

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 90

Notstand und Notwehr

Von

Joachim Renzikowski



Duncker & Humblot · Berlin

JOACHIM RENZIKOWSKI

Notstand und Notwehr

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 90

Notstand und Notwehr

Von

Joachim Renzikowski



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Hans-Ludwig Günther, Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Renzikowski, Joachim:

Notstand und Notwehr / von Joachim Renzikowski. – Berlin :
Duncker und Humblot, 1994

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 90)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1993

ISBN 3-428-08056-4

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-08056-4

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen	18
I. Zur Konkurrenz von Normen	18
II. Die Untersuchungen von <i>Warda</i> und <i>Seelmann</i>	19
1. Der Grundsatz der funktionalen Spezialität	19
a) Die Untersuchung von <i>Warda</i>	19
b) Stellungnahme	21
2. § 34 StGB als <i>lex generalis</i> aller Rechtfertigungsgründe	22
a) Die Ansicht <i>Seelmanns</i>	22
b) Konsequenzen für das Verständnis von Notwehr und Notstand	23
c) Stellungnahme	24
III. Die Konzeption <i>Seelmanns</i> und das vorherrschende Verständnis von Notwehr und Notstand	27
1. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen	27
2. Das Grundprinzip des rechtfertigenden Notstands	28
3. Das Grundprinzip der Notwehr	30
C. Kritik der herrschenden Interessenabwägungsdoktrin	33
I. § 34 StGB als allgemeine Billigkeitsklausel?	34
1. Was bedeutet „Abwägung der widerstreitenden Interessen“?	34
2. Interessenabwägung und Topik	35
3. Interessenabwägungsprinzip und Interessenjurisprudenz	37
4. Interessenabwägungsprinzip und Utilitarismus	41
5. Schlußbemerkung	43
II. Die Unterscheidung von Aggressiv- und Defensivnotstand	43
1. Problematik und praktische Bedeutung	43

2. Das herrschende Verständnis von Aggressiv- und Defensivnotstand . . .	45
3. Defensivnotstand und Wortlaut des § 34 StGB	47
4. Widersprüchlichkeit innerhalb der Interessenabwägung	48
III. Zum „Vorverschulden“ beim rechtfertigenden Notstand	54
IV. Die Bedeutung der Tat für die Rechtsordnung im Ganzen	60
1. Die Berücksichtigung der Autonomie	60
a) Eingriffsseite und Selbstbestimmung	60
b) Erhaltungsseite und Selbstbestimmung	63
c) Notstand und (mutmaßliche) Einwilligung	64
2. „Handeln auf Seiten des Unrechts“	65
3. Besondere Gefahrtragungspflichten	70
4. Störung des Rechtsfriedens	72
V. Schlußbemerkung	74
D. Kritik der herrschenden Rechtsbewährungsdoktrin	76
I. Die dualistische Notwehrkonzeption der herrschenden Lehre	76
II. Die Bewährung der Rechtsordnung	79
1. Was bedeutet „Rechtsbewährung“?	79
a) Sprachliche Bedeutung des Wortes „Bewährung“	79
b) „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“	80
2. Die Geltung der Rechtsordnung als überwiegendes Interesse	81
3. Die Verteidigung der empirischen Geltung der Rechtsordnung	83
4. Die Verteidigung der normativen Geltung der Rechtsordnung	87
5. Die präventive Wirkung der Notwehr	88
6. Schlußbetrachtung	94
III. Rechtsbewährung und Individualgüterschutz	94
IV. Die gesetzlichen Merkmale der Notwehr im Lichte der Rechtsbewährungsdoktrin	99
1. Die Notwehrlage	99
a) Die Qualität des Angreiferverhaltens	99
b) Kein Angriff bei untauglichem Versuch	102
c) Die Gegenwärtigkeit des Angriffs	102
2. Die Verteidigungsbefugnis	104
a) Die Erforderlichkeit der Verteidigung	104

b) Das Verbot der Verletzung von angreiferfremden Rechtsgütern	107
3. Schlußbetrachtung	108
V. Notwehrbegründung und „sozialethische“ Notwehrgrenzen	108
1. Das grobe unerträgliche Mißverhältnis	108
2. Die Notwehrprovokation	111
3. Notwehr in engen Lebensgemeinschaften	114
VI. Abschließende Bemerkung zum Verhältnis von statischen und dynamischen Notwehrelementen	117
VII. Andere Notwehrbegründungen	118
1. Die Risikoübernahme durch den Angreifer	118
2. Die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des Angegriffenen	119
3. Besondere Gründe in der Person des Verteidigers oder des Angreifers	120
a) Die psychische Situation des Angegriffenen	120
b) Die Vermeidbarkeit des Abwehrerfolges durch den Angreifer	122
E. Das formale Verhältnis von Ge- und Verboten zu den Erlaubnissätzen	124
I. Einführung	124
II. Vorabklärung wichtiger Begriffe	124
1. Der Begriff der Rechtfertigung	124
2. Rechtfertigungsgründe als „Erlaubnissätze“	125
3. „Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß“	130
III. Die rechtslogische Struktur der Rechtfertigungsgründe	132
1. Regel und Ausnahme	132
2. Die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand	134
3. Die Lehre vom Leitbildtatbestand	136
4. „Intra-“ und „extrasystematische“ Rechtfertigungsgründe	137
a) Die Untersuchung von <i>Hruschka</i>	137
b) Zur Unterscheidung zwischen primär- und metasprachlicher Normenebene	140
c) Die Struktur metasprachlicher Erlaubnissätze	142
d) Zwei normentheoretische Einwände	144
aa) Die Unterscheidung von Normwidrigkeit und Rechtswidrigkeit	144
bb) Die Selbständigkeit von Erlaubnissätzen	147
5. Die Lösung über einen übergeordneten Rechtssatz	148

IV. Zur Unterscheidung von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld	149
1. Der Deliktsaufbau als Prüfungsschema	149
2. Exkurs: Ordentliche und außerordentliche Zurechnung	153
3. Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld als Wertungsstufen	156
4. Deliktsaufbau und Gesamtrechtsordnung	158
5. Ergebnis	159
V. Ausblick	160
F. Das materielle Verhältnis von Ge- und Verboten zu den Erlaubnissätzen	161
I. Einführung	161
II. Rechte und Pflichten	162
1. Interessen als Gründe für Pflichten	162
2. Individuelle und überindividuelle Aspekte des Rechtsguts	165
3. Berechtigung und Verpflichtung	168
a) Die Person des Berechtigten	168
b) Pflichten als notwendige Konsequenz subjektiver Rechte	170
c) Die Reichweite des subjektiven Rechts	175
4. Schlußbemerkung	177
III. Primärsprachliche Normenebene: Regeln über den Rechtsgüterschutz	178
1. Das Grundprinzip: die Autonomie	178
a) Selbstbestimmung	178
b) Eigenverantwortlichkeit	179
c) Die Verantwortlichkeit für Störungen fremder Rechtssphären	180
d) Autonomieprinzip und allgemeine Defensivnotstandsbezugnis	181
e) Vom Autonomieprinzip zur Solidarität – ein rechtsgeschichtlicher Überblick	185
2. Das Solidaritätsprinzip	188
a) Die Veränderung der Freiheitssphären des Individuums	189
aa) Die allgemeine Hilfeleistungspflicht	189
bb) Die allgemeine Eingriffsduldungspflicht im Aggressivnotstand	191
cc) Die Einschränkung der Defensivnotstandsbezugnis	194
dd) Zwischenbetrachtung	195
b) Das Solidaritätsprinzip als grundlegende Wertentscheidung	196
c) Ausschluß anderer Deutungsmöglichkeiten	199
aa) Keine Begründung durch das Prinzip des überwiegenden Interesses	199

bb) Keine utilitaristische Begründung des rechtfertigenden Notstands	202
3. Die Bedeutung besonderer Pflichtenstellungen beim rechtfertigenden Notstand	208
a) Spezielle Obhutspflichten und besondere Rechtsverhältnisse	209
b) Erhöhte Opferpflicht und Erweiterung der Eigenverantwortlichkeit als Konsequenzen besonderer Pflichtenstellungen?	210
4. Zwischenergebnis	212
IV. Metasprachliche Normenebene: Extrasystematische Regeln über die Rechtsgüterschutzordnung	212
1. Der Unterschied von intra- und extrasystematischer Rechtfertigung am Beispiel des Aggressivnotstands und der Pflichtenkollision	212
a) Die Kollision einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht als Notstandsproblem	214
b) Die Kollision gleichwertiger Handlungspflichten	215
aa) Unmöglichkeit einer Lösung auf der primärsprachlichen Ebene	215
bb) Lösung über eine Metanorm	217
cc) Andere Lösungsvorschläge	220
2. Die gegenseitige Befolgung der Regeln der primärsprachlichen Normenebene	221
a) Das Notwehrverständnis von <i>Hruschka</i>	222
b) Die Begründung des Koordinationsverhältnisses zwischen den Bürgern	224
c) Die extrasystematische Zwangsbefugnis	229
d) Der staatsphilosophische Hintergrund der Notwehrkonzeption <i>Hruschkas</i>	230
e) „Individuelle“ und „überindividuelle“ Aspekte bei der Notwehr	233
f) Abgrenzung zur Notwehrkonzeption von <i>Hoyer</i>	234
3. Die Befriedungsfunktion der Rechtsordnung	236
G. Aggressiv- und Defensivnotstand	238
I. Einführung	238
II. Die Solidarpflicht des „Jedermann“	239
1. Das maßgebliche Fallsystem	239
2. Kritik am Erfordernis des „wesentlichen“ Überwiegens	240
3. Die Entwicklung einer umfassenden Defensivnotstandsbefugnis	243
a) Begründung einer Analogie zu § 228 BGB	243
b) Einwände gegen eine allgemeine Defensivnotstandsbefugnis	245
4. Die Bedeutung der Angemessenheitsklausel	247

a)	Das Prinzip der Verallgemeinerung	248
b)	Angemessenheit und gerechte Lastenverteilung	251
c)	Die Angemessenheitsklausel als Hinweis auf die Subsidiarität der Aggressivnotstandsbefugnis gegenüber gesetzlichen Sonderregelungen	253
d)	Die Angemessenheitsklausel als absolute Opfergrenze	256
e)	Die Bedeutung der Angemessenheit für den Defensivnotstand	257
5.	Ein Sonderproblem: Die Gefahrengemeinschaft	257
III.	Die Aufopferungspflicht des speziell Obhutspflichtigen	260
1.	Das maßgebliche Fallsystem	260
2.	Die Begründung der gesteigerten Aufopferungspflicht	261
3.	Gesteigerte Aufopferungspflicht und Angemessenheit	265
4.	Abschließende Beispiele	266
a)	Der „Bergsteigerfall“	266
b)	Die Perforation	267
c)	„Der Haustyrannenfall“	268
d)	Die Zwangsblutspende	269
IV.	Die Aufopferungspflicht von Personen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis stehen	270
1.	Das maßgebliche Fallsystem	270
2.	Die materielle Begründung der Aufopferungspflicht besonders verpflichteter Personen	271
3.	Bedenken gegen die Auffassung von Lugert	273
H.	Notwehr als Sicherung der Gleichordnung von koordinierten Rechtssubjekten	275
I.	Der Rechtsgrund der Notwehr	275
II.	Die Notwehrlage	276
1.	Angriff als Intensivierung einer Rechtsgutsgefährdung	276
2.	Angriff als zurechenbare Kooperationsverweigerung	279
a)	Die Zurechnung auf der ersten Zurechnungsebene	280
b)	Die Zurechnung auf der zweiten Zurechnungsebene	283
c)	Einwände	285
3.	Die Gegenwärtigkeit des Angriffs	288
4.	Angriff durch Unterlassen?	289
5.	Die Notwehrhilfe	295
6.	Notwehr und hoheitliches Handeln	296
a)	§ 32 StGB als staatliche Gewaltermächtigung?	297

b) Notwehr der Privatperson gegen Amtsträger	297
c) Notwehr des Beamten gegen Angriffe von Privaten	298
III. Die Notwehrbefugnis	299
1. Die Erforderlichkeit der Angriffsabwehr	299
2. „Sozialethische“ Notwehrschranken	301
a) Schuldlos handelnde Angreifer	301
b) Die Notwehrprovokation	302
aa) Der Wegfall der Notwehrlage	302
bb) Die Verantwortlichkeit des Provokateurs für Rechtsgüter des Angreifers	303
cc) Das Verbot des Rechtsmißbrauchs	304
dd) Selbstschutzbliegenheiten des Verteidigers	306
ee) Vorverschulden als Einschränkungskriterium extrasystemati- scher Rechtfertigungsgründe	307
c) Auseinandersetzungen innerhalb enger Lebensgemeinschaften	310
d) Unerträgliches Mißverhältnis	312
aa) Keine notwehrimmanente Beschränkung	312
bb) Eingeschränkte Zulässigkeit der Verletzung indisponibler Rechtsgüter des Angreifers	313
cc) Einschränkungen aufgrund Art. 2 Abs. 2 EuMRK	313
dd) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	314
 Zusammenfassung	 319
 Literaturverzeichnis	 323
 Sachverzeichnis	 355

A. Einleitung

„Wer über Notstand und Notwehr schreibt, muß sich vor Augen halten, daß kaum ein strafrechtliches Gebiet sich einer größeren Literatur rühmen darf als dieses. Hierdurch ist das Thema nicht etwa ein unfruchtbares geworden, denn die Grundlagen der erwähnten Institute sind keineswegs klargestellt und die Einzelheiten der Ausgestaltung bieten immer noch Stoff zu so mancher Bemerkung.“¹ Diese einleitende Feststellung, die *Arthur Baumgarten* vor über 80 Jahren seiner Studie über Notstand und Notwehr voranstellte, trifft auch heute noch zu. Das enorme wissenschaftliche Interesse, das diese Thematik in der ganzen Rechtsgeschichte genießt, beruht nicht auf einem besonderen Klärungsbedarf, den die Rechtsprechung anmahnt. Vielmehr liegt es daran, daß jede Suche nach den Grundprinzipien dieser Institute zu der grundsätzlicheren Frage führt, was wir überhaupt unter Gerechtigkeit verstehen.

Die Vorschriften über den rechtfertigenden Notstand – §§ 228, 904 BGB, 34 StGB, 16 OWiG – und die Notwehr – §§ 227 BGB, 32 StGB, 15 OWiG – weisen eine Gemeinsamkeit auf: In allen Fällen greift der Täter in fremde Interessen ein, um eine Notlage abzuwenden. Diese Tatsache erfordert eine systematische Betrachtungsweise beider Rechtfertigungsgründe. Für die vorherrschende Auffassung ist der Zusammenhang von Notstand und Notwehr schon seit langem geklärt. Notstand und Notwehr werden als *die* typischen Fälle angesehen, in denen sich bei der Kollision zweier rechtlich geschützter Interessen das überwiegende Interesse durchsetzt.² § 34 StGB erscheint so – mehr oder weniger – als gesetzliche Niederlegung dieses allgemeinen Interessenabwägungsgrundsatzes, während bei § 32 StGB der Gesetzgeber eine spezielle Abwägung vorgenommen hat. Die weitergehenden Befugnisse des Verteidigers in einer Notwehrlage folgen daraus, daß bei § 32 StGB neben das Prinzip des (Individual-)Güterschutzes der (überindividuelle) Gedanke der Verteidigung der Rechtsordnung tritt. Dieses letzte Interesse gibt den Ausschlag dafür, daß auf der Seite des Verteidigers die Interessen in der Regel diejenigen des rechtswidrigen Angreifers überwiegen. Man könnte diese Konzeption als *eindimensio-*

¹ *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, S. V.

² Vgl. *Lenckner* in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 7; *ders.*, GA 1985, S. 307.

nal bezeichnen, weil der Zusammenhang von Notstand und Notwehr über einen einheitlichen Grundsatz, das Interessenabwägungsprinzip, definiert wird.

Jedoch zeigt eine neuere Entscheidung des Bundesgerichtshofes, daß das Verhältnis zwischen Notstand und Notwehr nur vordergründig geklärt ist. Unter Bezugnahme auf die Literatur führen die Richter aus: „Fehlt es an der Rechtswidrigkeit des Angriffs, kommt eine Rechtfertigung allein unter Notstandsgesichtspunkten in Betracht.“³ Diese Ansicht überrascht, denn auf den ersten Blick liegt doch nahe, daß dem *Eingriffsrecht* eines Angreifers eine *Duldungspflicht* auf Seiten des Betroffenen korrespondiert. Folgt aus einem Eingriffsrecht nicht der Anspruch, vom Eingriffsoffer das Unterlassen der Gegenwehr zu verlangen (vgl. § 194 Abs. 1 BGB)? Stünde dem Betroffenen ein Abwehrrecht zur Seite, könnte demnach von einer *Eingriffsbefugnis* keine Rede mehr sein. Hält man die Notwehr für eine spezielle Verteidigungsbefugnis gegen (menschliche) Angriffe, kann somit zur Abwehr eines nichtrechtswidrigen Angriffs nicht mehr auf die allgemeine Vorschrift des § 34 StGB zurückgegriffen werden.

Eine kritische Überprüfung der überkommenen Auffassung von Notstand und Notwehr ist daher überfällig. Allerdings muß sich derjenige, der in der Rechtfertigungsdogmatik nach neuen Wegen sucht, vor Augen halten, daß er es mit einer in Jahrzehnten gewachsenen, nahezu allgemeinen Überzeugung zu tun hat. Dabei treten die Schwächen des Interessenabwägungsprinzips offen zutage. Wer die „Abwägung aller positiven und negativen Vorzugstendenzen“ als formales, inhaltsleeres Prinzip bezeichnet⁴, muß sich fragen lassen, welchen Beitrag zur Erklärung von Notwehr und Notstand seine Auffassung leisten kann. Eine flexible, auf die Einzigartigkeit jedes Interessenkonflikts bezogene Lösung gerät in Gefahr, unter der Fixierung auf größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit den Blick für die systematischen Zusammenhänge zu verlieren.⁵ Rechtliche Urteile erfordern Gründe, und Gründe können nicht nur auf den Einzelfall zutreffen.⁶ Wer dagegen mit *Bernsmann* vorzieht, „heuristisch völlig offen, d.h. vor allem

³ BGH, NJW 1989, S. 2479 (2481) mit Hinweis auf *Hirsch* in: LK, § 34 Rn. 73 und *Lenckner* in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 31, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 9; ebenso *Krause*, Hilde Kaufmann-GS, S. 681; *Roxin*, AT, § 14 Rn. 50.

⁴ Vgl. *Lenckner* in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 33 ff. Rn. 7; *ders.*, GA 1985, S. 313; *Otto*, Pflichtenkollision, S. 113; *Rudolphi*, Armin Kaufmann-GS, S. 393.

⁵ Ein extremes Beispiel dafür gibt *Bernsmann*, Entschuldigung, S. 316: „Falls erforderlich, ließen sich dem rechtsgutsspezifischen Notstand so viele unterschiedliche dogmatisch-systematische „Orte“ zuweisen, wie es unterschiedliche Notstands-Typen gibt...“. Zur Kritik derartiger Positionen vgl. *Frankena*, Analytische Ethik, S. 43 ff.; *Hare*, Freiheit und Vernunft, S. 125 ff.

⁶ *Brandt*, Ethical Theory, S. 20 ff.; *Frankena*, Analytische Ethik, S. 46; *M. G. Singer*, Verallgemeinerung in der Ethik, S. 43 ff., 60 ff.

ohne Furcht vor fehlender (strafrechts-)systematischer Folgerichtigkeit und mit variablen Perspektiven an die mannigfaltigen Notstandskonfigurationen herangehen zu können und damit die „Theorie“fortschreibung nicht allzu früh unter das Diktat der schlüssigen systematischen Zuordnungen zu stellen“⁷, gibt damit letztlich den Anspruch der Rechtswissenschaft, rationale Wissenschaft zu sein, auf.

Ziel meiner Untersuchung ist die Entwicklung eines besseren Grundverständnisses von Notstand und Notwehr. Beide Rechtfertigungsgründe müssen insbesondere aus unserem Staats- und Gesellschaftsverständnis heraus und vor dem Hintergrund unserer Verfassung interpretiert werden, der das Menschenbild eines freien und eigenverantwortlichen Individuums zugrundeliegt. Dabei erweist sich der rechtfertigende *Notstand* als Oberbegriff für mehrere voneinander zu unterscheidende Fallgruppen, die in ein zusammenhängendes System eingeordnet werden. *Zwei Leitprinzipien* durchziehen die verschiedenen Notstandsfälle: Auf der einen Seite steht der *Autonomiegedanke*, der die Selbstbestimmung und als ihre Kehrseite die Eigenverantwortlichkeit des Individuums enthält. Auf der anderen Seite findet sich die Forderung nach mitmenschlicher *Solidarität*. Während diese beiden Prinzipien die Zuordnung der Bereiche rechtlich geschützter Freiheit zum Individuum bestimmen, geht es bei der Notwehr um etwas ganz anderes. Hier erscheinen die Mitglieder einer Gesellschaft als einander gleichgeordnete Rechtssubjekte, die sich wechselseitig die Achtung ihrer Freiheitssphären schulden. *Die Notwehr dient dazu, diese Kooperation im staatsfreien Raum sicherzustellen*. Damit sind die wesentlichen Ziele meiner Arbeit zusammengefaßt.

Bei der Entwicklung dieser Auffassung gehe ich folgendermaßen vor: Ausgangspunkt sind die Untersuchungen von *Warda* und *Seelmann* zur Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe.⁸ Daneben soll in Teil B. die herrschende Deutung von Notstand und Notwehr dargestellt werden. Beide Rechtfertigungsgründe erscheinen üblicherweise als Konkretisierungen eines allgemeinen Rechtfertigungsprinzips, des Vorrangs des überwiegenden Interesses. Folgerichtig widmet sich Teil C. einer methodischen Kritik dieses Rechtfertigungsprinzips. Interpretiert man § 34 StGB als Regelung aller Fälle des rechtfertigenden Notstands und somit als Aufforderung zu einer umfassenden Abwägung aller denkbaren Gesichtspunkte, so werden dadurch die für die Rechtfertigung maßgeblichen Wertentscheidungen verdeckt. Kernpunkt meiner Kritik wird die Feststellung sein, daß sich nicht alle maßgeblichen Gesichtspunkte auf den Nenner von miteinander verrechenbaren - und damit relativen - Interessen bringen lassen.

⁷ *Bernsmann*, Entschuldigung, S. 316.

⁸ *Warda*, Maurach-FS, S. 143 ff.; *Seelmann*, Verhältnis.