

Schriften zum Strafrecht

Heft 140

Der straflose Notwehrexzess

**Analyse der ratio legis und Lösung der
Erscheinungsformen des § 33 StGB unter besonderer
Berücksichtigung neuerer Tendenzen**

Von

Thomas Motsch



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS MOTSCH

Der straflose Notwehrexzess

Schriften zum Strafrecht

Heft 140

Der straflose Notwehrexzess

Analyse der ratio legis und Lösung der
Erscheinungsformen des § 33 StGB unter besonderer
Berücksichtigung neuerer Tendenzen

Von

Thomas Motsch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Universität Regensburg hat diese Arbeit
im Jahre 2002 als Dissertation
angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 3-428-11082-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis April 2002 berücksichtigt.

Ich möchte die Gelegenheit ergreifen, an dieser Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Bernd von Heintzel-Heinegg, ganz herzlich zu danken für die mir zuteil gewordene wissenschaftliche Förderung, das mir entgegengebrachte Vertrauen und die Ermöglichung eines zügigen Fortgangs dieser Arbeit. Ferner gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Henning Ernst Müller für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Nicht unerwähnt sollen Herr Franz Ertl und Herr Jarno Pitl bleiben, welche die Arbeit im Hinblick auf die neue Rechtschreibung mit großer Sorgfalt und Mühe durchsahen und überarbeiteten.

Vor allem aber danke ich Claudia Ertl für ihre besondere Unterstützung sowie meinen Eltern Rosemarie und Rudolf Motsch für die Möglichkeiten, die sie mir geschaffen und immer offen gehalten haben. Letzteren ist dieses Buch gewidmet.

Regensburg, im November 2002

Thomas Motsch

Inhaltsverzeichnis

Einführung	15
------------------	----

1. Kapitel

Erscheinungsformen der Notwehrüberschreitung gemäß § 33 StGB 18

I. Objektive Erscheinungsformen der Notwehrüberschreitung	18
1. Intensiver Notwehrexzess	18
a) Exzess im Hinblick auf die Erforderlichkeit	19
b) Exzess im Hinblick auf die Gebotenheit	19
aa) Notwehrexzess gegenüber schuldlosen Angreifern	20
bb) Provozierter Notwehrexzess	20
cc) Außergewöhnlich krasser Notwehrexzess	21
2. Extensiver Notwehrexzess	21
a) Nachzeitig-extensiv	21
b) Vorzeitig-extensiv	22
3. Zusammentreffen von intensivem und extensivem Notwehrexzess	22
4. Räumlicher Notwehrexzess	22
II. Subjektive Erscheinungsformen der Notwehrüberschreitung	23
1. Bewusster Notwehrexzess	23
2. Unbewusster Notwehrexzess	24
a) Fahrlässiger Notwehrexzess	24
b) Irrtum und Notwehrexzess	24
aa) Putativnotwehr und Exzess	24
bb) Putativnotwehrexzess	26
c) Notwehrexzess ohne jegliche Überlegung	27
III. Sonderform der Notwehrüberschreitung: Motivbündel von sthenischen und asthenischen Affekten	28

2. Kapitel

Erarbeitung eines allgemeinen und stimmigen Lösungskonzepts für § 33 StGB 29

I. Grammatikalische, systematische und historische Auslegung	29
1. Intensiver Notwehrexzess im Hinblick auf die Gebotenheit	29
a) Provozierter Notwehrexzess	30
b) Außergewöhnlich krasser Notwehrexzess	30
c) Notwehrexzess gegenüber schuldlosen Angreifern	31

d) Zusammenfassung	31
2. Nachzeitig-extensiver Notwehrexzess	31
3. Vorzeitig-extensiver Notwehrexzess	34
4. Zusammentreffen von intensivem und extensivem Notwehrexzess	35
5. Räumlicher Notwehrexzess	35
6. Bewusster Notwehrexzess	35
7. Putativnotwehrexzess	39
8. Motivbündel von sthenischen und asthenischen Affekten	39
9. Zwischenergebnis	40
II. Teleologische Auslegung	41
1. Ansatz 1: Die Affekte	42
a) Ausschluss der Einsichtsfähigkeit in das normgerechte Verhalten	42
b) Beweisregel für fehlende Fahrlässigkeit	44
c) Typisierte Erlaubnistatbestandsirrtumsregelung	46
d) Wegfall des aktuellen Unrechtsbewusstseins und Theorie der Affektveranlassung	48
aa) Methodische Kritik	50
bb) Ergebnisspezifische Kritik	51
e) Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums	53
f) Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	53
g) Zwischenergebnis	55
2. Ansatz 2: Die Verteidigung	55
a) Darstellung des Erklärungsmodells	56
b) Kritik	57
c) Zwischenergebnis	60
3. Ansatz 3: Der Angriff	60
a) Strafzweckmodelle	60
aa) Roxin und Jakobs als erste Interpreten einer strafzweckorientierten, präventiven Deutung	60
(1) Roxin	61
(2) Jakobs	62
bb) Fischer als Interpret einer strafzweckorientierten, den Verlust des Strafrechtsschutzes problematisierenden Deutung	63
b) Reaktionen und Tendenzen in Literatur und Rechtsprechung	64
aa) Literatur	64
bb) Rechtsprechung	66
c) Zusammenfassung und bewertende Systematisierung der unterschiedlichen Ansätze innerhalb des gemeinsamen Strafzweckmodells	66
d) Bewertung der Tauglichkeit des kriminalpolitischen Ansatzes für ein allgemeines und stimmiges Lösungskonzept	70
aa) Bewertung des Grundmodells	70
bb) Bewertung der Bemessungsgrundlage für eine Zuständigkeitsverschiebung	74
III. Konzeptdarstellung	77

3. Kapitel

Lösung der Erscheinungsformen von § 33 StGB unter Anwendung des entwickelten Konzepts	78
I. Bewusster Notwehrexzess	78
II. Unbewusster Notwehrexzess	79
1. Fahrlässiger Notwehrexzess und Notwehrexzess ohne jegliche Überlegung	79
2. Irrtum und Notwehrexzess	80
a) Putativnotwehr und Exzess	80
b) Putativnotwehrexzess	81
III. Intensiver Notwehrexzess	85
1. Exzess im Hinblick auf die Erforderlichkeit	85
2. Exzess im Hinblick auf die Gebotenheit	86
a) Notwehrexzess gegenüber schuldlosen Angreifern	86
b) Provozierter Notwehrexzess	86
aa) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	86
bb) Lösung nach dem Strafzweckkonzept	89
c) Außergewöhnlich krasser Notwehrexzess	91
IV. Nachzeitig-extensiver Notwehrexzess	92
1. Konzeptanwendung und normativer Vergleich von intensivem und nachzeitig-ex- tensivem Exzess	93
2. Darstellung und Kritik der Lösung nach der h. M.	95
3. Zusammenfassung	101
V. Vorzeitig-extensiver Notwehrexzess	101
VI. Zusammentreffen von intensivem und extensivem Notwehrexzess	103
VII. Räumlicher Notwehrexzess	104
VIII. Motivbündel von sthenischen und asthenischen Affekten	105
IX. Exkurs: Analoge Anwendung des § 33 StGB auf andere Rechtfertigungsgründe ...	107
1. Beispiele	107
2. Lösung	108
a) Rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB	109
b) Festnahmerecht nach § 127 StPO	109
c) Defensiver Notstand nach § 228 BGB	111
Schlussbetrachtung	112
I. Ergebnisse des erarbeiteten Konzepts	112
1. Ratio legis von § 33 StGB	112
2. Lösung der Erscheinungsformen des Notwehrexzesses	113
II. Versuch der Bestimmung der Rechtsnatur von § 33 StGB	114
Literaturverzeichnis	116
Sachwortverzeichnis	121

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt.	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT-Ds.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
f.	folgende
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
Habil.	Habilitation
h. M.	herrschende Meinung
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. v.	im Sinn von
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel

LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokoll
RG	Reichsgericht
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RMilG	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sc.	scilicet
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannt
SondA. f. d. StrRef.	Sonderausschuss für die Strafrechtsreform
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Der Strafverteidiger
Teilbd.	Teilband
Urt.	Urteil
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WaffG	Waffengesetz
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einführung

„Unter den gesetzlich geregelten Fällen, in denen trotz tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens keine Bestrafung eintritt, ist die Notwehrüberschreitung sicher der dunkelste.“¹ Mit dieser bildhaften Formulierung bringt Roxin treffend zum Ausdruck, was sich binnen der letzten Jahrzehnte in der Strafrechtswissenschaft abgezeichnet hat, die sich mit dem Notwehrexzess (§ 33 StGB) beschäftigt: Die Norm des § 33 StGB gehört zu den am wenigsten aufgeklärten und zugleich am meisten umstrittenen Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs.

Eine Bestandsaufnahme der Auffassungen, die in Literatur und Rechtsprechung zum Notwehrexzess vertreten werden, führt zu dem unbefriedigenden, weil nach wie vor Unsicherheit stiftenden Ergebnis, dass sich eine Vielzahl von Erklärungsversuchen gegenüberstehen, die in ihren Ansätzen teils grundlegend verschieden sind. Besonders deutlich wird dies bei der Frage, welche Rechtsnatur dem § 33 StGB zukommt: Während die h. M. den Notwehrexzess als Entschuldigungsgrund² einstuft, reichen die Interpretationen anderer Ansichten von der Einordnung als Strafausschließungsgrund,³ aber auch als Sonderregelung gegenüber § 17 StGB⁴ bis hin zur Charakterisierung als bloße Beweisregel⁵ für den Ausschluss von Fahrlässigkeit. Diese Vielfalt divergierender Meinungen findet sich allerdings nicht nur bei der Suche nach der Rechtsnatur des § 33 StGB. Auch die sonstigen Fragen, welche die Notwehrüberschreitung aufwirft, werden von einer ebenso bunten Palette unterschiedlicher Antworten begleitet. So herrscht etwa erheblicher Streit darüber, wie die ratio des § 33 StGB zu verstehen ist oder wie – um nur zwei Problemfelder noch stellvertretend zu nennen – die Fälle der extensiven Notwehrüberschreitung sowie des Putativnotwehrexzesses zu lösen sind.

Die Wissenschaft lässt damit insgesamt eine klare Linie bei der Behandlung des § 33 StGB vermissen. Die Meinungsvielfalt führt zu einer verwirrenden Situation, die eindringlich verdeutlicht, dass es bislang noch nicht gelungen ist, mit der Norm des Notwehrexzesses sicher und widerspruchsfrei umzugehen. Der Grund dafür

¹ Roxin FS für Schaffstein S. 105.

² Vgl. vor allem: *BGH NJW* 1962 S. 308, 309; *BGH GA* 1969 S. 23, 24 zu Nr. 3; *BGH NStZ* 1981 S. 299 zu Nr. 3; *BGH NStZ* 1983 S. 117 zu Nr. 1; *Jakobs AT* 20/28 ff.; *Jescheck/Weigend AT* § 45 II 2; *Schmidhäuser Studienbuch* 8/30; *Sch/Sch-Lenckner/Perron* § 33 Rn. 2; *SK-Rudolphi* § 33 Rn. 1; *Tröndle/Fischer* § 33 Rn. 3; *Wessels/Beulke AT* Rn. 446.

³ Vgl. *Mayer AT* S. 282 f.; *Fischer Diss.* S. 80 ff.

⁴ So *Köhler AT* S. 424.

⁵ Vgl. *LK-Baldus* 9. Auflage § 53 Rn. 48; *Schröder ZAKDR* 1944 S. 124.

liegt darin, dass die Norm des § 33 StGB im Vergleich zu den anderen Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs befremdend und atypisch wirkt. Gerade die Formulierung der Rechtsfolge „so wird er nicht bestraft“ ist ungewöhnlich und fügt sich nicht harmonisch in die allgemeine Strafrechtssystematik ein. Eine unzweifelhafte und eindeutige Zuordnung in die Kategorien „Rechtswidrigkeit“, „Schuld“ oder „Strafausschließungsgrund“ ist nicht möglich; denn für diese Bereiche hat der Gesetzgeber die davon abweichenden Formulierungen auf der Rechtsfolgenseite „handelt nicht rechtswidrig“, „handelt ohne Schuld“ oder „ist straffrei“ gewählt. Dies wohl gemerkt nicht aufgrund eines redaktionellen Versehens, sondern mit Vorbedacht, wie anlässlich des zweiten Strafrechtsreformgesetzes im Jahre 1975 aus den Ausführungen von Horstkotte, dem Vertreter des Justizministeriums, zu dem neu geschaffenen § 33 StGB, der den § 53 III StGB a. F. ablöste, herauszulesen ist: Seitens des Ministeriums sei „eine einigermaßen neutrale Formel, die weiterhin für alle mannigfaltigen Deutungen der Rechtsnatur des Notwehrexzesses Raum lässt“, beabsichtigt worden, weil sich der Gesetzgeber „nicht ohne Not einmischen“ wolle.⁶ Diese Äußerung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der damalige den Notwehrexzess betreffende § 53 III StGB in Bedeutung und Rechtsnatur schon sehr ungeklärt und umstritten gewesen ist. Die neue Fassung in Form des § 33 StGB sollte also daran nichts ändern, vielmehr ist mit der Wendung „wird nicht bestraft“ – um es mit den Worten Roxins auszudrücken – ein „bewusstes Bekenntnis des Gesetzgebers zur Unentschiedenheit und Offenheit im Streit der Meinungen“⁷ abgegeben worden.

Aber nicht nur die Formulierung auf der Rechtsfolgenseite, sondern auch der ambivalente Tatbestand vernebelt die Erklärung der Vorschrift. § 33 StGB besteht sowohl aus Elementen der Rechtswidrigkeit, indem das Überschreiten der Grenzen der Notwehr vorausgesetzt wird, als auch aus subjektiven Formulierungen wie „aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken“, die eine Zugehörigkeit zur Schuldebene vermuten lassen. Wie diese Ambivalenz und Schnittmenge von Rechtswidrigkeits- und Schuldmomenten im Hinblick auf das Verständnis der Norm zu beurteilen ist, stellt den Norminterpreten vor ein weiteres Problem.

So verwundert es auch nicht, wenn Mayer etwas abfällig über den Notwehrexzess, damals noch § 53 III StGB als *sedes materiae*, konsterniert feststellt: „Die Zuordnung, diese feinste Leistung der Strafrechtspflege, wird durch eine grobe Regel matt gesetzt“, welche einen „plumpen Strafausschließungsgrund“ darstelle.⁸ Geilen spricht sogar von einer „atypischen und undifferenzierten Entschuldigungsmöglichkeit“,⁹ während Schmidhäuser noch weiter geht und die Notwendigkeit der Norm überhaupt in Frage stellt.¹⁰

⁶ SondA. f. d. StrRef. Prot. V S. 1817.

⁷ Roxin FS für Schaffstein S. 107.

⁸ Mayer AT S. 282 f.

⁹ Geilen Jura 1981 S. 379.

¹⁰ Vgl. Schmidhäuser Studienbuch 8/31.

Damit ist aufgezeigt, dass § 33 StGB eine Regelung beinhaltet, die einhergehend mit der Überfülle von grundlegenden Meinungsstreitigkeiten in der Wissenschaft als nicht umfassend geklärt und verstanden angesehen werden kann.

Die vorliegende Arbeit versucht, Licht in das vorhandene Dunkel eindringen zu lassen. Die vielfältigen Probleme, auf die man bei der Beschäftigung mit dem Notwehrexzess stößt, sollen einer in sich stimmigen und einheitlichen Lösung zugeführt werden, so dass am Ende ein klares und einleuchtendes Gesamtbild von § 33 StGB entstehen kann.