

§ 12: Die Notwehr (Teil 2)

II. Voraussetzungen der Notwehr

1. Notwehrhandlung

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 sozialetischen 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 der Angreiferin oder des Angreifers nicht mehr zu legitimieren vermögen. Keinesfalls darf jedoch unter dem Gewand der Gebotenheit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung inklusive Abwägung der Interessen im Rahmen der Notwehr stattfinden.

Rspr. und Lehre haben verschiedene Fallgruppen herausgearbeitet, in denen ausnahmsweise das Notwehrrecht eingeschränkt wird. Über diese Fallgruppen hinaus ist bei der Einschränkung des Notwehrrechts im Rahmen der Gebotenheit größte Vorsicht angebracht.

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/Zimmermann* AT § 16 Rn. 40).

Bsp.: *Vordrängeln, Schubsen im Gedränge, 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. 526; *Rengier* AT § 18 Rn. 57 ff.).

Bsp.: *Die gelähmte Gartenbesitzerin 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 Täterin oder der Täter zu diesem Zeitpunkt bereits im Begriff ist, das betretene Grundstück fluchtartig zu verlassen und die Beendigung der Hausrechtsverletzung damit unmittelbar bevorsteht.*

Bsp. (nach BGH NStZ-RR 2018, 272): *Messerstiche als Reaktion auf Beleidigungen.*

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, doch 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 die Angreiferin oder 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 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 die Fahrraddiebin D, als diese sich gerade am Rad der A zu schaffen macht.

Nach h.M. (SK/Hoyer § 32 Rn. 108; Rengier AT § 18 Rn. 60; Fischer StGB § 32 Rn. 40) schränkt Art. 2 II a) EMRK das Notwehrrecht bei der Tötung der Angreiferin oder des Angreifers zur Verteidigung von Sachwerten nicht ein. Die EMRK binde nur Staatsorgane, nicht aber Private (Fischer StGB § 32 Rn. 40).

Teilweise (Frister GA 1985, 553; Sch/Sch/Perron/Eisele § 32 Rn. 62) wird aus der EMRK die Konsequenz gezogen, Tötungshandlungen zur Verteidigung von Sachwerten seien nicht zu rechtfertigen.

- + Es ist nicht einzusehen, warum eine Privatperson kraft Notwehrrechts zu größeren Eingriffen befugt sein soll als der Staat. Dies wäre ein Wertungswiderspruch.
- 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).

Andere (Roxin/Greco AT I § 15 Rn. 88) stimmen dem zwar zu, beziehen die Einschränkung des Notwehrrechts aber nur auf „absichtliche“ Tötungen, also nicht auf solche, die mit *dolus eventualis* erfolgen.

- + Wortlaut des Art. 2 I 2 EMRK, die englische Fassung spricht entsprechend von „intentionally“, die französische von „intentionnellement“.

→ Einen erweiterten Überblick zum Meinungsstreit bietet auch das Problemfeld *Einschränkung des § 32 durch EMRK/Verbietet Art. 2 EMRK die Tötung von Menschen zum Schutz von Sachwerten*:
<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/emrk/>

dd) Garantenbeziehungen

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

Bsp.: F holt aus, um ihrem Ehemann M leicht auf den Arm zu schlagen. Obwohl er ohne Weiteres hätte ausweichen können, ersticht M die F mit einem Messer, um den Angriff abzuwehren.

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

Nicht ausreichend ist hingegen ein einfaches soziales Näheverhältnis wie eine Wohngemeinschaft zwischen Täterin oder Täter und Opfer. Allerdings verpflichtet selbst eine Garantstellung aufgrund einer rasch auflösbaren Gemeinschaft jedenfalls sowohl die angreifende als auch die verteidigende Person zur Rücksichtnahme. Sie kann daher das dem Notwehrrecht zugrunde liegende Prinzip der Rechtsbewahrung 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. 533 f.). Denn das Näheverhältnis zwischen angreifender und angegriffener Person darf nicht dazu führen, dass die oder der Angegriffene schwere körperliche Misshandlungen oder gar den eigenen Tod dulden muss (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 16 Rn. 47; *Rengier* AT § 18 Rn. 69).

Richtigerweise wird man bereits bei einem zerrütteten Verhältnis mit Gewaltanwendung eine Garantstellung 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. 532; *Roxin/Greco* AT I § 15 Rn. 61 ff.) gegenüber Angriffen erkennbar schuldlos Handelnder (insb. Kinder, Irrende, Schuldunfähige):

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

Bsp.: *Ein stark alkoholisierter Mann schlägt ziellos um sich und droht die A zu treffen; Schulkinder schlagen und bespucken einen Betreuer* (OLG Düsseldorf JuS 2017, 81).

Grund: Schuldlos Handelnde greifen die Geltung der Rechtsordnung nicht in dem Maße an wie schuldhaft Handelnde (vgl. §§ 19 ff. StGB), sodass sich das Recht nicht in gleicher Weise bewähren muss.

- Eine erweiterte Übersicht bietet das Problemfeld der *Einschränkung des Notwehrrechts bei Angriffen von schuldlos Handelnden*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/einschraenkung-bei-angriffen-von-schuldlos-handeln/>

ff) Notwehr gegen selbst provozierte Angriffe

Schließlich unterliegt das Notwehrrecht auch bei provozierten Notwehrlagen sozialethischen Einschränkungen. Handelt es sich bei der Provokationshandlung selbst um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff, so befindet sich die provozierte Person in einer Notwehrlage mit der Folge, dass der oder dem Provozierenden – mangels rechtswidrigen Angriffs – überhaupt kein Notwehrrecht zusteht.

Fehlt es aber für die provozierte Person an der Notwehrlage, etwa weil der Angriff der provozierenden Person nicht mehr gegenwärtig ist, befindet sich die provozierende Person grundsätzlich in einer Notwehrsituation. Es stellt sich aber die Frage, ob ihre Notwehrrechte nicht aufgrund der vorangegangenen Provokation eingeschränkt werden müssen. Anhand der Motivation der provozierenden Person lassen sich die Fallgruppen der **Absichtsprovokation** und der **sonst vorwerfbar herbeigeführten Notwehrlage** unterscheiden.

(1) Absichtsprovokation



Von einer Absichtsprovokation spricht man, wenn es der handelnden Person **gerade darum geht**, einen Angriff auf sich selbst zu provozieren, um die so gereizte angreifende Person dann unter dem Deckmantel der Notwehr verletzen zu können. Ein Angriff wird also zielstrebig herausgefordert.

Bsp.: A beleidigt den Vater der B, um B zum tätlichen Angriff zu reizen und auf sie in Abwehr des Angriffs einstechen zu können.

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

- Nach h.M. (BGH NStZ 2003, 425; NStZ 2019, 263; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 533; *Roxin/Greco* AT I § 15 Rn. 65; *Rengier* AT § 18 Rn. 86 ff.) handelt diese Person in einem solchen Fall rechtsmissbräuchlich und kann sich daher gar nicht auf Notwehr berufen: Sie ist wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar.
 - ✚ Der handelnden Person fehlt jdfs. der Verteidigungswille, so dass in Wirklichkeit sie die angreifende Person ist.

- Nach anderer Auffassung ist auch gegen einen absichtlich provozierten Angriff eine uneingeschränkte Notwehr zulässig. Eine Einschränkung ist schlicht nicht erforderlich (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele/*Mitsch* AT § 15 Rn. 56; *Frister* GA 1988, 291 [309]; *Matt* NSTz 1993, 271; *Mitsch* JuS 2022, 18 [22]).
 - + Die Angreiferin kann sich schon dadurch schützen, dass sie sich einfach nicht provozieren lässt. Man darf sich auch durch krasse Provokationen nicht zu einer Handlung hinreißen lassen, die den Boden des Rechts verlässt.
- Schließlich wird auch eine Lösung nach der Rechtsfigur der *actio illicita in causa* (= die im Ursprung unerlaubte Handlung) vorgeschlagen (*Frister* AT § 16 Rn. 32; *Lindemann/Reichling* JuS 2009, 496): Danach ist zwar die eigentliche Verteidigungshandlung der provozierenden Person nach § 32 StGB gerechtfertigt. Als tatbestandlich relevante Verletzungshandlung wird aber nicht diese Verteidigungshandlung angesehen, sondern die dem Angriff vorausgehende Provokation. Die Provokation soll also das tatbestandlich verlangte Unrecht verwirklichen. Diese ist dann auch rechtswidrig, denn zum Zeitpunkt der Provokation war der spätere Angriff noch nicht gegenwärtig.
 - 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 der provozierten und Verteidigungsentschluss der provozierenden Person) zum tatbestandsmäßigen Erfolg führendes Vorverhalten abgestellt wird.

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

(2) Sonst verschuldete Notwehrlage

Die Fallgruppe der sonst verschuldeten Notwehrlage fasst Fälle zusammen, in denen es der Täterin oder dem Täter zwar nicht darauf ankam, die angreifende Person zum Angriff zu provozieren, die Täterin oder 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 ihrer Personalien zu entziehen, fuhr sie davon. O verfolgte A zunächst mit dem Pkw und, nachdem A an einer roten Ampel gehalten hatte, weiter zu Fuß. Es gelang ihm schließlich, die A einzuholen. Wütend schlug O auf A ein. Schließlich erstach A den O mit einem Finnendolch.*

Dass **rechtswidriges** Vorverhalten (hier Unfall und Flucht) das Notwehrrecht einschränkt, ist anerkannt. 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; BGH NStZ 2019, 263; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 538; Rengier AT § 18 Rn. 80, 56) beschränkt das Notwehrrecht in **drei Stufen**: In der Regel muss die provozierende Person ausweichen; wenn ein Ausweichen unmöglich ist, darf sie Schutzwehr üben; schließlich bleibt Trutzwehr als ultima ratio zulässig. Je schwerer und ggf. rechtswidriger die Provokation war, desto mehr ist die angegriffene Person verpflichtet, gefährliche Konstellationen zu vermeiden (BGHSt 39, 374).

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

(b) Rechtmäßiges Vorverhalten

Unstreitig steht das Notwehrrecht demjenigen uneingeschränkt zur Seite, der sich rechtmäßig und sozialadäquat verhält. Ein solches Verhalten liegt auch dann noch vor, wenn die Täterin oder der Täter eine sozialadäquate Handlung vornimmt, etwa einen bestimmten Ort aufsucht, und dabei weiß, dass dies die angreifende Person provoziert (BGH NStZ 2011, 82 [83]; Rengier AT § 18 Rn. 74a f.).

Streitig ist dagegen, wie sich ein zwar rechtmäßiges, aber **sozialwidriges**, also ein den sozialen Umgangsformen widersprechendes Vorverhalten (z.B. Taktlosigkeiten oder Belästigungen) auf das Notwehrrecht auswirkt.

Bsp. (nach BGHSt 42, 97): *A fährt im Dezember Zug. Der schwer alkoholisierte und unangenehm riechende 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 deshalb 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 einem Teil der Lehre (*Roxin/Greco* 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 die Täterin oder der Täter den Boden des Rechts, weshalb es ihm nicht mehr uneingeschränkt zur Seite stehen kann.
- Die vorherrschende Ansicht, insbesondere die Rspr. (BGHSt 42, 97; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 539; *Stratenwerth/Kuhlen* § 9 Rn. 88), schränkt das Notwehrrecht bei rechtmäßigem, aber sozialetisch zu missbilligendem Verhalten ein. Hierfür müsse die verteidigende gegenüber der angreifenden Person ein Vorverhalten an den Tag gelegt haben, das den rechtswidrigen Angriff bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalls als eine adäquate und voraussehbare Folge erscheinen lässt (BeckRS 2018, 19966 [Rn. 11]).

Die bloße Kenntnis oder die „billigende“ Annahme, das Verhalten werde eine andere Person zu einem rechtswidrigen Angriff provozieren, genüge nicht (BeckRS 2021, 11345). Voraussetzung sei außerdem, dass zwischen dem provozierenden Vorverhalten und dem dadurch ausgelösten Angriffsverhalten ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht (BGH NStZ 2016, 84 [85 f.]; NStZ 2019, 263 [264]; BeckRS 2020, 23699 [Rn. 8]; BeckRS 2021, 11345; BeckRS 2020, 26250). In diesen Fällen sei vorrangig auszuweichen und Schutzwehr zu üben. Zur lebensgefährlichen Trutzwehr dürfe nur übergegangen werden, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind (BGH HRRS 18 Nr. 919, Rn. 11 m.w.N.).

Zu dem obigen Zug-Beispiel (KK 304) hat der BGH ausgeführt, dass eine (körperliche) Reaktion des B gegenüber A infolge des mehrfachen Fensteröffnens, insbesondere mit Blick auf das von B getragene T-Shirt, durchaus naheliegend erschien. Bs Angriff gegenüber A erfolgte unmittelbar nach dessen letzter Fensteröffnung im Zugabteil, sodass ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang gegeben ist. Demnach steht dem A nach Ansicht der Rspr. nur ein eingeschränktes Notwehrrecht zu. Zwar konnte A, der von B bereits geschüttelt wurde, dessen Angriff nicht mehr ausweichen. Statt eines tödlichen Messerstichs in den Bauch hätte A jedoch zunächst bloße Schutzwehr üben müssen.

- + 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.

→ Eine Übersicht zu den beiden Konstellationen findet sich unter dem Problemfeld *sonstige Angriffsprovokationen*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/leichtfertige-angriffsprovokation/>

(3) Nothilfeprovokation

Zu der speziellen Konstellation der Nothilfeprovokation musste sich neulich auch der BGH äußern (BGH NStZ 2021, 33). In diesen Fällen wird die angreifende Person zuvor von der angegriffenen Person provoziert. Nun setzt sich aber nicht die provozierende Person selbst, sondern eine dritte gegen die angreifende Person zur Wehr. Dabei gelten die obigen Ausführungen bzgl. der sozialetischen Einschränkung der Notwehr. Da sich das Nothilferecht aus dem Selbstverteidigungsrecht der angegriffenen Person ableitet – in gewisser Weise also „akzessorisch“ ist –, greifen die Einschränkungen bei der Nothilfe jedoch nur dann, wenn die Einschränkungen auch im Rahmen der Notwehr gegolten hätten.

Bsp.: A beleidigt den Vater der B, um B zum tätlichen Angriff zu reizen und auf sie in Abwehr des Angriffs einstechen zu können. Als B nun tatsächlich A angreift, ist es aber nicht A, die sich zur Wehr setzt, sondern der Dritte C, der danebensteht und A helfen möchte. Da für A das Notwehrrecht aufgrund einer Absichtsprovokation eingeschränkt ist (KK 306 ff.), gilt das hier auch für C.

Diese Konstellation ist von derjenigen zu unterscheiden, in der die (Absichts-)Provokation nicht von der angegriffenen, sondern der nothelfenden Person ausgeübt wurde. Sofern die Provokation nicht der angegriffenen Person zugerechnet werden kann, behält diese ihr uneingeschränktes Notwehrrecht. Daraus folgt, dass auch die nothelfende Person (trotz ihrer Provokation) in der Nothilfe nicht beschränkt ist (Sch/Sch/Peron/Eisele StGB § 32 Rn. 61a; Mitsch JuS 2022, 18 [22]).

Bsp.: *A behauptet gegenüber B, C habe ihren Vater beleidigt. A erreicht damit wie geplant, dass B den C angreift. Diesen Angriff möchte A nutzen, um B aufgrund von Nothilfe zu verletzen.* Da hier für C ein uneingeschränktes Notwehrrecht gelten würde, gilt auch für A ein uneingeschränktes Nothilferecht.

gg) Abwehrprovokation


Anders als bei den unter ff) diskutierten Fällen liegt bei der sog. Abwehrprovokation eine Notwehrlage ohne das Zutun der oder des Angegriffenen vor. Allerdings hat sich die oder der Angegriffene in Erwartung des Angriffs prophylaktisch mit erheblichen Abwehrmitteln bewaffnet, die ihr bzw. ihm ansonsten nicht zur Verfügung stünden. In der konkreten Situation wäre ein Einsatz der Abwehrmittel, auch unter Beachtung des Grundsatzes der Erforderlichkeit, grundsätzlich zulässig. In der Literatur (vgl. Sch/Sch/Perron/Eisele § 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 Klingenlänge von je 24 cm in die Seitentaschen ihrer Military-Hose gesteckt, während B vier Wurfmesser am Gürtel trug. Als beide ihre Mahlzeiten verzehrten, trafen C und D ein, die A und B zunächst anpöbelten und dann tödlich angriffen. A und B machten daraufhin von ihrer Bewaffnung Gebrauch, wobei C lebensgefährlich verletzt wurde. D flüchtete.*

Die h.M. (BGH NStZ 2006, 152; OLG Stuttgart NJW 1992, 850; MüKo/Erb § 32 Rn. 236) erkennt die Fallgruppe der Abwehrprovokation hingegen nicht an.

- + Niemand weiß im Vorhinein, welche Verteidigungsmittel in der Kampflege nötig sein werden: Die sich verteidigende Person 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 der sich verteidigenden, sondern der angreifenden Person muss das Risiko überzogener Verteidigungsmittel zugeordnet werden.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet das Problemfeld *Abwehrprovokation*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/abwehrprovokation/>

hh) Notwehr gegen erpresserische Angriffe, insbesondere Schweigegelderpressungen

 Mit Schweigegelderpressung (sog. Chantage) werden typischerweise Fälle umschrieben, in denen dem Opfer von der Erpresserin oder dem 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 der erpressenden Person effektiv abgewendet werden. Da diese letzte Konsequenz als unangemessen erscheint, gehen weite Teile der Literatur (*Roxin/Greco* AT I § 15 Rn. 102; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 544) von einer Einschränkung des Notwehrrechts der erpressten Person dahingehend aus, dass sie in einem solchen Fall nur die Beweismittel der Erpresserin oder 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 der Erpresserin oder des Erpressers.

Gründe für die Notwehrrestriktion bei der reinen Schweigegelderpressung:

- ✚ Die in Notwehr handelnde Person hat selbst Unrecht begangen und verteidigt das Recht daher nur bedingt.
- ✚ Erpressende und erpresste Person sollen keinen Privatkrieg führen: Die oder der Erpresste ist gezwungen, „im Dunkeln“ zu agieren, um ihr bzw. sein Geheimnis nicht öffentlich werden zu lassen. Aus Sicht der Öffentlichkeit kann sich das Recht daher hier nicht bewähren.
- ✚ Die in Notwehr handelnde Person ist nur bedingt schutzwürdig, zumal § 154c II StPO ein Absehen ihrer Bestrafung im Hinblick auf die mit der Aufdeckung bedrohte Straftat ermöglicht.

ii) Rettungsfolter als Nothilfe?

Die Gebotenheit wird schließlich in Zweifel gezogen, wenn die Verteidigungshandlung spezifische aus der Würde der angreifenden Person ableitbare Positionen dieser 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 Magnus Gäfgen festzunehmen. Da sich dieser aber weigerte, den Aufenthaltsort des Jungen preiszugeben, und die Polizei so unter Zeitdruck setzte, befahl Vize-Polizeipräsident*

Daschner, Gäfgen in einem Verhör die Anwendung von Folter anzudrohen. Daraufhin gab Gäfgen das Versteck preis.

- Nach zutreffender h.M. (*Kinzig ZStW 115 [2003], 791 [811]; Saliger ZStW 116 [2004], 35 [48 f.]; Sch/Sch/Perron/Eisele § 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 die in Notwehr handelnde Person eines rechtlich ausnahmslos verbotenen Mittels bediene.

Teilweise (*Jerouschek/Kölbel JZ 2003, 613 [619 f.]*) wird die Handlung Daschners als Nothilfe eingestuft und für gerechtfertigt gehalten. § 32 StGB erlaube gegenüber der Entführerin oder dem Entführer als angreifender Person grundsätzlich jedes Vorgehen, das zur Abwendung des Angriffs (d.h. der Befreiung des Opfers) erforderlich sei. § 32 StGB enthalte gerade weder eine Interessenabwägung noch Angemessenheitsklausel und differenziere nicht danach, ob eine Privatperson oder ein:e Amtsträger:in handle. 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 in EGMR NStZ 2008, 699; Fall Selmouni in EGMR NJW 2001, 56 [59]).

3. Subjektives Rechtfertigungselement

Nach heute ganz h.M. bedarf es bei der Notwehr – wie auch bei allen anderen Rechtfertigungsgründen – eines subjektiven Rechtfertigungselementes. Die Täterin oder der Täter muss jedenfalls um die Notwehrlage wissen. Umstritten ist dabei, ob über diese Kenntnis (kognitives Element) auch ein zielgerichteter Wille, also eine Verteidigungs*absicht* (voluntatives Element), erforderlich ist. Außerdem ist umstritten, welche Rechtsfolge eintritt, wenn das subjektive Rechtfertigungselement fehlt (teilweise wird wegen Vollendung, teilweise wegen Versuchs bestraft); siehe hierzu jeweils unten die KK zu § 16.

III. Hoheitliches Handeln und Notwehrrecht

Bsp.: Die SEK-Beamtin P erschießt den Geiselnnehmer G durch einen gezielten Kopfschuss, obwohl noch nicht alle polizeilichen Maßnahmen der Krisenbewältigung ausgeschöpft waren.

§ 68 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 Hoheitsträgerin 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, die die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns und den Lebens- und Gesundheitsschutz der Bürger:innen 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. 43) 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 insbesondere die Möglichkeit disziplinarischer Ahndung bestehen bleibt.
- ✚ Sachgerechtes Ergebnis: Die Täterin oder der Täter ist strafrechtlich gerechtfertigt, polizeirechtlich bleibt das Verhalten aber mit allen Konsequenzen rechtswidrig.
- Einheit der Rechtsordnung schließt es denkllogisch aus, ein Verhalten als strafrechtlich erlaubt und zugleich als öffentlich-rechtlich rechtswidrig einzustufen.
 - Einwand verfängt nicht: vgl. § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre), KK 263 f.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Geltung der allgemeinen Rechtfertigungsgründe für Hoheitsträger*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/hoheitstraeger/>

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Hilft uns die EMRK bei der Bestimmung des Umfangs des Notwehrrechts?
- II. Provoziert jemand absichtlich einen Angriff auf sich selbst, um unter dem Deckmantel der Notwehr reagieren zu können, so hat dies nach der sog. Selbstschutztheorie was zur Folge?
- III. Warum kann ggf. auch eine solche Provokation für den Umfang des Notwehrrechts relevant sein, die für sich genommen rechtlich irrelevant ist?
- IV. Was sind die Spezifika einer Abwehrprovokation?