

Schriften zum Strafrecht

Band 55

Individualistische oder
überindividualistische Notwehrbegründung

Von

Prof. Dr. Heinz Wagner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

HEINZ WAGNER

**Individualistische oder überindividualistische
Notwehrbegründung**

Schriften zum Strafrecht

Band 55

Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung

Von

Prof. Dr. Heinz Wagner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Wagner, Heinz:

Individualistische oder überindividualistische
Notwehrbegründung / von Heinz Wagner. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1984.
(Schriften zum Strafrecht; Bd. 55)

ISBN 3-428-05645-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05645-0

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	9
B. Rein überindividualistische Notwehrbegründung	13
I. Notwehr als Verteidigung der empirischen Geltung der Rechtsordnung (Schmidhäuser)	13
II. Notwehr als Verteidigung der normativen Geltung der Rechtsordnung	21
1. Zu der gegenwärtigen Diskussion des Satzes „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“	21
2. Überindividualistische Notwehrbegründung und Gewaltmonopol des Staates	24
C. Die Möglichkeit einer rein individualistischen Notwehrbegründung ..	29
1. Einleitung	29
2. Individualrechtliche Notwehrbegründung und Güterabwägungsprinzip	30
3. Individualrechtliche Notwehrbegründung und Nothilfe	34
4. Individualistische Notwehrbegründung und Notwehreinschränkungen	38
5. Zusammenfassung	38
D. Einschränkungen der individualrechtlich begründeten Notwehr	39
I. Bisherige Einschränkungsversuche	39
1. Prinzip der Verhältnismäßigkeit	39

2. Prinzip der Güterabwägung	40
3. Verbot des Rechtsmißbrauchs	42
4. Einschränkungen der Notwehr aus ihren Grundgedanken	44
II. Individualrechtliche Notwehrbegründungen und Einschränkungen der Notwehr aus ihren Grundgedanken	45
1. Einführung	45
2. Die gesetzlichen Merkmale des § 32 StGB aus individualrechtlicher Sicht	46
a) Der gegenwärtige rechtswidrige Angriff	46
aa) Der Angriff	46
bb) Die Gegenwärtigkeit des Angriffs	50
cc) Die Rechtswidrigkeit des Angriffs	52
b) Die Erforderlichkeit der Verteidigung	54
aa) Allgemeines	54
bb) Die Erforderlichkeit der Verteidigung bei bestehender Ausweichmöglichkeit	56
cc) Die Erforderlichkeit der Verteidigung bei präsenter oder ohne Risikoerhöhung erlangbarer polizeilicher Hilfe ...	61
c) Zusammenfassung	62
d) Der Verteidigungswille	63
3. Übergesetzliche Notwehreinschränkungen	64
a) Die vom Angegriffenen veranlaßte Notwehrlage	68
aa) Absichtliche und vorsätzlich provozierte Notwehrlage ..	69
bb) Sonst verschuldete Angriffe	72
b) Notwehr gegen Angriffe von Kindern, Jugendlichen, Geisteskranken und schuldlos Irrenden	76
aa) Angriffe von Kindern	77
bb) Angriffe von Geisteskranken und schuldlos Irrenden ..	80
c) Notwehr bei Angriffen gegen ganz geringwertige Objekte ..	83
E. Ergebnisse der Untersuchung	88
Literaturverzeichnis	89

Abkürzungsverzeichnis

(Soweit die im Text verwendeten Abkürzungen mit denen bei *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 3. Aufl. 1983, übereinstimmen, werden sie nicht angeführt.)

ders.	derselbe
herausg.	herausgegeben
LK	Leipziger Kommentar zum StGB
m. E.	meines Erachtens
Nachw.	Nachweise
Rdnr(n).	Randnummer(n)
Schl.Holst.LVerw.G	Landesverwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein
SK	Systematischer Kommentar zum StGB
Vor.	Vorbemerkungen
zahlr.	zahlreich
z. T.	zum Teil
zutr.	zutreffend

A. Einleitung

Betrachtet man die gegenwärtige Notwehrdiskussion, so bietet sie im Grundsätzlichen das Bild einer sicheren, weithin unangezweifelten Ausgangsposition. Die Notwehr wird dualistisch begründet: Der Notwehr Übende verteidigt das angegriffene Rechtsgutsobjekt und zugleich die Rechtsordnung¹. Dabei bleibt allerdings zumeist offen, ob das individuelle Selbstschutzmoment oder der Schutz der Rechtsordnung die Notwehr vorrangig prägt. Viele Autoren scheinen bei der Notwehrbegründung von einer Gleichrangigkeit beider Momente auszugehen². Ihr Verhältnis zueinander wird dann bei der Frage der Notwehreinschränkung³ oder überhaupt nicht erörtert⁴. Wo es angesprochen wird, geschieht dies oft ohne nähere Begründung⁵. Widersprüche in der Notwehrkonzeption sind die Folgen. So führt etwa *Blei* an einer Stelle aus, § 32 Abs. 1 diene überwiegend dem Schutz der durch den Angriff bedrohten Rechtsgüter⁶. An anderer Stelle meinte er, die Notwehr diene nicht nur dem Schutz des angegriffenen Rechtsguts, sondern auch, und dies nicht einmal sekundär, dem Schutz der Rechts-

¹ Vgl. etwa *Arzt*, *Schaffstein-Festschrift*, 1975, 87; *Baldus*, LK, 9. Aufl., § 53 Rdnr. 1; *Baumann*, AT, § 21 II 1 (S. 316 ff.); *Bertel*, ZStW 84 (1972), 7 ff.; *Blei*, AT, § 39 III; *Bockelmann*, AT, § 15 B/I; *Honig-Festschrift*, 1970, 30; *Dreher-Festschrift*, 1977, 243; *Gallas*, *Bockelmann-Festschrift*, 1978, 177; *Dreher/Tröndle*, StGB, § 32 Rdnr. 2; *Hirsch*, *Dreher-Festschrift*, 216 f., 223; *Jescheck*, AT, § 32 I 2; *Krause*, *Bruns-Festschrift*, 1978, 77; GA 1979, 331; *Krey*, JZ 1979, 710; *Lackner*, StGB, § 32 Anm. 3; *Lenckner*, GA 1962, 309; GA 1968, 3; *Maurach/Zipf*, AT, Teilbd. 1, § 22 I 1 a, b; *Otto*, Allg. Strafrechtslehre, § 8 II; *Württemberg-Festschrift*, 1977, 138 ff.; *Roxin*, ZStW 75 (1963), 566 f.; 83 (1971), 387; *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, 26 ff.; *Schaffstein-Festschrift*, 1975, 116; *Rudolphi*, JuS 1969, 464; *Samson*, SK, § 32 Rdnr. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Rdnr. 1; *Spendel*, LK, 10. Aufl., § 32 Rdnrn. 14 ff.; *Stratenwerth*, AT I, Rdnr. 413; *Wessels*, AT, § 8 V 2; RGSt 21, 168, 170; 55, 82, 85 f.; BGHSt 24, 356, 359; umfassend zu der Entwicklung und mit weiteren Nachweisen: *Felber*, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979, 88 ff.; *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978, 19 ff.; *Suppert*, Studien zur Notwehr und „notwehrähnliche Lage“, 1973, 41 ff., 372 ff.; zu den abweichenden monistischen Auffassungen vgl. unten S. 13 ff.

² Vgl. etwa *Blei*, AT, § 39 I 1; *Bockelmann*, AT, § 15 B I; *Stratenwerth*, AT, Rdnr. 413; *Samson*, SK, § 32 Rdnr. 2; *Suppert*, 374 f.

³ Vgl. etwa *Baumann*, AT, § 21 II 1; *Bockelmann*, AT, § 15 B 3; *Samson*, SK, § 32 Rdnrn. 19 ff.

⁴ So etwa bei *Wessels*, AT, § 8 V 3; *Baumann*, AT, § 21 II 1 (S. 318 f.); *Stratenwerth*, AT, Rdnrn. 433 ff.

⁵ Vgl. dazu den nachfolgenden Text.

⁶ AT, § 39 II 3 (S. 145).

ordnung als Ganzer⁷. Was hier nun eigentlich primär und was sekundär ist, bleibt ungeklärt. Wann beide Gesichtspunkte nicht „vollge-
wichtig zum Tragen kommen“⁸ und deshalb das Notwehrrecht einzuschränken ist, bleibt unbestimmbar, solange das Gewicht der beiden Gesichtspunkte nicht angegeben wird⁹. *Suppert* hebt einerseits den individualrechtlichen „überzeitlichen, naturrechtlichen Kern“ der Notwehrbefugnis hervor¹⁰. Andererseits will er bei unzurechnungsfähigen Angreifern kein Notwehrrecht gewähren¹¹, hält also den Angegriffenen für verpflichtet, „Einbußen an seinen Gütern tatenlos hinzunehmen“¹². Wieso die sozialrechtliche Komponente den naturrechtlichen individualistischen Kern der Notwehr soll beseitigen können, bleibt offen. *Bockelmann* schließlich hält eine Ablehnung von Notwehr nur bei dem Fehlen *beider* Komponenten für möglich¹³. Auch dies ist wenig überzeugend. Wenn die Notwehr als Rechtfertigungsgrund begründet wird durch die Prinzipien des Selbstschutzes *und* der Rechtsbewährung, so muß eine Rechtfertigung eigentlich schon bei Fehlen eines Rechtfertigungselements entfallen¹⁴.

An alledem zeigt sich, daß man ohne eine Entscheidung darüber, ob die individuelle oder die überindividuelle Notwehrkomponente den Vorrang hat oder ob beide gleichrangig die Notwehr begründen, zu Widersprüchen in der Notwehrlehre gelangt¹⁵. Es gibt nun freilich auch Stimmen, die sich für den Vorrang einer der beiden Komponenten aussprechen¹⁶. So plädieren etwa *Jescheck* und *Spindel* für einen Vor-

⁷ AT, § 39 III (S. 149); so auch *Krause*, *Bruns-Festschrift*, 81 f. und GA 1979, 331: „Der Notwehr liegt zum einen die Befugnis zum Selbstschutz zugrunde, die Notwehr dient zum anderen — und nicht zum geringsten — der Bewahrung der Rechtsordnung.“

⁸ *Blei*, AT, § 39 III (S. 149).

⁹ *Haas* stellt zutreffend fest, ein Großteil der heutigen Autoren verzichte auf eine nähere Begründung des von ihnen behaupteten individualrechtlichen Aspekts der Notwehr (S. 175 f., Fn. 21). Daß damit auch das Verhältnis von individueller und überindividueller Komponente unbestimmbar wird, dürfte nicht zu bestreiten sein.

¹⁰ S. 374; ähnlich *Kinnen*, MDR 1974, 633 f.

¹¹ S. 376 Fn. 114.

¹² S. 374.

¹³ Allg. Teil, § 15 B I 3; *Honig-Festschrift*, 30; so wohl auch *Wessels*, AT, § 8 V 3.

¹⁴ Konsequenter insoweit *Krause*, GA 1979, 332 und *Samson*, SK, § 32 Rdnr. 2; wenn *Samson* allerdings die Notwehr gegen Angriffe von Geisteskranken, Betrunknen, schuldlos Irrenden und Kindern aus überindividuellem Grund (kein zurechenbarer Angriff auf die Rechtsordnung) nicht zuläßt, dann steht der völlige Ausschluß der Staatsnothilfe (Rdnr. 9) dazu in einem gewissen Widerspruch (folgerichtig insoweit *Schmidhäuser*, AT, 9/108 (S. 357)).

¹⁵ Dazu zutreffend *Felber*, 90; *Geilen*, Jura 1981, 200 f.; *Maurach / Zipf*, § 26 I (S. 374).

¹⁶ Besonders nachdrücklich *H. Mayer*, § 22 I 1, der der überindividualistischen Seite den Vorrang einräumt, dabei aber Notwehr nur gegen *Gewalt*-angriffe zulassen will (§ 22 II 1).

rang der individualrechtlichen Seite¹⁷, während umgekehrt *Zipf* dem Vorrang der sozialrechtlichen Seite das Wort redet¹⁸ und *Maurach* das Rechtsbewährungsprinzip hervorhebt¹⁹. Mit der Einigkeit im Grundsätzlichen ist es füglich bei näherem Zusehen nicht allzuweit her.

Angesichts dieser Bestandsaufnahme ist es erstaunlich, daß *monistische* Notwehrlehren kaum noch auf Widerhall stoßen, obwohl sie die Vermutung eindeutiger Grenzbestimmung für sich haben. Dies gilt insbesondere für die rein überindividualistische Notwehrbegründung *Schmidhäusers*²⁰. Sie wird teilweise nur bei Einzelfragen diskutiert²¹, teilweise mit der Bemerkung abgetan, sie verfehle „den Sinngehalt der Notwehr“²², teilweise gar nicht erwähnt²³. Auch die monistische Gegenposition zu *Schmidhäuser*, eine rein individualistische Notwehrlehre, wie sie von *Roxin* skizziert worden ist²⁴, wird heute allenfalls noch beiläufig erwähnt²⁵. Nun könnte es sein, daß jeder monistische Ansatz evident falsch wäre, so daß man auf ihn keine Überlegung verschwenden sollte. Dies ließe sich indessen wohl nur vertreten, wenn der dualistische Ansatz zu stringenten Begründungen in allen problematischen Notwehrfragen führte. Daß dies nicht der Fall ist, bedarf keiner weiteren Darlegung²⁶. Kennzeichnend für den heutigen Stand der Notwehrdiskussion ist etwa, daß die einen die überindividualistische Seite der Notwehr zur Einschränkung des Notwehrrechts ins

¹⁷ *Jescheck*, AT, § 32 I 2; so auch *Felber*, 88 ff.; *Hirsch*, Dreher-Festschrift, 219; wohl auch *Krause*, Bruns-Festschrift, 77 f., vgl. aber auch 81 f. (die Notwehr diene — und nicht zum geringsten — der Bewährung der Rechtsordnung); *Spendel*, LK, 10. Aufl., § 32 Rdnr. 14.

¹⁸ *Maurach / Zipf*, AT, § 26 I.

¹⁹ AT, 4. Aufl. 1971, 307 f., 314; damit unvereinbar allerdings die Anerkennung von Tierangriffen (308); für den Vorrang des Rechtsbewährungsprinzips wohl auch *Samson*, SK, § 32 Rdnrn. 14, 21 (vgl. aber auch oben Fn. 14).

²⁰ AT, 9/84 ff. (338 ff.); Honig-Festschrift, 185 ff.; vgl. auch *Haas*, 1978, passim, der ebenfalls eine rein überindividualistische Notwehrlehre vertritt.

²¹ Vgl. etwa *Baumann*, AT, § 21 II 1 (S. 318, 319); *Blei*, AT, § 39 I 1; *Samson*, SK, § 32 Rdnrn. 9, 13, 14, 23, der *Schmidhäusers* überindividualistischer Sicht teils folgt, teils nicht folgt, ohne daß er Gründe für die Heranziehung oder Nichtheranziehung der überindividualistischen Notwehrkomponente nennt; *Spendel*, LK, § 32 Rdnr. 13, Fn. 31; *Stratenwerth*, AT, Rdnrn. 412 ff.

²² So *Jescheck*, AT, § 32 I 2, Fn. 3.

²³ Vgl. etwa *Bockelmann*, AT, § 15 B; eine ausführliche Kritik des Ansatzes *Schmidhäusers* findet sich neuerdings bei *Hirsch*, Dreher-Festschrift, 218 ff.

²⁴ Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 32, Fn. 68.

²⁵ Vgl. etwa *Sax*, JZ 1977, 329, der offenbar einer individualistischen Notwehrbegründung zuneigt; ferner *Klose*, ZStW 89, 86; aus der älteren Literatur vgl. *Frank*, 18. Aufl., 1931, § 53 I 2.

²⁶ Vgl. dazu etwa die Darstellung von *Samson*, SK, § 32 Rdnrn. 20 ff.; resignierend auch *Krause*, Bruns-Festschrift, 86, der ausführt, bei krassem Mißverhältnis müßten Schranken gesetzt (!) werden, es dürfte jedoch kaum möglich sein, hierfür allseits akzeptierte und für jeden Einzelfall befriedigende Lösungen aufzuzeigen.