenbarkeit des späteren Erfolgseintritts.⁶⁴

Der BGH hat nun eine Trendwende seiner Rechtsprechung eingeläutet.⁶⁵ Ohne ausdrückliche Benennung der Figur der *actio illicita in causa* begründet er eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des infolge Notwehr gerechtfertigten Provokateurs und knüpft hinsichtlich des Fahrlässigkeitsvorwurfs an das rechtswidrige und vorwerfbare Vorverhalten an. Insbesondere sei der Ursachenzusammenhang nicht dadurch unterbrochen, daß plötzlich für den Provokateur eine neue, unerwartete Situation entstanden sei. Denn es sei anerkannt, daß eine Ursache im Rechtssinne ihre Bedeutung nicht verliert, wenn außer ihr noch andere Ursachen zur Herbeiführung des Erfolgs beitragen.

Bewertung: Mit seiner in diesem Zusammenhang jüngsten Entscheidung erkennt der 3. Senat des BGH die Rechtsfigur der *actio illicita in causa* zwar nicht ausdrücklich an, wohl aber die ihr zugrunde liegende Vorverlegungsstruktur. Damit scheint sich der 3.

61 Vgl. BGH NSTZ 2001, 143, 145; LK-Jähnke, § 222 Rn 18.

62 Der Begriff entstammt dem Lateinischen und bedeutet soviel wie „im Ursprung verbotene Handlung“.

63 Vgl. Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 32 Rn 61.

64 Vgl. Stuckenberg, JA 2002, 172, 176; Joecks, § 32 Rn 26; Wessels/Beulke, AT, Rn 350; auf den Einzelfall abstellend Tröndle/Fischer, § 32 Rn 24. Auch der BGH hat bislang die Figur der *actio illicita in causa* stets abgelehnt und einen Fahrlässigkeitsvorwurf nicht erhoben (vgl. BGH NSTZ 1983, 452; 1988, 450; BGH MDR 1992, 69, 70).

65 BGH NSTZ 2001, 143 ff. (ablehnend Eisele, NSTZ 2001, 416; Engländer, Jura 2001, 534; Stuckenberg, JA 2002, 172, 176; zweifelnd Mitsch, JuS 2001, 751). Vgl. auch Stuckenberg, JA 2001, 894 ff.; Altvater, NSTZ 2002, 20, 26.

Senat der (auch hier vertretenen) Auffassung des 4. Senats⁶⁶ anzunähern. Dieser hatte in bezug auf fahrlässige Erfolgsdelikte, bei denen der Täter im Zustand der alkoholbedingten Schuldunfähigkeit handelt, eine Strafbarkeit aus der ebenfalls fraglichen Figur der *actio libera in causa* abgelehnt, eine Strafbarkeit aber wegen Fahrlässigkeit begründet. Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs sei bei § 222 – wie auch bei anderen fahrlässigen Erfolgsdelikten – jedes in bezug auf den tatbestandsmäßigen „Erfolg“ sorgfaltswidrige Verhalten des Täters, das dieser ursächlich herbeiführe. Aus diesem Grund würden, wenn mehrere Handlungen als sorgfaltswidrig in Betracht kämen (wie hier das Sich - Betrinken trotz erkennbarer Gefahr einer anschließenden Trunkenheitsfahrt einerseits und diese Fahrt selbst andererseits), keine Bedenken bestehen, den Fahrlässigkeitsvorwurf an das zeitlich frühere Verhalten anzuknüpfen, das dem Täter - anders als das spätere - auch als schuldhaft vorgeworfen werden könne.⁶⁷ Obwohl eine direkte Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht gegeben ist, ist nach der hier vertretenen Auffassung doch der Auffassung des 3. Strafsenats zu folgen. Zwar kann sich der Notwehrübende im Stadium des konkreten Angriffs auf Notwehr berufen, so daß eine Strafbarkeit aus einem Vorsatzdelikt gerechtfertigt ist, davon unberührt bleibt jedoch die Vorwurf, daß er selbst die Situation (wenn auch fahrlässig) herbeigeführt hat. Gerät dann das Geschehen außer Kontrolle, kann er dieses zwar nicht mehr beeinflussen, er hätte es aber vermeiden müssen, die gefährliche Situation überhaupt erst herbeizuführen. Vgl. dazu auch den Abschlußfall auf S. 129.

(cc.) Die „Abwehrprovokation“

Von der Notwehrprovokation in der dargestellten Form zu unterscheiden ist die sog. **Abwehrprovokation**. Bei dieser geht es darum, daß sich der Täter für einen von ihm erwarteten Angriff mit einem (gefährlichen) Abwehrmittel „ausrüstet“ und dieses in der dann auch später tatsächlich eintretenden Notwehrlage einsetzt.⁶⁸ Auch hier ist fraglich, ob ihm daraus ein Vorwurf gemacht werden kann.

Beispiel: Hundehalter T weiß, daß der ortsbekannte Zuhälter Z schon des öfteren seinen Kampfhund auf andere Hunde gehetzt hat, um diese von dem Hund (tot-)beißen zu lassen. Ihm war auch bekannt, daß die zuständige Ordnungsbehörde bereits einen Leinen- und Maulkorbzwang verfügt hat, an den sich Z aber nicht hält. Aus Angst, daß auch sein Hund Opfer des Kampfhundes wird, nimmt T bei seinen Spaziergängen stets ein Fahrtenmesser mit, um gegen etwaige Angriffe gerüstet zu sein. Tatsächlich attackiert der Kampfhund des Z einige Tage später den Hund des T. Um diesen zu retten, sticht T auf den Kampfhund ein und tötet ihn dabei. Strafbarkeit des T aus § 303 ?

- ⇒ Der BGH und ein Teil der Literatur gewähren dem Verteidiger im Falle der Abwehrprovokation das **uneingeschränkte Notwehrrecht**, weil den Verteidiger an der konkreten Notwehrlage kein Vorwurf treffe.⁶⁹ Demnach könnte sich T auf § 32 berufen.
- ⇒ Die Gegenauffassung will zumindest den Gesichtspunkt der Absichtprovokation berücksichtigen. Habe sich der Verteidiger bewußt ausgerüstet, um das gefährliche Mittel zum Einsatz zu bringen, müsse das Notwehrrecht **begrenzt** oder sogar **versagt** werden.⁷⁰ Folgt man dieser Auffassung, wäre T das Notwehrrecht versagt oder doch zumindest begrenzt.

Stellungnahme: Wenn sich der (spätere) Verteidiger in Erwartung einer Notwehrlage gleichsam „hochrüstet“, ist eine Eskalation vorprogrammiert. Das gilt insbesondere

66 BGHSt 42, 235 ff. (keine Anwendbarkeit der *actio libera in causa* auf Verkehrsstraftaten).

67 BGHSt 42, 235, 236 f.

68 Vgl. Tröndle/Fischer, § 32 Rn 24; Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 32 Rn 61b; Küpper, JA 2001, 438.

69 NK-Herzog, § 32 Rn 119; SK-Günther, § 32 Rn 126; Tröndle/Fischer, § 32 Rn 24.

70 OLG Stuttgart NJW 1992, 850 f.; Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 32 Rn 61b; Küpper, JA 2001, 438, 440.

dann, wenn der Täter bspw. Schießübungen unternimmt, um den späteren Angreifer dann auch möglichst zu treffen. Daß hier eine Einschränkung des Notwehrrechts diskutiert wird, ist nachvollziehbar. Auf der anderen Seite hat der spätere Verteidiger – anders als bei der Absichtsprovokation – den späteren Angreifer gerade nicht absichtlich provoziert, um diesen unter dem Deckmantel der Notwehr gezielt verletzen (bzw. töten) zu können. Daher bietet sich eine differenzierte Betrachtungsweise an: Niemand braucht rechtswidrige Angriffe zu dulden; auch ist es nicht zumutbar, sich von bestimmten, frei zugängliche Örtlichkeiten fernzuhalten, nur um eine Eskalation mit sich dort aufhaltenden möglichen Angreifern zu vermeiden. Daher steht dem Verteidiger das Notwehrrecht grundsätzlich uneingeschränkt zur Verfügung. Lediglich wenn ein weniger gefährliches Abwehrmittel eine gleichwertige Erfolgchance bietet und der Einsatz eines solchen weniger gefährlichen Abwehrmittels für den Verteidiger auch zumutbar ist, muß er sich auf dieses beschränken. Gänzlich versagt werden sollte das Notwehrrecht lediglich bei einem krassen Mißverhältnis oder bei einem sonstigen fehlenden Rechtsbewährungsinteresse.

Im vorliegenden Fall konnte und mußte T damit rechnen, daß sein Hund von dem Kampfhund des Z angegriffen würde. Die einzige Alternative, einem möglichen Angriff auszuweichen, hätte darin bestanden, den Hund an einem weiter entfernten Ort auszuführen. Doch es ist nicht einzusehen, warum T einen bestimmten, frei zugänglichen Ort meiden sollte, nur um einen von ihm nicht zu verantwortenden Angriff auszuweichen. Dieser würde ausschließlich von Z ausgehen. Deshalb durfte T das Fahrtenmesser bei sich führen, um einen späteren möglichen Angriff abzuwehren. Das Töten des Kampfhundes war daher gem. § 32 gerechtfertigt.

bb. Subjektive Rechtfertigungsmerkmale

Wird der auch vom BGH⁷¹ vertretenen Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen gefolgt, muß der Täter, um subjektiv gerechtfertigt zu sein, in Kenntnis des objektiven Rechtfertigungstatbestands und mit dem Willen, sich zu verteidigen, gehandelt haben. Zusätzliche Motive, wie beispielsweise Eifersucht, Neid, Haß, Wut oder das Streben nach Vergeltung spielen dabei keine Rolle, sofern sie jedenfalls den Rechtfertigungswillen nicht völlig in den Hintergrund drängen.⁷²

cc. Irrtumsfragen

Sofern der Täter von dem Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehr ausgeht, unterliegt er einem **Erlaubnistatbestandsirrtum**, der nach dem BGH gem. § 16 I S. 1 analog zum Vorsatzausschluß⁷³ und nach der hier vertretenen h.L.⁷⁴ zum Ausschluß des Vorsatzschuldvorwurfs führt. Das gilt auch für den Fall, in dem der Täter in einer Notwehrlage zur Abwehr des Angriffs seine mitgeführte **Schusswaffe** gebraucht und ihm dabei nicht bewußt war, daß ihm weniger gefährliche Abwehrmittel in dieser Situation zur Verfügung standen.⁷⁵ Irrt der Täter dagegen über die rechtliche Zulässigkeit der Abwehr (**Erlaubnisirrtum**), liegt ein **Verbotsirrtum** vor, der bei Unvermeidbarkeit über § 17 S. 1 zum Schuldaußschluß und bei Vermeidbarkeit über § 17 S. 2 und § 49 I zur fakultativen Strafmilderung führt.

71 Vgl. nur jüngst BGH NSTz **2001**, 143, 144 und NSTz **2001**, 530.

72 BGH NSTz **2000**, 365, 366; BayObLG NSTz-RR **1999**, 9; *Roxin*, AT, § 14 Rn 95 u. § 15 Rn 111; *Tröndle/Fischer*, § 32 Rn 14.

73 BGH NJW **2000**, 885, 887; zust. Mitsch, JuS **2000**, 848, 850. Vgl. auch BGH NSTz **2001**, 530, und BGH NSTz-RR **2002**, 73.

74 Vgl. nur *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 III 2d; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 479.

75 BGH NSTz **2001**, 530.