

Schriften zum Strafrecht

Band 58

**Die neue Tendenz zur
Einschränkung des Notwehrrechts**

Unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation

Von

Nikolaos Bitzilekis



Duncker & Humblot · Berlin

NIKOLAOS BITZILEKIS

Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts

Schriften zum Strafrecht

Band 58

Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts

unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation

Von

Dr. Nikolaos Bitzilekis



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Bitzilekis, Nikolaos:

Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts: unter bes. Berücks. d. Notwehrprovokation / von Nikolaos Bitzilekis. — Berlin: Duncker und Humblot, 1984.

(Schriften zum Strafrecht; Bd. 58)

ISBN 3-428-05710-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05710-4

Nichts darf es geben, das nicht befragt würde, kein Geheimnis darf gegen Forschung geschützt sein, nichts sich abwehrend verschleiern. Durch Kritik aber werden die Reinheit, der Sinn und die Grenzen des Erkennens gewonnen.

Karl Jaspers

(Der philosophische Glaube, S. 13)

Vorwort

Diese rechtsphilosophische und strafrechtsdogmatische Untersuchung hat im Wintersemester 1983/84 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im Juni 1983 abgeschlossen. Spätere Literatur und Rechtsprechung sind in den Fußnoten berücksichtigt.

Meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. *Hans Joachim Hirsch*, möchte ich in erster Linie herzlich danken. Er stand mir — weit über das Übliche hinausgehend — in jeder Phase der Entstehung dieser Abhandlung mit wertvollen wissenschaftlichen Hinweisen, seiner fördernden Kritik und seiner menschlichen Ermutigung zur Seite.

Mein Dank gebührt weiterhin meinem Lehrer aus den Thessaloniker Jahren, Herrn Professor Dr. *Iohannis Manoledakis*, der zu den ersten Schritten meines wissenschaftlichen Versuches durch Anregungen entscheidend beigetragen hat.

Nicht zuletzt danke ich den im Kriminalwissenschaftlichen Institut (Lehrstuhl Professor Hirsch) der Kölner Universität tätigen Freunden und Kollegen für ihre entgegenkommende Hilfsbereitschaft, insbesondere hinsichtlich sprachlicher und stilistischer Fragen bei der Abfassung des Manuskripts.

Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD), der die Untersuchung durch ein Promotionsstipendium ermöglicht hat, fühle ich mich sehr verpflichtet. Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Professor Dr. Dr. h. c. J. Broermann für die Aufnahme der Abhandlung in die Reihe „Schriften zum Strafrecht“. Der Druck wurde durch großzügige Zuschüsse des DAAD sowie auch der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Kölner Universität gefördert. Auch dafür habe ich besonders zu danken.

Thessaloniki / Köln, im April 1984

Nikolaos Bitzilekis

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	15
I. Das Notwehrrecht und die Tendenzen zu seiner Einschränkung	15
1. Die heutige Diskussion im Notwehrbereich	15
2. Einführung in die Problematik der Notwehrrestriktion	17
II. Zur Methode	20

Erster Teil

Funktion und Wertstruktur der Notwehr im strafrechtlichen System

§ 2 Die ratio der Notwehrregelung	23
I. Allgemeines	23
II. Die alte Schule des „jus naturale“ und ihre Bedeutung für die heutige Naturrechtslehre	24
III. Der deutsche Idealismus in der Notwehrlehre	28
1. Der Begriff des Naturzustandes bei Kant	28
2. Die Lehre Feuerbachs und der Begriff der „Rechtlosigkeit“ bei Fichte	31
3. Die Hegelsche Schule	35
a) G. W. F. Hegel	35
b) Die Neuhegelianer und der Satz „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“	39
IV. Die heute herrschende dualistische Ansicht	45
1. Die Doppelfunktion der Notwehr: Selbstschutz, Rechtsbewäh- rungsgedanke	45
2. Kritische Würdigung	47
V. Notwehr als Verteidigung der Rechtsordnung	51
1. Der Begriff der Rechtsordnung	51
a) Theorie von der „empirischen Geltung der Rechtsordnung“	51
b) Die Rechtsordnung als soziale Wertordnung (normativer Rechtsordnungsbegriff)	53

2. Die „Verteidigung der Rechtsordnung“ als ratio der Notwehrregelung	57
3. Folgerungen aus dieser Betrachtung	62
a) Notwehr und Strafe	62
b) Die Notwehrfähigkeit aller geschützten Rechtsgüter	66
c) Die Frage nach der Subsidiarität der Notwehr	71
aa) Subsidiarität gegenüber privater Nothilfe	72
bb) Subsidiarität gegenüber obrigkeitlicher Hilfe	74
cc) Zulässigkeit der Notwehr bei vorhandener „Ausweichmöglichkeit“	77

Zweiter Teil

Grenzen und Einschränkungen des Notwehrrechts

§ 3 Die Bedeutung und Notwendigkeit der Notwehrein-schränkungen im Rahmen der geltenden Notwehrrdogmatik	81
I. Begriff und Umfang der Restriktion	81
II. Notwehrein-schränkungen und das Bestimmtheitsgebot des nul-lum-crimen-Prinzips	84
§ 4 Die dogmatische Begründung	90
I. Allgemeines	90
II. Die allgemeine „Sozialethik“ als Begründungsform	91
1. Die Berücksichtigung der „Sozialethik“ in der Rechtsprechung	91
2. „Erforderlichkeit“ und „Gebotensein“ als gesetzliche Anhalts-punkte	94
3. Die Wertausfüllung der „Sozialethik“	97
a) Das regulative Begriffspaar „Zumutbarkeit“, „Unzumut-barkeit“	97
b) Der Rechtsmißbrauchsgedanke	100
III. Die Notwehrein-schränkungen als Aspekt des Notwehrgedankens	104
§ 5 Die Einschränkungen im einzelnen	108
I. Einschränkungen im Hinblick auf Umstände in der Person	108
1. Unvorsätzliche Angriffe und Angriffe von Schuldunfähigen, Irrenden oder sonst schuldlos Handelnden	108
a) Allgemein zum Merkmal der „Rechtswidrigkeit“ in § 32 StGB	108
b) Die Notwehrein-schränkung bei schuldlos Handelnden	116
2. Notwehr innerhalb besonders enger Lebensverhältnisse	120
II. Einschränkungen im Hinblick auf die beteiligten Rechtsinteressen	125

III. Einschränkungen des Notwehrrechts durch die Menschenrechtskonvention? 133

Dritter Teil

Zur Problematik der Notwehrprovokation

§ 6 Einführung in die Problematik 136

 I. Terminus *technicus* 136

 II. Die Problematik im Rahmen der Notwehrdogmatik 138

§ 7 Der Einfluß der Notwehrprovokation auf das Notwehrrecht 139

 I. Das angriffsauslösende Vorverhalten 139

 1. Die rechtliche Qualität dieses Verhaltens 139

 2. Der Zusammenhang zwischen provokatorischem Vorverhalten und rechtswidrigem Angriff 146

 II. Die Verteidigungshandlung 148

 1. Die sogenannte Absichtsprovokation 148

 a) Begriff, Problemstellung und Streitstand in Judikatur und im Schrifttum 148

 b) Die dogmatische Begründungsart 151

 aa) Die Verteidigung als Rechtsmißbrauch 151

 bb) Die Rechtsfigur der *actio illicita in causa (a.i.i.c.)* ... 153

 cc) Notwehrprovokation als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft 160

 dd) Theorie der Garantenpflicht durch vorangegangenes Tun 164

 ee) Weitere Theorien 166

 ff) Die *ratio* der Notwehr als einschränkendes Kriterium bei der Absichtsprovokation 170

 2. Die sonst vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung einer Notwehrlage 176

 a) Der Meinungsstand. Kritische Bemerkungen 176

 b) Der Einfluß auf das Notwehrrecht 182

§ 8 Spezielle Fragen zur Notwehrprovokation 185

 I. Die versuchte Notwehrprovokation 185

 II. Der Dritte in der Notwehrprovokation 190

 III. Der Notwehrexzeß bei provozierter Notwehrlage 194

Literaturverzeichnis 201

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf (siehe auch Literaturverzeichnis)
Anm.	Anmerkung
ArchCrimR	Archiv des Criminalrechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
E	Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, Bonn 1962
f., ff.	folgende, fortfolgende
Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
Fußn.	Fußnote
GA	Goltdammers Archiv
Gedächtnisschr.	Gedächtnisschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS	Der Gerichtssaal
HannRpfl.	Hannoversche Rechtspflege
HEST.	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber

insbes. i. S.	insbesondere im Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JJ	Juristen-Jahrbuch
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LK	Leipziger Kommentar (siehe auch Literaturverzeichnis)
MDR	Monatschrift für deutsches Recht
MRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
Niederschr.	Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, Bd. I—IV, 1956—1958; Bd. XI—XIV, 1959—1960
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov.Dig.it.	Novissimo Digesto Italiano
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
Riv. it. pen	Rivista italiana di diritto penale
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SK	Systematischer Kommentar (siehe auch Literaturverzeichnis)
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
u. a.	und andere, unter anderem
Urt.	Urteil
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung. Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts
z. B.	zum Beispiel
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§1 Einführung

I. Das Notwehrrecht und die Tendenzen zu seiner Einschränkung

1. Die heutige Diskussion im Notwehrbereich

„Kaum eine andere Institution des Allgemeinen Teils war bis in die jüngste Zeit in Bedeutung, Folgerungen und Einzelheiten so unbestritten und so geklärt wie die Notwehr.“ Dieser Befund *Maurachs*¹ ist von Wissenschaft und Praxis einer ganzen Epoche vielfach bestätigt worden. *Lenckner*² hat ihm beigeplichtet: „In der Tat scheinen grundsätzlich Bedeutung, Voraussetzungen und Tragweite im einzelnen bei der Notwehr völlig eindeutig und unbestritten zu sein.“

Das seit langem als geklärt geltende Notwehrrecht ist heute aber wieder in Bewegung geraten. Praxis und Lehre haben es inzwischen eingehend behandelt und zugleich in Zweifel gezogen. Die im Bereich des Rechts als einer Kulturerscheinung sich entwickelnden und wandelnden sozialpolitischen Anschauungen haben im Notwehrrecht eine Wende hervorgebracht und es so in eine „Krise“ geführt³. Damit ist die alte Diskussion über das Notwehrrecht letztlich nie zum Stillstand gekommen. Sie durchläuft nur bestimmte Entwicklungsphasen, wenn sie nach dem Abschluß der Behandlung einer Problematik einen neuen Problemkreis um die Grenzen der Notwehrbestimmung erneut ins Blickfeld lebhafter, wechselseitiger Auseinandersetzungen rückt. Diese Tendenz, die nicht nur die wissenschaftliche Auseinandersetzung, sondern auch die Rechtsprechung intensiv beschäftigt, hat die begrifflichen Grundlagen einer bislang unbestrittenen Notwehrdogmatik auf allen denkbaren Diskussionsebenen brüchig gemacht und insoweit in Frage

¹ AT⁴, S. 307; ebenso bereits AT², S. 245. Seit der 5. Auflage erfährt diese Feststellung ihre inzwischen notwendig gewordene Erläuterung; daß damit „aus heutiger Sicht der Endpunkt einer Entwicklungsphase markiert war“ (*Maurach/Zipf*, AT I, S. 374 und in der kürzlich erschienenen 6. Aufl., AT I, S. 336).

² GA 1961, S. 299.

³ Das hatte schon vor Jahren *Schaffstein*, MDR 1952, S. 133 erkannt, soweit er von einem „durch die soziale Zeitströmung gewandelten Rechtsgefühl“ sprach. Ähnlich auch *Bockelmann*, Engisch-Festschr., S. 456 und *Schmidhäuser*, Honig-Festschr., S. 185. Von einem zwangsläufigen Funktionswandel der Notwehr ist die Rede bei *Maurach/Zipf*, AT I, S. 336.

gestellt. Damit ist das Institut der Notwehr wieder „in den Strudel der Kontroverse geraten“⁴.

Soweit die Unrechtslehre und die Rechtfertigungsfragen in den letzten Jahren ausgiebig und auch leidenschaftlich erörtert worden sind, konnte die Notwehrregelung, die aufs engste mit diesen Grundelementen der Verbrechenslehre zusammenhängt, von dieser Entwicklung nicht unberührt bleiben. Von den verschiedenen Systemen und sich wandelnden Tendenzen her ergeben sich jeweils auch verschiedene Konsequenzen für das Notwehrrecht und dessen Anwendungsbereich. Die Meinungsverschiedenheiten in den Grundfragen des Verbrechenssystems finden notwendigerweise mehr oder weniger ihren Eingang in das Notwehrrecht und vermögen dessen Grenzen bei zahlreichen einzelnen Fallkonstellationen zu bestimmen. Hinzu kommt auch, daß die sozial- und kriminalpolitischen Notwendigkeiten die Grenzen von Rechtfertigungsgründen, also insbesondere die der Notwehr, mitbestimmen.

Alle diese Gründe haben die strafrechtliche Diskussion um das Notwehrrecht seit dem Beginn der 50er Jahre in eine neue Phase geführt. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung in Lehre und Praxis dreht sich dabei nicht mehr so sehr um die eigentlichen Voraussetzungen der Notwehrregelung — obwohl auch diese praktisch nicht unberührt bleiben —, als vielmehr um die Frage nach deren Funktion im strafrechtlichen Rechtssystem und nach der Bestimmung der Grenzen bei zahlreichen Fallkonstellationen. Die alten Auffassungen, die ein schrankenloses Notwehrrecht zu begründen versuchten, finden heute keinen Rückhalt mehr. Das „scharfe“ Notwehrrecht einer ganzen Epoche⁵, das sich im Satz von Berner: „ich brauche mir kein Haar krümmen zu lassen und kann bei der Vertheidigung gegen den geringsten Angriff auf das Heiligthum meiner Person bis zur völligen Vernichtung des Angreifers schreiten“⁶ mit aller Deutlichkeit abzeichnet, ist längst überholt. Stärkere Berücksichtigung der Gemeinschaftsbelange und soziale Rücksichtnahme zwingen heute dazu, das weitgehende, durch die extrem-liberalistischen Ansichten geprägte Notwehrrecht einzuschränken und in dieser Richtung die Diskussion von neuem zu beleben. Auch auf die Rolle und Funktion der Notwehr im strafrechtlichen System und den hinter ihr stehenden, tragenden Gedanken bezieht sich das „neu erwachte Interesse an der Notwehr“.

⁴ Maurach, AT, S. 307. Siehe dazu auch die Bemerkungen bei Maurach/Zipf, AT I, S. 336.

⁵ Es geht nämlich um die altbekannte „Totschlagsmoral“, nach der ein rechtswidriger Angriff mit allen Mitteln zurückgeschlagen werden darf. Dazu u. a. Coenders, JW 1925, S. 891 und Geyer, Grundriß I, S. 81.

⁶ Berner, ArchCrimR 1848, S. 570.

2. Einführung in die Problematik der Notwehrrestriktion

Schon am Anfang dieses Jahrhunderts, insbesondere aber zu Beginn der 50er Jahre zeigt sich in Theorie und Rechtsprechung eine neue Tendenz, nämlich die weitführende Notwehrbefugnis in bestimmten Fallkonstellationen durch eine restriktive Interpretation einzuschränken. Damit wurde die Notwehrinstitution in eine neue Entwicklungsphase ihrer wechselhaften Geschichte geführt. Während die gesetzliche Regelung (seit 1871 inhaltlich unverändert als § 53 a. F., jetzt § 32 n. F.) bis dahin so verstanden worden war, daß das Recht dem Unrecht niemals zu weichen brauche und daher der Angegriffene alles zu seiner Verteidigung Notwendige tun dürfe, begann zu diesem Zeitpunkt in der Rechtsprechung eine schrittweise „Entschärfung“ des Notwehrrechts. Theorie und Praxis warfen dem „scharfen und schneidigen“ Notwehrrecht vor, es respektiere in seinem Umfang nicht mehr die sozialen Zeitströmungen und die kriminalpolitischen Notwendigkeiten.

So war die Rede von zusätzlichen Einschränkungen des Notwehrrechts, d. h. Einschränkungen, die sich nicht an der Stärke des Angriffs und den zur Verfügung stehenden Verteidigungsmitteln ausrichteten, sondern als „sozialethische“ Einschränkungen in die Strafrechtsdogmatik eingeführt wurden, wobei man darunter eine weitere Korrektur und Restriktion des Umfangs des „schneidigen“ Notwehrrechts aus „sozialethischen Rücksichten“ verstand⁷. *Jescheck* bezeichnet die moderne Entwicklung des Notwehrrechts als die Geschichte seiner sozialethisch begründeten Einschränkungen⁸. Angenommen werden Einschränkungen bei Angriffen von Kindern, Geisteskranken, unvorsätzlich oder schuldlos oder sonst unmotiviert handelnden Personen; bei provozierten und sonst schuldhaft herbeigeführten Angriffen sowie Notwehr innerhalb beson-

⁷ So werden heute sowohl vom Schrifttum als auch von der Rechtsprechung Einschränkungen des Notwehrrechts angenommen und als „sozialethisch“ bezeichnet. Statt vieler: *Bockelmann*, *Honig-Festschr.*, S. 19; *Courakis*, *Notwehr*, S. 19 f.; *Henkel*, *Mezger-Festschr.*, S. 272 f.; *Jagus* in *LK*⁸, § 53 Anm. 2 d; *Jescheck*, *AT*, 276 f.; *Kratzsch*, *JuS* 1975, S. 435; *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, § 32 Rdn. 43 ff. mit ausführlichen Nachweisen; *Roxin*, *ZStW* 93, S. 68; *Stree* in: *Roxin u. a.*, *Einführung*, S. 35; *ders.*, *JuS* 73, S. 461; weiter *Schaffstein*, *MDR* 1952, S. 132 ff. und *H. Schröder*, *JuS* 1973, S. 158. Vgl. auch die Entwicklung in der *Rspr.* von *RGSt.* 55, 82; 71, 133 bis *BGHSt.* 5, 248; 24, 356; 26, 143 und *BGH GA* 1965, S. 148; *NJW* 1969, S. 802; *NJW* 1975, S. 62. Eine ähnliche Entwicklung findet sich in den übrigen obergerichtlichen Entscheidungen. Vgl. *OLG Stuttgart DRZ* 1949, S. 42; *BayObLG NJW* 1954, S. 1377 f. Für eine grundsätzliche Ablehnung dieser „sozialethischen“ Einschränkung früher *Eb. Schmidt*, *Niederschr. II*, Anhang Nr. 21, S. 56 f.; *H. Mayer*, *AT* 1953, S. 202 und heute *Spendel* in *LK*¹⁰, § 32 Rdn. 307 ff. m. w. Nachw.; kritisch zu dieser Entwicklung auch *Hassemer*, *Bockelmann-Festschr.*, S. 228 ff.

⁸ *Jescheck*, *AT*, S. 276; ähnlich sagt *Bockelmann*, *Honig-Festschr.*, S. 19, daß die Entwicklung des Notwehrrechts seit längerer Zeit im Zeichen seiner sozialethisch begründeten Einschränkungen stehe.