

**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

<b>Lösung der Erscheinungsformen von § 33 StGB unter Anwendung des entwickelten Konzepts</b>	<b>78</b>
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
<b>Schlussbetrachtung</b> .....	<b>112</b>
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
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>116</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	<b>121</b>

## 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.“<sup>1</sup> 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 Entschuldigungsgrund<sup>2</sup> einstuft, reichen die Interpretationen anderer Ansichten von der Einordnung als Strafausschließungsgrund,<sup>3</sup> aber auch als Sonderregelung gegenüber § 17 StGB<sup>4</sup> bis hin zur Charakterisierung als bloße Beweisregel<sup>5</sup> 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

---

<sup>1</sup> Roxin FS für Schaffstein S. 105.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Vgl. Mayer AT S. 282 f.; Fischer Diss. S. 80 ff.

<sup>4</sup> So Köhler AT S. 424.

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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“<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Geilen spricht sogar von einer „atypischen und undifferenzierten Entschuldigungsmöglichkeit“,<sup>9</sup> während Schmidhäuser noch weiter geht und die Notwendigkeit der Norm überhaupt in Frage stellt.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> SondA. f. d. StrRef. Prot. V S. 1817.

<sup>7</sup> Roxin FS für Schaffstein S. 107.

<sup>8</sup> Mayer AT S. 282 f.

<sup>9</sup> Geilen Jura 1981 S. 379.

<sup>10</sup> 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.