

§ 20: Der verantwortungsausschließende Notstand und verwandte Fälle

(Teil 2)

4. § 35 II StGB – Putativnotstand

In dieser Fallgestaltung stellt sich der Täter Umstände vor, die ihn entschuldigen würden. Der Unterschied zum ETI liegt darin, dass sich der Täter beim ETI Umstände vorstellt, die sein Handeln *rechtfertigen*.

Unstreitig erfasst von § 35 II StGB ist die Fallgestaltung, dass sich der Täter **tatsächliche** Umstände vorstellt, die sein Handeln aus seiner Sicht entschuldigt erscheinen lassen.

- Bsp.: *A stößt B bei einem Brand die Treppe herunter, diese stirbt bei dem Sturz. A glaubt, nur so die Person, die er irrig für seine Ehefrau hält, aus einer lebensgefährlichen Situation retten zu können. Er nimmt also irrig die Angehörigen-Eigenschaft der B sowie das Fehlen eines mildereren Auswegs an. Träfe seine Vorstellung zu, wäre er gemäß § 35 I StGB entschuldigt.*

Bsp.: *Im oben ausgeführten Haustyranen-Fall ging F irrig davon aus, die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe (z.B. die Flucht in ein Frauenhaus) würde die Gefahr durch M nicht abwenden. Sie irrte also über das Be-*

stehen eines milderer Auswegs. Hätte ihre Vorstellung zugetroffen, wäre ihre Tötung des M nach § 35 I StGB entschuldigt gewesen (ausführlich KK 380 ff.).

Umstritten ist die Behandlung der Irrtümer, die sich auf **normative** Merkmale des § 35 I StGB beziehen. Der Täter irrt bspw. über den Grad der Zumutbarkeit bzw. Hinnahmepflicht. Hier spricht sich ein großer Teil der Literatur dafür aus, diesen Irrtum für unerheblich zu erachten, ihn also nicht § 35 II StGB zu unterstellen und eine Strafbarkeit unabhängig von der Frage der Vermeidbarkeit des Irrtums anzunehmen. Die Begründung liegt darin, dass der Täter ja das Unrecht der Tat dem Grunde nach erfasst, hierbei aber einen Entschuldigungsgrund in seiner Vorstellung weiter ausdehnt, als dieser tatsächlich rechtlich konstruiert ist. Nach anderer Ansicht widerspricht diese generelle Unbeachtlichkeit dem Schuldprinzip.

Unstreitig nicht erfasst von § 35 II StGB ist der Irrtum über die rechtlichen Grenzen des entschuldigenden Notstandes.

- Bsp.: *Der Täter hält das Vorliegen einer Vermögensgefahr für ausreichend, um sich auf den Entschuldigungsgrund des § 35 I StGB zu berufen.*

Auf die übrigen Entschuldigungsgründe wird § 35 II StGB analog angewandt.

5. Nötigungsnotstand

Streitig ist die Behandlung der Fälle des Nötigungsnotstandes. Hierbei geht die Gefahr von einem Dritten aus, „der den Täter zur Verletzung von Rechtsnormen nötigt“, sog. Nötigungsnotstand.

- Bsp.: *A droht B, ihn umzubringen, wenn B nicht den Hund des dem A verhassten C tötet. B tötet Cs Hund.*
Ist Bs Tat gem. § 34 StGB gerechtfertigt oder nach § 35 StGB entschuldigt?

Teilweise wird die Behandlung dieser Fälle auf Basis des § 34 StGB favorisiert, teilweise eine solche abgelehnt und nach vermittelnder Ansicht im Hinblick auf das Gewicht der betroffenen Interessen entschieden (= Abwägung) (vgl. NK/Neumann § 34 Rn. 53; Rengier AT § 19 Rn. 51).

a) Behandlung nach § 34 StGB

- ⊕ Für die Behandlung nach § 34 StGB spricht der Blickwinkel der vom Nötigenden bedrohten Person. Diese verdiene gleichermaßen den Schutz der Rechtsordnung. Insoweit müsse der Dritte aus Gründen mitmenschlicher Solidarität die Einwirkung auf seine Rechtsgüter dulden (*Küper* Darf sich der Staat erpressen lassen? [1986] S. 62 ff., 67 ff.).
- ⊖ Gegen eine Behandlung nach § 34 StGB spricht der Umstand, dass sich der zur Tat Genötigte auf die Seite des Unrechts begibt, schließlich folgt er ja dem Wunsch des Nötigenden, eine rechtswidrige Gefahr zu verwirklichen. Aus dem Blickwinkel des Opfers kann es keinen Unterschied machen, ob ein Dritter vom Nötigenden bedroht wird oder nicht; ihm sei auf jeden Fall das Notwehrrecht zu erhalten (vgl. in dem Zusammenhang die Diskussion bzgl. der Fragestellung, ob der verbindliche

Befehl rechtfertigende oder entschuldigende Wirkung hat, KK 285 ff.); vgl. diesbezüglich *Roxin* AT I § 16 Rn. 59.

Tatsächlich existiert hier ein Widerstreit: Einerseits ist es für die Rechtsordnung „kaum zu ertragen, demjenigen freie Hand einzuräumen, den sich Verbrecher mit Drohungen gefügig gemacht haben, um ihn als Werkzeug zur Begehung schwerer Straftaten einzusetzen. Auf der anderen Seite ist im Falle vergleichsweise geringfügiger Eingriffe, die erforderlich sind, um das Nötigungsoffer aus der Gefahr zu befreien, Opfer einer schwerwiegenden Straftat zu werden, die mitmenschliche Solidarität des Eingriffsoffers nicht weniger gefragt [...]“ (MüKo/*Erb* § 34 Rn. 146)

Die mitmenschliche Solidarität wird man aber nur in den Fällen bemühen können, in denen im Rahmen einer Interessensabwägung das Rechtsguts der Person, auf das der Nötigende eine Gefahr ausübt, das Rechtsgut des Opfers deutlich bzw. „wesentlich“ überwiegt (MüKo/*Erb* § 34 Rn. 147; *Rengier* AT § 19 Rn. 54).

b) Behandlung nach § 35 StGB

Wer eine Behandlung des Nötigungsnotstandes nach § 34 StGB ausschließt, muss sich der Frage stellen, ob die Handlung nach § 35 StGB entschuldigt sein kann.

Übersicht: Nötigungsnotstand

Konstellation: *Der Täter wird von einem anderen zur Begehung einer rechtswidrigen Tat genötigt. Der Täter ist also selbst Opfer einer Nötigung.*

Behandlung nach § 34 StGB

Arg.: Der Dritte hat sämtliche Einwirkungen auf seine Rechtsgüter zu dulden, sofern sie zum Schutz wesentlich überwiegender Interessen erforderlich sind.

Arg.: Nötigung durch Drohung mit Gewalt gegen eine nicht nahestehende Person nur über § 34 erfasst.

Behandlung nach § 35 StGB

Arg.: Dem Dritten soll die Notwehr zur Verfügung stehen.

Arg.: Der Genötigte tritt, wenn gleich gezwungenermaßen, „auf die Seite des Unrechts“.

Differenzierende Lösung

§ 35 ist hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter und des Personenkreises zu eng, daher grds. Behandlung nach § 34.
§ 35 nur bei gravierenden Beeinträchtigungen von Individualrechtsgütern, damit Notwehrrecht des Dritten besteht.

→ Vertiefend siehe auch das Problemfeld *Nötigungsnotstand*

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/schuld/notstand/noetigungsnotstand/>



Diskussionsrunde: Erpressung des Staates

In den sog. Freipressungsfällen stellt sich die Frage, ob eine Freilassung von Inhaftierten zwecks Erhaltung von Leben gerechtfertigt oder entschuldigt sein kann.

Bsp. (angelehnt an BVerfGE 46, 160): *S ist am 5. September 1977 nach Ermordung seiner Begleitpersonen von Terroristen entführt worden und befindet sich seither in deren Gewalt. Die Entführer haben gegenüber der Bundesregierung und dem Bundeskriminalamt seine Freilassung von der Erfüllung bestimmter Forderungen abhängig gemacht und bei Nichterfüllung dessen „Hinrichtung“ angedroht. Sie fordern u.a., dass elf in Untersuchungshaft oder Strafhaft einsitzende Terroristen freizulassen sind und ihnen die Ausreise zu gestatten ist. Anstaltsleiter A lässt (anders als im tatsächlichen Schleyer-Fall) eigenmächtig Gefangene frei, um das Leben von S zu retten. Ist A bezüglich der Gefangenenbefreiung nach § 120 II StGB gem. § 34 StGB gerechtfertigt oder gem. 35 StGB entschuldigt?*

- **Anspruch des sich in Geiselhaft Befindenden gegen den Staat auf Freilassung, um auf diesem Wege sein Leben zu schützen?**

Hat S einen Anspruch darauf, dass die Bundesregierung auf Forderungen der Erpresser eingeht, um sein Leben zu retten?

Ein solcher Anspruch könnte sich aus Art. 2 II 1 GG (Recht auf Leben) ergeben. Im Verfahren wurde zudem ein Anspruch aus Art. 3 I GG geltend gemacht, da die Bundesregierung bei der Entführung des Spitzen-

kandidaten der Berliner CDU Peter Lorenz 1975 auf die Forderungen der Erpresser eingegangen war und fünf Häftlinge freigelassen hatte.

▪ **Dazu stellte das BVerfG in BVerfGE 46, 160 fest:**

„Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht ist umfassend. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren (BVerfGE 39, 1 [42]). [...]“

aber:

„Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist von ihnen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden. [...] Ihre Freiheit in der Wahl der Mittel zum Schutz des Lebens kann sich in besonders gelagerten Fällen auch auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen, wenn ein effektiver Lebensschutz auf andere Weise nicht zu erreichen ist. Entgegen der durchaus verständlichen Meinung des Antragstellers ist ein solcher Fall hier jedoch nicht gegeben.“

Die Eigenart des Schutzes gegen lebensbedrohende terroristische Erpressungen ist dadurch gekennzeichnet, dass die gebotenen Maßnahmen der Vielfalt singulärer Lagen angepasst sein müssen. Sie können weder generell im Voraus normiert noch aus einem Individualgrundrecht als Norm hergeleitet werden. Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger. Eine wirksame Wahrnehmung dieser Pflicht setzt voraus, dass die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sind, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles angemessen zu reagieren; schon dies

schließt eine Festlegung auf ein bestimmtes Mittel aus. Darüber hinaus kann eine solche Festlegung insbesondere deshalb nicht von Verfassungs wegen erfolgen, weil dann die Reaktion des Staates für Terroristen von vornherein kalkulierbar würde. Damit würde dem Staat der effektive Schutz seiner Bürger unmöglich gemacht. Dies stünde mit der Aufgabe, die ihm durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gestellt ist, in unauflösbarem Widerspruch. [...]

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Lage kann das Bundesverfassungsgericht den zuständigen staatlichen Organen keine bestimmte Entschließung vorschreiben. Es liegt in der Entscheidung der Antragsgegner, welche Maßnahmen zur Erfüllung der ihnen obliegenden Schutzpflichten zu ergreifen sind.“

▪ **Behandlung nach §§ 34, 35 StGB?**

Aus strafrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob As Tat – die Freilassung der Gefangenen, § 120 StGB –, über §§ 34, 35 StGB gerechtfertigt oder entschuldigt sein kann.

Die überwiegende Auffassung erklärt für die Frage der Rechtfertigung gem. § 34 StGB, dass „die Frage der Zulässigkeit der Notstandshandlung auch in ihrer Wirkung auf die Geltung der Rechtsordnung zu sehen ist“ (Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 40). Daher vertreten einige, dass es „dem Staat als dem Hüter des Rechts vorbehalten sein kann, im Rahmen seiner politischen Gesamtverantwortung den Gedanken der Rechtsbewahrung, der sonst einer Rechtfertigung entgegensteht, im Einzelfall zwingenden anderen Interessen – hier der Schutzpflicht gegenüber seinen Bürgern – nachzuordnen“ (Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 41b; ebenso MüKo/Erb § 34 Rn. 148). **Eine staatliche Anordnung der Freilassung wäre danach gem. § 34 StGB gerechtfertigt.**

Hier liegt der Fall jedoch anders. A handelt eigenmächtig, so dass für ihn nur eine **Entschuldigung über § 35 StGB** in Betracht kommt. Dabei ist zu beachten, dass sich A zum Werkzeug des rechtswidrig handelnden Dritten macht.

Ferner handelt es sich um eine verfassungsrechtliche und auch staatspolitische Frage, die nicht von Unzuständigen überspielt werden darf. Neben der i.d.R. fehlenden Nähebeziehung zwischen A und dem Entführungsoffer ist auch zu berücksichtigen, dass „[w]enn man weiter die durch die Freilassung drohenden Gefahren in die Abwägung einbezieht, [...] man selbst das Lebensinteresse der Geisel nicht ohne Weiteres als wesentlich überwiegend ansehen können [wird]. **Ein Anstaltsleiter würde sich also strafbar machen, wenn er in einem solchen Fall die Gefangenen ohne weiteres freiläße**“ (Roxin AT I § 16 Rn. 70).

Lit.:

MüKo/Erb § 34 Rn. 144 ff.

Roxin AT I § 16 Rn. 67 ff.

IV. Notwehrexzess (§ 33 StGB)

Ein weiterer Entschuldigungsgrund ist nach der h.M. der Notwehrexzess, § 33 StGB (vgl. BGHSt 3, 194, 198; BGH NJW 1995, 973). Problematisch ist die zurückhaltende Formulierung der Entschuldigungsvoraussetzungen in § 33 StGB. Folgerichtig kommt es zu zahlreichen Meinungsstreits, was die Voraussetzungen und Reichweite der Norm angeht. Die Norm verfügt über objektive und subjektive Voraussetzungen.

1. Objektive Voraussetzungen

Folgende Konstellationen lassen sich unterscheiden:

- Intensiver Notwehrexzess
- Extensiver Notwehrexzess
- Putativnotwehrexzess

a) Intensiver Notwehrexzess

Wenn der Angegriffene im Rahmen der Notwehr das „erforderliche“ Maß überschreitet (sog. intensiver Notwehrexzess), handelt er widerrechtlich. Er kann aber bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen (hierzu unten) gem. § 33 StGB entschuldigt sein.

In Fällen der Notwehrprovokation ist die Anwendung des § 33 StGB fraglich.

Hier wird dem Täter teilweise die Bezugnahme auf § 33 StGB gänzlich versagt, falls er den Angriff schuldhaft provoziert hat. Teilweise wird sogar ein grob missbilligenswertes Vorverhalten für ausreichend gehalten. Diese Begrenzung folgt dem – verständlichen – Bestreben, dem rechtsmissbräuchlich Handelnden keine Berufung auf den § 33 StGB zu gewähren. So formulierte der BGH früher (BGH NJW 1962, 308, 309):

„Vollzog sich dagegen – wie geschehen – seine Abwehr in den Formen und mit den Mitteln, die sein Vorgehen von vornherein als Rechtsmissbrauch erscheinen ließen, so kann ihm auch § 53 III StGB [§ 33 StGB] nicht zugutekommen. Denn die Strafbefreiung nach dieser Vorschrift kann ihrem Wesen nach immer nur ein schuldhaftes Handeln ergreifen, das ausschließlich mit der unmittelbaren Abwehr des Angriffs zusammenhängt. Sie darf nicht zur Ausräumung eines vorwerfbaren Verhaltens herangezogen werden, das bereits vor dem Eintritt der Notwehrlage eingesetzt hat. In einem solchen Falle ist für die Rechtswohltat des § 53 III StGB so wenig Raum wie im Falle einer bloß vermeintlichen, keinen Rechtfertigungsgrund abgebenden Notwehr [...].“

- ⊖ Systematische Auslegung: § 33 StGB verfügt im Gegensatz zu § 35 I 2 StGB gerade nicht über eine Beschränkung auf „unverschuldete“ Notlagen.

Richtigerweise ist daher lediglich darauf abzustellen, ob der schuldhaft provozierte Angriff zum Ausschluss des Notwehrrechts führt, wie im Falle der Absichtsprovokation. In einem solchen Fall fehlt es ja bereits am Notwehrrecht, an das § 33 StGB anknüpft. Wenn die schuldhafte Herbeiführung des Angriffs allerdings nur zu einer Einschränkung des Notwehrrechts im Rahmen der Gebotenheit führt, ist auf eine Überschreitung des Notwehrrechts § 33 StGB anwendbar. Es ist nicht begründbar, dem Täter in dem Fall zwar das Notwehrrecht zu belassen, ihm aber die Berufung auf § 33 StGB zu versagen. So jetzt auch der BGH (39, 133):

„§ 33 StGB gilt auch bei bewusster Überschreitung der Notwehr [...]. Schon wegen der Pauschalität dieser Exkulpierung, ohne Rücksicht auf eine Strafwürdigkeit im Einzelfall, ist es geboten, § 33 StGB nicht weiter auszulegen, als es Wortlaut und Gesetzeszweck unbedingt erfordern [...]. Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung NJW 1962, 308, 309 für die § 33 StGB im wesentlichen entsprechende Regelung des § 53 III StGB a.F. ausgesprochen, dass eine Strafbefreiung nach dieser Vorschrift ihrem Wesen nach immer nur ein schuldhaftes Handeln ergreifen kann, das ausschließlich mit der unmittelbaren Abwehr des Angriffs zusammenhängt. Sie dürfe nicht zur Ausräumung eines vorwerfbaren Verhaltens herangezogen werden, das bereits vor dem Eintritt der Notwehrlage eingesetzt habe. Diese von der Rechtslehre weitgehend abgelehnte Entscheidung ist generalisierend dahin verstanden worden, dass die Strafbefreiung entfallen soll, wenn der Täter den Angriff durch grob missbilligenswertes Verhalten provoziert hat [...]. Eine solch weitgehende Einschränkung der Anwendbarkeit des § 33 StGB ist allerdings nicht gerechtfertigt. Besteht infolge der von dem Angegriffenen schuldhaft mitverursachten Notwehrlage noch ein (wenn auch eingeschränktes) Notwehrrecht nach § 32 StGB, so ist grundsätzlich auch Raum für die Anwendung des § 33 StGB, sofern der Täter die Grenzen der (eingeschränkten) Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet.“

b) Extensiver Notwehrexzess

Fraglich ist, ob § 33 StGB auch Anwendung findet, wenn es an der Gegenwärtigkeit des Angriffs fehlt.

Diese Möglichkeit wird von der h.M. bestritten, denn § 33 StGB soll nur dann Anwendung finden, wenn innerhalb einer bestehenden Notwehrlage agiert wird. Insoweit eine Notwehrlage aber gar nicht besteht, fehle es bereits an der Anknüpfungsmöglichkeit für § 33 StGB. Mit Blick auf Sinn und Zweck der Norm erscheint diese Begrenzung des Anwendungsbereichs allerdings verfehlt. § 33 StGB beruht als Entschuldigungsgrund auf dem Leitgedanken fehlender präventiver Bestrafungsnotwendigkeit. An präventiver Bestrafungsnotwendigkeit fehlt es aber nicht nur im Fall des intensiven, sondern auch des extensiven Notwehrexzesses. Denn insoweit besteht zwischen beiden Fallgestaltungen kein Unterscheid: Auch beim extensiven Exzess wird ausschließlich der rechtswidrig Angreifende geschädigt und auch hier wird schlichter Vergeltung durch die Beschränkung auf asthenische Affekte vorgebeugt. Weiterhin ist die Grenzüberschreitung ebenso naheliegend und verzeihlich. Schließlich ist der extensive Exzess auch in seiner sozialen Relevanz (d.h. im Hinblick auf den Rechtsfrieden) nicht anders zu beurteilen als der intensive (*Roxin AT I § 22 Rn. 88*).

Bsp.:

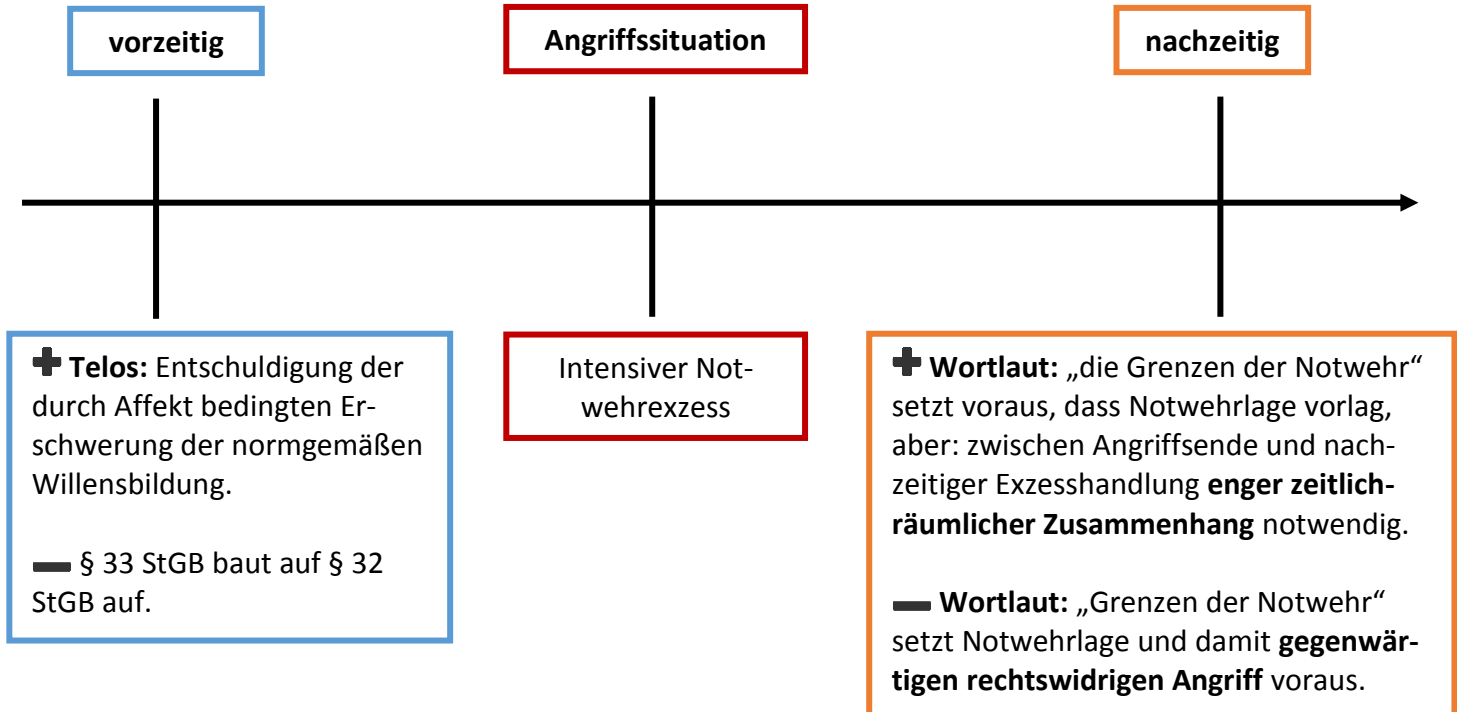
- *Aus Furcht vor einem Angriff des Ehemannes, der seine Frau wiederkehrend schwer misshandelt, sticht diese auf den Mann mit Messerstichen ein, um diesen kampfunfähig zu machen (= vorzeitiger extensiver Notwehrexzess).*
- *Nach erfolgter Abwehr eines Angreifers tritt der Verteidiger weiterhin auf den am Boden liegenden Angreifer aus Angst ein (= nachzeitiger extensiver Notwehrexzess).*

Einen Mittelweg gehen Ansichten, die unter Fokussierung auf den Wortlaut – „die Grenzen der Notwehr“ – argumentieren, dass nur der nachzeitige extensive Notwehrexzess, also die Fallgestaltung erfasst werde, dass der Täter beispielsweise nach Beendigung des gegenwärtigen Angriffs weiter auf den Angreifer einschlage.

- *Bsp.: Der A greift B mit einem Messer an. B schafft es mittels zweier Faustschläge, A bewusstlos zu schlagen. Aus Angst tritt B nochmals auf A ein. A erleidet durch diesen Tritt einen Rippenbruch.*

Die Begrenzung auf einen nachzeitigen extensiven Notwehrexzess sei zwingend. Schließlich könnten Grenzen der Notwehr nur überschritten werden, wenn eine Notwehrlage zu einem Zeitpunkt bestanden habe (vgl. *Kühl* AT § 12 Rn. 141 ff.). Dementsprechend wird weiterhin verlangt, dass zwischen dem Angriffsende und der nachzeitigen Exzeshandlung ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang bestehe. Nur dieser enge Zusammenhang verklammere Angriff und Überschreitung der Notwehr zu einem einheitlichen Geschehen.

Übersicht: Notwehrexzess



c) Putativnotwehrexzess

Hiermit ist die Fallgestaltung angesprochen, dass der Täter sich über das Vorliegen einer Notwehrlage im Irrtum befindet und zugleich die (rechtlichen) Grenzen des vermeintlichen Notwehrrechts überschreitet. Nach h.M. kommt hier eine Anwendung des § 33 StGB bereits deshalb nicht in Betracht, da die Norm einen tatsächlichen Angriff voraussetzt (siehe oben). Nach allgemeinen Irrtumsregeln bleibt allerdings § 17 StGB anwendbar.

Nach anderer Auffassung kommt eine entsprechende Anwendung des § 33 StGB auf diese Fallgestaltung insoweit in Betracht, als asthenische Affekte auf Seiten des vermeintlichen Opfers zu der Überreaktion führten. Gegen die analoge Anwendung spricht aber der Umstand, dass in dieser Fallgestaltung gerade kein gegenwärtiger Angriff – auch kein drohender Angriff – vorlag, der eine Überreaktion heraufbeschworen hat (*Kühl* AT § 12 Rn. 156). Hierin liegt auch der Unterschied zum vorzeitigen extensiven Notwehrexzess. Bei diesem liegt eine Gefahr vor, die lediglich nicht gegenwärtig ist.

→ vgl. das Problemfeld *Putativnotwehrexzess*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/irrtum/schuld/putativnotwehr/>

2. Subjektive Voraussetzungen

a) Überschreitung aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken

Die Notwehrüberschreitung wird nach § 33 StGB entschuldigt, wenn der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken (sog. asthenische Affekte) überschritten hat. Damit ist erst einmal festgestellt, dass die Überschreitung der Notwehr aufgrund von Aggressivität – Zorn, Wut (sthenische Affekte) – nicht vom Anwendungsbereich des § 33 StGB erfasst ist. Es ist aber zu sehen, dass es nach h.M. für die Anwendung des § 33 StGB ausreichend ist, dass die asthenischen Affekte *mitursächlich* für die Überschreitung der Notwehr waren; vgl. hierzu die Orientierungssätze aus BGH NSTZ-RR 1999, 264:

„1. Wird ein betrunkenere und dadurch in seinen Abwehrkräften beeinträchtigter Passant auf nächtlicher Straße von zwei unbekanntem jungen Männern angegriffen, die sich anschicken, ihn zu verprügeln und zu berauben, wobei sich deren Aggressionshandlungen fortwährend steigern (Bedrohen, Schubsen, Hin- und Herwerfen, Bewerfen mit einem Schlüsselbund, Ohrfeige), mag der Einsatz eines Messers und die Verabreichung von 2 (tödlichen) Stichen in die Brust eines der Angreifer zur Abwehr des Angriffs nicht erforderlich gewesen sein, jedoch hat der Passant jedenfalls die Grenzen der Notwehr „aus Furcht“ überschritten und bleibt aus diesem Grund straflos, wenn festgestellt ist, dass der Passant Angst hatte, weil er sich in seiner Trunkenheit den beiden Angreifern gegenüber hilflos fühlte.

2. Ein Notwehrexzess i.S.d. § 33 StGB ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Passant nicht nur wegen seiner Angstgefühle sich in einem Zustand befunden hat, der ihn das Geschehen nur noch in einem erheblich reduzierten Maße verarbeiten ließ. Auch wenn seine erhebliche Alkoholisierung und eine affektive Gereiztheit

mit für die Tatausführung tragend gewesen sind, hindert dies die Annahme eines entschuldigenden Notwehrexzesses nicht. Für das Vorliegen des Notwehrexzesses braucht der in § 33 StGB genannte (asthenische) Affekt, hier also „Furcht“, nicht die alleinige oder auch nur überwiegende Ursache für die Überschreitung der Notwehrgrenzen gewesen zu sein. Es genügt vielmehr, dass er neben anderen gefühlsmäßigen Regungen für die Notwehrüberschreitung mitursächlich war.“

b) Bewusste Notwehrüberschreitung als Fall des § 33 StGB?

Umstritten ist ebenfalls die Fragestellung, ob § 33 StGB nur bei unbewusster oder auch bei bewusster Überschreitung des Notwehrrechts gilt. Diesbezüglich wurde vom BGH ausgeführt:

„§ 33 StGB greift nämlich [...] auch dann ein, wenn der Täter in Kenntnis der wahren Sachlage aus den dort genannten Affekten seine Notwehrbefugnis **bewusst überschreitet** [...]. Wenn der über die Verletzung des Zeugen E betroffene, **erregte und Mitleid fühlende** Angeklagte dem Zeugen K wegen dessen Gewalttätigkeit **auch einen Denkkzettel erteilen** wollte [...], steht dies der Anwendung des § 33 StGB nicht entgegen, sofern die dort genannten Affekte für den Exzess mitursächlich waren [...].“ (NStZ 1987, 20)

Hiergegen wird von weiten Teilen der Literatur auf den Sinn des § 33 StGB rekuriert, der darin gesehen wird, dem aus Angst und Verwirrung Handelnden, der aufgrund dieser psychischen Ausnahmesituation nicht mehr in der Lage sei, die tatsächliche Lage zu überblicken, einen Entschuldigungsgrund bereitzustellen. Das Vorliegen einer solchen psychischen Ausnahmesituation schließe den im Bewusstsein der Notwehrüberschreitung Agierenden aus. Es ist fraglich, ob einem derartigen Satz gefolgt werden kann, denn es scheint

psychologisch nicht ausgeschlossen, dass der Täter trotz des Bewusstseins, ein Notwehrrecht zu überschreiten, unter dem motivierenden Einfluss asthenischer Affekte stand.

Begrüßenswert erscheinen daher folgende Ausführungen des BGH (NStZ 1995, 76, 77):

„Im Hinblick auf die vom Gesetz vorgesehene völlige Straflosigkeit selbst bei bewusster Überschreitung der erforderlichen Notwehr, muss ein gesteigertes Maß an Angst vorliegen, um die Voraussetzungen der Furcht im Sinne des § 33 StGB zu begründen. Zu verlangen ist „ein durch das Gefühl des Bedrohtseins verursachter Störungsgrad ..., bei dem die Fähigkeit, das Geschehen richtig zu verarbeiten, erheblich reduziert war“ [...]. Gemeint ist damit, dass der Täter aktuell auf Grund einer besonders intensiven, gesteigerten Gemütsbewegung und -erregung gehandelt haben muss und gerade durch ein solches Ausmaß der Angst zu Handlungen hingerissen worden ist, die das Maß des Erforderlichen überschreiten [...].“

Wenn der Entscheidung des Täters, einen Gegenangriff zu verüben, eine Abwägung zwischen verschiedenen Risiken und Möglichkeiten vorausgeht und der Täter insofern Verhaltensalternativen in den Blick nimmt, kann dies Ausdruck einer Verarbeitung des Geschehens sein und damit gegen die Annahme einer Störung i.S.d. § 33 StGB sprechen (BGH NJW 2013, 2133, 2136).

§ 33 StGB entfällt auch nicht bereits dann, wenn der Täter den Angriff provoziert hat oder wenn er sich dem Angriff hätte entziehen können. Für die Anwendung bleibt vielmehr auch dann noch Raum, wenn infolge der von dem Angegriffenen schuldhaft mitverursachten Notwehrlage ein nur eingeschränktes Notwehrrecht besteht, sofern der Täter die Grenzen dieser (eingeschränkten) Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet (BGH NStZ 2016, 84, 86).

→ vgl. Problemfelder zum *Notwehrexzess*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/schuld/entschuldigung/bewusster-notwehrexzess/>

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/schuld/entschuldigung/extensiver-notwehrexzess/>

V. Der übergesetzliche entschuldigende Notstand/entschuldigende Pflichtenkollision

Die Entschuldigungsgründe des Strafgesetzbuches sind nicht abschließend, Rechtsprechung und Literatur sind frei, weitere Entschuldigungsgründe zu entwickeln. Zu diesen entwickelten Entschuldigungsgründen zählt der übergesetzliche entschuldigende Notstand, der seinen Namen der Tatsache verdient, dass er gerade nicht gesetzlich geregelt ist (= übergesetzlich). Dieser Entschuldigungsgrund wird teilweise auch als „schuldausschließende Pflichtenkollision“ bezeichnet.

Bedeutsam wurde dieser entschuldigende Notstand im Rahmen der Aufarbeitung des Unrechts des Nationalsozialismus.

BGH NJW 1953, 513: „Im Jahre 1941 übernahm Dr. P. [...] die Leitung von Heil- und Pflegeanstalten und beteiligte sich seit Mai 1941 an der Prüfung der den Anstalten vom Reichsministerium des Innern zugesandten „Verlegungslisten“, von denen bestimmte Gruppen von Geisteskranken, vor allem Arbeitsfähige, Ausländer, Kriegsversehrte und Ordensträger abgesetzt werden sollten. Er bereiste verschiedene Heil- und Pflegeanstalten und beriet mit den Ärzten darüber, welche Kranken von den Listen zu streichen seien. Die Verlegung der übrigen wurde sodann von den Ärzten vorbereitet und mit Hilfe der Reichsbahn durchge-

führt. Die Anweisung für den Abgang der einzelnen Krankentransporte erteilte Dr. P. als Anstaltsleiter. Die Kranken wurden in die „Euthanasieanstalt“ Hadamar überführt, wo sie alsbald durch Giftgas getötet wurden.

Der angeklagte Dr. P. erkannte den Zweck der Verlegung der Kranken und rechnete damit, dass die auf den Listen Verzeichneten getötet werden sollten. Er führte die zu diesem Zweck erteilten Anweisungen teilweise durch, setzte aber einen Teil der Kranken – etwa 25 bis 30 % – unter Überschreitung der dafür gegebenen Richtlinien, die nur etwa 5 % Streichungen zuließen, von den Verlegungslisten ab. Andere Kranke bewahrte er dadurch vor dem Vergasungstod, da er sie zu ihren Angehörigen entließ oder in konfessionellen Anstalten unterbringen ließ. 30 bis 40 Jugendliche der Heilanstalt in Marsberg rettete Dr. P., indem er sie wahrheitswidrig als erziehungsfähig bezeichnete. Eine Gruppe von 200 Kranken ließ er aus hessischen Anstalten zurückholen, als er erfuhr, dass sie dort schlecht untergebracht waren, sie blieben auf diese Weise von der Tötung verschont.“

Hat sich Dr. P. strafbar gemacht? Hierzu stellte der BGH fest:

„Der Angeklagte hat die Tötungen nach den Urteilsfeststellungen **vorsätzlich gefördert**, er hat also mit dem Bewusstsein gehandelt, die Vollendung der Haupttat, mit der er rechnete, durch ihre Tätigkeit zu unterstützen, und insofern auch den Erfolg der Haupttat gewollt. Wenn er ihn trotzdem nicht gebilligt haben sollte, so wäre dieser innere Vorbehalt unbeachtlich. Auch die Absicht, die Tötungen nach Möglichkeit zu verhindern, schließt den Gehilfenvorsatz der Angeklagten hinsichtlich derjenigen Kranken nicht aus, die er dem Tode preisgab, indem er bei Prüfung der Verlegungslisten zu ihren Ungunsten entschied und somit **ihre Verbringung zur Todesanstalt mit veranlasste**. Da er, wie der Urteilszusammenhang erkennen lässt, in das „Eutha-

nasieprogramm“ eingeweiht war und in Kenntnis der Umstände handelte, die die Haupttat rechtlich zum Morde machten, hat er **wissentlich Beihilfe zum Mord geleistet.**“ (Hervorhebungen vom Verf.)

Eine Rechtfertigung über § 34 StGB schied aus. Dass der Arzt so viele Leben wie möglich erhalten hat, rechtfertigt nicht das Preisgeben anderer Lebensrechte (siehe § 13 KK 241 f.).

Die Anwendung des § 35 StGB indessen scheiterte daran, dass die Anstaltsinsassen weder Angehörige des Arztes waren noch anderweitige ihm nahe stehende Personen darstellten. Es wird also gleich offenbar, dass die Anerkennung eines übergesetzlichen Notstandes insbesondere darauf hinausläuft, den engen Personenkreis des § 35 StGB aufzuweichen.

Diese Ausdehnung des Personenkreises ist jedoch dann legitimiert, wenn sie mit dem Grundgedanken der Entschuldigungsgründe vereinbar ist.

Im Bereich der Entschuldigungsgründe steht der Gesichtspunkt präventiver Bestrafungsnotwendigkeit im Vordergrund (vgl. KK 315 ff.). Vor diesem Grundgedanken der Entschuldigungsgründe kann ein entschuldigender übergesetzlicher Notstand daher nur anzunehmen sein, wenn es an einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit im Hinblick auf die Euthanasie-Ärzte fehlen würde.

- Im Fall des § 35 StGB geht das Fehlen der präventiven Bestrafungsnotwendigkeit insb. auf die persönliche Beziehung zwischen dem Täter und dem Bedrohten zurück.

- Hier ist die fehlende Bestrafungsnotwendigkeit dagegen von persönlichen Beziehungen losgelöst. An einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit fehlt es deshalb, weil es sogar einer sittlich empfundenen Verpflichtung entspricht, einem Unrechtsregime nach eigenen Kräften entgegenzutreten.

Die weiteren Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstandes orientieren sich an denen des § 35 StGB. Bezüglich der Bewertung der vorliegenden Fallgestaltung kommt *Kühl* zu dem Ergebnis: „All diese objektiven und subjektiven Entschuldigungsvoraussetzungen haben die ‚Euthanasieärzte‘ erfüllt, so dass ihr Mitwirken bei der Tötung einiger Anstaltsinsassen durch den übergesetzlichen Notstand entschuldigt ist. Diese Entschuldigung ist nicht deshalb abzulehnen, weil der Arzt eine Auswahl hinsichtlich derer, die ‚geopfert‘ wurden, getroffen hat. Es reicht, dass die ‚Geopferten‘ erforderlich waren, um die vor dem Tod Bewahrten zu retten.“ (*Kühl* AT § 12 Rn. 103)

Eine weitere umstrittene Fallgestaltung in diesem Zusammenhang ist der sog. „Weichensteller-Fall“.

Sachverhalt: Ein Zug fährt auf einem Gleis, das beschädigt ist. Wenn der Zug weiterhin auf diesem Gleis fährt, wird es zu einer Katastrophe kommen, bei der viele Insassen des Zuges sterben werden. Aufgrund dieser Sachlage stellt der Beamte eine Weiche um, was dazu führt, dass der Zug auf ein anderes Gleis gelenkt wird, an dem gerade zwei Streckenarbeiter einen Schaden reparieren. Die Streckenarbeiter kommen infolge der Weichenumstellung ums Leben.

Der Unterschied zur obigen Fallgestaltung der „Euthanasieärzte“ liegt darin, dass durch die Handlung des Weichenstellers bislang ungefährdete Personen „geopfert“ wurden. Dieser Umstand führt nach *Roxin* zu einer Ablehnung der Möglichkeit einer Entschuldigung (AT I § 22 Rn. 158, 163), die Überwälzung der Gefahr

auf bislang Unbeteiligte sei nicht zu entschuldigen, da ein neues Rechtsgut betroffen werde. Insbesondere aus präventiven Gesichtspunkten sei eine Strafbarkeit bedeutsam, ansonsten werde das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtssicherheit schwer gestört.

Ebenso wurde der übergesetzliche Notstand im Rahmen der Terrorismusbekämpfung als Rechtsgrundlage für den Abschuss entführter Passagierflugzeuge ins Spiel gebracht, nachdem § 14 III LuftSiG, der eine solche Ermächtigung vorsah, vom Bundesverfassungsgericht wegen Unvereinbarkeit mit dem Recht auf Leben aus Art. 2 II 1 GG i.V.m. der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG für nichtig erklärt worden war (BVerfG NJW 2006, 751). Hierbei stellt sich die Frage, ob die im Flugzeug anwesenden Passagiere und das Flugzeugpersonal ebenfalls getötet werden dürfen. Die Notwehr gem. § 32 StGB, der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB und der entschuldigende Notstand gem. § 35 StGB scheitern. Die Anwendung des übergesetzlichen Notstands bringt jedoch auch einige Probleme mit sich: Zunächst ist fraglich, ob und inwieweit sich staatliche Amtsträger überhaupt auf den übergesetzlichen Notstand berufen können (dazu *Dreier* JZ 2007, 261, 267). Des Weiteren ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Sicherheit der Prognose, da eine hinreichend zuverlässige Feststellung, dass die Gefährdeten tatsächlich rettungslos verloren sind, häufig nicht möglich ist. Schließlich rechtfertigt der übergesetzliche Notstand das Handeln nicht, sondern entschuldigt lediglich rechtswidriges Handeln. Er kann also keine Rechtsgrundlage für den Abschuss entführter Passagierflugzeuge darstellen (vgl. die Diskussionsrunde zu besagter Konstellation in den KK 243 ff.)

Lit.:

Kühl AT § 12 Rn. 92 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 676 ff.; zur Pflichtenkollision empfehlenswert: *Rönnau* JuS 2013, 113 ff.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Nötigungsnotstand. Argumente für eine Lösung über § 35 StGB?
- II. Nachzeitiger und vorzeitiger extensiver Notwehrexzess: Welcher fällt eher unter § 33?
- III. Kann § 33 auch bei bewusster Notwehrüberschreitung in Betracht kommen?
- IV. Welche Gründe lassen einen an die Existenz eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes denken?

Lernhinweis **Multiple-Choice-Test:**

Wenn Sie ihr Wissen und ihren Lernfortschritt spielerisch überprüfen möchten, versuchen Sie sich doch einmal am Multiple-Choice-Test auf unserer Homepage. Zum nun behandelten Lernfeld Schuld finden Sie dort 18 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. <http://strafrecht-online.org/mct-schuld>