

## Entscheidungsbesprechung

### Voraussetzungen einer Notwehreinschränkung aufgrund einer Notwehrprovokation bei wechselseitigen Angriffen

1. Bei zeitlich aufeinanderfolgenden, wechselseitigen Angriffen der Beteiligten bedarf es zur Prüfung der Notwehrlage einer Gesamtbetrachtung unter Einschluss des der Tathandlung vorausgegangenen Geschehens.
2. Ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten vermag das Notwehrrecht nur einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren.
3. Das Notwehrrecht erfährt auch dann keine Beschränkung, wenn sich der Verteidiger bewusst in die Notwehrsituation begeben hat. Denn die bloße Kenntnis oder die („billigende“) Annahme, ein bestimmtes eigenes Verhalten werde eine andere Person zu einem rechtswidrigen Angriff provozieren, kann für sich allein nicht zu einer Einschränkung des Rechts führen, sich gegen einen solchen Angriff mit den erforderlichen und gebotenen Mitteln zur Wehr zu setzen.  
(Leitsätze der Verf.)

StGB § 32

BGH, Beschl. v. 26.6.2018 – 1 StR 208/18<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt (vereinfacht)

Zwischen T und O herrscht Streit wegen der Rückzahlung eines Geldbetrages, der mit wechselseitigen Beleidigungen und Beschimpfungen zunächst per SMS ausgetragen wird.

Am frühen Morgen ruft O bei T an, um T erneut zu beleidigen und um ihm anzukündigen, „jetzt bei T vorbeizukommen“. Kurze Zeit später, um 5.12 Uhr, erhält T eine SMS von O mit dem Inhalt „komm runter, ich bin da“. T verlässt daraufhin die Wohnung mit einer metallenen Duschstange, da er aufgrund der SMS vermutet, dass es zu körperlichen Auseinandersetzungen kommen könnte. Bei T angekommen, führt O mit einem von ihm mitgeführten langen metallenen Schuhanzieher Schlagbewegungen in Richtung des T aus, ohne den T jedoch tatsächlich anzugreifen. Daraufhin entwickelt sich aber ein kurzer Kampf zwischen den Kontrahenten T und O, bei dem T dem O mit der Duschstange auf den Kopf schlägt. Nach dem Ende dieses kurzen Kampfes geht T zurück in seine Wohnung, woraufhin er von O aufgefordert wird, er solle wieder zurückkommen und droht „wehe, wenn du nicht nochmal runterkommst“. In der Wohnung bewaffnet sich T mit einem Küchenmesser und geht wieder nach unten. Ihm ist

klar, dass der Kampf nun weitergeführt werden würde und er will dies auch. In der Zwischenzeit hat sich O ebenfalls mit einem Messer und einem Hammer bewaffnet. Es kommt nun zu einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen T und O, mit dem Ziel, zu klären, wer der Stärkere und damit im Recht ist. Im Zuge der Auseinandersetzung gewinnt T schnell die Oberhand und verletzt O mehrfach mit dem mitgeführten Messer, unter anderem am Oberkörper und am Kopf. Schließlich versetzt er T einen Stich in die linke Brustkorbseite, wobei zu keinem Zeitpunkt konkrete Lebensgefahr besteht. Aufgrund der Stichverletzung sinkt O in sich zusammen und sagt „Hör auf, es ist genug“, woraufhin T von O ablässt.

### II. Einführung in die Problematik

Der Kampf um die Ehre (wohl weniger um das Recht) ereignete sich nicht nur in legendärer Wildwesternmanier in der Weite der Prärie oder in feudaler Duellpraxis als „Krieg en miniature“ mit Degen und Säbel zwischen Adeligen oder aufstrebenden Bürgern. Der „Showdown“<sup>2</sup> als finale Zuspitzung zweier Kontrahenten erfreut sich auch heute noch als beliebtes „Stilmittel“ zur Klärung und Beilegung von Streitigkeiten. Bleibt es bei einer mehr oder weniger harmlosen Rauferei zwischen zwei halbstarken Streithammeln, so kann man in der Regel von wechselseitigen Einwilligungen in die Körperverletzungen ausgehen. Wird der Showdown aber nicht einvernehmlich ausgetragen, so ist fraglich, ob sich einer der Beteiligten auf das in § 32 StGB normierte Notwehrrecht berufen kann.

Dabei stellen sich – wie auch in der hier zu besprechenden BGH-Entscheidung – vor allem drei Fragen: Wie wird bei zeitlich aufeinanderfolgenden, wechselseitigen Angriffen die Notwehrlage beurteilt? Muss das Notwehrrecht aufgrund des provokativen Vorverhaltens des Verteidigers eingeschränkt werden und wenn ja, in welchem Umfang? Und gilt eine solche Einschränkung auch für die Person, die sich in Ansehung eines Angriffs mit gefährlichen Abwehrmitteln aus- und aufgerüstet hat?

#### 1. Die Notwehrlage im Showdown wechselseitiger Angriffe

Ob die Notwehr gem. § 32 StGB tatsächlich „einer der bestgelungenen Paragraphen des Gesetzbuches“<sup>3</sup> ist – wie *Binding* begeistert betonte – soll hier nicht abschließend geklärt werden. Sicher ist, dass die Notwehr als „klassischer Rechtfertigungsgrund schlechthin“<sup>4</sup> beliebter Gegenstand strafrechtlicher Prüfungen ist.<sup>5</sup> Objektiv verlangt die Notwehr das Vorliegen einer Notwehrlage sowie eine zulässige Nothandlung. Subjektiv muss die Notwehrhandlung vom subjektiven Rechtfertigungselement getragen sein, d.h. der Täter muss zumindest in Kenntnis der die Notwehr begründenden Umstände handeln. Die h.M. fordert darüber hinaus ein Handeln in Verteidigungsabsicht, die jedoch weder der einzige oder auch

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist online abrufbar unter [juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9319b6091c11e1ea0ffa0fea824ce89&nr=87185&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf](https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9319b6091c11e1ea0ffa0fea824ce89&nr=87185&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf) (30.11.2018) und abgedruckt in BeckRS 2018, 19966.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Kretschmer*, Jura 2012, 189.

<sup>3</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 732 in Fn. 5.

<sup>4</sup> *Kudlich*, JA 2018, 872 (873).

<sup>5</sup> Zu den Grundzügen des Notwehrrechts vgl. *Brüning*, ZJS 2013, 511.

nur überwiegende Zweck zu sein braucht, solange sie nicht nur ein Randmotiv darstellt.<sup>6</sup>

Die Notwehrlage setzt wiederum einen rechtswidrigen, gegenwärtigen Angriff voraus. Dies bestimmt sich nach h.M. aus einer ex-post-Sicht, d.h. die Voraussetzungen der Notwehrlage müssen objektiv vorliegen.<sup>7</sup>

Ein erster inhaltlicher Schwerpunkt der vorliegenden Entscheidung bildet die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Angriffs. Ist das Verhalten des Angreifers seinerseits gerechtfertigt, so entfällt die Rechtswidrigkeit des Angriffs.<sup>8</sup> Liegt eine „idealtypische Schlägerei“ vor, „in der zwei Kampfhähne ihre Kräfte messen – und mag das auch den ein oder anderen Zahn kosten“<sup>9</sup>, könnte die Rechtswidrigkeit des Eingriffs möglicherweise aufgrund einer Einwilligung entfallen. Problematisch – vor allem in tatsächlicher Hinsicht – ist aber die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, wenn eine Einwilligung fehlt und sich Angreifer und Verteidiger bereits vor dem strafrechtlich zu beurteilenden Angriff in einem weniger friedlichen Interaktionsverhältnis befanden. Insoweit liefert die Rechtspraxis die interessantesten und schwierigsten Fälle,<sup>10</sup> denn in diesen Konstellationen beschränkt sich die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht auf ein reines Rechtsanwendungsproblem. Vielmehr bereitet die Sachverhaltsfeststellung in tatsächlicher Hinsicht erhebliche Schwierigkeiten. Die Rechtsprechung greift insoweit auf eine sog. „Gesamtbetrachtung“ zurück. Bei zeitlich aufeinanderfolgenden, wechselseitigen Angriffen der Beteiligten werde die Notwehrlage unter Einschluss des der Tathandlung vorausgegangenen Geschehens beurteilt. Derjenige könne sich nicht auf ein Notwehrrecht berufen, der zuvor einen anderen rechtswidrig angegriffen hat, so dass dieser seinerseits aus Notwehr handelt.<sup>11</sup>

## 2. Die Angriffs- und Abwehrprovokation

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Notwehrprovokation, und zwar ausdrücklich in Form der Angriffsprovokation. Ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, spricht der 1. Senat aber auch die sog. Abwehrprovokation an.

### a) Die Angriffsprovokation

Im Gegensatz zum rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB ist die Notwehr nach § 32 StGB zunächst nur durch den Maßstab der Erforderlichkeit begrenzt. Eine Güterabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung ist grundsätzlich nicht vor-

zunehmen. Diese – auf die idealistische Rechtsphilosophie zurückführende<sup>12</sup> – fundamentale Schärfe des Notwehrrechts harmoniert allerdings nicht mehr mit dem aktuellen Zeitgeist und Gerechtigkeitsempfinden.<sup>13</sup> Anerkannt ist heute, dass das Notwehrrecht unter bestimmten Voraussetzungen über das Kriterium der Erforderlichkeit hinaus eingeschränkt werden kann,<sup>14</sup> wobei über Grund und Grenzen dieser sog. sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts keine Einigkeit besteht.<sup>15</sup> Durchgesetzt hat sich gleichwohl eine Sichtweise, die die Grenzen des Notwehrrechts aus den Prinzipien der dualistischen Notwehrlehre herleitet – dem Individualschutz sowie dem Rechtsbewahrungsspinzip. Dies gilt im besonderen Maße für die hier relevante Notwehrprovokation, die eine der prominentesten Konstellationen der sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts begründet. Diese liegt vor, wenn der Angreifer sich durch ein Vorverhalten des Täters – dem späteren Verteidiger – zu seinem Angriff veranlasst sah.<sup>16</sup>

Allerdings vermag nicht jedes für den Angriff kausale Vorverhalten des Verteidigers das Notwehrrecht einzuschränken. Anerkannt ist, dass weder ein gebotenes noch gerechtfertigtes oder „sozialetisch tadelfreies“ Verhalten zu einer Begrenzung der Notwehrbefugnisse führen kann.<sup>17</sup>

Bei der Art der Provokation unterscheidet man zwischen der sog. Absichtsprovokation oder der sonst schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage. Eine Absichtsprovokation begeht, wer zielstrebig einen anderen zum Angriff herausfordert in der Absicht, ihn dann unter dem Deckmantel der äußerlich gegebenen Notwehrlage in seinen Rechtsgütern zu verletzen.<sup>18</sup> Eine sonst schuldhaft herbeigeführte Notwehrlage liegt im Grundsatz vor, wenn der spätere Verteidiger durch sein Vorverhalten den Angriff in vorhersehbarer Weise ausgelöst hat.

Während die Rechtsprechung ein sozialetisch wertwidriges provozierendes Vorverhalten (z.B. Belästigungen und Taktlosigkeiten wie das notorische Pfeifen eines Metzgerlehrlings in der Wurstküche<sup>19</sup>) genügen lässt,<sup>20</sup> fordert die Literatur grundsätzlich ein rechtswidriges Vorverhalten,<sup>21</sup> jedenfalls für die Fälle der sonst schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage. Außerdem wird verlangt, aber auch für ausrei-

<sup>6</sup> Kritisch dazu Brüning, ZJS 2013, 511 (516) m. zahlreichen w. Nachw.

<sup>7</sup> BGH NSTZ-RR 2017, 38 („objektive Sachlage“); Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, 29. Aufl. 2018, § 32 Rn. 6; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 26.

<sup>8</sup> Bock, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2018, S. 282.

<sup>9</sup> Kretschmer, Jura 2012, 189 (190).

<sup>10</sup> Spindel, NSTZ 1994, 278.

<sup>11</sup> BGH NSTZ 2003, 599 (600); vgl. dazu auch Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 49.

<sup>12</sup> Grünwald, ZStW 122 (2010), 51 (55).

<sup>13</sup> Rönau, JuS 2012, 404.

<sup>14</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 43 f.; Schroth, NJW 1984, 2562 (2563).

<sup>15</sup> Kühl (Fn. 7), § 32 Rn. 14 ff.; Kindhäuser (Fn. 7), § 32 Rn. 103.

<sup>16</sup> Bock (Fn. 8), S. 293.

<sup>17</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 71.

<sup>18</sup> Erb (Fn. 11), § 32 Rn. 226.

<sup>19</sup> BGH MDR 1958, 12.

<sup>20</sup> BGHSt 42, 97.

<sup>21</sup> Perron (Fn. 14), § 32 Rn. 59; Roxin, ZStW 1993, 89 (91); Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafrecht, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 41.

chend erachtet, dass das Vorverhalten in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Angriff steht.<sup>22</sup>

Umstritten ist allerdings, welche rechtlichen Folgen sich an das Vorliegen einer Notwehrprovokation knüpfen. Hier ist wiederum zu differenzieren:

Die sonst schuldhaft herbeigeführte Notwehrlage, führt nach ganz h.M. zu einer Einschränkung des Notwehrrechts nach dem sog. Dreistufenprinzip.<sup>23</sup> War der Angriff absichtlich provoziert, so versagt ein Großteil der Stimmen in der Literatur dem Täter die Möglichkeit, sich auf das Notwehrrecht zu berufen, und zwar auch dann, wenn es keine Ausweichmöglichkeiten gibt. Ein ebenso großer Teil plädiert zwar im Falle einer Absichtsprovokation für eine Einschränkung des Notwehrrechts, will aber das Dreistufenprinzip anwenden. Das bedeutet, dem Täter wird jedenfalls dann nicht das Notwehrrecht entzogen, wenn er keine anderen Ausweichmöglichkeiten hat.<sup>24</sup>

Vereinzelte wird auch auf die Rechtsfigur der sog. *actio illicita in causa* zurückgegriffen. Dabei wird zwar die Notwehrbefugnis in der konkreten Notwehrsituation nicht begrenzt, ein strafbegründender Vorwurf aber an das vorherige provozierende Verhalten selbst geknüpft.<sup>25</sup> Der BGH hat die Konstruktion der *actio illicita in causa* zwar ausdrücklich abgelehnt, der Sache nach aber gleichwohl angewendet.<sup>26</sup>

#### b) Die Abwehrprovokation

Eine Abwehrprovokation liegt vor, wenn der Täter sich für einen von ihm erwarteten Angriff mit einem (gefährlichen) Abwehrmittel ausrüstet und dieses in der dann auch eintretenden Notwehrlage einsetzt.<sup>27</sup> Ganz überwiegend wird in diesen Fällen eine Einschränkung des Notwehrrechts abgelehnt.<sup>28</sup> Teilweise wird auch in Fällen der Abwehrprovokation die Rechtsfigur der sog. *actio illicita in causa* angewendet.<sup>29</sup> Und schließlich wird die Abwehrprovokation nicht als Frage der Einschränkung des Notwehrrechts, sondern als Vorverlagerung der Erforderlichkeitsprüfung angesehen.<sup>30</sup>

### III. Die Entscheidung

Das Landgericht hatte den Angeklagten (T) in der Vorinstanz wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe

von vier Jahren und drei Monaten verurteilt. Nach Ansicht des Landgerichts scheiterte eine Rechtfertigung nach § 32 StGB des ersten Schlages am Vorliegen der Notwehrlage, da das „Herumfuchteln“ des O mit dem metallenen Schuhanziehbarer bereits kein Angriff gewesen sei. In Bezug auf den zweiten Schlag war das Landgericht der Ansicht, dass die Notwehr durch den Angeklagten nicht geboten gewesen sei, da er die Notwehrlage selbst verursacht habe.

Der BGH wertet das Urteil des Landgerichts als rechtsfehlerhaft, hebt es mit den dazugehörigen Feststellungen auf und weist es zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.

Der BGH meint die Annahme der Vorinstanz, dass der Schlag des Angeklagten mit der Duschstange einen rechtswidrigen Angriff begründet habe, begegne durchgreifenden rechtlichen Bedenken.<sup>31</sup> Der *1. Strafsenat* rügt diesbezüglich die fehlende Feststellungen zum „kurzen Kampf“ und dem dem Schlag mit der Duschstange vorausgehenden Geschehen. Insoweit stellt der BGH noch einmal klar: „Bei zeitlich aufeinanderfolgenden, wechselseitigen Angriffen der Beteiligten bedarf es zur Prüfung der Notwehrlage einer Gesamtbetrachtung unter Einschluss des der Tathandlung vorausgegangenen Geschehens; derjenige kann sich nicht auf ein Notwehrrecht berufen, der zuvor einen anderen rechtswidrig angegriffen hat, so dass dieser seinerseits aus Notwehr handelt.“<sup>32</sup>

Der BGH widerspricht ferner der Argumentation in Bezug auf den Messerangriff und hält die Annahme einer dem T vorwerfbareren Provokation für rechtsfehlerhaft: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Notwehrrecht unter anderem dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalls den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt. In einem solchen Fall muss der Verteidiger dem Angriff unter Umständen auszuweichen suchen und darf zur lebensgefährlichen Trutzwehr nur übergehen, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind. Darüber hinaus vermag ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht nur einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren.“<sup>33</sup> Der BGH sah diese Voraussetzungen im konkreten Fall als nicht gegeben an. „Der Angeklagte [T] hat in keiner Weise verbal zum Fortgang der Auseinandersetzung beigetragen und den anschließenden Angriff gegen ihn provoziert. Er ist im Gegenteil von dem Geschädigten aufgefordert worden, zurück zu kommen und die Auseinandersetzung fortzusetzen. Auch an das Verhalten des Angeklagten [T] während des vorangegangenen ersten kurzen Kampfes kann nicht zu seinen Lasten angeknüpft werden. [...] Auch auf das Verhalten des Angeklagten vor dem ersten ‚kurzen Kampf‘

<sup>22</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 32 Rn. 44; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 18 Rn. 79.

<sup>23</sup> BGHSt, 26, 143 (145); BGH NStZ 2016, 84 (85); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 258; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 536.

<sup>24</sup> Vgl. zum Ganzen Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017.

<sup>25</sup> Perron (Fn. 14), § 32 Rn. 61.

<sup>26</sup> BGH NJW 2001, 1075 (1076).

<sup>27</sup> Perron (Fn. 14), § 32 Rn. 61b; Küpper, JA 2001, 438; Lindemann/Reichling, JuS 2009, 496 (497).

<sup>28</sup> Erb (Fn. 11), § 32 Rn. 236; BGH NStZ 2006, 152 (153).

<sup>29</sup> Lindemann/Reichling, JuS 2009, 496 ff.; Küpper, JA 2001, 438 ff.

<sup>30</sup> Roxin (Fn. 17), § 15 Rn. 82; Rönnau, JuS 2012, 404 (407).

<sup>31</sup> BGH BeckRS 2018, 19966, Rn. 9.

<sup>32</sup> BGH BeckRS 2018, 19966, Rn. 9.

<sup>33</sup> BGH BeckRS 2018, 19966, Rn. 11.

kann nicht zu seinen Lasten abgestellt werden. Denn es war nach den Feststellungen vielmehr der Geschädigte [O], der den Angeklagten [T] zuvor angerufen, beleidigt und zu der körperlichen Auseinandersetzung aufgefordert hatte. Allein der Umstand, dass der Angeklagte [T] mit dem Geschädigten [O] – Tage zuvor – eine verbale Auseinandersetzung mit wechselseitigen Beleidigungen geführt und sich am Tattag auf einen Kampf mit dem Geschädigten eingelassen hat, vermag keine vorwerfbare Provokation des nachfolgenden Angriffs gegen ihn zu begründen.<sup>34</sup>

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Notwehrbefugnis im Falle der Abwehrprovokation einzuschränken ist, stellt der BGH fest: „Das Notwehrrecht erfährt vorliegend auch nicht deshalb eine Beschränkung, weil sich der Angeklagte überhaupt in die zweite Auseinandersetzung bewaffnet mit einem Messer begeben hat. Denn die bloße Kenntnis oder die (‚billigende‘) Annahme, ein bestimmtes eigenes Verhalten werde eine andere Person zu einem rechtswidrigen Angriff provozieren, kann für sich allein nicht zu einer Einschränkung des Rechts führen, sich gegen einen solchen Angriff mit den erforderlichen und gebotenen Mitteln zur Wehr zu setzen.“<sup>35</sup>

Abschließend gibt der BGH noch folgenden Hinweis: „Im Übrigen dürfte vorliegend in den Blick zu nehmen sein, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Körperverletzungshandlungen durch eine Einwilligung des [O], der den Angeklagten zu der körperlichen Auseinandersetzung aufgefordert hat, unter Beachtung der sich aus § 228 StGB ergebenden Grenzen wirksamer Einwilligung gerechtfertigt sein könnten.“<sup>36</sup>

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung vermag im Ergebnis zu überzeugen, auch wenn nicht alle dogmatischen Feinheiten ausgeleuchtet werden.

##### 1. Die Notwehrlage im Showdown wechselseitiger Angriffe

Zur Notwehrlage bei wechselseitigen Angriffen wiederholt das Gericht die ständige Rechtsprechung. Bei zeitlich aufeinanderfolgenden, wechselseitigen Angriffen der Beteiligten werde die Notwehrlage auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung unter Einschluss des der Tathandlung vorausgegangenen Geschehens beurteilt. Wenn das Gericht dann aber noch einmal betont, dass derjenige sich nicht auf ein Notwehrrecht berufen könne, der zuvor einen anderen rechtswidrig angegriffen habe, so macht der BGH deutlich, dass er sich letztlich nicht auf eine Gesamtbetrachtung stützt, sondern auf die Beurteilung jeder einzelnen Handlung im Rahmen der gewalttätigen Interaktion. Für die Frage, ob ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorliegt, ist – zu Recht – genau zu prüfen, ob der vorherige erste Schlag mit der Duschstange seinerseits (etwa durch Einwilligung oder Notwehr) gerechtfertigt ist. Dies kann zu einer Kette von Inzidenzprüfungen führen, die weniger an eine Gesamtbetrachtung, als vielmehr an eine minutiöse Schritt-für-Schritt-Prüfung

erinnern. Zutreffend ist demnach, dass der gesamte Geschehensablauf des Interaktionsverhältnisses bei der Bewertung berücksichtigt werden muss. Missverständlich ist hingegen der Begriff „Gesamtbetrachtung“, da jede Handlung isoliert für sich auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen ist. Wie bereits eingangs erwähnt, besteht das Problem in den Konstellationen der wechselseitigen Angriffe – wie auch im vorliegenden Fall – weniger in einem Rechtsproblem, als vielmehr darin, dass der Sachverhalt vom Tatgericht nicht umfassend aufgeklärt und festgestellt werden kann.

#### 2. Die Angriffs- und Abwehrprovokation

##### a) Die Angriffsprovokation

##### aa) Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis bei provozierten Angriffen

Mit dem vorliegenden Beschluss bestätigt der BGH seine Rechtsprechung zur Notwehrprovokation bei sonst schuldhaften Provokationen.

##### (1) Qualität des Vorverhaltens

Keine Zustimmung verdienen zunächst die Anforderungen, die der BGH an die Voraussetzungen der sozialetischen Notwehreinschränkungen stellt.

Die Notwehreinschränkung setzt nach Ansicht des Gerichts ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten voraus, das nicht rechtswidrig sein muss. Darüber hinaus könne sogar auch unterhalb dieser Schwelle ein der unmittelbaren Notwehrsituation vorausgehendes Vorverhalten Berücksichtigung finden, „wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren.“

Diese Feststellung fordert Widerspruch heraus:

Erstens überzeugt die Annahme nicht, dass bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten die Notwehrbefugnisse einzuschränken vermag. Die Prämisse des BGH hat zur Folge, dass rechtmäßiges, aber irgendwie moralisch verwerfliches Verhalten die Strafbarkeit des provozierenden Verteidigers begründen kann, weil dieser sich ggf. nicht mehr auf sein Notwehrrecht berufen kann.<sup>37</sup> Das bedeutet, dass im Ergebnis eine rein moralische Verfehlung strafbegründend wirkt. Dem Täter wird damit eine (strafrechtliche) Verantwortung zugewiesen, ohne dass sich diese rechtlich fundieren lässt<sup>38</sup> und ohne dass der verwerflich agierende Verteidiger den Boden des Rechts zu irgendeinem Zeitpunkt verlassen hat.<sup>39</sup> Justiziable Konturen lassen sich auf diese Art und Weise für die strafbegründende Einschränkung des Notwehrrechts nicht gewinnen.<sup>40</sup> Entgegen der Rechtsprechung des BGH ist damit ein rechtswidriges Vorverhalten zu verlangen. Vieles spricht dafür, insoweit auch nicht zwischen der Ab-

<sup>34</sup> BGH BeckRS 2018, 19966, Rn. 13.

<sup>35</sup> BGH BeckRS 2018, 19966, Rn. 13.

<sup>36</sup> BGH BeckRS 2018, 19966, Rn. 17.

<sup>37</sup> Hassemer, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 225 (237); kritisch auch Roxin (Fn. 17), § 15 Rn. 72 ff.

<sup>38</sup> Vgl. dazu Grünewald, ZStW 122 (2010), 51 (82).

<sup>39</sup> Perron (Fn. 14), § 32 Rn. 59.

<sup>40</sup> Rengier (Fn. 22), § 18 Rn. 78.

sichtsprovokation und der sonst schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage zu differenzieren.<sup>41</sup>

Zweitens ist es jedenfalls begründungsbedürftig, dass der BGH in ständiger Rechtsprechung für das Verhältnis der Provokation zum Angriff einen engen zeitlichen und räumlichen Ursachenzusammenhang ausreichen lässt und keine „identische Situation“<sup>42</sup> fordert. Das Notwehrrecht ist ein spontanes, situatives Recht<sup>43</sup> und gewährt als punktueller Ereignis<sup>44</sup> eine Reaktion auf einen akuten Friedensbruch. Daher ist auch die Gegenwärtigkeit des Angriffs nach allgemeiner Meinung eng zu fassen. Insoweit erscheint es widersprüchlich, für die Gegenwärtigkeit des Angriffs eine unmittelbare Gefahr zu verlangen, für das Provokationsverhalten hingegen ein dauerhaftes, nicht punktueller, Vorverhalten ausreichen zu lassen. Viel spricht daher dafür, dass das Notwehrrecht nur unter der Bedingung eingeschränkt werden kann, dass der die Notwehrlage auslösende Angriff eine situativ verständliche unmittelbare Reaktion auf die vorangegangene Provokation war.

## (2) Art und Umfang der Einschränkung des Notwehrrechts

Liegt ein rechtswidriges, punktuell provokatives Vorverhalten vor, so können grundsätzlich zu Recht die Notwehrbefugnisse des provozierenden Verteidigers eingeschränkt werden. Ausgangspunkt der Überlegungen bildet der Umstand, dass mit der Gebotenheit eine Versagung des Notwehrrechts in den Fällen bezweckt wird, in denen die Leitprinzipien des § 32 StGB, und zwar das Rechtsbewährungsprinzip sowie das Individualschutzprinzip, nicht oder zumindest nur eingeschränkt betroffen sind. Im Fall eines rechtswidrigen, punktuell provokativen Vorverhaltens lässt sich eine Mitzuständigkeit<sup>45</sup> des Provokateurs aufgrund eines motivationspsychologischen Zusammenhangs für den Angriff nicht leugnen. Der Provokateur hat den tatauflösenden Faktor zum Angriff geliefert. Begründet das rechtswidrige Vorverhalten des verteidigenden Provokateurs aber seinerseits keine Notwehrlage (mehr), so darf von dem provozierten Angreifer verlangt werden, der Provokation standzuhalten und den Provokateur nicht anzugreifen.

Im Ergebnis haben beide Kontrahenten durch ihr Verhalten in einer rechtsfriedenstörenden Weise agiert und das Normvertrauen wechselseitig enttäuscht.<sup>46</sup> Die Provokation führt dazu, dass der Angriff des provozierten Angreifers in weitaus geringerem Maße als Rechtsfriedensstörung empfunden wird, so dass allenfalls noch ein eingeschränktes „Rechtsbewährungsinteresse“ bestehen kann.

Da der Angriff die Rechtsgüter des angegriffenen Provokateurs beeinträchtigt, hat er zwar noch ein legitimes Schutzbedürfnis an den bedrohten Rechtsgütern. Gleichwohl kann

von dem Provokateur aufgrund seiner Mitverantwortlichkeit eine gewisse Nachsicht und Rücksichtnahme gegenüber dem von ihm provozierten Angreifer verlangt werden, so dass ihm im Ergebnis nur die Vornahme einer schonenden Verteidigungshandlung erlaubt ist. Dies erfordert, dass der provozierende Verteidiger den Angriff jedenfalls dann hinnehmen muss, wenn keine erheblichen Gefährdungen eigener Rechtsgüter zu befürchten sind. Das Schutzinteresse des Provokateurs überwiegt erst dann das Schutzinteresse des Provozierten, wenn der Angriff erhebliche Verletzungen, insbesondere der körperlichen Integrität, erwarten lässt.

## bb) Die provozierte Provokation

Auch wenn man für das provokative Verhalten ein punktueller Ereignis fordert, macht der vorliegende Fall deutlich, dass in Konstellationen der wechselseitigen Angriffe gleichsam auch wechselseitige Provokationen vorliegen können. Das Gericht betont, dass auch das Verhalten des O zur weiteren Eskalation beigetragen hat. Es liegt also eine „provozierte Provokation“<sup>47</sup> vor, wobei der BGH diese begrifflich nicht benennt und das dahinterstehende dogmatische Problem nicht aufgreift.

Teilweise wird vertreten, dass die Provokation der Provokation dazu führe, dass die rechtliche Bedeutung der dem Angriff unmittelbar vorgelagerten Provokation aufgehoben und das Notwehrrecht ohne Einschränkungen wiederhergestellt werde.<sup>48</sup>

Andere kommen zwar zum selben Ergebnis. Ihnen dient die provozierte Provokation aber als Vehikel, um auf eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse bei einem provokativen Vorverhalten gänzlich zu verzichten. Insoweit wird eine Erosion der Notwehrrdogmatik befürchtet, wenn jede provokative, dem Angriff vorgelagerte, Handlungssequenz Berücksichtigung finden müsse.<sup>49</sup>

Die zu Bedenken gegebene Erosion der Notwehrrdogmatik tritt jedoch nicht ein, wenn man nicht jedes provokative Vorverhalten berücksichtigt, sondern nur ein solches, das rechtswidrig ist und sich zeitlich im unmittelbaren Zusammenhang mit der Notwehrlage ereignet hat.<sup>50</sup>

Insoweit ist das Notwehrrecht zwar grundsätzlich im Falle einer rechtswidrigen, dem Angriff unmittelbar vorausgehenden Provokation einzuschränken. Liegt dieser Provokation aber wiederum ein punktueller wechselseitiges Provokationsverhalten zugrunde, so muss dies wiederum zugunsten des Provokateurs berücksichtigt werden, mit der Folge, dass das Notwehrrecht ohne Einschränkungen wiederhergestellt werden kann.

<sup>41</sup> Grünewald, ZStW 122 (2010), 51 (83).

<sup>42</sup> So aber Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12/56.

<sup>43</sup> Grünewald, ZStW 122 (2010), 51 (84).

<sup>44</sup> Erb (Fn. 11), § 32 Rn. 105.

<sup>45</sup> Jakobs (Fn. 42), 12/54; Perron (Fn. 14), § 32 Rn. 55.

<sup>46</sup> Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 32 Rn. 85.

<sup>47</sup> So der Titel des Festschriftbeitrages von Hassemer (Fn. 37), S. 225; vgl. auch den gleichnamigen Aufsatz von Mitsch, JuS 2017, 19.

<sup>48</sup> Kindhäuser (Fn. 7), § 32 Rn. 128.

<sup>49</sup> Hassemer (Fn. 37), S. 225 (236, 243); Mitsch, JuS 2017, 19 (23).

<sup>50</sup> Im Ergebnis auch Grünewald, ZStW 122 (2010), 51 (65).

*b) Die Abwehrprovokation*

Zu Recht lehnt der BGH im Ergebnis eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse im Fall der sog. Abwehrprovokation ab. Da die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung aus einer objektiven ex-ante-Perspektive in der konkreten Notwehrlage zu beurteilen ist, ist es für die notwehrrechtliche Betrachtung der Erforderlichkeit irrelevant, ob sich der Angegriffene zuvor entsprechend ausgerüstet hat.<sup>51</sup> Darüber hinaus vermag die Abwehrprovokation auch keine Einschränkung des Notwehrrechts zu begründen. Zum einen fehlt es an einer provozierenden rechtsfriedenstörenden Wirkung. Und zum anderen gilt auch hier, dass Angreifer den Verteidiger so nehmen muss, wie er ihn vorfindet.<sup>52</sup>

**V. Fazit und Ausblick**

Für die juristische Ausbildung ist die Kenntnis des Notwehrrechts unabdingbar. Die vorliegende Entscheidung bringt zwar wenig „Neues“, bestätigt jedoch eine Kernfrage zur Notwehrprovokation und ist daher zur Wiederholung des Stoffes höchst geeignet. Ferner lädt der vorliegende Fall (Stich in den Oberkörper) dazu ein, den klausurrelevanten Sachverhalt um ein Vorsatzproblem im Rahmen (versuchter) Tötungsdelikte zu erweitern. Dies gilt auch für die Einwilligung, auf die der BGH explizit hingewiesen hat.

In einer Klausur müsste freilich noch eine Strafbarkeit des verteidigenden Provokateurs aufgrund des Vorverhaltens auf der Grundlage der Rechtsfigur der *actio illicita in causa* geprüft werden. Hier spricht viel dafür, dass der Zurechnungszusammenhang aufgrund des Dazwischentretens eines Dritten – des provozierten Angreifers – unterbrochen wurde. In diesem Fall hat sich nicht das vom Provokateur geschaffene Risiko, sondern vielmehr das von einem Angreifer geschaffene Risiko im Erfolg realisiert.

*Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel*

---

<sup>51</sup> *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 138; *Rönnau/Hohn*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 189 f.

<sup>52</sup> *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 236; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 23), Rn. 535; diff. *Roxin* (Fn. 17), § 15 Rn. 82.