

Entscheidungsanmerkung

Zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung

1. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung des Angriffs gewährleistet. Der Angegriffene muss auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht.

2. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines Messers in der Regel anzudrohen, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.

(Leitsätze des Verf.)

StGB § 32 Abs. 2

BGH, Beschl. v. 17.4.2019 – 2 StR 363/18¹

I. Einleitung

Das Notwehrrecht gehört zu den wichtigsten Verteidigungsrechten, die der Staat dem Bürger in Konfliktsituationen einräumt. Dem Bürger wird durch § 32 StGB das Recht zur Gewalt ausnahmsweise gewährt. Das staatliche Gewaltmonopol wird dadurch nicht in Frage gestellt, denn wo der Staat die Integrität des Bürgers nicht verteidigen kann, muss er es gestatten, dass der Bürger seine Rechte selbst schützt. Es wäre ein Selbstwiderspruch, wenn der Staat auch in Situationen, in denen er keinen Schutz gewährleisten kann, auf seinem Gewaltmonopol beharren würde. Der Gesetzgeber geht deshalb auch selbst davon aus, dass das „uneingeschränkte Notwehrrecht“ ein in der „Rechtsüberzeugung des Volkes verwurzeltes Schutzrecht“ sei.² Damit ist aber nur ausgesprochen, dass ein solches Recht gewährt wird, nicht aber, welche Grenzen es hat. Eine Grenze des Notwehrrechts hat der Gesetzgeber mit dem Merkmal der Erforderlichkeit der Abwehrhandlung gezogen, welches im Zentrum der Entscheidung des 2. *Strafsenats* steht.

II. Sachverhalt

Der Angekl., der Wirt der Gaststätte „D“ in K-U war, erteilte Ende August/Anfang September 2011 dem C Lokalverbot, nachdem dieser seine Frau respektlos behandelt hatte und zudem der Verdacht aufgekommen war, C könne in der Gaststätte mit Drogen handeln. Im November 2011 erschien der C

gleichwohl im „D“ und wurde auch vom Angekl. bedient. Zu Zwischenfällen kam es an diesem Tag nicht.

In der Nacht vom 11.12.2011 suchten C, der bereits erheblich dem Alkohol zugesprochen und auch Drogen konsumiert hatte, und der Zeuge Ö die Gaststätte des Angekl. erneut auf. In der Folgezeit ging C mehrfach auf die Herrentoilette. Als er dies rund 15 Minuten nach seinem Eintreffen in Begleitung des Zeugen K erneut tat, fiel dies der Ehefrau des Angekl. auf, die immer noch über den Vorfall von Ende August/Anfang September 2011 verstimmt war und deshalb den Angekl. aufforderte, das Lokalverbot durchzusetzen. Auch der Angekl. war verärgert, weil er vermutete, C wickele auf der Herrentoilette abermals Drogengeschäfte ab.

Er begab sich zur Herrentoilette und forderte den C auf, die Gaststätte umgehend zu verlassen. Dieser kam der Aufforderung nicht nach und begann, lautstark mit dem Angekl. zu diskutieren. Er packte ihn am Arm und rief: „Komm her, hast du keine Eier?“ Der Angekl. ließ sich darauf nicht ein, kündigte an, die Polizei zu rufen, und ging zurück in den rückwärtigen Bereich des Gastraums hinter die Theke. Dort ergriff er das neben der Zapfanlage befindliche schnurlose Telefon und ging damit zurück in Richtung des Eingangs zum Thekenbereich, wo ihm der C entgegenkam, der ihm gefolgt und etwa zwei Meter hinter die Theke getreten war. Der hierüber verärgerte Angekl. forderte C auf, den Thekenbereich zu verlassen. Während dessen entschuldigte sich dieser bei der Ehefrau des Angekl., um in der Gaststätte bleiben zu können, was diese aber ablehnte. Es folgte eine verbale Auseinandersetzung, in deren Verlauf der C den Angekl. u.a. als „Hurensohn“ beschimpfte. Als die Ehefrau des Angekl. hierauf fragte, was er da sage, rief C: „Halt die Schnauze, du Schlampe“. Gleichzeitig schlug er dem Angekl. das Telefon aus der Hand. Dieser versuchte nun, den C aus dem Thekenbereich zu bugsieren. Es kam zu einem Gerangel, zu dessen Beginn C dem Angekl. mit der Faust – wenngleich nicht mit voller Wucht – auf den Mund und im weiteren Verlauf in den Rücken schlug. Die Ehefrau des Angekl. holte einen Billardstock hervor und hielt ihn drohend in die Höhe, ohne aber einzugreifen. Der Zeuge K versuchte, den C zu beruhigen, wobei er von einer weiteren Person unterstützt wurde. Der Angekl. geriet zunehmend über das Verhalten des C in Wut. Auch sorgte er sich – körperlich kräftig gebaut und größer als der C – zudem um das körperliche Wohl seiner Frau.

Im Zuge der nun „längstens seit wenigen Minuten andauernden Auseinandersetzung“ ergriff der Angekl. für den C unbemerkt eines von zwei unter dem Tresen abgelegten Messern, ein 26 cm langes Bowiemesser mit einer ca. 16 cm langen und ca. 2,7 cm breiten Klinge. Während C den Angekl. weiterhin durch Schubsen und möglicherweise einfaches Schlagen bedrängte, war dem Angekl. bewusst, dass der C unbewaffnet war und die von ihm vereinzelt verabreichten Schläge mit allenfalls mittlerer Intensität geführt wurden. Es bestand weder für den Angekl. noch für seine Ehefrau Lebensgefahr. Der Angekl. wusste zudem, dass C das Messer nicht bemerkt hatte, und war sich im Klaren darüber, dass sich dieser aller Voraussicht nach zurückgezogen hätte, wenn ihm seine zwischenzeitliche Bewaffnung zur Kenntnis gelangt wäre, zumal bereits der Zeuge K beschwichtigend auf C

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ 2019, 598 f. m. Anm. *Kudlich* und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4a9bf369f2821e6dfff12305900ab84b&nr=97178&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (30.3.2020)

² Begründung des E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 157.

einwirkte. Auch ging er nicht davon aus, dass seine Möglichkeiten zur Beendigung der körperlichen Attacken beeinträchtigt würden, wenn er dem C zuvor das Messer zeigte.

Der Angekl. war aber zwischenzeitlich so in Wut geraten, dass er gleichwohl zum unmittelbaren Messereinsatz entschlossen war. Ohne weitere Ankündigung führte er mehrere schnelle, tangentielle Stichbewegungen in Richtung des Oberkörpers des C aus, um weitere Einwirkungen von ihm abzuwenden. Hierbei traf er C einmal im Bauchbereich und einmal in der linken Flanke, ohne dass dieser die Stichverletzungen bemerkte.

Unmittelbar danach riss der Zeuge K – der möglicherweise das Messer, nicht aber dessen Einsatz gesehen hatte – den C mit einer solchen Wucht aus dem Thekenbereich, dass dabei dessen Jacke beschädigt wurde. Die Kontrahenten ließen voneinander ab, C verließ mit dem Zeugen Ö die Gaststätte. Dieser bemerkte einige Zeit später, dass die Jacke des Nebenklägers feucht war, worauf dieser feststellte, dass er verletzt war und blutete. Sie führen ins Krankenhaus, wo C vier Tage stationär behandelt wurde. Es wurden zwei Stichverletzungen von bis zu 5 cm bzw. 7–10 cm Tiefe festgestellt, die sich auf das Weichgewebe beschränkten und nicht lebensbedrohlich waren.

III. Die Entscheidung

Das LG hat den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und diese zur Bewährung ausgesetzt. Es ist davon ausgegangen, dass sich der Angekl. in einer Notwehrlage befunden und auch mit Verteidigungswillen gehandelt habe. Es hat jedoch angenommen, dass die Verteidigungshandlung des Angekl., zwei Stiche in die sensible Oberkörperregion, nicht mehr als erforderlich anzusehen sei. Der Angekl. sei im Rahmen der Auseinandersetzung gehalten gewesen, den Messereinsatz dem C gegenüber zunächst (verbal oder durch entsprechendes Verhalten) anzudrohen. Auch wäre es ihm möglich gewesen, das Messer weniger gefährlich einzusetzen und zunächst auf weniger vitale Körperregionen einzustechen. Die Revision des Angekl. hatte mit der Sachrüge Erfolg und der *Senat* hat das Urteil des Landgerichts mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen.

In seiner Begründung führt der *Senat* aus, dass entgegen der Annahme des Landgerichts, die vom Angekl. gegen C geführten Messerstiche auf der Grundlage der getroffenen landgerichtlichen Feststellungen durchaus als erforderliches Verteidigungsmittel bewertet werden müssten. Insbesondere habe der Angekl. den Messereinsatz vorher nicht androhen müssen, da sich der Angekl. einem seit mehreren Minuten andauernden Angriff auf seine Person durch den C ausgesetzt gesehen habe.

IV. Würdigung

Der Fall betrifft eine klassische Konstellation bei der Notwehr. Im Kern geht es um die Frage, wann bei dem lebensgefährlichen Einsatz des Verteidigungsmittels gegenüber dem unbewaffneten Angreifer die Grenzen der Erforderlichkeit

überschritten sind. In Rechtsprechung³ und Literatur⁴ besteht Einigkeit darüber, dass die Verteidigungshandlung stets dann erforderlich ist, wenn sie zur Abwehr geeignet ist und das *relativ* mildeste Gegenmittel darstellt. Die Notwehr kennt keine Verhältnismäßigkeitsprüfung derart, dass sich bereits aus der schlichten Gegenüberstellung von Eingriffsgut (Rechtsgüter des Angreifers) und dem Erhaltungsgut (Rechtsgüter des Angegriffenen) Rückschlüsse auf die Grenzen der erforderlichen Verteidigungshandlung treffen ließen.⁵ Davon geht auch der Gesetzgeber aus, wenn er in der in der Gesetzesbegründung zum E 1962 ausdrücklich den Gedanken der Güterabwägung verwirft: „Nur zwischen den Abwehrmitteln muss der Abwehrende abwägen, nicht hingegen zwischen dem durch den Angriff und dem durch die Verteidigung bedrohten Rechtsgut: Auch der Entwurf verlangt bei der Notwehr keine Verhältnismäßigkeit der einander gegenüberstehenden Rechtsgüter.“⁶ [...] Im übrigen muss die Möglichkeit, dass bei der Ausübung der Notwehr auch einmal ein höherwertiges Rechtsgut Schaden nimmt, in Kauf genommen werden. Wollte sich der Gesetzgeber dazu entschließen, die Rechtmäßigkeit der Notwehr davon abhängen zu lassen, dass der Angegriffene die widerstreitenden Rechtsgüter in zutreffender Weise gegeneinander abwägt, so würde der vom Angriff Bedrohte in vielen Fällen überfordert und das Notwehrrecht entwertet.“⁷ Dahinter steht die Überlegung, dass der rechtswidrig Angreifende die Kosten der Bereinigung der Lage zu tragen hat, gerade weil *er* sie geschaffen hat. Wer also rechtswidrig angreift, der soll sich nicht zu Lasten des Angegriffenen auf eine Verhältnismäßigkeit berufen dürfen. Gerade das würde der vom Gesetzgeber mit intendierten generalpräventiven Funktion der Notwehr widersprechen.⁸ Zu Recht stellt der *Senat* deshalb auch fest, dass es unerheblich sei, dass von C „nur“ Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit des Angekl. ausgegangen und die Angriffe nicht „hochgradig“ gewesen seien.⁹

Die „Erforderlichkeit“ der Verteidigung kennt also nur insoweit Grenzen, als unter gleich geeigneten Abwehrmaßnahmen, die mildeste gewählt werden muss.¹⁰ In der Erforderlichkeit der Verteidigung ist also ein begrenztes Schonungsprinzip¹¹ hinsichtlich der Rechtsgüter des Angreifers enthalten. Begrenzt deshalb, weil nur dann, wenn dem Angegriffenen zur Abwehr des Angriffs gleich geeignete, also wirksame

³ Vgl. bspw. BGHSt 27, 336 (337); BGH NStZ 2006, 152 (154).

⁴ Vgl. statt vieler *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 34; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 148; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 206, § 15 Rn. 42 ff.

⁵ *Gropp* (Fn. 4), § 5 Rn. 149; *Roxin* (Fn. 4), § 15 Rn. 42 ff.

⁶ Begründung des E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 156.

⁷ Begründung des E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 157.

⁸ Begründung des E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 157.

⁹ BGH NStZ 2019, 598 (599).

¹⁰ Vgl. bspw. BGH NStZ 2016, 593; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 32 Rn. 30.

¹¹ Vgl. *Perron/Eisele* (Fn. 4), § 32 Rn. 36b, 37.

Mittel zur Verfügung stehen, den Angriff mit sofortiger Wirkung zu beenden, muss er das mildeste wählen.¹² In diesem Kontext ist auch das in der Rechtsprechung angewandte „De-eskalationsprogramm“¹³ zu verstehen: Die Benutzung einer (Schuss-)Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges gegenüber dem unbewaffneten Angreifer ist prinzipiell anzu-drohen.¹⁴ Zur Schonung ist der Angegriffene aber nur dann aufgerufen, wenn die Androhung in der gegenwärtigen Lage Aussicht auf Erfolg verspricht,¹⁵ wobei der Erfolg darin bestehen muss, dass dadurch der Angriff beendet wird. Denn nur dann, wenn auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung¹⁶ sich der Angreifer durch die Drohung beeindrucken ließe und er den Angriff beenden würde, wäre unter gleich wirksamen Mittel das mildeste Mittel in der Drohung zu sehen. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass der Angegriffene sich nicht auf eine Drohung einlassen muss, wenn diese keine Wirkung beim Angreifer zeigen würde, oder gar keine Zeit dafür zur Verfügung steht. Da es auf eine objektive ex-ante Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Verteidigungshandlung ankommt, geht es also nicht um die Einschätzung des Angegriffenen, sondern um die tatrichterliche Würdigung der später festgestellten Tatsachen zur Notwehrlage und Notwehrhandlung. Das stellt die Tatgerichte natürlich vor die große Herausforderung, den Tathergang so genau wie möglich aufzuklären. Auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen ist dann die Erfolgsaussicht einer Drohung zu bestimmen. Auch hier argumentiert der *Senat* ganz im Sinne einer notwehreffreundlichen Interpretation der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung: Denn nur bei einer „hohe(n) Erfolgsaussicht“ sei, so der *Senat*, „dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten“ zuzumuten.¹⁷ Nur dann, so der *Senat* weiter, wenn der Einsatz weniger gefährlicher Verteidigungsmittel und deren „Abwehrwirkung unzweifelhaft“¹⁸ erfolversprechend ist und „genügend Zeit zur Abschätzung der Lage“¹⁹ zur Verfügung steht, muss der Angegriffene diese nutzen. Der *Senat* erkennt natürlich die Grenzen tatrichterlicher Aufklärung und kompensiert diese zugunsten des Angegriffenen dahingehend, dass angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger ge-

fährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen.²⁰ Nicht zu übersehen ist aber, dass eine „hohe Erfolgsaussicht“, den Angriff durch eine Drohung zu beenden, graduell weniger an Überzeugungsbildung verlangt, als eine durch eine Drohung bewirkte „unzweifelhafte Abwehrwirkung“. Diesen Widerspruch löst der *Senat* selbst nicht auf, er hat ihn vielleicht nicht einmal gesehen. Es wird sich nicht bestreiten lassen, dass an der Abwehrwirkung einer Drohung gegenüber dem Angreifer wohl immer Zweifel bestehen können, was eine Drohung stets entbehrlich werden ließe. Demgegenüber lässt eine hohe Erfolgsaussicht einer Drohung gerade einen Rest an Zweifel über die Erfolgsgauglichkeit zu und verlagert diese Zweifel in die Risikosphäre des Angegriffenen. Das ist ersichtlich der Weg, den der *Senat* auch gehen will.

V. Zusammenfassung

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Hinsichtlich der Notwehrgenematik bringt sie zwar nichts Neues, aber sie stellt klar, was im Rahmen der Notwehr schon immer galt und was es zu bewahren gilt: Die Kosten der Bereinigung der Konfliktlage hat grundsätzlich der Angreifer zu tragen. Das gilt auch dann, wenn sein Angriff mit einem Messer und unter Lebensgefahr für ihn abgewehrt wird und er selbst unbewaffnet ist. Nur ausnahmsweise muss dem Angreifer der Einsatz des Messers angedroht werden. Das ist dann der Fall, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann. Die Problematik der Bewertung der Erfolgsaussichten einer Drohung und des Fehlschlagsrisikos entschärft der *Senat* dadurch pro defensionis, dass durch die Tatgerichte an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen.

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück

¹² *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 32 Rn. 25; *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 129.

¹³ Vgl. dazu *Rosenau* (Fn. 12), § 32 Rn. 27.

¹⁴ BGHSt 26, 256 (258); BGH NStZ 2005, 85 (87); vgl. auch *Perron/Eisele* (Fn. 4), § 32 Rn. 37; *Fischer* (Fn. 10), § 32 Rn. 33a.

¹⁵ *Perron/Eisele* (Fn. 4), § 32 Rn. 37.

¹⁶ BGH NStZ 2016, 593 (594); BGH NStZ 2019, 598 (599).

¹⁷ BGH NStZ 2019, 598 (599) mit Verweis auf BGH NStZ-RR 2013, 139 (140), und BGH StraFo 2018, 202.

¹⁸ BGH NStZ 2019, 598 (599).

¹⁹ BGH NStZ 2019, 598 (599).

²⁰ BGH NStZ 2019, 598 (599), mit Verweis auf BGH NStZ-RR 2013, 139 (140).