

## § 12: Die Notwehr

### I. Einführung

§ 32 StGB regelt den Rechtfertigungsgrund der Notwehr. Dabei ist die Notwehr der Rechtfertigungsgrund, der ein tatbestandsmäßiges Verhalten am weitreichendsten rechtfertigen kann. Sogar die Tötung eines Menschen kann durch § 32 StGB gerechtfertigt sein. Der Grund für die weitreichende Wirkung liegt insb. darin, dass § 32 StGB – anders als § 34 StGB – keine Abwägung des verteidigten und des verletzten Rechtsguts verlangt. Man spricht daher von einem „schneidigen Notwehrrecht“. Im Gegenzug sind die Voraussetzungen, die für die Anwendung der Notwehr vorliegen müssen höher als bei anderen Rechtfertigungsgründen.

Die h.M. (BGHSt 48, 207; Roxin AT I § 15 Rn. 1; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 481) begründet das Notwehrrecht dualistisch. Danach liegen dem Notwehrrecht zwei tragende Prinzipien zugrunde:

- Selbstverteidigungsprinzip: In der Notsituation ist es jedem erlaubt, seine Rechtsgüter selbst zu verteidigen.
- Rechtswahrungsprinzip: In der Notlage ist der Angegriffene immer auch Repräsentant des Rechts und dessen aktueller Verteidiger gegen das Unrecht.

Die Kenntnis der das Notwehrrecht tragenden Prinzipien ist unerlässlich, da sich durch sie bestimmte Begrenzungen des Notwehrrechts, in der Regel über die Gebotenheit der Verteidigung, nachvollziehen lassen.

## II. Voraussetzungen der Notwehr

Gem. § 32 II StGB ist Notwehr die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

### 1. Notwehrlage

§ 32 II StGB setzt zunächst das Vorliegen eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs voraus.

#### a) Angriff

Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung eines notwehrfähigen Rechtsguts (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 483; *Rengier* AT § 18 Rn. 6 ff.; **Hinweis:** Es muss dabei kein Straftatbestand verwirklicht werden.).

Ausgeschlossen werden durch dieses Merkmal also:

- Tierangriffe (beachte aber, dass das Aufhetzen eines Tieres menschliches Verhalten ist und daher einen Angriff darstellen kann).
- Verhalten, dem die Handlungsqualität fehlt (Bsp.: epileptischer Krampf).

Umstritten ist, ob auch ein Angriff durch Unterlassen möglich ist. Bsp. (nach *Rengier AT*, § 18 Rn. 16): *T verletzt O bei einem Verkehrsunfall schwer. Anschließend weigert er sich, den O ins Krankenhaus zu fahren. Da keine andere Hilfe zu erwarten ist, fesselt der hinzukommende P den T, nimmt sein Auto und fährt O damit ins Krankenhaus.* Liegt im Unterlassen des T ein Angriff auf das Leben des O, so dass P hinsichtlich der Freiheitsberaubung nach § 32 StGB gerechtfertigt gehandelt haben könnte?

- Teilweise (*Sch/Sch/Perron* § 32 Rn. 10) wird die Möglichkeit eines Angriffs durch Unterlassen generell verneint.
  - ⊕ Ein Angriff fordert schon begrifflich ein aktives Tun.
  - ⊖ § 13 StGB stellt ein Unterlassen gerade einem aktiven Tun gleich.
- Nach a.A. (*Otto AT* § 8 Rn. 18) soll ein Angriff durch Unterlassen bei der Verletzung einer beliebigen Rechtspflicht (auch § 323c StGB) vorliegen.
  - ⊕ Effektivität der Notwehr: Bei einem Verstoß gegen eine beliebige Rechtspflicht bedingt das Unterlassen eine unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts, die man abwenden können muss.
  - ⊖ Verteidigung ist die Abwendung einer aus bestimmten Quellen drohenden Verletzung, nicht aber die zwangsweise Durchsetzung eines Rettungsanspruchs.
  - ⊖ Nur im Fall des § 13 StGB steht ein Unterlassen einem aktiven Tun gleich.
- Nach h.M. (*Roxin AT I* Rn. 11; *Stratenwerth/Kuhlen AT* § 9 Rn. 65; *Wessels/Beulke/Satzger AT* Rn. 485; *Rengier AT* § 18 Rn. 15) stellt ein Unterlassen daher einen Angriff dar, wenn im Unterlassen ein Ver-

stoß gegen eine Garantenpflicht i.S.d. § 13 StGB liegt. Nach dieser Ansicht läge in obigem Beispiel also ein Angriff vor, da den T bezüglich des Zustands des O eine Garantenpflicht aus Ingerenz trifft (näher zu dieser dann in Abschnitt 7 der Vorlesung).

Zu den notwehrfähigen Rechtsgütern zählen alle Individualrechtsgüter und sonstigen rechtlich geschützten Interessen (wie der Gemeingebrauch beim Kampf um die Parklücke). Rechtsgüter der Allgemeinheit (z.B. Vertrauen in die Unbestechlichkeit des Beamtenapparates) sind dagegen grds. nicht notwehrfähig, denn der Staat kann sich regelmäßig selbst helfen und Staatsnothilfe ist die absolute Ausnahme des Art. 20 IV GG. Zu beachten ist aber, dass notwehrfähige Individualrechtsgüter (z.B. Eigentum, Vermögen) auch dem Staat zustehen können. So ist Nothilfe gegen den Dieb, der einen im Landeseigentum stehenden PC stiehlt, denkbar.

Angegriffener und Verteidiger müssen nicht identisch sein (Fälle der Nothilfe). Die Nothilfe richtet sich grds. nach den gleichen Kriterien wie die Notwehr. Darüber hinaus ist aber erforderlich, dass der Angegriffene mit der Verteidigung zumindest mutmaßlich einverstanden ist.

Ergänzend zum Parklückenfall: Dem Autofahrer steht gegen den „Besitzer der Parklücke“ grundsätzlich das Notwehrrecht zu. Genauer zu prüfen ist allerdings die Reichweite des Notwehrrechts. Der Maßstab dessen, was zur Angriffsabwehr „erforderlich“ ist, bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Falls. Dabei ist zu bedenken, dass es sich bei der Nutzung einer Parklücke um ein eher geringwertiges Rechtsgut handelt. Das BayObLG hat es daher als zumutbar angesehen, sich nach einer anderen Parklücke umzusehen. Wäre eine solche nicht in Sicht, wird der „Besitzer“ zunächst zur Räumung der Parklücke aufzufordern sein. Möglicherweise wird ein Wegtragen noch vom Notwehrrecht erfasst sein, Verletzungen aber jedenfalls nicht.

Handelt es sich bei dem Besetzer um ein Kind oder meint der Besetzer, im Recht zu sein, ist zudem an weitere Einschränkungen auf Ebene der Gebotenheit zu denken (vgl. BayObLG NJW 1963, 824).

## b) Rechtswidrigkeit des Angriffs

Der Angriff ist rechtswidrig, wenn er nicht von einer Erlaubnisnorm gedeckt ist (*Kindhäuser* AT § 16 Rn. 21; *Fischer* StGB § 32 Rn. 21; lesenswert BGH NSTz 2012, 144).

Gegen einen durch Notwehr oder einen anderen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigten Angriff ist also keine Notwehr möglich.

Fraglich ist, ob ein rechtswidriger Angriff (kann auch fahrlässiges Verhalten sein) auch bei einem **obj. pflichtgemäßen Verhalten** (z.B. drohender Verkehrsunfall trotz Einhaltung aller Verkehrsregeln) vorliegt.

- Nach h.M. (*Roxin* AT I § 15 Rn. 14; *Stratenwerth/Kuhlen* § 9 Rn. 73; *Sch/Sch/Perron* § 32 Rn. 21) liegt in einem obj. pflichtgemäßen Verhalten kein rechtswidriger Angriff.
- Nach einer Mindermeinung (*Jescheck/Weigend* S. 341) ergibt sich die Rechtswidrigkeit dagegen schon daraus, dass der Angriff ein rechtlich geschütztes Gut bedroht.
  - ⊖ Bei obj. sorgfaltsgemäßen Verhalten fehlt es am Handlungsunwert und deshalb an der Rechtswidrigkeit. Die Verwirklichung eines erlaubten Risikos widerspricht der Rechtsordnung gerade nicht.
  - ⊖ Der Angegriffene ist nicht schutzlos, da Gegenwehr über § 34 StGB möglich bleibt.

Uneinheitlich wird auch die Frage beurteilt, ob der Angreifer **schuldhaft** handeln muss.

- Teilweise (*Otto* AT § 8 Rn. 21; *NK/Kindhäuser* § 32 Rn. 65 f.) wird das Vorliegen eines schuldhaften Angriffs verlangt.
  - ⊕ Das Rechtsbewährungsprinzip tritt bei einem schuldlosen Angriff in den Hintergrund, da die Geltung der Rechtsordnung hier nicht oder nur in einem geminderten Maße in Frage gestellt wird (vgl. §§ 20, 21 StGB).
  - ⊕ Nur dem schuldhaft Handelnden können die vollen Kosten des Konflikts – die Einbuße seiner Güter als Folge der Verteidigungshandlung – aufgebürdet werden. Schuldlos Handelnde sollen die Kosten allenfalls nach den Regeln des defensiven Notstands (§ 228 BGB analog) tragen müssen.
  - ⊖ Der Wortlaut des § 32 II StGB verlangt nur einen rechtswidrigen, keinen schuldhaften Angriff.
  - ⊖ Rechtsnormen gelten auch gegenüber schuldlos Handelnden, so dass das Rechtsbewährungsprinzip durchaus eingreift.
  - ⊖ Eine sachgerechte Einschränkung der Notwehr gegen schuldlos handelnde Personen ist auf der Ebene der Gebotenheit möglich.
- Die h.M. (*BGHSt* 3, 217; *Roxin* AT I § 15 Rn. 19; *Rengier* AT § 18 Rn. 30) geht daher davon aus, dass die Schuld des Angreifers keine Voraussetzung des Notwehrrechts ist.

### c) **Gegenwärtigkeit des Angriffs**

Gegenwärtig ist ein Angriff, der im Sinne einer akut bedrohlichen Lage unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert (BGH NJW 1973, 255; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 487; *Rengier* AT § 18 Rn. 19 ff.).

- Unmittelbar bevor steht ein Angriff bei einem Verhalten, das unmittelbar in die eigentliche Verletzungshandlung umschlagen soll oder umzuschlagen droht (z.B. Ausholen zum Schlag).
- Ein Angriff findet gerade statt, wenn der Angreifer die Grenze zum Versuch überschritten hat, die Tat jedoch noch unvollendet ist.
- Der Angriff dauert bei Dauerdelikten so lange fort, wie der rechtswidrige Zustand andauert. Bei sonstigen Delikten dauert der Angriff bis zur materiellen Beendigung der Tat fort.

An der Gegenwärtigkeit des Angriffs fehlt es dagegen, wenn der Angriff erst in Zukunft zu erwarten ist. Das gilt auch, wenn es mehr oder minder sicher ist, dass es zu einem Angriff kommen wird. Wie derartige Präventivmaßnahmen zu behandeln sind, ist umstritten.

*Bsp. (angelehnt an BGHSt 48, 255): F und M waren verheiratet. Im Laufe der Ehe kam es immer wieder zu heftigen Streitigkeiten und tätlichen Auseinandersetzungen. Diese wurden immer intensiver und häufiger, denn auch die Töchter des Ehepaares blieben nicht verschont. Durch die fortgesetzten Beleidigungen und Tätlichkeiten geriet F an die Grenzen ihrer psychischen und physischen Belastbarkeit. Spätestens seit Sommer 2001 fasste sie sich deshalb verstärkt mit dem Gedanken, M zu töten. Als M am Tag*

*nach Hause kam, stritt er erneut mit F. Eine halbe Stunde lang beschimpfte er sie, bespuckte sie und schlug ihr ins Gesicht, so dass sie aus dem Mund blutete. Anschließend ging er zu Bett. F entschloss sich die Gelegenheit zu nutzen und M zu töten, da sie darin den einzigen Ausweg sah, sich und ihre Töchter künftig vor den Schlägen des M zu schützen. Sie betrat das Schlafzimmer und tötete ihren schlafenden Ehemann mit einem Revolver.*

F hat den Tatbestand des § 212 StGB erfüllt. Fraglich ist aber, ob zu ihren Gunsten § 32 StGB eingreift. Nach o.g. Definition lag kein gegenwärtiger Angriff des M vor. Vielmehr lag dieser zum fraglichen Zeitpunkt schlafend im Bett. Gleichwohl erscheint es aber hinreichend sicher, dass es auch künftig zu weiteren Tötlichkeiten des M gekommen wäre. Ein Abwarten der F auf den Kampf mit M hätte jedoch zu einer ganz erheblichen Reduktion der Verteidigungsmöglichkeiten der körperlich unterlegenen F geführt. Wie Fallgestaltungen dieser Art zu lösen sind, wird uneinheitlich beantwortet:

- *Schmidhäuser* AT § 9 Rn. 94 schlägt vor, den Begriff der Gegenwartigkeit erweiternd auszulegen und sie schon dann zu bejahen, wenn der Angriff später nicht mehr oder nur unter erschwerten Bedingungen abgewendet werden kann (sog. Effizienzlösung).
- ⊖ Restriktive Auslegung des schneidigen Notwehrrechts erforderlich.
- ⊖ Es werden Fälle dem Notwehrrecht unterstellt, in denen die Hinzuziehung obrigkeitlicher Hilfe ohne Weiteres möglich gewesen wäre.
- In Betracht gezogen werden kann überdies, bei derartigen Fällen die Abwägungskriterien des § 228 BGB in die Abwägung nach § 34 StGB zu integrieren (bspw. *MüKo/Erb* § 32 Rn. 105, § 34 Rn. 162 ff.).



- ⊕ § 34 StGB ist auf Fälle des aggressiven Notstands zugeschnitten. Hier liegt jedoch eher der Fall des Defensivnotstands vor, da auf denjenigen eingewirkt wird, von dem die Gefahr ausgeht.
- ⊖ Mit einer Integration des § 228 BGB würden Regeln, die für Sachen und Tiere gelten, auf die Tötung von Menschen übertragen. Von vergleichbaren Sachverhaltsgestaltungen kann daher nicht gesprochen werden.
- Teilweise wird auch vorgeschlagen, § 32 StGB auf diese notwehrähnliche Lage analog anzuwenden (vgl. *Krey/Esser AT* Rn. 490).
- ⊖ Das Notwehrrecht ist auf Ausnahmesituationen bezogen und daher nicht analogiefähig.

Anmerkung: Geht man mit der erstgenannten Ansicht vom Vorliegen einer Notwehrlage aus, ist auf der Ebene der Erforderlichkeit zu bedenken, ob die Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe ein milderes Mittel dargestellt hätte. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die Polizei bereits präsent ist, sondern auch, wenn sie ohne Weiteres herbeigerufen werden kann.

Verneint man die Gegenwärtigkeit des Angriffs, ist streitig, ob in diesen sog. Haustyrannen-Fällen die Tötung über § 34 StGB gerechtfertigt werden kann. Hiergegen spricht der Grundsatz, dass das Leben der Abwägung generell nicht zugänglich ist (vgl. *KK § 13*). In besonders gelagerten Fällen (der tyrannisierten Frau drohen Tod bzw. massive Körperverletzungen und es besteht für sie keinerlei anderweitige Ausweichmöglichkeit) wird teilweise vertreten, dass auch die gezielte Tötung über § 34 StGB gerechtfertigt sein könne (vgl. *MüKo/Erb § 34 Rn. 170*).

Unter dem Stichwort der „antizipierten Notwehr“ werden Fälle der selbstständig wirkenden Abwehrvorrichtungen diskutiert. Hierunter fällt etwa das Aufstellen von elektrischen Zäunen oder gar die Installation von Selbstschussanlagen, um das eigene Grundstück vor Einbrechern zu schützen.

Werden durch solche Vorrichtungen Verletzungen bei einem Eindringling verursacht, stellt sich hinsichtlich möglicher Tatvorwürfe der §§ 212, 223 f. StGB gegen den Aufsteller zunächst die Frage der objektiven Zurechnung. Bei „sozialadäquaten Vorkehrungen“ wie üblicher Umfriedung eines Grundstücks (Stacheldrahtzaun o.ä.) ist bereits kein „rechtlich missbilligtes Risiko“ geschaffen. Bei nicht sozialadäquaten Vorrichtungen ist zu prüfen, ob der „Angreifer“ erkannte, dass er sich bei Betreten des Grundstücks in Gefahr begibt (bspw. weil ein gut sichtbarer Warnhinweis am Zaun angebracht wurde) und deshalb eine einverständliche Selbstgefährdung anzunehmen ist, die bereits den Tatbestand ausschließt.

Wird der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen, stellt sich bei der Frage einer Rechtfertigung gemäß § 32 StGB zunächst die Frage nach der Gegenwärtigkeit des Angriffs. Dass es an einem gegenwärtigen Angriff fehlte, als die Vorkehrung erstmalig installiert wurde, ist unschädlich, solange sie erst wirkt, sobald das Grundstück widerrechtlich betreten wird.

Die (automatisierte) Notwehrhandlung ist allerdings nur dann auch erforderlich, wenn die automatische Anlage technisch so eingerichtet ist, dass sie bei keinem der zu erwartenden Angriffe das jeweils erforderliche Maß überschreitet. Deshalb ist ein System „stufenweise gesteigerter Abwehrmechanismen“ einzurichten, also hintereinander geschaltete, immer stärker werdende Abwehrmaßnahmen (vgl. MüKo/Erb § 32 Rn. 173 ff.; zum Ganzen auch *Roxin AT I*, § 15 Rn. 51 ff.).

## 2. Notwehrhandlung

### a) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung

Gem. § 32 II StGB ist die Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff nur in den Grenzen der Erforderlichkeit zugelassen.

**Geeignetheit** bedeutet dabei, dass die Maßnahme grds. dazu in der Lage ist, den Angriff entweder ganz zu beenden oder ihm wenigstens ein Hindernis in den Weg zu legen. Auch Verteidigungshandlungen, die den Angriff lediglich abmildern, sind dabei als geeignet anzusehen.

**Erforderlich** ist diejenige Verteidigungshandlung, die zur Angriffsabwehr geeignet ist und dabei das relativ mildeste der in Betracht kommenden Verteidigungsmittel ist (BGHSt 3, 217; *Kindhäuser* AT § 16 Rn. 27).

Für die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit ist eine objektive ex-ante-Betrachtung maßgeblich. Es kommt also darauf an, welche Maßnahmen ein verständiger Beobachter im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung unter den Gegebenheiten der Notwehrlage zur sicheren Abwehr des Angriffs für notwendig erachten würde (BGH NStZ 2016, 84, 85; MüKo/*Erb* § 32 Rn. 130 ff.).

Das **mildeste Mittel** ist jenes, das bei gleicher Wirksamkeit den geringsten Schaden anrichtet (vgl. zum Ganzen *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 500).

Für die Bewertung der Erforderlichkeit kommt es maßgeblich auf die konkrete Kampfeslage an (BGHSt 27, 336), die daher im Gutachten regelmäßig umfassend herausgearbeitet werden muss. Hierfür gilt:

- Auf Verteidigungsmittel, deren Abwehrerfolg ungewiss ist, muss sich der Täter nicht verlassen (BGH NStZ-RR 2007, 199).
- Auch Flucht ist kein in Betracht kommendes Mittel, da das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht und der Angegriffene auch für den Bestand der Rechtsordnung eintritt (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 506; *Rengier* AT § 18 Rn. 38).
- Obrigkeitliche Hilfe ist in Anspruch zu nehmen, soweit sie rechtzeitig erreichbar ist und somit effektiven Schutz vor dem Angriff gewährt (BGHSt 39, 133).
- Lebensgefährliche Abwehrmittel wie insb. Schusswaffen dürfen grundsätzlich nur abgestuft eingesetzt werden (BGH NStZ 2001, 530):
  - Zunächst ist der Einsatz anzudrohen.
  - Sodann ist, soweit möglich, auf einen bloßen Verletzungserfolg zu zielen.
  - Schließlich bleibt als ultima ratio auch die Tötung des Angreifers zulässig.
- Bei dieser Abstufung handelt es sich jedoch nicht um eine „starre Regel“ (MüKo/*Erb* § 32 Rn. 167). Maßgeblich ist immer der Einzelfall. So kann unter Umständen auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz einer Waffe durch Notwehr gerechtfertigt sein (BGH NStZ-RR 2016, 271: Messerstiche in Hals und Oberkörper).

War die Verteidigungshandlung erforderlich, steht es einer § 32 II StGB genügenden Verteidigung nicht entgegen, dass durch sie eine ungewollte schwere Auswirkung erwächst (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 505):

- Bsp. (abgewandelt nach BGHSt 27, 313): *A sah, wie sein Chef von drei Personen festgehalten und geschlagen wurde. A kam seinem Chef zu Hilfe und zog eine Pistole, um sie als Schlagwaffe gegen die Angreifer zu benutzen. Er schlug einem der Angreifer mit dem Pistolenknopf auf die Schulter. Beim zweiten Schlag löste sich ein Schuss, der den Angreifer in die linke Schläfe traf und tötete.* Der Schlag des A war als Verteidigungshandlung erforderlich. Dem steht nicht entgegen, dass er einen unbeabsichtigten Erfolg verursacht hat, der als solcher nicht erforderlich war.
- ⊕ Gem. § 32 II StGB kommt es nur auf die Erforderlichkeit der Verteidigung, nicht des Erfolgs an.
- ⊕ Zudem muss das Risiko einer ungewollten Folge der erforderlichen Handlung dem Angreifer und nicht dem Verteidiger zugeordnet werden.

Im Hinblick auf die erforderliche Verteidigungshandlung sind schließlich Fälle der Drittwirkung des Notwehrrechts problematisch.

- Bsp.: *A will O in seinem Hotelzimmer töten. B hört die Schreie des O, tritt die Türe ein und kann A so dann überwältigen.* Strafbarkeit des B im Hinblick auf § 303 StGB?
- Nach h.M. (BGHSt 5, 245; Rengier AT § 18 Rn. 31; Otto AT § 8 Rn. 42) soll das Notwehrrecht keine Drittwirkung entfalten, so dass § 32 StGB nur Verteidigungshandlungen gegenüber dem Angreifer zu rechtfertigen vermag. Im vorliegenden Fall kommt daher eine Rechtfertigung nach § 32 StGB nicht in Betracht, da mit der fraglichen Abwehrhandlung das Rechtsgut eines Dritten (Eigentum des Hoteliers an der Tür) angegriffen wird. Bzgl. der Beschädigung der Tür sind dann die Notstandsregeln anzuwenden (§§ 228, 904 BGB; 34 StGB).

- Teilweise (*Kindhäuser* AT § 16 Rn. 26) wird auch die Auffassung vertreten, eine Drittwirkung der Notwehr aber für solche Fälle anzuerkennen, in denen der Angriff mit fremden Gütern ausgeführt wird (A will dem O die Vase des E auf den Kopf schlagen. Bei der Abwehr geht die Vase zu Bruch.).
  - ⊕ Angreifer und Angriffsmittel bilden dann eine funktionale Einheit, die nicht getrennt werden kann.
  - ⊕ Ansonsten wäre das Notwehrrecht in diesen Fällen de facto entwertet.
  - ⊖ Auch hier kommt eine Rechtfertigung über die Notstandsregeln (§§ 228, 904 BGB; 34 StGB) in Betracht, was eine effektive Gefahrenabwehr durchaus ermöglicht.

## b) Die Gebotenheit der Notwehr

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

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

## aa) Bagatellangriffe

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

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

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

## bb) Krasses und unerträgliches Missverhältnis

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

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

Bsp. (nach BGH NStZ 2016, 333): *Zur Verteidigung einer Hausrechtsverletzung sind tödliche Schüsse jedenfalls dann nicht geboten, wenn die Täter zu diesem Zeitpunkt bereits im Begriff sind, das betretene Grundstück fluchtartig zu verlassen und die Beendigung der Hausrechtsverletzung damit unmittelbar bevorstand.*

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

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



## cc) Einschränkung durch Art. 2 I EMRK

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

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

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

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

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

## **dd) Garantenbeziehungen**

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

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

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

Nicht ausreichend ist hingegen ein einfaches soziales Näheverhältnis wie eine Wohngemeinschaft zwischen Täter und Opfer. Selbst eine Garantenstellung aufgrund einer rasch auflösbaren Gemeinschaft verpflichtet jedenfalls sowohl den Angreifer als auch den Verteidiger zur Rücksichtnahme. Sie kann daher das dem Notwehrrecht zugrunde liegende Prinzip der Rechtsbewährung nicht durchbrechen (BGH NSTz 2016, 526 f.).

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

## **ee) Angriffe erkennbar schuldlos Handelnder**

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

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

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

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

## **ff) Notwehr gegen selbst provozierte Angriffe**

Schließlich unterliegt das Notwehrrecht auch bei provozierten Notwehrlagen sozialem ethischen Einschränkungen. Handelt es sich bei der Provokationshandlung selbst um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff, so befindet sich der Provozierte in einer Notwehrlage mit der Folge, dass dem Provozierenden überhaupt kein Notwehrrecht zusteht.

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

### **(1) Absichtsprovokation**

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

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

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

- Nach h.M. (BGH NSTz 2003, 425; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 522; *Roxin* AT I § 15 Rn. 65; *Rengier* AT § 18 Rn. 86 ff.) handelt der Täter in einem solchen Fall rechtsmissbräuchlich und kann sich daher gar nicht auf Notwehr berufen: Er ist wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar.
  - ⊕ Dem Täter fehlt jdfs. der Verteidigungswille, so dass in Wirklichkeit er der Angreifer ist.
- Nach a.A. (*Jescheck/Weigend* S. 346) besteht ein eingeschränktes Notwehrrecht: Grds. hat der Provokateur auszuweichen und muss auch leichtere Verletzungen hinnehmen. Ist ein Ausweichen unmöglich, hat er sich auf Schutzwehr zu beschränken. Trutzwehr bleibt nur als ultima ratio zulässig.
  - ⊕ Die Versagung jeden Notwehrrechts ist unbillig, wenn Provozierter einen stärkeren Angriff (z.B. Tötung) verübt, als der Täter provozieren wollte (z.B. Körperverletzung).
- Schließlich wird auch eine Lösung nach der Rechtsfigur der actio illicita in causa (= die im Ursprung unerlaubte Handlung) vorgeschlagen (*Sch/Sch/Perron* § 32 Rn. 57, 61): Danach ist die eigentliche Verteidigungshandlung nach § 32 StGB gerechtfertigt. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit ist jedoch die schuldhaft Herbeiführung der Notwehrlage, die für die spätere Tatbestandsverwirklichung kausal wird. Soweit bei der die Notwehrlage bedingenden Provokation Vorsatz hinsichtlich der später – rechtmäßig – herbeigeführten Verletzung bestand, ist der Provozierende wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar. Im Übrigen kommt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht.
  - ⊖ Das auf eine spätere rechtmäßige Verteidigung gerichtete Verhalten kann aus rechtslogischen Gründen nicht rechtswidrig sein.

⊖ Sprengung der Tatbestandskonturen, wenn anstatt auf das eigentliche tatbestandsmäßige Verhalten auf ein nur durch zweifache psychische Vermittlung (Angriffsentschluss des Provozierten und Verteidigungsentschluss des Provokateurs) zum tatbestandsmäßigen Erfolg führendes Vorverhalten abgestellt wird.

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

## **(2) Sonst verschuldete Notwehrlage**

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

### **(a) Rechtswidriges Vorverhalten**

Bsp. (nach BGHSt 24, 356): *A streifte bei der Flucht mit dem soeben gestohlenen Auto den Wagen des O. Um sich der Feststellung seiner Personalien zu entziehen, fuhr er davon. O verfolgte A zunächst mit dem Pkw und,*

*nachdem A an einer roten Ampel gehalten hatte, weiter zu Fuß. Es gelang ihm schließlich den A einzuholen. Wütend schlug O auf A ein. Schließlich erstach A den O mit einem Finnendolch.*

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

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

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

## **(b) Rechtmäßiges Vorverhalten**

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

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

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

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

- Nach teilweise vertretener Ansicht (MüKo/Erb § 32 Rn. 232; Roxin AT I § 15 Rn. 73; Rengier AT § 18 Rn. 78) führt rechtmäßiges Vorverhalten nie zu einer Einschränkung des Notwehrrechts.
- ⊕ Erst bei einem rechtswidrigen Vorverhalten verlässt der Täter den Boden des Rechts, weshalb es ihm nicht mehr uneingeschränkt zur Seite stehen kann.
- Die h.M. (BGHSt 42, 97; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 525; Stratenwerth/Kuhlen § 9 Rn. 88) schränkt das Notwehrrecht bei rechtmäßigem, aber sozialetisch zu missbilligendem Verhalten ein. Danach ist vorrangig Schutzwehr zu üben. Voraussetzung ist allerdings, dass zwischen dem provozierenden Vorverhalten und dem dadurch ausgelösten Angriffsverhalten ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht (BGH NSTz 2016, 84, 85 f.).



- ⊕ Der reale Provokationseffekt besteht unabhängig von der Einordnung des Verhaltens als rechtswidrig oder „nur“ sozialwidrig.
- ⊖ Das Kriterium der „Sozialwidrigkeit“ ist zu unbestimmt. Nur die Kategorien rechtmäßig/rechtswidrig erlauben eine klare rechtliche Bewertung.

### **gg) Abwehrprovokation**

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

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

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

- ⊕ Niemand weiß im Vorhinein, welche Verteidigungsmittel in der Kampfplage nötig sein werden: Der Verteidiger steht daher vor der Wahl einer eventuell unzureichenden Verteidigung oder eines Risikos, sich selbst strafbar zu machen.
- ⊕ Die Anerkennung der Fallgruppe würde die Prinzipien der Notwehr auf den Kopf stellen: Nicht dem Verteidiger, sondern dem Angreifer muss das Risiko überzogener Verteidigungsmittel zugeordnet werden.

## **hh) Notwehr gegen erpresserische Angriffe**

### **(1) Bloße Schweigegelderpressung**

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

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

Gründe für die Notwehrrestriktion bei der reinen Schweigegelderpressung:

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

## (2) Schutzgelderpressung

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

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

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

## ii) Rettungsfolter als Nothilfe?

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

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

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

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

### 3. Subjektives Rechtfertigungselement

Zur Erforderlichkeit und den Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement sowie den Rechtsfolgen bei dessen Fehlen vgl. § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre), KK 195 ff.

### III. Hoheitliches Handeln und Notwehrrecht

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

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

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

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

- ⊕ Beim Selbstschutz ist Straffreiheit wegen Notwehr eher vertretbar als bei Nothilfe, wo die Berufung zur Umgehung der Vorschriften über den Schusswaffengebrauch führen kann.
  - Nach einer Kompromisslösung (MüKo/Erb § 32 Rn. 189 ff.) beseitigt § 32 StGB nur die Strafbarkeit, hat aber keinen Einfluss auf die polizeirechtliche (Un-)Zulässigkeit, so dass insb. die Möglichkeit disziplinarischer Ahndung bestehen bleibt.
  - ⊕ Sachgerechtes Ergebnis: Der Täter ist strafrechtlich gerechtfertigt, polizeirechtlich bleibt das Verhalten aber mit allen Konsequenzen rechtswidrig.
  - ⊖ Einheit der Rechtsordnung schließt es denklogisch aus, ein Verhalten als strafrechtlich erlaubt und zugleich als öffentlich-rechtlich rechtswidrig einzustufen.
  - ⊕ Einwand verfängt nicht: vgl. § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre), KK 190 f.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Geltung der allgemeinen Rechtfertigungsgründe für Hoheitsträger*:

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



## **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. In welchen Gesetzen findet man Rechtfertigungsgründe?
- II. Die Diskussion um den subjektiven Tatbestand bei Rechtfertigungsgründen: Assoziationen zu einem anderen, bereits behandelten Feld?
- III. Wenn man einen Angriff durch Unterlassen anerkennt: Wann ist dieser gegenwärtig?
- IV. Hilft uns die EMRK bei der Bestimmung des Umfangs des Notwehrrechts?
- V. Warum kann ggf. auch eine solche Provokation für den Umfang des Notwehrrechts relevant sein, die für sich genommen rechtlich irrelevant ist?
- VI. Was sind die Spezifika einer Abwehrprovokation?