

Nachtrag zur vierten Stunde (Rehm)

In der vergangenen Stunde kam die Frage auf, ob auch dann noch vorrangig vom Notwehrrecht Gebrauch zu machen sei (anstatt einer Rechtfertigung über § 34 StGB, vgl. Lösung zu Fall 4, S. 5), wenn die erforderliche Notwehrhandlung in der Ausübung tödlicher Gewalt besteht. Anlass war folgende Konstellation:

A nötigt B die Reifen des D zu zerschneiden. B leistet Folge. Hätte B stattdessen gegen A Notwehr üben müssen (als milderer Mittel).

Nach h.M. ist Notwehr gegenüber dem Angreifer „das mildeste Mittel überhaupt“ (Nachweis in der Lösung a.a.O.). Man kann sich nun daran stoßen, dass ggf. die Tötung des Angreifers (hier A) als das gegenüber dem Zerschneiden der Reifen des D mildere Mittel zu bewerten wäre. Vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 2 EMRK, der die Tötung zur Verteidigung von Sachwerten als Verletzung der Konvention verbietet (Buchst. a) spricht nur davon, dass getötet werden dürfe, „um jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen“, erscheint (vgl. zu den teilweise gezogenen Schlussfolgerungen darauf für die „sozial-ethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts *Sch/Sch/Perron/Eisele*, 30. Aufl. 2019, §32 Rn. 62). Nach (noch) h.M. regelt die EMRK aber das Verhältnis des Staats zum Bürger und nicht das Verhältnis der Bürger untereinander (vgl. den Streit um die „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte). Die a.A. umgeht diesen Einwand, indem sie auf die Rspr. des EGMR verweist, nach der die Mitgliedsstaaten der EMRK verpflichtet seien, praktisch effektiven Lebensschutz selbst im Wege der Auslegung zu betreiben. Danach müssten die Gerichte bei der Anwendung von § 32 StGB vermittelt über Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG die vollen Einschränkungen des Art. 2 EMRK implementieren (dagegen *MK/Erb*, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 24).

Zur Frage des Einflusses des Art. 2 EMRK kann man also unterschiedlicher Auffassung sein. Folgte man der Mindermeinung, wäre unsere Frage aber hinfällig, weil dann ohnehin die Rechtfertigung der Tötung des A nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) EMRK ausgeschlossen wäre – ohne dass es auf die Frage des mildesten Mittels ankäme (Notwehr wäre in diesem Sinne „unmöglich“).

Daher soll für die weitere Betrachtung die h.M. zugrunde gelegt werden. Für unseren konkreten Fall würde ich dabei bleiben, dass die sofortige Tötung des A schon keine erforderliche Notwehrhandlung wäre, weil die Bedrohung mit dem Gewehr (vgl. zur Trias Androhung, Schutzwehr, Trutzwehr in der Erforderlichkeit *MK/Erb* § 32 Rn. 163) bereits erfolversprechend war (der Sachverhalt ist zugegebenermaßen dünn, was das angeht; zu viel sollte man also nicht hineinlesen – für lebensnah halte ich diese Auslegung nichtsdestoweniger). Im Fall stellt sich das angesprochene Problem also m.E. nicht direkt. Bei einer leicht anderen Sachverhaltsfassung kann das freilich gleich anders liegen (wenn etwa hervorgehoben würde, dass A dem B ohnehin nicht zutraut, sich gegen ihn aufzulehnen o.ä.).

Dennoch: Wie wäre ein solcher Fall zu entscheiden?

1. Sofern keine „sozial-ethischen“ Einschränkungen greifen (krasses Missverhältnis, offenkundig schuldlos Handelnde etc.), steht dem Angreifer im Rahmen des § 32 StGB gerade *keine Güterabwägung* zu. Der Angreifer ist gewissermaßen Urheber der Notwehrhandlung. Er hat keinen Anspruch auf Schonung. Das ist der wesentliche Unterschied zum rechtfertigenden Notstand, der auf dem Gedanken der Solidarität gründet. Dem Notstandspflichtigen wird ein Opfer abverlangt. Der Notwehrlpflichtige hat die Verteidigung gegen sich selbst zu verantworten.

2. Auch gegenüber Dritten sind die Rechtsgüter des Angreifers nicht abzuwägen (MK/*Erb* § 32 Rn. 99: „In diesen Fällen muss die Gefahr deshalb grundsätzlich auf Kosten des Einwilligenden bzw. des Angreifers beseitigt werden, und zwar auch dann, wenn dieser dabei weitaus massivere Einbußen erleidet, als dies bei dem an seiner Stelle in Anspruch genommenen Dritten der Fall wäre.“).

3. In der Literatur wird vor allem der Fall diskutiert, ob der Angegriffene auf der Flucht einen Hausfriedensbruch begehen darf (§ 34 StGB), anstatt Notwehr gegen den Angreifer zu üben. Das wird bejaht. Allerdings wird teilweise angenommen, im Falle lebensgefährlicher Verteidigungshandlungen sei die Verteidigungshandlung nicht mehr das mildere Mittel (so *Kühl* AT, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 91). Auch MK/*Erb* § 32 Rn. 99 nimmt eine Rechtfertigung nach § 34 StGB an, gelangt dorthin aber auf anderem Weg und mit anderen Konsequenzen. Er spricht dem Notstandstäter eine „ernste Gewissensnot“ dergestalt zu, dass „die einschlägigen Folgen [beim Angreifer, TR] einerseits besonders gravierend wären und andererseits durch eine nur geringfügige Beeinträchtigung von Drittinteressen leicht vermieden werden können“. Der Unterschied liegt darin, dass *Kühl* meint, der Notwehrtäter *dürfe nicht* lebensgefährliche Gewalt einsetzen und *müsse* stattdessen den Hausfriedenbruch wählen. *Erb* hingegen räumt dem Notstandstäter ein, sich auf seine „Gewissensnot“ zu berufen, so dass sich seine Interessen gegenüber dem Notstandspflichtigen doch trotz milderem Mittels der Notwehr durchzusetzen vermögen. *Kühl* schränkt also die Rechtfertigungsmöglichkeiten ein, indem er die Rechtfertigung nach § 32 StGB versagt, *Erb* erweitert sie, indem er auch § 34 StGB gewährt (die Befugnisse nach § 32 StGB bleiben davon unberührt).

4. Die wesentliche Weichenstellung liegt m.E. in der Konzeption des Notwehrrechts. Stellt man – wie die h.M. – darauf ab, dass die Notwehr auf den „zwei Säulen“ Rechtsbewährungsprinzip und Individualverteidigung fußt, so ließe sich (wie sonst bei den „sozial-ethischen“ Einschränkungen) behaupten, das Recht müsse sich eben dergestalt bewähren, dass Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) EMRK gewahrt werde. Allerdings kann man auch sehr gut vertreten, dass allgemeine Rechtsbewährung und Individualverteidigung in Eins fallen. Denn auch und gerade wenn Individualrechtsgüter verteidigt werden, wird doch die Rechtsordnung bewahrt. Zu ihr gehören schließlich auch Individualrechte. Danach kann nicht recht überzeugend von zwei Prinzipien gesprochen werden (wie ließen sie sich denn

klar trennen?). Insofern kann dem Verteidigungsinteresse kein gegenläufiges entgegengehalten werden und dem Angreifer ist die Verteidigungshandlung zuzurechnen, weil er die Notwehrlage zu verantworten hat (hier könnte ggf. eine Rolle spielen, ob ein schuldhafter Angriff vorliegt bzw. zu fordern ist, was § 32 Abs, 2 StGB dem Wortlaut nach aber gerade nicht verlangt; das führt hier aber zu weit, vgl. dazu NK/*Kindhäuser* § 32 Rn. 22 f., 26, 65 m.w.N.)

Im Ergebnis ist der Einwand also berechtigt und wie gesehen, wird in der Tat vertreten, dass der Täter gerade auf den Notstand verwiesen ist. Herzlichen Dank für die anregende Diskussion. Ich hoffe, dieser Beitrag schafft etwas Klarheit.