



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**



**Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Sede straniera: Albert-Ludwigs-Universität Freiburg**

Dipartimento di Diritto Pubblico Internazionale e Comunitario. Università degli Studi di Padova
Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Abteilung 3: Deutsches und Ausländisches Strafrecht.
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : GIURISPUDENZA
INDIRIZZO: UNICO
CICLO XVII°

**MERKMAL DER GEGENWÄRTIGKEIT IM NOTWEHRRECHT
BEI NEUEN KONFIKTMUSTERN
AUS RECHTSVERGLEICHENDER SICHT**

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore : Ch.mo Prof. Mauro Ronco Università degli Studi di Padova

Cotutore : Ch.mo Prof. Walter Perron Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Dottorando : Dott.ssa Michela D'Angelo

VORWORT.....	1
EINLEITUNG.....	2
DIE DEUTSCHE RECHTSORDNUNG.....	6
TEIL 1 DIE NOTWEHR IM DEUTSCHEN RECHTSSYSTEM.....	6
KAP. 1 DAS NOTWEHRRECHT NACH § 32 StGB.....	6
I. Allgemein.....	6
II. Struktur der Notwehr.....	8
A. Die Notwehrlage.....	8
1. Der Angriff.....	8
2. Die Rechtswidrigkeit.....	8
3. Die Gegenwärtigkeit.....	10
B. Die Notwehrhandlung.....	15
1. Die Erforderlichkeit.....	15
2. Die Verhältnismäßigkeit.....	18
3. Das subjektive Rechtfertigungselement.....	19
4. Rechtliche Folgen beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements.....	22
KAP. 2 DIE BEGRÜNDUNG DES NOTWEHRRECHTS.....	23
I. Allgemein.....	23
II. Das Prinzip des überwiegenden Interesses.....	24
III. Die individualistische Theorie.....	25
IV. Die überindividualistische Theorie.....	27
V. Die dualistische Theorie.....	30
1. Begründung des Verzichts auf Güterproportionalität.....	31
2. Begründung der fehlenden Ausweichpflicht.....	32
VI. Das Subsidiaritätsprinzip.....	34
KAP. 3 DAS GEGENWÄRTIGKEITSMERKMAL ALS ANLASS ZUR DISKUSSION ÜBER DIE PRÄVENTIVNOTWEHR.....	35
I. Das Merkmal der Gegenwärtigkeit im deutschen Notwehrrecht.....	35
II. Die Funktion des Gegenwärtigkeitsmerkmals innerhalb der Notwehrovorschrift und das Verhältnis zur Präventivnotwehr.....	38
III. Die Beurteilung des Gegenwärtigkeitsmerkmal nach der Ex-Post-Sichtweise.....	39
IV. Das Gegenwärtigkeitsmerkmal im Notwehr- und Notstandsrecht.....	41
V. Die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr.....	42
TEIL 2 DIE PRÄVENTIVE VERTEIDIGUNG NACH DEUTSCHER ANSICHT.....	43
KAP. 1 DIE KONSTELLATION DER “PRÄVENTIVNOTWEHR”.....	44
I. Allgemein.....	44
II. Die Fallgruppen der „Präventivnotwehr“.....	44
1. Die „Präventivnotwehr“ bei zukünftigen Angriffen.....	45
2. Die antizipierte Notwehr.....	47
3. Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr.....	50
4. Der Dauerangriff.....	53
KAP. 2 LÖSUNGSVORSCHLÄGE FÜR DIE RECHTLICHE EINORDNUNG DER „PRÄVENTIVNOTWEHR“.....	54
I. Allgemein.....	54
II. Die “notwehrähnliche Lage”, § 32 StGB analog.....	55
1. Die Kritik an der “notwehrähnlichen Lage”.....	60
III. Die “notstandsähnliche Lage”, § 34 StGB analog.....	66
1. Die Kritik an der „notstandsähnlichen Lage“.....	68
IV. Der Defensivnotstand.....	72
1. Die Entwicklung eines speziellen „präventiven Defensivnotstandes“.....	77

2. Die Besonderheiten bei den Fällen des „präventiven Defensivnotstandes“	77
KAP. 3 DIE RECHTLICHE BEHANDLUNG DES „PRÄVENTIVEN DEFENSIVNOTSTANDES“	79
I. Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall der Notwehr gemäß § 32 StGB	80
1. Anwendung von § 32 StGB direkt	80
2. Anwendung von § 32 StGB analog	80
II. Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB	81
1. Anwendung von § 34 StGB direkt	82
2. Anwendung von § 34 StGB in Verbindung mit § 228 BGB	82
3. Anwendung von § 34 StGB in Verbindung mit § 228 BGB analog	83
4. Argumente für die Anwendung von § 34 StGB	83
III. Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall des zivilrechtlichen rechtfertigenden Notstands gemäß § 228 BGB analog	84
IV. Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall des Notwehrexzesses gemäß § 33 StGB	85
V. Der „präventiv Defensivnotstand“ als Unterfall des entschuldigenden Notstands gemäß § 35 StGB	86
TEIL 3 DIE „PRÄVENTIVNOTWEHR“ AM BEISPIEL DER „HAUSTYRANNENTÖTUNG“	87
KAP. 1 DIE „HAUSTYRANNENTÖTUNG“	88
I. Ausgangslage	88
II. Rechtliche Vorgaben im Allgemeinen	88
KAP. 2 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER RECHTSWIDRIGKEIT	91
I. Die Rechtswidrigkeit im Allgemeinen	91
II. Relevante Rechtfertigungsgründe	92
1. Notwehr (§ 32 StGB)	92
2. Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB)	93
III. Die Behandlung der „Haustyrannentötung“ auf der Rechtswidrigkeitsebene	93
KAP. 3 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER SCHULD	99
I. Die Schuld im Allgemeinen	99
II. Relevante Entschuldigungsgründe	101
1. Entschuldigender Notstand (§ 35 StGB)	101
2. Überschreitung der Notwehr (§ 33 StGB)	101
III. Relevante Schuldtausschließungsgründe	103
1. Schuldunfähig wegen seelischer Störungen (§ 20 StGB)	103
IV. Weitere Straffreistellungsgründe	104
1. Erlaubnistatbestandsirrtum	104
2. Putativnotwehr (§ 16 StGB analog)	105
3. Putativnotwehrexzess	106
4. Irrtum über den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 2 StGB)	107
V. Relevante Schuldmilderungsgründe bzw. Strafmilderungsgründe	108
1. Verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB)	108
2. Vermeidbarer Irrtum über den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 2 StGB)	110
VI. Die Behandlung der „Haustyrannentötung“ auf der Schuldebene	111
KAP. 4 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER STRAFZUMESSUNG	115
I. Rechtsfolgenlösung	115
KAP. 5 FAZIT	118
DIE ITALIENISCHE RECHTSORDNUNG	122
TEIL 1 DIE NOTWEHR IM ITALIENISCHEN RECHTSSYSTEM	122

KAP. 1 DAS NOTWEHRRECHT NACH ART. 52 C.P.....	122
I. Allgemein.....	122
II. Struktur der Notwehr.....	124
A. Die Notwehrlage.....	125
1. Der Angriff.....	125
2. Die Rechtswidrigkeit.....	125
3. Die Gegenwärtigkeit.....	127
B. Die Verteidigungshandlung.....	128
1. Die Erforderlichkeit.....	128
2. Die Verhältnismäßigkeit.....	129
3. Das subjektive Rechtfertigungselement.....	133
KAP. 2 DIE BEGRÜNDUNG DES NOTWEHRRECHTS.....	134
I. Allgemein.....	134
II. Die individualistischen Theorien.....	135
III. Die überindividualistischen Theorien.....	137
IV. Die pluralistischen Theorien.....	141
KAP. 3 DAS GEGENWÄRTIGKEITSMERKMAL ALS ANLASS ZUR DISKUSSION ÜBER DIE PRÄVENTIVNOTWEHR.....	143
I. Das Merkmal der Gegenwärtigkeit im italienischen Notwehrrecht.....	144
1. Die Gefahr.....	144
2. Die Gegenwärtigkeit.....	145
3. Die Auswirkungen der Reform vom Gesetz 13 Februar 2006, n. 59 auf das Merkmal der Gegenwärtigkeit und die Fälle der Präventivnotwehr.....	150
II. Die Funktion des Gegenwärtigkeitsmerkmals innerhalb der Notwehrovorschrift und das Verhältnis zur Präventivnotwehr.....	155
III. Die Beurteilung über das Vorliegen der Gefahr.....	156
IV. Das Gegenwärtigkeitsmerkmal im Notwehr- und Notstandsrecht und die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr.....	158
TEIL 2 DIE PRÄVENTIVE VERTEIDIGUNG NACH ITALIENISCHER ANSICHT.....	159
KAP. 1 DIE KONSTELLATION DER „PRÄVENTIVNOTWEHR“.....	159
I. Allgemein.....	159
II. Die Fallgruppen der „Präventivnotwehr“.....	159
1. Die „Präventivnotwehr“ bei zukünftigen Angriffen.....	160
2. Die antizipierte Notwehr.....	160
3. Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr am Beispiel der „Haustyrannen-Tötung“.....	162
4. Die Dauergefahr.....	166
5. Der Dauerangriff.....	168
TEIL 3 DIE „PRÄVENTIVNOTWEHR“ AM BEISPIEL DER „HAUSTYRANNENTÖTUNG“.....	168
KAP. 1 DIE „HAUSTYRANNENTÖTUNG“.....	168
I. Ausgangslage.....	168
II. Rechtliche Vorgaben im Allgemeinen.....	170
KAP. 2 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER RECHTSWIDRIGKEIT.....	171
I. Die Rechtswidrigkeit im Allgemeinen.....	171
II. Relevante Rechtfertigungsgründe.....	173
III. Die Behandlung der „Haustyrannentötung“ auf der Rechtswidrigkeitsebene.....	173
KAP. 3 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER SCHULD.....	176
I. Die Schuld im Allgemeinen.....	177
II. Relevante Schuldausschlussgründe.....	179

1. Schuldunfähigkeit wegen vollständiger seelischer Störung (Art. 88 c.p.).....	179
III. Weitere Straffreistellungsgründe.....	180
1. Erlaubnistatbestandsirrtum.....	180
2. Putativnotwehr (Art. 59 Abs. 4 c.p.).....	181
3. Exzess bei den Rechtfertigungsgründen. Notwehrüberschreitung (Art. 55 c.p.).....	183
4. Putativexzess (Artt. 55 c.p. und 59, 4 c.p.).....	187
IV. Relevante Schuldmilderungsgründe bzw. Strafmilderungsgründe.....	187
1. Verminderte Schuldfähigkeit wegen partieller seelischer Störung (Art. 89 c.p.).....	187
V. Die Behandlung der „Haustyrannentötung“ auf der Schuldebene.....	189
KAP. 5 FAZIT.....	191
DAS COMMON LAW-SYSTEM.....	194
KAP. 1 DAS ENGLISCHE RECHTSSYSTEM.....	194
I. Allgemein zum englischen Rechtssystem.....	194
II. Das Notwehrrecht im englischen Rechtssystem.....	194
1. Rechtliche Entwicklung und theoretische Begründung.....	194
2. Gesetzliche Lage.....	195
III. Struktur der Notwehr.....	197
A. Die Notwehrlage.....	197
1. Der Angriff.....	197
2. Notwehrfähige Rechtsgüter.....	198
3. Die Rechtswidrigkeit.....	198
4. Die Gegenwärtigkeit.....	199
4.1. Die „Präventivnotwehr“ („ <i>pre-emptive strike</i>)“.....	200
4.2. Die „ <i>battered-woman</i> “-Konstellation.....	200
B. Die Verteidigungshandlung.....	201
1. Die Erforderlichkeit.....	201
2. Die Verhältnismäßigkeit.....	202
2.1. Ausweichpflicht („ <i>Duty to retreat</i>)“.....	203
2.2. Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten.....	203
IV. Abgrenzung zum Notstandsrecht.....	205
KAP. 2 DAS SCHOTTISCHE RECHTSSYSTEM.....	207
I. Allgemein zum schottischen Rechtssystem.....	207
II. Das Notwehrrecht im schottischen Rechtssystem.....	208
1. Rechtliche Entwicklung und theoretische Begründung der <i>self-defence</i>	208
2. Gesetzliche Lage.....	210
III. Struktur der Notwehr.....	210
A. Die Notwehrlage.....	210
1. Die Gefahr.....	210
2. Notwehrfähige Rechtsgüter.....	210
3. Die Rechtswidrigkeit.....	211
4. Die Gegenwärtigkeit.....	211
4.1. Die „Präventivnotwehr“ („ <i>pre-emptive strike</i>)“.....	212
4.2. Die „ <i>battered-woman</i> “-Konstellation.....	212
B. Die Verteidigungshandlung.....	213
1. Die Erforderlichkeit.....	213
2. Die Verhältnismäßigkeit.....	213
2.1. Ausweichpflicht („ <i>duty to retreat</i>)“.....	214
2.2. Lebensgefährdende Verteidigung.....	214
IV. Abgrenzung zum Notstandsrecht.....	215
KAP. 3 DAS US-AMERIKANISCHE RECHTSSYSTEM.....	217

I. Allgemein zum US-amerikanischen Rechtssystem.....	217
II. Das Notwehrrecht im US-amerikanischen Rechtssystem.....	218
1. Rechtliche Entwicklung und theoretische Begründung.....	218
2. Das Subsidiaritätsprinzip.....	220
3. Gesetzliche Lage.....	220
3.1. Einsatz nicht lebensgefährdender Gewalt (<i>Non-Deadly force</i>).....	222
3.2. Einsatz lebensgefährdender Gewalt (<i>deadly force</i>).....	225
III. Struktur der Notwehr.....	225
A. Die Notwehrlage.....	225
1. Der Angriff.....	225
2. Die Rechtswidrigkeit.....	228
3. Die Gegenwärtigkeit.....	230
3.1. Die „Präventivnotwehr“ (<i>“pre-emptive strike”</i>).....	232
3.2. Die antizipierte Notwehr.....	233
3.3. Der künftige Angriff.....	235
3.4. Die „ <i>battered-woman</i> “-Konstellation.....	238
3.5. Die „ <i>battered-woman</i> “-Konstellation in der Rechtsprechung.....	247
B. Die Verteidigungshandlung.....	255
1. Die Erforderlichkeit.....	255
2. Die Verhältnismäßigkeit.....	258
2.1. Notwehr zur Verteidigung der körperlichen Unversehrtheit.....	261
2.2. Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten. Insbesondere die Verteidigung des Hausrechts.....	265
3. Das subjektive Rechtfertigungselement.....	268
IV. Abgrenzung zum Notstandsrecht.....	273
RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNG.....	276
I. Übersicht.....	276
II. Das Gegenwärtigkeitsmerkmal.....	279
III. Die zukünftigen Angriffe.....	281
IV. Die immer wiederkehrenden Angriffe.....	283
V. Die wechselseitige Beziehung zwischen der Gegenwärtigkeit und den anderen Voraussetzungen der Notwehr.....	288
1. Die Rechtswidrigkeit.....	288
2. Die Erforderlichkeit.....	289
3. Die Verhältnismäßigkeit.....	292
4. Das subjektive Rechtfertigungselement.....	295
VI. Die Abgrenzung zum Notstand bei Fällen der „Präventivnotwehr“.....	296
SCHLUSSGEDANKEN.....	298
LITERATURVERZEICHNIS.....	303

VORWORT

Die vorliegende Arbeit ist im Rahmen der Cotutelle-Vereinbarung zwischen der Università degli Studi di Padova und der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg entstanden.

An dieser Stelle möchte ich mich in erster Linie bei meinem verheiratheten Doktorvater, Herrn Professor *Mauro Ronco*, für die wichtigen Hinweise zur Auswahl des zu untersuchenden Themas, die produktiven wissenschaftlichen Anregungen und die umfassende Betreuung der Arbeit herzlich bedanken.

Großer Dank gilt auch meinem Co-Betreuer, Herrn Professor *Walter Perron*, der diese Arbeit von Anfang an mit eingehendem Interesse und wissenschaftlicher Ermutigung gefördert und allzeit hilfsbereit unterstützt hat. Auch für die Aufnahme der Arbeit im Rahmen der Internationalen Max Planck Research School für Strafrechtsvergleichung bin ich ihm verbunden.

Zu danken habe ich auch dem Gegenreferent, Herrn Professor *Giovanni Caruso*, für die wissenschaftliche Unterstützung meiner Dissertation.

Mein herzlicher Dank gilt weiterhin Herrn Professor *Klaus Laubenthal* und Frau Prof. *Susanne Karstedt* für die bereitwillige Übernahme und die Erstellung des Gutachtens zur Erlangung des Titels “Doctor Europaeus”.

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. *Ulrich Sieber* für die Aufnahme des Projekts in das Forschungsprogramm der Internationale Max Planck Research School für Strafrechtsvergleichung und die gewinnbringende Zeit am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

Aufrichtig danken möchte ich Herrn Professor *Stefan Pollak*, der auch schon zuvor und während meiner Zeit in Freiburg meine Arbeit unterstützt hat.

Zudem gilt mein Dank meiner Familie, deren tatkräftige Unterstützung während der gesamten Zeit mir die Fertigstellung der Dissertationsarbeit ermöglicht hat.

Zum Schluss möchte ich mich noch bei all denjenigen bedanken, die mich auf meinem Weg durch die Promotion mit Interesse und Vertrauen in meine Arbeit begleitet haben.

Juli 2015

Michela D'Angelo

EINLEITUNG

Das Notwehrrecht gehört zur Tradition des klassischen Strafrechts und wird als Institut von zentraler Bedeutung für jede Rechtsordnung angesehen. Das Institut ist nämlich das Ergebnis der Kodifizierung eines seit langem anerkannten Rechts, das dem Bedürfnis entspricht, im Einzelfall Eingriffe durch den Bürger in fremde Rechtsgüter zu erlauben, wenn es zum Zweck der eigenen Verteidigung gegen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffen eines Menschen dient. Auf den ersten Blick scheint die Notwehr keine besondere Schwierigkeiten zu bereiten. Aus dogmatischer Sicht ist diese jedoch eine sehr komplexe Figur, die sowohl dem gesellschaftlichen Wertewandel und der sozialen Dynamik der Interessenkonflikten als auch der Entwicklung unterschiedlicher rechts- und kriminalpolitischen Konzeptionen unterworfen ist, und zwar auch im Hinblick auf die Abgrenzung des Merkmals der Gegenwärtigkeit und dessen Auslegungskriterien.

Die gesetzliche Bestimmung des Notwehrtatbestands als allgemeiner Rechtfertigungsgrund hat den Verlust seines konkreten konfliktualorientierten Charakters, das ursprünglich auf den Konzept der direkten Konfrontation "Mann gegen Mann" zurückgriff, bewirkt. Die Folgen solcher Formalisierung kommen besonders deutlich bei neuen Konfliktsituationen zum Ausdruck, die sich unter zeitlichen Gesichtspunkten nicht im vollen Umfang auf den normativen Tatbestand der Notwehr zurückführen lassen. Es fragt sich daher, ob das Fehlen des Gegenwärtigkeitsmerkmals durch eine abweichende Auslegung bzw. eine zeitliche Ausdehnung des Notwehrtatbestandes ausgefüllt werden kann.

Gegenstand der Untersuchung ist das Merkmal der Gegenwärtigkeit im Notwehrrecht, über das schon seit Jahrzehnten in verschiedenen Rechtsordnungen eine intensive Debatte stattfindet, die zunehmend auch international an Bedeutung gewonnen hat.

Im Zentrum der Diskussion steht die erste zeitliche Abgrenzung des Notwehrrechts. Als Grundregel muss gelten, dass sich die Gegenwärtigkeit durch das Vorliegen einer „akuten Augenblicksgefahr“ bezeichnet lässt. Es gibt aber grundsätzlich keinen eindeutigen und sicheren Maßstab dafür, von welchem Zeitpunkt an ein Recht auf Selbstverteidigung anzusehen ist. Dabei stellt sich das Problem der Einordnung innerhalb der Notwehr von Konstellationen, in denen der Eintritt des drohenden Schadens zwar erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zu erwarten, aber sofortiges Handeln angezeigt ist, um ihm wirksam begegnen zu können. In solchen Fällen lässt sich in der Regel eine Berufung auf Notwehr mangels des Gegenwärtigkeitserfordernisses zur Zeit der Tat von vornherein ausscheiden. Da aber die Verteidigung präventiv scheint, spricht man von „Präventiv-Notwehr“.

Die vorliegende Untersuchung hat als erstes Ziel die nähere Bestimmung des

Gegenwärtigkeitsbegriffs bei der Notwehr. Hier stellt sich die Frage, worauf sich die unterschiedlichen Interpretationen des Gegenwärtigkeitserfordernisses begründen lassen. Dabei erscheint es erforderlich, auf die Grundlagen der Notwehr einzugehen, weil daraus entscheidende Hinweise für die Auslegung der Notwehrvoraussetzungen zu gewinnen sind. Hier finden zwei Konzeptionen besondere Berücksichtigung: das Interesse des Individuums auf einen effektiven Rechtsgüterschutz und das öffentliche Interesse an der Bewahrung bzw. Verteidigung der Rechtsordnung.

An die hier entwickelte Ausführung lehnt sich eng die Frage nach der Zulässigkeit der präventiven Selbstverteidigung, zu deren Lösung diese Arbeit einen Beitrag leisten will. Die Untersuchung zielt darauf, die zahlreich vertretenen Ansichten auf das Thema der „Präventiv-Notwehr“ darzustellen und es aufzuzeigen, inwieweit sie sich in das bestehende Strafrechts einzuordnen lässt. Auf dieser Prämisse soll es untersucht werden, ob sich die vorbeugende Abwehr des späten Opfers durch Hinweis auf die *ratio* der Notwehr - dem Einzelnen den Schutz von individuellen Rechten gegen rechtswidrige Angriffe zu gewährleisten, soweit ihm keine effektiven staatlichen Maßnahmen zur Verfügung stehen - begründen lässt. Insoweit wird die These vertreten, dass hier maßgebliches Kriteriums der Gegenwärtigkeit nicht das zeitliche Moment sondern vielmehr die Notwendigkeit zu sofortigem Handeln sei. Obwohl das Verhalten des „Angreifers“ zum Zeitpunkt der Tat nicht unmittelbar in eine Verletzungshandlung übergeht, lasse sich freilich unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit der Verteidigungsalternativen die letzte oder sicherste Abwehrmöglichkeit schon ausschließen. So werde die Verteidigungshandlung wiederum auf die *ratio* der Notwehr zurückgeführt.

Besonderes Augenmerk legt die Untersuchung auf neue Konfliktsituationen, in denen aufgrund des ungleichen Kräfteverhältnisses zwischen Angreifer und Opfer der Erfolg der späteren Abwehr schwer beeinträchtigt ist. Im Mittelpunkt steht das Beispiel der „*battered woman*“, wobei die seit Jahren gepeinigte Frau dem nächsten Angriff ihres Partners zuvorkommt, indem sie ihn in einem günstigen Moment tötet. Zweifel werden hier an dem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem gegenwärtigen Angriff und dem beendeten bzw. bevorstehenden Angriff geäußert, da es sich vielmehr um eine zeitliche Zäsur handle.

Die Forschung wird aus vergleichender Perspektive durchgeführt. Für eine vollständige Darstellung des bisherigen Standes der Diskussion über das Gegenwärtigkeitsprinzip und die „Präventiv-Notwehr“ soll aufgrund ihrer wichtigen Rolle in der Debatte ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, Italien und *Common Law*-System, nämlich England, Schottland und den Vereinigten Staaten, herangezogen werden. Damit werden sowohl Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten

zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen im geltenden Notwehrrecht aufgezeigt. Dies soll ermöglichen, von den bereits gefundenen Ergebnissen anderer Rechtsordnungen zu profitieren, um neue Erkenntnisse zur Erklärung der Forschungsfragen zu gewinnen.

Aufgrund ihrer internationalen Relevanz ist die Tötung des „Haustyrannen“ besonderer Schwerpunkt der Rechtsvergleichung zwischen den untersuchten Rechtsordnungen. In diesem Rahmen bilden der Kampf gegen häusliche Gewalt an Frauen und der Schutz des Opfers sowohl im nationalen Raum als auch auf internationaler Ebene wichtige Ziele der Kriminal- und Rechtspolitik, wozu diese Studie einen Beitrag leisten will.

Anlass für die Rechtsvergleichung ist das italienische Notwehrrecht, welches das Vorliegen einer „gegenwärtigen Gefahr“ voraussetzt. Diese wird bei der „Präventiv-Notwehr“ in aller Regel abgelehnt. In diesem Zusammenhang kommt den verschiedenen Ansätzen der deutschen Rechtswissenschaft zur Auslegung des Gegenwärtigkeitsbegriffs bei Notwehr und Notstand im deutschen Strafrecht besondere Bedeutung zu. Daraus können einige interessante Aspekte zutage treten, welche einer näheren Bestimmung des Gegenwärtigkeitserfordernisses bei der Notwehr dienen sollen. Von besonderer Bedeutung ist zuletzt in italienischer und deutscher Rechtswissenschaft der Begriff der „Dauergefahr“. Dies wurde anhand der deutschen Lehre zur „gegenwärtigen Gefahr“ beim Notstand entwickelt und erfasst nach herrschender Meinung sowohl einen ununterbrochenen gefahrdrohenden Zustand von längerer Dauer, der jederzeit in eine Rechtsgutsbeeinträchtigung umschlagen kann als auch die Fälle, in denen der Eintritt des drohenden Schadens erst nach Ablauf einer gewissen Zeit steht, aber sofortige Handlung notwendig ist, um ihm wirksam abwehren zu können.

Außerdem wurde Deutschland als Vergleichsland gewählt, da das deutsche Recht unterschiedliche Lösungen über die „Präventiv-Notwehr“ verspricht. Nach deutschem Strafrecht wird dabei eine Rechtfertigung durch Notwehr wegen des Fehlens der Gegenwärtigkeit abgelehnt. Am häufigsten wird hier eine Strafmilderung angenommen. Insofern keine gesetzlichen Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgründe eingreifen, sei eine Strafmilderung aufgrund außerordentlicher Umstände durch die vom BGH entwickelte Rechtsfolgenlösung denkbar.

Zum anderen ist der Vergleich mit dem *Common Law*-System ebenfalls von großem Interesse sowohl für die vorliegende Untersuchung als auch für die Weiterentwicklung der Forschung. Es wird dabei zwischen englischem und US-amerikanischem Recht unterschieden. Die hier berücksichtigten *Common Law*-Rechtsordnungen weisen gemeinsame Merkmale auf: Die Notwehrlage wird in der Regel durch das Vorliegen einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr (*imminent threat* bzw. *immediate danger*) charakterisiert. Dazu kommt noch, dass die Beurteilung

über das Gegenwärtigkeitserfordernis auf subjektiven Elementen („*what the actor reasonably believed*“) berührt: In den meisten Ländern des *Common Law* setzt die Notwehr voraus, dass die sich verteidigende Person vernünftig glaubte, sich gegen einen unmittelbar drohenden oder gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff schützen zu müssen. Vor diesem Hintergrund hat sich vor US-amerikanischen Gerichten die Tendenz zur Rechtfertigung der Verteidigungsreaktion der „*battered woman*“ aus Notwehr unter Berufung auf die individuellen Erfahrungen und die subjektive Gefahrempfindung der gepeinigten Frau („*battered-woman-Syndrome*“) entwickelt.

Die Arbeit gliedert sich in vier Hauptteile. Die ersten drei enthalten jeweils einen Landesbericht über Deutschland, Italien und *Common Law*-System (England, Schottland und USA). Jeder Bericht stellt das Problem und den bisherigen Forschungsstand in der jeweiligen Rechtsordnung dar. Zudem werden die bereits gefundenen Erkenntnisse in Lehre und Rechtsprechung angezeigt. Schließlich zeigen die Zwischenergebnisse eine kritische Zusammenfassung sowie die Problemperspektiven in den gewählten Rechtsordnungen auf.

In jedem Teil wird zuerst ein Überblick über das Notwehrinstitut und seine Voraussetzungen angestrebt. Dabei steht die Untersuchung des Gegenwärtigkeitserfordernisses und die Frage nach der *ratio* der Notwehr im Mittelpunkt. In Verbindung damit steht die Debatte über die „Präventiv-Notwehr“ und die Zulässigkeit einer mehr oder weniger begrenzten präventiven Selbstverteidigung mit dem Schwerpunkt auf die Tötung des „Haustyrannen“.

In dem letzten Teil der Arbeit werden die Einzelschritte zu einem Gesamtkonzept verbunden. Hier widmet sich die Arbeit dem Vergleich der in den vorhergehenden Teilen gewonnenen Erkenntnisse und deren kritischen Bewertung. Auf dieser Basis können Ergebnisse entwickelt werden, die Antworten sowohl für die Untersuchung als auch für den gesamten Forschungsbereich leisten können.

DIE DEUTSCHE RECHTSORDNUNG

TEIL 1 DIE NOTWEHR IM DEUTSCHEN RECHTSSYSTEM

Nachfolgend wird das Notwehrrecht im deutschen Rechtssystem analysiert.

Die Notwehr in der deutschen Rechtsordnung wird hier vor allem aufgrund des großen Ansehens und des starken Einflusses der deutschen Strafrechtsdogmatik auf die meisten kontinentalen Rechtsordnungen berücksichtigt, so dass deren Ergebnisse zum Vorbild für das Thema der Präventiv-Notwehr genommen werden können.

KAP. 1 DAS NOTWEHRRECHT NACH § 32 StGB

I. Allgemein

Das deutsche Strafgesetzbuch¹ regelt die Notwehr unter § 32 wie folgt:

„*Notwehr*

(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.

(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

Wie sich schon aus dem ersten Absatz des § 32 StGB ergibt, ist die Notwehr im deutschen Rechtssystem ein Rechtfertigungsgrund.² Sind all ihre Voraussetzungen gegeben, wird eine tatbestandsmäßige und deswegen im Prinzip rechtswidrige Handlung als rechtmäßig angesehen.³

Voraussetzung für eine Anwendung der Notwehrvorschrift ist zunächst die Existenz einer Notwehrlage, wie sie im Gesetz mit den Worten „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff“⁴ umschrieben ist. Damit erfasst § 32 StGB nur solche Notlagen, die auf ein rechtswidriges menschliches Verhalten zurückgehen; zudem zieht das Kriterium der Gegenwärtigkeit enge zeitliche Grenzen, welche insbesondere die latent drohende Dauergefahr ausschließen.⁴

An die Notwehrhandlung stellt das deutsche Recht folgende Anforderungen: Wer sich dem Angriff entgegenstellt, darf nur zu dem mildesten ihm zur Verfügung stehenden Mittel greifen; zudem muss

¹ Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch regelt Notwehr unter § 227 wie folgt: „[Notwehr] (1) Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich. (2) Notwehr ist diejenige Verteidigung welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

² Perron, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., § 32 Rn. 1; Schmidhäuser, Strafrecht AT, Studienbuch, 2. Aufl., 6/51; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 27 Aufl., 2011, § 32 Rn. 1; Fischer, BK, 58. Aufl., § 32 Rn. 2; Günther, SK, 7. Aufl., § 32 Rn. 1. Auch die ständige Rechtsprechung betont dies. Siehe BGH Beschl. v. 18. Februar 1999-5 StR 45/99, in: BGHR StGB § 32 Abs. 1 Rechtfertigung 1.

³ Fischer, BK 58 § 32 Rn. 3.

⁴ Gropengießer, Der Haustyrannenmord, Berlin 2008, S. 35.

er mit dem Willen, seine eigenen bzw. fremde (im Falle einer Nothilfe) Rechtsgüter zu verteidigen, oder doch zumindest in Kenntnis der Notwehrlage handeln. Weitere Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis sind dem deutschen Recht im Grundsatz⁵ fremd. So spielt insbesondere das Wertverhältnis von verteidigtem und aufgeopfertem Rechtsgut grundsätzlich keine Rolle.⁶ So wird im Rahmen des § 32 StGB sowohl auf die Güterproportionalität als auch auf eine Ausweichpflicht des Verteidigers verzichtet. Die besondere Schärfe des Notwehrrechts wird mit Hinweis auf die Grundgedanken des Notwehrrechts begründet: einerseits Individualschutz- und andererseits Rechtsbewährungsprinzip,⁷ die sich wiederum auf den Satz „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“⁸ zurückführen lassen.⁹ Nach der in Deutschland mehrheitlich vertretenen dualistischen Zwei-Elemente-Theorie¹⁰ dient die Notwehr deshalb nicht nur zum Schutz des durch den Angriff bedrohten Individualrechtsgutes¹¹ sondern auch zur Bewahrung der gesamten Rechtsordnung an sich.¹²

Die im deutschen Recht ursprünglich auf einen eng begrenzten Kreis von Rechtsgütern beschränkte und durch Verhältnismäßigkeitserwägungen gekennzeichnete Notwehr hat eine starke Ausweitung erfahren. Die Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff muss dem Gesetzeswortlaut nach nur noch den Merkmalen der Erforderlichkeit und Gebotenheit genügen, ohne dass eine Verhältnismäßigkeit im strengen Sinn verlangt wird. Schon länger ist die Tendenz festzustellen, das vielerorts als zu weit empfundene Notwehrrecht mit sozialemisch begründeten Einschränkungen¹³ zu verengen. Unter anderem werden Einschränkungen auch für Angriffe innerhalb enger persönlicher Beziehungen, wie beispielsweise im Verhältnis zwischen Ehegatten, befürwortet.

5 Aus dem im Gesetzestext enthaltenen Kriterium der „Gebotenheit“ werden freilich verschiedene sozialemische Einschränkungen des Notwehrrechts abgeleitet, die zwar große theoretische, aber nur relativ begrenzte praktische Bedeutung haben; siehe dazu näher Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 32 III; Roxin, Strafrecht, AT I, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 55 ff.

6 Unter Umständen kann es sogar zur Verteidigung von - nicht unbedeutenden - Vermögenswerten die Tötung des Angreifers gerechtfertigt sein. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 35. Vgl. etwa den Fall BGHSt 48. 207 (= NJW 2003. 1955), wonach die Sicherung eines Betrags von 5.000 DM prinzipiell die Tötung eines Angreifers rechtfertigen kann.

7 Vgl. nur Perron, Foltern in Notwehr?, in: Weber-FS I, Bielefeld 2004, S. 143 (147).

8 So schon Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Aufl., Leipzig 1857, § 87; RGSt 21, 168 (170); BGH, NJW 2003. 1955 (1957); näher zu den Grundlagen des Notwehrrechts Roxin, AT I, § 15 Rn. 1 ff.

9 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 35.

10 Günther, SK 7 § 32 Rn. 8; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, 1, 2, S. 337; Roxin, AT I, § 15 Rn. 1.

11 Die Antiken betrachteten das Notwehrrecht als Unrecht des Menschen: *naturalis ratio permittit se defendere*. Siehe Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, 1, S. 336.

12 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 2.

13 Hierbei werden neben den Fallgruppen des schuldlosen Angreifers, verschuldeter und provozierter Angriffe und krasses Mißverhältnisses, die enge persönliche Beziehungen und Art. 2 Abs. 2 a EMRK diskutiert. Vgl. Wittmann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, Frankfurt a. M. u. a. 1997, S. 18 ff.

II. Struktur der Notwehr

A. Die Notwehrlage

Voraussetzung dieses Rechtsfertigungsgrundes ist das Vorliegen einer Notwehrlage, die aus einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff besteht.¹⁴

1. Der Angriff

Angriff ist nach einer von der Rechtslehre wiederholten Formel die unmittelbare Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interesse durch menschliches Verhalten.¹⁵

Überwiegend wird vom menschlichen Verhalten eine Handlungsqualität gefordert, d.h. es muss willensgetragen sein, denn sonst könnte es nicht als „rechtswidrig“ angesehen werden.¹⁶ Darüber hinaus wird von einem kleinen Teil der Rechtslehre im Einklang mit § 29 StGB ein schuldhaftes Verhalten gefordert.¹⁷ Die herrschende Meinung lehnt dieses Erfordernis mit der Begründung ab, dass § 32 einen rechtswidrigen nicht aber einen schuldhaften Angriff voraussetzt.¹⁸

Menschliches Verhalten, das keine Handlungsqualität aufweist, wird im engeren Rahmen des Notstandes nach § 34 StGB berücksichtigt.¹⁹

Notwehrfähig ist im deutschen Rechtssystem jedes rechtlich geschützte Interesse des Täters oder eines anderen, und es ist unerheblich, ob es sich dabei um strafrechtlich geschützte Güter handelt.²⁰

Die Abwehr von Angriffen auf die öffentliche Ordnung oder die Rechtsordnung als solche ist Sache des Staates, steht also nicht dem Einzelnen zu.²¹

2. Die Rechtswidrigkeit

Der Angriff ist rechtswidrig, wenn er objektiv im Widerspruch zur ganzen Rechtsordnung steht.²²

Die Verteidigung darf sich nur gegen die Rechtsgüter des Angreifers richten, da ihre Berechtigung auf seinem rechtswidrigen Verhalten beruht.²³ Ein Eingriff des Verteidigers in die Güter Dritter

¹⁴ Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 2; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, 5. Aufl., 2004, Rn. 60; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 2-5; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 4; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, Lehrbuch, 11. Aufl., 2003, § 17, Rn.4, S. 345.

¹⁵ Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 3; Roxin, AT I, § 15 Rn. 6; Kindhäuser, Strafrecht AT, 4. Aufl., § 16 Rn. 6; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 61; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 2. Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 77; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 5; Joecks, StGB, Studienkommentar, 9. Aufl., 2010, § 32 Rn. 6.

¹⁶ Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 7; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 43. Aufl., Rn. 325; Günther, SK 7 § 32 Rn. 25.

¹⁷ Kritisch und m.w.N. siehe: Renzikowski, Notstand und Notwehr, Berlin 1994, S. 99 ff.

¹⁸ Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 100, m.w.N. Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 24; Roxin, AT I, § 15 Rn.10.

¹⁹ Roxin, AT I, § 15 Rn. 8.

²⁰ Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 4; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 3; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 78; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 7 f.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 8.

²¹ BGHSt 5, 245; BGHZ 64, 178; Wessels/Beulke, AT, Rn. 331.

²² BGH, Urt. v. 23 September 1997 - StR 446/97, in: BGHR StGB § 32 Abs. 2, Angriff 7, familiärer Rahmen. Ferner: Fischer, BK 58 § 32 Rn. 21; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 341. Also geht es nicht um eine strafrechtliche Rechtswidrigkeit, sondern um eine allgemeine Rechtswidrigkeit, die rechtlichen „Verhaltensnormen“ widerspricht. Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 19/20. Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 16.

²³ Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 26; ders., Strafgesetzbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 28; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 65

richtet sich nach den Regeln des rechtfertigenden Notstands.²⁴

Ein Angriff steht im Widerspruch zur Rechtsordnung, wenn er entweder ein Erfolgsunrecht und, kumulativ, einen Handlungsunwert nachweist²⁵ und von keinem Erlaubnissatz gedeckt ist.²⁶ Diese Auffassung ist freilich sehr umstritten.

Die frühere h.L. forderte nur ein Erfolgsunrecht,²⁷ so dass die Qualität des erfolgursächlichen Verhaltens gleichgültig wäre.²⁸ Im Gegensatz dazu wird heute ausschließlich oder maßgeblich auf den Handlungsunwert abgestellt, der nur bei einem zumindest objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten gegeben sein soll.²⁹

Nach der heutigen herrschenden Ansicht, muss man erkennen, dass der Handelnde, soweit er sich „pflichtmäßig“ verhält, i.S.d. § 32 StGB mangels Rechtswidrigkeit seiner Handlung nicht angreift.³⁰

Bei Erfüllung weiterer Merkmale kann allerdings der Bedrohte im Rahmen des Notstandes (§ 34 StGB oder § 228 BGB) gegen die rechtmäßige Handlung des künftigen „Angreifers“ vorgehen.³¹

Denn beim rechtfertigenden Notstand braucht die Quelle der Gefahr nicht notwendigerweise

und 73; Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lehrbuch, 2. Aufl., 9/102; ders., Studienbuch, 6/70; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 18; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 3 und 24; Joecks, StGB, § 32 Rn. 11; Günther, SK 7 § 32 Rn. 83; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 31; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 19; Wessels/Beulke, AT, Rn. 334; Bohlander, Principles of German Criminal Law, Oxford and Portland, Oregon 2009, S. 102.

24 Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 74; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 26; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 28. Schmidhäuser, Lehrbuch, 9/102, ders., Studienbuch, 6/70; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 18; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 3 und Rn. 24, Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 31, Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 19; Bohlander, Principles, S. 102 f. Eine Ausnahme gibt es, wenn das benutzte Angriffsmittel einem Dritten gehört. Hier ist dessen Verletzung durch Notwehr gerechtfertigt. Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 26, ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 28; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 74. Dagegen: Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 32, dies wäre nach §§ 228 und 904 BGB zu beurteilen. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 21 und 22. Das zu einem Dritten gehörende Angriffsobjekt darf nur im Notstand beschädigt werden.

In jenen Fällen, in denen ein Mensch als Werkzeug benutzt wird, z.B., wenn ein Hintermann einen Dritten gegen den Verteidiger stößt, damit dieser z.B. ins Leere fällt, wird differenziert: Angreifer bleibt allein der Hintermann; gegen den Dritten kann man nur im Rahmen des Notstandes vorgehen: Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 31.

25 Roxin, AT I, § 15 Rn. 14, s. 661. Er erklärt dort auch, dass sie „die im Schrifttum vordringende Meinung“ ist und zitiert zugleich einige Autoren. Vgl. Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 5; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 108; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 21; Günther, SK 7 § 32 Rn. 56; Günther, SK, 6. Aufl., Vor § 32 Rn. 20.

26 Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 108 und 111; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 21 f; Günther, SK 7 § 32 Rn. 58; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 341. So ist Notwehr gegen Notwehr unumstritten nicht zulässig: Fischer, BK 56 § 32 Rn. 22; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 341; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 10; Roxin, AT I, § 15 Rn. 14.

27 So z.B. Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 341.

28 Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 17. Ferner wäre das Erfordernis der Rechtswidrigkeit im § 32 überflüssig, denn schon die von der h.L. akzeptierte Definition des Angriffs selbst schließt entweder eine konkrete Rechtsgutsverletzung oder eine konkrete unmittelbar bevorstehende Bedrohung mit dieser Verletzung mit ein: Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 109.

29 Vgl. Gropp, Strafrecht, AT, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn 71 ff.; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 21; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 109; Roxin, AT I, § 15 Rn. 14 f.; Sinn, Notwehr gegen nicht sorgfaltswidriges Verhalten, GA 2003, 104; siehe auch Erb, MüKo, 2. Aufl., § 32 Rn. 35 ff.; Günther, SK, 8. Aufl., 2012, § 32 Rn. 27, 57; Hillenkamp, Zum Notwehrrecht des Arztes gegen „Abtreibungsgegner“, in FS-Herzberg, Tübingen 2008, S. 483; Kindhäuser, NK, 4. Aufl., § 32 Rn. 61 f.; Kühl, Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 93, 57, 63.

30 „So lange der Angreifer aber durch kein Verbot zu einer risikomindernden Selbstzügelung angehalten wird, braucht er nicht damit zu rechnen, dass sein Verhalten von der Rechtsordnung als Legitimationsgrundlage rechtlicher Nachteile angesehen wird.“ So: Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 17. Siehe ferner Roxin, AT I, § 15 Rn. 14.

31 Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, AT § 17, Rn. 17; Roxin, AT I, § 15 Rn. 14.

rechtswidrig zu sein.³²

Bei diesen Überlegungen wird das Verhältnis zwischen der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit und jener der Gegenwärtigkeit deutlich: Die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit setzt ihrerseits ein Mindestmaß an Gegenwärtigkeit voraus.³³ In einem Rechtssystem, in dem die Existenz der Gegenwärtigkeit als Erfordernis des Angriffs umstritten oder nicht so klar definiert ist, kann somit die Rechtswidrigkeit eine zeitliche Beschränkung setzen, ab wann ein Verhalten als Angriff i.S. einer Notwehr zu sehen wäre.³⁴

3. Die Gegenwärtigkeit

Über den Zeitpunkt, ab welchem der Angriff als gegenwärtig i.S.d. § 32 StGB zu sehen ist, betont der BGH³⁵ nach einer in seiner Rechtsprechung wiederholten Formel³⁶: „Ein Angriff ist gegenwärtig im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB nicht nur, wenn er beginnt, sondern schon dann, wenn er unmittelbar bevorsteht. Zu den erforderlichen Verteidigungsmaßnahmen berechtigt nicht erst die Verletzungshandlung selbst, sondern bereits ein Verhalten des Gegners, das unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben der Abwehrhandlung entweder deren Erfolg gefährdet würde oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener Verletzungen auf sich nehmen müsste. Für die Gegenwärtigkeit des Angriffs entscheidet nicht erst die Vornahme der Verletzungshandlung, sondern bereits der Zeitpunkt der durch den bevorstehenden Angriff geschaffenen bedrohlichen Lage (BGHR StGB 32 Abs. 2 Angriff 1; BGH NJW 1973, 255)“.³⁷ Daraus lässt sich entnehmen, dass sich nach Meinung des BGH das unmittelbare Bevorstehen nicht auf eine „Angriffshandlung“ sondern konkret auf eine „Rechtsgutsverletzung“ bezieht.³⁸

32 Hier wäre zugleich eine Verbindung zwischen Zurechnung der Angriffshandlung, deren Rechtswidrigkeit sowie der Richtung der Verteidigungshandlung festzustellen. Wer sich rechtmäßig verhält, dem kann kein rechtswidriger Angriff zugerechnet werden, wodurch er wiederum nicht als Angreifer angenommen werden kann, d.h. als Zielscheibe der Verteidigungshandlung ausscheidet.

33 Es ist bemerkenswert, dass Suppert bei seiner Verteidigung der notwehrähnlichen Lage das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffs relativieren muss, um analog § 53 StGB a.F. auf künftige Angriffe anwenden zu können. Denn in solchen Fällen wären dann „Angriffs-Drohungen“ vorhanden, die „an sich“ rechtmäßige Handlungen“ wären. Suppert, Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“, Bonn 1973, S. 379 f. Er bemerkt auf S. 379, dass die Apellfunktion der Notwehr nicht nur den realisierten rechtswidrigen Angriff zum Gegenstand hat. Ein unmittelbar bevorstehender Angriff ist ein gegenwärtiger Angriff i.S.d. § 53 StGB a.F. und trotzdem stünde hier die „Realisierung der rechtsfeindlichen Ansicht des potentiellen Angreifers erst noch aus“. Wenn Notwehr in diesem früheren Angriffsstadium zugelassen wird, bedeutet dies, „dass als Zurechnungsbasis immerhin die in dem Ansetzen zum Angriff konkludent enthaltene Androhung eines rechtswidrigen Angriffs vorliegt“. Die Hervorhebung stammt von Suppert selbst.

34 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht im Lichte allgemeiner Rechtsgrundsätze, Frankfurt a. M. 2011, S. 182.

35 BGH, NJW (1973) 255.

36 So etwa beim BGH, Urt. v. 28.08.1987, in: NStE (1995) Nr. 5 zu § 32 StGB.

37 BGH, Beschl. v. 11. Dezember 1991- 2 StR 535/91. in: BGHR. StGB 8 32 Abs. 2. Angriff 5, Zeitpunkt.

38 Rönna/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 141. Schon bei RGSt 55 82 ist festzustellen, dass diese unmittelbar bevorstehende Rechtsgutsverletzung die gesamte Dauer des Angriffs bestimmt.

Als Musterfall des Angriffsbeginns gilt der sog. „Beretta-Fall“³⁹. Im Einklang mit der Formel des „unmittelbaren Ansetzens zum Angriff“⁴⁰, bekräftigte der BGH, dass die Hinwendung des Angreifers in Richtung des Angeklagten und das Greifen nach der Waffe⁴¹ erhebliche Anhaltspunkte für eine ausgehende unmittelbare gefährliche Bedrohung bilden, aus der sich in Sekundenschnelle eine Verletzungshandlung entwickeln konnte, die nur durch schnellen Einsatz von Verteidigungsmitteln zu meistern war.⁴²

In Einstimmung damit sieht die Rechtslehre den Angriff immer dann als gegenwärtig an, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch fort dauert.⁴³

Soweit § 32 StGB „Verteidigung“ als Abwendung (i.S. von Abwehr) eines Angriffs bestimmt, setzt er notwendig einen ihr zeitlich vorgelagerten Angriff(sbeginn) sowie einen noch nicht abgeschlossenen Angriff voraus.⁴⁴ So ist die Gegenwärtigkeit des Angriffs von dem Zeitpunkt der Verteidigungshandlung aus zu bemessen.⁴⁵

Diese zeitliche Begrenzung der Ausübung des Notwehrrechts bildet das notwendige Gegengewicht, um sonst untragbare Konsequenzen der Notwehr auszugleichen.⁴⁶

Wichtig für die Frage, inwiefern das deutsche Rechtssystem eine präventive Notwehr zulässt, ist zunächst die Frage über den Angriffsbeginn, also ab wann ein Angriff als „gegenwärtig“ i.S.d. § 32 StGB zu sehen ist.

In Bezug auf den Angriffsbeginn teilt sich die Rechtslehre auf Anhänger einer „Versuchslösung“, einer „erweiterten Versuchslösung“ und einer Lösung der sog. „wirksamste Abwehr“ auf.

Die herrschende Meinung folgt der sog. „erweiterten Versuchslösung“.⁴⁷ Diese Lösung wurde vor allem von Roxin befürwortet: „Zum gegenwärtigen Angriff gehört vielmehr neben Versuchshandlungen nur das schmale Endstadium der Vorbereitung, das dem Versuchsbeginn unmittelbar vorgelagert ist. Ein gegenwärtiger Angriff ist daher neben dem Versuch auch die „versuchsnah Vorbereitung“. Nicht das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§ 22 StGB), sondern das „unmittelbare Ansetzen zum Angriff“ (im Gegensatz zum erst vorbereiteten Angriff) ist

39 Als der Zeuge Sch. zu dem Angeklagten ging und dabei seine Hand in Richtung seiner Brusttasche bewegte, wo er eine geladene Beretta hatte, nahm der Angeklagte gleichzeitig seine geladene Pistole und schoss ihn in den Oberkörper. BGH, Urt. v. 7. Dezember 1972 - 1 StR 489/72, in: NJW (1973) 255.

40 Die Handbewegung des Angreifers in Richtung seiner Brusttasche war noch kein Versuchsbeginn, der erst mit dem Herausziehen des Revolvers vorgelegen hätte: Roxin, AT I, § 15 Rn. 25.

41 Die meisten Autoren bestätigen das Vorhaben eines gegenwärtigen Angriffs zum Zeitpunkt des Greifens nach der Waffe: Geilen, Repetitorium: Strafrecht, Notwehr und Notwehrexzeß, Jura (1981) 200 (206).

42 BGH, NJW(1973) 255.

43 Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 140; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 17; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 16. Wessels/Beulke, AT, Rn. 328; Roxin, AT I, § 15 Rn. 21.

44 Günther, SK 7 § 32 Rn. 83.

45 Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 11.

46 Geilen, Jura (1981) 200 (205).

47 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 14, m.w.N.; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 18; ders. Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 17; Geilen, Jura (1981) 206; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 146.

der Zeitpunkt, von dem Notwehr geübt werden darf.“⁴⁸

Ein Teil der Rechtslehre bestimmt das unmittelbare Bestehen des Angriffs analog zur Bestimmung des Versuchsbeginns nach § 22 StGB (sog. „Versuchslösung“).⁴⁹ Von diesem Standpunkt aus wird die „erweiterte Versuchslösung“ kritisiert, da sich durch sie der Angriffsbeginn in das Vorbereitungsstadium ausdehnen dürfte. Zugleich wird bemerkt, dass das „unmittelbare Ansetzen zum Angriff“ dem § 22 und damit auch der strengen Versuchslösung entspräche.⁵⁰

Die Theorie der wirksamsten Abwehr, wird deshalb kritisiert, weil, obwohl oft die einzige mit Sicherheit Erfolg versprechende Gegenmaßnahme vor einer Bedrohung, die sich jederzeit verwirklichen kann, darin liegt, dem drohenden auf der Stelle entgegenzugehen,⁵¹ hier von einem „gegenwärtigen Angriff“ zu sprechen und Notwehr zuzulassen, mit dem Wortlaut des Gesetzes schlechterdings nicht mehr zu vereinbaren wäre.⁵² Hier wird nach Rechtsprechung und herrschender Lehre eine „gegenwärtige Gefahr“ i.S. einer „Dauergefahr“ und eine Notstandlage i.S.d. § 34 StGB bejaht, wenn auch die weiteren entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.⁵³ So begründen die Ankündigungen oder Vorbereitungen keine Gegenwartigkeit des Angriffes.⁵⁴ Wollte man sich von dem Kriterium der zeitlichen Nähe, also der Unmittelbarkeit der drohenden Rechtsgutverletzung lösen und statt dessen allein danach fragen, ob eine spätere Abwehr noch mehr oder nur noch unter erschwerten Bedingungen möglich wäre, würde dies zwangsläufig zu der gerade nicht gewollten Einbeziehung der Präventivmaßnahmen in den Bereich der Notwehr führen.⁵⁵

Diese Zuordnung der Rechtslehre, die den Zeitpunkt des Angriffsbeginns betrifft, liefert jedoch keine klaren Anhaltspunkte in der praktischen Anwendung. Auf der einen Seite kommen Autoren, die die selbe Auffassung vertreten, in konkreten Fällen zu verschiedenen Ergebnissen.⁵⁶ Auf der

48 Roxin, Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?, in: GS-Zong Uk Tjong, Tokio 1985, S.142 ff. Die Erklärungen, welche in Klammern stehen, stammen von Roxin selbst. Was diese Formel im konkreten Fall bedeutet, erklärt Roxin in seinem strafrechtlichen Lehrbuch anhand von folgendem Beispiel: „Wer also in Körperverletzungsabsicht mit drohend erhobener Schlagwaffe sich einem anderen nähert, darf schon zur Abwehr ins Bein geschossen werden, mag auch eine versuchte Körperverletzung erst in dem Augenblick vorliegen, da das Opfer in der Reichweite des Angreifers ist und dieser zum Schlage ausholt.“ Siehe auch: Roxin, AT I, § 15 Rn. 24.

49 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 4 Joecks, StGB, § 32 Rn. 51, Günther, SK 7 § 32 Rn. 70.

50 Günther, SK 7 § 32 Rn. 70.

51 Roxin, GS-Tjong, S. 141. „Wenn A dem B in ernstzunehmender Weise androht, er werde ihn bei besserer Gelegenheit aus dem Hinterhalt umbringen oder auch nur unter dem Beistand seiner Freunde schwer verprügeln“. Die Kritik von Roxin an dieser Lösung wird hier näher vorgestellt, denn sie ist sogleich die Kritik an der Theorie der präventiven Notwehr im Falle eines künftigen Angriffs, und sie kann zugleich als stellvertretend für die gesamte Kritik der wohl herrschenden Meinung in der deutschen Rechtslehre gesehen werden.

52 Roxin, GS-Tjong, S. 141. Auch Suppert argumentiert mit der Unvereinbarkeit dieser Theorie mit der Wortfassung des damaligen § 53 StGB (heutige § 32 StGB).

53 Roxin, GS-Tjong, S. 141. Mit derselben Ansicht: Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 16; Joecks, StGB, § 32 Rn. 52; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 11; Wessels/Beulke, AT, Rn. 329; Spendel, LK, 11. Aufl., § 32 Rn. 128 f.; Günther, SK 7 § 32 Rn. 74 f.

54 Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 11.

55 Voß, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, Berlin 2013, S. 44.

56 Roxin und Spendel vertreten beide die erweiterte Versuchslösung. Gleichwohl kommen sie in konkreten Fällen, wie es bei der „Wilderer“-Konstellation (siehe unten) zu sehen ist, zu verschiedenen Ergebnissen.

anderen Seite kommen Autoren mit unterschiedlicher Auffassung in konkreten Fällen zu denselben praktischen Ergebnissen.⁵⁷ Aus diesem Grund liege es nahe, die Ansichtsunterschiede in Bezug auf bestimmte konkrete Fragen darzustellen, um genauer zu ermitteln, wie die Autoren die Gegenwärtigkeit des Angriffs verstehen.⁵⁸

Im allgemeinen beginnt der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht. Das ist, wenn das Verhalten des Angreifers das Rechtsgut einer anderen Person derart gefährdet, dass es unmittelbar in eine Verletzungshandlung übergehen kann.⁵⁹ Das heißt, der Angegriffene braucht nicht zu warten, bis seine Rechtssphäre tatsächlich beeinträchtigt wird.⁶⁰ Sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung ist wiederholt von einer „Kampflage“ die Rede, um die Gegenwärtigkeit des Angriffs auszudrücken.⁶¹ Für den Angegriffenen muss eine konkret gefährliche Zwangslage vorliegen.⁶² Ferner muss ein Angriffsverhalten zum Zeitpunkt der Verteidigung bereits gegeben sein.⁶³

Ein Teil der Rechtslehre betont ausdrücklich, dass sich dieses unmittelbare Bevorstehen nicht auf eine Angriffshandlung, sondern auf eine Rechtsverletzung bezieht.⁶⁴ So ist der Angriff ab dem Zeitpunkt gegenwärtig, ab dem das betroffene Rechtsgut durch ihn konkret gefährdet wird.⁶⁵

Ob der Angriff zur Zeit der Verteidigungshandlung gegenwärtig war, entscheidet sich nicht durch den Zeitpunkt der Verletzungshandlung, sondern durch die von ihr geschaffene bedrohliche Lage.⁶⁶

Dagegen ist ein Teil der Rechtslehre der Ansicht, die Gegenwärtigkeit lasse sich durch den Zeitpunkt der Angriffshandlung bestimmen.⁶⁷

Einige Autoren bemerken die Beziehung zwischen Gegenwärtigkeit und Risikoprognose: Die Abwehr darf erst im letzten Zeitpunkt einsetzen, in dem sie noch Erfolg verspricht; erst dann lässt sich das Risiko, dass sie unnötig sein könnte, mit hinreichender Sicherheit ausschließen.⁶⁸

Der Angriff wird als gegenwärtig gezeichnet, wenn er mit der Verteidigung in einem engen zeitlichen Zusammenhang steht.⁶⁹ Man bringt ebenso die räumliche Dimension des Merkmals der

57 Z.B. beim „Berretta-Fall“ (siehe oben) kommen Autoren mit unterschiedlicher Auffassung wie Roxin (erweiterte Versuchslösung) und Günther (Versuchslösung) zu denselben praktischen Ergebnissen.

58 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 190.

59 Haverkamp, Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf aus strafrechtlicher Sicht, GA (2006) 586 (592).

60 Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 65; Bohlander, Principles, S. 100.

61 Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 146.

62 Günther, SK 7 § 32 Rn. 71.

63 Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 65.

64 Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 141; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 17; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 16, Fischer, BK 58 § 32 Rn. 17.

65 Kindhäuser, AT § 16 Rn. 18, ders., Strafgesetzbuch § 32 Rn. 17.

66 Rönnau/Hohn betonen dies wäre die Ansicht der Rechtsprechung und, obwohl nicht ausdrücklich formuliert, auch die Ansicht der herrschenden Lehre. Siehe Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 141; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 17.

67 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 13, Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 288.

68 Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, S. 9 Rn. 65.

69 Baumann/Weber/Mitsch, AT § 17, Rn. 11.

Gegenwärtigkeit ins Blickfeld⁷⁰: Dieses Merkmal ist nicht nur im zeitlichen, sondern auch im räumlichen Sinn zu verstehen.⁷¹ Eine gewisse engere räumliche Beziehung zwischen Angriffsmittel und Angriffsobjekt ist also für den zeitlichen Zusammenhang zwischen Angriff und Abwehr in der Regel notwendig.⁷² Rechnung zu tragen ist allerdings der Tatsache, dass die Schnelligkeit des Angriffsmittels den großen räumlichen Abstand zwischen Angriffsmittel und Angriffsobjekt überbrücken kann.⁷³

Bei der „Wilderer“-Konstellation⁷⁴ wird nicht nur die zeitliche, sondern auch die räumliche Dimension der Gegenwärtigkeit ersichtlich, sowie die Bedeutung, die dem Angreiferverhalten zukommt. Überwiegend wurde hier ein gegenwärtiger Angriff unter der Voraussetzung bejaht,⁷⁵ dass der Wilderer vor hatte (ex post Betrachtung), alsbald bei Erreichen einer gedeckten und günstigen Schussposition sich umzudrehen und sein Gewehr auf den Wachtmeister abzufeuern. Wollte er aber in Wirklichkeit nur fliehen, so liegt überhaupt kein Angriff vor.⁷⁶

Das Urteil des Reichsgerichts⁷⁷ wird als „zu weitgehend“ vor allem deshalb gewürdigt, weil die Flucht mit einem geladenen Gewehr in der Absicht, bei passender Gelegenheit zu schießen, solange noch kein gegenwärtiger Angriff ist,⁷⁸ als der Flüchtende keine Anstalten macht, dies zu tun.⁷⁹ Hier ließ der fliehende Wilddieb keinerlei Angriffsabsicht erkennen. Daher soll sowohl die Gegebenheit eines gegenwärtigen Angriffs als auch die Tatsache, dass „ein Angriff im nächsten Augenblick

70 So geht von einer in zehn Meter Entfernung stehenden, mit einem Stock bewaffneten Person, die keine Anstalt zur Attacke macht, für einen mit einer geladenen Schusswaffe bewaffneten Täter kein gegenwärtiger Angriff aus. Fischer, BK 58 § 32 Rn. 17; Günther, SK 7 § 32 Rn. 71.

71 Spendel, LK 11 § 32 Rn. 113. Vgl. Joecks, StGB, § 32 Rn. 51. Spendel fügt an der gerade gegebenen Stelle Beispiele dieses Merkmals hinzu, die nicht nur aus dem innerstaatlichen Recht, sondern auch aus dem Völkerrecht stammen: „Ebenso wenig wie der auf den feindlichen Flottenstützpunkt zielende und in einigen Tagen drohende Angriff einer über den Ozean herandampfenden Kriegsflotte („Pearl Harbor“-Fall) gegenwärtig ist. So lange sie nicht am Horizont auftaucht und die Hafenanlagen und die davor ankernden Schiffe unter Feuer nehmen kann, ist es der dem Sheriff drohende Angriff des im Zuge anreisenden Gangsters, der in dem Städtchen mit seinem Gegner blutig abrechnen will (Fall in dem bekannten Western „12 Uhr mittags“).“

72 Spendel, LK 11 § 32 Rn. 113. So heißt es dort, ist der Säbelhieb nach dem Bedrohten „aus sicherer Entfernung“ noch kein gegenwärtiger Angriff.

73 Spendel, LK 11 § 32 Rn. 113. Er gibt zwei Beispiele. Das erste wäre etwa die Zieleinstellung einer Interkontinentalrakete. Das zweite ist das Anlegen des mit Zielfernrohr versehenen weittragenden Gewehres durch den Berufskiller. Bei diesen beiden von Spendel genannten Beispielen ist aber zu bemerken, dass sich die Angriffsobjekte stets in der Reichweite der Angriffsmittel befinden.

74 Hier geht es vor allem um die Entscheidung des Reichsgerichts vom 23.10.1918, in: RGSt 53 132.

75 Schmidhäuser, Studienbuch, 6/61 bzw. Lehrbuch, 9/94.

76 Roxin, GS-Tjong, S. 144 f.

77 (RG 53 132).

78 Liegt ein Angriff noch zu sehr im Zukünftigen und Ungewissen, dann ist die Gefährlichkeit des Flüchtenden noch zu unbestimmt und räumlich wie zeitlich zu entfernt. „Mit der wachsenden Entfernung des potentiellen Angreifers vom möglichen „Tatort“ wird nicht nur die räumliche, sondern auch die zeitliche Gegenwart eines etwaigen Angriffs immer mehr aufgehoben, da dieser schwieriger und unwahrscheinlicher wird.“ Spendel, LK 11 § 32 Rn. 120.

79 Perron Sch/Sch 29 § 32 Rn. 14. Nur wenn der Wilderer nicht weiter wegläuft, sondern sich versteckt und von dort zu schießen droht, liegt dann kein zukünftiger sondern ein gegenwärtiger Angriff vor, denn er gefährdet damit das Leben des Försters unmittelbar: Spendel, LK 11 § 32 Rn. 120, Fn. 246. Hierbei spielt jedoch die Absicht des möglichen Angreifers keine entscheidende Rolle, sondern ist die äußere Erscheinung des Geschehens wichtig. Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 3, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 3.

erfolgen könne“, wie der RG behauptete, verneint werden.⁸⁰

Das Angreiferverhalten muss ferner unmittelbar, ohne weitere Zwischenakte in den Angriff einmünden, was beim Wilderer-Konstellation aber nicht der Fall ist.⁸¹ Außerdem - anders als beim Wilderer-Urteil des Reichsgerichts- ist ein Angriff nicht schon deshalb gegenwärtig, weil das Hinausschieben der Abwehr den Erfolg gefährden würde.⁸²

In Bezug auf die Frage, wie lange ein Angriff noch „gegenwärtig“ bleibt, wird betont, dass der Angriff nicht nur bis zur Vollendung der Verwirklichung eines Straftatbestandes durch den Angreifer andauert,⁸³ sondern hält er auch danach an, solange die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut doch noch abgewendet werden kann. Erst wenn ein endgültiger Verlust des Rechtsgutes eingetreten, der Angriff also beendet ist, scheidet Notwehr aus.⁸⁴

Der Angriff endet, wenn der Angreifer sein Angriffsvorhaben freiwillig oder unfreiwillig aufgibt oder es erfolgreich abgeschlossen hat,⁸⁵ sofern keine unmittelbare Wiederholungsgefahr besteht.⁸⁶ Es wird aber bemerkt, dass bei einer Wiederholung kein noch andauernder Angriff besteht, sondern es sich mehr um einem neuen unmittelbaren Angriff auf dasselbe Rechtsgut handele.⁸⁷ Wird die „Notwehrhandlung“ nach der Beendigung des Angriffs fortgesetzt, wird sie selbst dann zum notwehrfähigen Angriff.⁸⁸

B. Die Notwehrhandlung

Die Verteidigungshandlung muss sich gegen den Angreifer richten, objektiv erforderlich und normativ geboten sein. Schließlich muss sie subjektiv vom Verteidigungswillen getragen sein.⁸⁹

1. Die Erforderlichkeit

Erforderlich ist die Verteidigung nach h.L., wenn und soweit sie einerseits zur Abwehr des Angriffs

80 Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 65.

81 „Der flüchtende Wilderer musste erst noch eine geeignete Deckung suchen, um sich dort umzudrehen und sein Gewehr auf den ihn verfolgenden Förster zu richten“. Günther, SK 7 § 32 Rn. 71.

82 Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 14, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 14.

83 Dabei werden sowohl die Angriffshandlung als auch der Angriffserfolg beim Dauern der Notwehrlage berücksichtigt. Teilweise wird die Ansicht vertreten, welche die Beendigung des Angriffs ausschließlich auf die Angriffshandlung bezieht und den Angriffserfolg vernachlässigt.

84 BGHSt 48, 207 mit Besprechung Widmaier, Dogmatik und Rechtsgefühl - Tendenzen zur normativen Einschränkung des Mordtatbestands in der neueren BGH-Rechtsprechung, NJW 2003, 2788. Gegen eine mit der Beute fliehenden Dieb ist Notwehr zulässig. Beendet und damit nicht mehr gegenwärtig ist der Angriff, wenn er fehlgeschlagen, endgültig aufgegeben oder vollständig durchgeführt ist, sodass die Rechtsgutsverletzung durch Gegenwehr nicht mehr abgewendet werden kann: Wessels/Beulke, AT, § 8 Rn. 328.

85 Statt vielen: Günther, SK 7 § 32 Rn. 78. Ein Angriff, der erfolgreich abgeschlossen ist und vollendete Tatsachen geschaffen hat, ist auch ein beendeter Angriff. So Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 14. Vgl. Spendel, LK 11 § 32 Rn. 122.

86 Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 13.

87 Rönna/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 150.

88 Günther, SK 7 § 32 Rn. 79.

89 Wessels/Beulke, AT, § 8 V 2 Rn. 325.

geeignet ist und andererseits bei gleicher Wirksamkeit das relativ mildeste Gegenmittel darstellt.⁹⁰ Die Voraussetzung der Erforderlichkeit ist der normative Ausdruck des sog. Minimierungsprinzips, welches den gefahrabwehrenden Eingriff in die fremde Rechtssphäre, hier des Angreifers, auf das zur Abwendung der Gefahr unumgängliche Maß begrenzt.⁹¹ Eine Rechtsgüterabwägung findet bei der Prüfung der Erforderlichkeitsvoraussetzung nicht statt.⁹² Entscheidend sind dabei nunmehr die Mittel, ihre Eignung und ihre Intensität.⁹³ Die Verteidigung ist erforderlich, wenn sie das geeignete Mittel zur Abwehr des Angriffs darstellt, d.h., wenn sie „eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr erwarten lässt.“⁹⁴ Ungeeignet ist das Mittel, das objektiv schlechterdings untauglich zur Abwehr des Angriffs ist.⁹⁵ Es reicht aber für die Eignung auch, wenn das Abwehrmittel nur die Abschwächung oder das Hinausschieben des Angriffs verursacht.⁹⁶ Gibt es mehrere Abwehrmöglichkeiten, so muss die Verteidigung nach Art und Maß das relativ mildeste Mittel sein.⁹⁷ Steht nur eine Abwehrmöglichkeit, so ist diese immer auch erforderlich.⁹⁸ Der Angegriffene braucht nicht das Risiko ungenügender Abwehrhandlung auf sich zu nehmen,⁹⁹ darf aber Gefährlichkeit und Intensität des Angriffs auch nicht unnötig überbieten. Das Einsetzen lebensgefährlicher Waffen bei der Verteidigung kommt nur als letztes Mittel in Frage.¹⁰⁰ So schließt die Hilfe Dritter sowie die Einschaltung staatlicher Organe die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung aus, wenn sie unmittelbar verfügbar, milder und zugleich aber zur Abwehr des

90 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 34; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 27; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 9; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 28 ff.; Amelung, Noch einmal: Notwehr gegen sog. Chantage, NSTZ 1998, S. 70 ff.; Joecks, StGB, § 32 Rn. 11 a; Günther, SK 7 § 32 Rn. 88; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 343; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 18 und 25; Wessels/Beulke, AT, Rn. 335; Roxin, AT I, § 15 Rn. 42; Wössner, Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA, Berlin 2006, S. 43. Die Verteidigung ist erforderlich, wenn „kein anderes, gleich wirksames Mittel zu Gebote stand.“ RGSt 55 82 (83); „Stehen mehrere wirksame Mittel oder Einsatzmöglichkeiten eines Mittels zur Verfügung, so hat der Verteidigende, wenn ihm Zeit zur Einschätzung der Gefährlichkeit zur Verfügung steht, das Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist.“ BGH, Urt. v. 21 Februar 1990, 2 StR 527/89, in: BGHR StGB § 32 Abs. 2, Erforderlichkeit 5, m.w.N.

91 Rönau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 75.

92 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 31; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 343; Baumann/Weber/Mitsch, AT § 17, Rn. 25.

93 Günther, SK 7 § 32 Rn. 89; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 343.

94 BGH, Urt. v. 20 Juni 1994 - 3 StR 628/93, in: BGHR StGB § 32 Abs. 2, Erforderlichkeit 11, m.w.N.

95 Dies geschieht bei Reaktionen mit reinem Vergeltungscharakter, z.B. dem Verprügeln des Brandstifters, wenn das Haus schon brennt, oder auch beim Einsatz objektiv abwehruntauglicher Mittel, z.B. das Töten des Bademeisters, weil er sich verweigert hat, das ertrinkende Kind zu retten. Günther, SK 7 § 32 Rn. 93. Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 18; Roxin, AT I, § 15 Rn. 42.

96 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 35; Roxin, AT I, § 15 Rn. 42.

97 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 36; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 30.

98 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 36; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 30; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 25. Dies sei so aber vorbehaltlich der sozialetischen Notwehreinschränkungen.

99 „Wird jemand rechtswidrig angegriffen, dann ist er grundsätzlich berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; er muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist.“ BGH, Urt. v. 21. Februar 1990, 2 StR 527/89, in: BGHR StGB § 32 Abs. 2, Erforderlichkeit 5, m.w.N.

100 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 9.

Angriffs mindestens gleich effektiv ist.¹⁰¹

In diesem Zusammenhang ist ein Verhältnis zwischen Gegenwärtigkeit des Angriffs und Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung festzustellen.¹⁰² Es ist typischerweise gerade das Bestehen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs, das den Betroffenen dazu zwingt, mangels präsenter staatlicher oder sonstiger Hilfe selbst einzuschreiten, also Notwehr zu üben.¹⁰³ Deshalb wird im deutschen Rechtssystem von einigen Autoren ausdrücklich bejaht, dass es normalerweise gerade die Gegenwärtigkeit des Angriffs ist, die die Verteidigungshandlung „erforderlich“ macht.¹⁰⁴ Die Erforderlichkeit der Abwehr ist nach der konkreten Kampfplage¹⁰⁵ durch einer „objektiven ex ante-Betrachtung“ zu beurteilen.¹⁰⁶ Das bedeutet, die Lage ist so zu betrachten, wie ein Durchschnittsbetrachter zum Zeitpunkt des Angriffs und in der Lage des Verteidigers die gegebenen und objektiv erkennbaren Umstände beurteilt hätte.¹⁰⁷ Die Erforderlichkeit der Abwehr ist nach der konkreten Kampfplage zu berücksichtigen.¹⁰⁸ Das bedeutet, die Abwehrhandlung muss nach den konkreten Umständen des Einzelfalls geeignet sein, den Angriff sofort zu beenden oder die Gefahr endgültig abzuwenden.¹⁰⁹

Es kommt dabei auf die Stärke des Angriffs, die Gefährlichkeit des Angreifers und die zur Verfügung stehenden Abwehrmittel an.¹¹⁰

Hier wird einmal mehr das Verhältnis zu der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs ersichtlich.¹¹¹ So erfordert die Erforderlichkeitsprüfung zugleich die Gegenwärtigkeit des Angriffs, denn die Gegebenheiten des Angriffs lassen sich bei einem noch nicht gegenwärtigen, sondern in der Zukunft zu erwartenden Angriff, dessen Erscheinungsform noch nicht bekannt ist, kaum

101 Suppert, Studien, S. 287.

102 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 233.

103 Siehe Suppert, Studien, S. 377. Er sieht aber trotzdem das Gegenwärtigkeitserfordernis als „temporal formulierte Ausprägung des Grundsatzes der Erforderlichkeit der Notwehr-Verteidigung.“

104 Gerade im Gegensatz zum Notstand des § 34 StGB.

105 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 30; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 36; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 34.

106 Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 27; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 29; Lackner/Kühl, 27 § 32 Rn. 10; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 30; Günther, SK 7 § 32 Rn. 90; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 34; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 343; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 26; Wessels/Beulke, AT, Rn. 337; Roxin, AT I, § 15 Rn. 46.

107 Joecks, StGB, § 32 Rn. 15; Wessels/Beulke, AT, Rn. 337. Die Erforderlichkeit der Verteidigung ist „aus der Stärke des Angriffs einerseits und den dem Verteidiger zu Gebote stehenden Abwehrmitteln andererseits zu bestimmen“ RGSt 55 82 (85); BGH NJW 89, 3027.

108 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 30; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 36; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 34.

109 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 28; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 343.

110 Wessels/Beulke, AT, Rn. 335, in Einklang mit BGH NStZ 81, 138; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 10. Vgl. Wessels/Beulke, AT, Rn. 335, in Einklang mit BGHSt 27, 336, (337). Folglich sind auf der Seite des Angreifers Art und Gefährlichkeit des Angriffs, die vom Eingreifer eingesetzten Mittel, seine körperlichen Fähigkeiten und Gemütsverfassung sowie auf der Seite des Angegriffenen die Gesamtheit der zur Verfügung stehenden Abwehrmöglichkeiten zu berücksichtigen: Fischer, BK 58 § 32 Rn. 30.

111 Die Rechtsprechung stellt den Zusammenhang zwischen der Gegenwärtigkeit des Angriffs, in der Form von Zeit und Raum, und der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung fest. BGH, Urt. v. 21. Februar 1990 - 2 StR 527/89, in: BGHR § 32 Abs. 2, Erforderlichkeit 5. Dabei ist deutlich, wie die Gegenwärtigkeit des Angriffs die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bestimmt.

feststellen.¹¹² Diese Frage wird aber im Allgemeinen von der Rechtslehre in Deutschland nicht ausdrücklich problematisiert.¹¹³ Die Frage nach der Erforderlichkeit setzt zuvor stets einen gegenwärtigen Angriff voraus,¹¹⁴ sodass bei Verneinung einer Notwehrlage wegen des Mangels an Gegenwartigkeit des Angriffs keine weitere Prüfung der Erforderlichkeit der Verteidigung i.S.d. § 32 StGB nötig ist.

2. Die Verhältnismäßigkeit

Nach herrschender Meinung in der Rechtslehre findet „grundsätzlich“¹¹⁵ keine Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen den bedrohten und den durch die Verteidigung verletzten Rechtsgütern statt.¹¹⁶ So lange die Verteidigungshandlung die Voraussetzungen der Erforderlichkeit erfüllt, kommt es überhaupt nicht auf die Proportionalität der Verteidigung an.¹¹⁷

Doch gibt es viele Stimmen, die eine Beschränkung des Notwehrrechts durch direkten Rückgriff auf den Gedanken der „Güterabwägung“ in bestimmten Fällen unerträglichen Missverhältnisses der widerstreitenden Rechtsgüter bejahen.¹¹⁸

Die Frage nach der Güterproportionalität, d.h. der Verhältnismäßigkeit der erforderlichen Abwehrmaßnahmen¹¹⁹ wird aus dem 1. Absatz des § 32 StGB abgeleitet,¹²⁰ der auf die Gebotenheit der Verteidigung hinweist und zugleich zum Einfallstor für die immanenten Schranken des Notwehrrechts wird.¹²¹ Es geht hier um die sog. „sozialethischen Grenzen“ der Notwehr sowie um das Verbot des Rechtsmissbrauchs.¹²²

112 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 235.

113 Das Problem der Erkennbarkeit des Angriffs in seinen konkreten Umständen und die Feststellung der Erforderlichkeit werden aber, wie oben deutlich wurde, besonders bei der Frage der sog. „antizipierten Notwehr“ mit Selbstschutzanlagen betont.

114 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 235.

115 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 11; Wössner, Die Notwehr, S. 195.

116 Wessels/Beulke, AT, Rn. 340. In der Rechtsprechung lehnte schon das Reichsgericht jede Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Verteidigung ab und beschäftigte sich nur mit deren Erforderlichkeit. Das RG stellte immerhin aber fest, dass es bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung um widerstreitende Rechtsgüter geht: RGSt 55, 82.

117 Kindhäuser, Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 30. In diesem Sinn hat der historische Gesetzgeber bewusst den Grundsatz der Proportionalität durch die Wendung „...welche erforderlich ist, um...abzuwenden“ verbannt: Suppert, Studien, S. 53. Hier handelt es sich um den historischen Gesetzgeber des preußischen StGB von 1851, dessen Notwehrformel des § 41 über § 53 des RStGB von 1871 bis heute im § 32 StGB weiter gilt.

118 Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 86. Z.B. um die Tötung eines Diebes, welcher mit einer Beute im Wert von zehn Pfennig flieht: Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 88; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 348. Vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 45, m.w.N.

119 Günther, SK 7 § 32 Rn. 89.

120 „Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist...“.

121 Rönau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 76; Günther, SK 7 § 32 Rn. 103.

122 Günther, SK 7 § 32 Rn. 102. Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 338. Je nach Grund werden die Einschränkungen von der Rechtslehre in vier Konstellationen gruppiert: Fälle eines krassen Missverhältnisses der kollidierenden Rechtsgüter, der schuldlos handelnde Angreifer, der verschuldete oder sogar absichtlich provozierte Angriff, der Angriff nahestehender Personen. Günther, SK 7 § 32 Rn. 109; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 301. Daneben wird Art. 2 Abs. 2 a EMRK diskutiert. Die herrschende Meinung leitet aus Art. 2 Abs. 2 a EMRK lediglich eine Begrenzung des Rechts von Hoheitsträgern ab. Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 23 u. 27.

Im deutschen Rechtssystem übernimmt daher der Güterabwägungsgedanke unter dem Mantel der Gebotenheit die Funktion eines Korrektivs¹²³, das zugleich als Verbot eines unerträglichen Missverhältnisses zwischen den kollidierenden Rechtsgütern zu verstehen sind.¹²⁴ Obwohl die dogmatische Begründung im Einzelnen umstritten bleibt, herrscht allgemeine Einigkeit darüber, dass das volle Notwehrrecht dort nicht anzuerkennen ist, wo das Angriffsobjekt in einem ungewöhnlichen Missverhältnis zu dem durch die Verteidigungshandlung beschädigten Gut steht.¹²⁵ Diese Lehre führe „nur annähernd“ zu gleichen Ergebnissen wie in der Rechtsordnungen, wo die Proportionalität der Verteidigungshandlung ausdrücklich gefordert wird.¹²⁶ Ein Verhältnis zwischen der Gegenwärtigkeit des Angriffs und dem Güterabwägungsgedanke wird von der deutschen Rechtslehre im Allgemeinen nicht ausdrücklich behandelt. Diese Frage wird eher bei der Problematik der sog. antizipierten Notwehr bei Selbstschutzanlagen erläutert.¹²⁷

3. Das subjektive Rechtfertigungselement

Die Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen ist nicht unumstritten.¹²⁸ Es ist mittlerweile weitestgehend anerkannt, dass jeder Rechtfertigungsgrund auch ein subjektives Element besitzt.¹²⁹ Denn vollständig aufgehoben wird das Unrecht deliktstatbestandlichen Handelns nur, wenn der Täter die objektiv bestehende Rechtfertigungslage auch subjektiv erfasst. Anderenfalls bleibt sein Verhalten nach seiner Vorstellung von der Tat auf die Verwirklichung von Unrecht gerichtet und damit strafwürdig.¹³⁰

So wie der Tatbestand im engeren Sinne aus objektiven und subjektiven Unrechtselementen gebildet wird, setzen sich auch die Erlaubnistatbestände aus objektiven und subjektiven Rechtfertigungselementen zusammen, da allein das objektive Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes die tatbestandsmäßige Handlung noch nicht kompensiert.¹³¹

Geht man davon aus, dass der Unrechtsgehalt einer Tat durch Erfolgsunwert und Handlungsunwert bestimmt wird, so sind Erfolgs- und Handlungsunwert des rechtsgutsverletzenden Tatgeschehens

123 Siehe: LG München 1, Urt. v. 10. Dezember 1987 - Ks 121 Js 4866/86, in: NStZ (1989) 25, 26.

124 Die Notwehr erlaube sogar überproportionale Rechtsgüterschäden und verbiete nur ein krasses oder extremes Missverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter. Günther, SK 7 § 32 Rn. 105; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 35.

125 Wössner, Die Notwehr, S. 45. Das LG München stellte einen „Missbrauch des Notwehrrechts“ fest, weil der Täter auf mit einer geringwertigen Beute fliehende Diebe geschossen hatte. Unter anderem wurde erkannt, dass eine Notwehrhandlung unzulässig ist, wenn zwischen Art bzw. Umfang der aus dem Angriff drohenden „Verletzung“ und der „Verletzung“ des Angreifers ein „grobes unerträgliches Missverhältnis“ besteht. LG München 1, Urt. v. 10. Dezember 1987 - Ks 121 Js 4866/86, in: NStZ (1989) 25, 26.

126 Seelmann, Strafrecht, AT, 3. Aufl., S. 70.

127 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 238. Siehe unten.

128 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2, Rn. 275 ff. Eingehend dazu, Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff., Rn. 13.

129 Engländer, Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess, Anmerkung zu BGH 4StR 551/12 = BGH HRRS 2013 Nr. 618, S. 390.

130 Lackner/Kühl 27 Vor. § 32 Rn. 6; Rönnau/Hohn, LK 12 Vor. § 32 Rn. 82; Wessels/Beulke, AT, Rn. 275; a.A. Spindel, Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehervordernis, FS-Bockelmann, 1979, S. 245 ff.

131 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2, Rn. 275.

nur dann kompensiert, wenn ihnen die objektiven und subjektiven Elemente des jeweils einschlägigen Erlaubnissatzes gegenüberstehen.¹³² Daraus ergibt sich, dass es auch bei den Unrechtsausschließungsgründen keine rein objektiv begründbare Rechtfertigung geben kann.¹³³ Fehlt das subjektive Rechtfertigungselement, ist das Verhalten selbst dann rechtswidrig, wenn im Zeitpunkt der Handlung objektiv eine Rechtfertigungslage vorlag, da nur die volle Kongruenz der objektiven und subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen den Unrechtsausschluss bewirkt.¹³⁴ Liegt umgekehrt das betreffende subjektive Rechtfertigungselement vor, die Rechtfertigungsvoraussetzungen sind aber objektiv zu verneinen, so führt dies zu einem Erlaubnistatbestandsirrtum (z.B. die irrige Annahme einer Notwehrlage) oder einem Erlaubnisirrtum (z. B. Fehlvorstellungen über die rechtlichen Grenzen der Notwehr).¹³⁵ Auf Notwehr übertragen, bedeutet dies, dass die Notwehrhandlung vom Verteidigungswillen getragen sein muss.¹³⁶ Umstritten ist jedoch der genaue Inhalt des subjektiven Rechtfertigungselement. Es geht dabei um die Frage, ob die Rechtfertigung nach § 32 voraussetzt, dass der Täter mit einem Verteidigungswillen im Sinne einer Verteidigungsabsicht handelt.¹³⁷ Die h.L. erfordert zunächst die Kenntnis der Notwehrlage¹³⁸ und das Bewusstsein einen Angriff abzuwehren¹³⁹ und ferner die Verteidigungsabsicht, also einen finalen Willen, welcher aber nicht notwendigerweise das alleinige Motiv oder Beweggrund der Verteidigungshandlung zu sein braucht.¹⁴⁰ Entscheidend ist vielmehr, dass der Verteidigungszweck nicht von den anderen Beweggründen völlig überlagert wird.¹⁴¹ Neben dem Wissensmerkmal wird also eine voluntative

132 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2, Rn. 275; vgl. hierzu und im Folgenden Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff., Rn. 13.

133 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2, Rn. 276.

134 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2, Rn. 278.

135 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2, Rn. 280a.

136 Wessels/Beulke, AT, § 8 V 4 Rn. 350a.

137 Engländer, Anmerkung zu BGH 4StR 551/12 = BGH HRRS 2013 Nr. 618, S. 390.

138 Manche lassen es genügen, dass der Täter das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände (im Sinne eines *dolus eventualis*) für möglich hält: Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2, Rn. 277.

139 Vgl. Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff., Rn. 13; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 37 und 38; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 37; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 94; Perron, Sch/Sch 29. Aufl., § 32 Rn. 63. Das ist auch die vertretene Ansicht bei Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 7; Joecks, StGB, § 32 Rn. 17; Günther, SK 7 § 32 Rn. 132 und 135.

140 Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 37 und 38; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 36; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 7; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 25; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 342 f.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 31; Wessels/Beulke, AT, Rn. 333 und 350a, dort werden als Beispiele „zusätzlicher Motivationen“ Hass, Wut und Streben nach Rache genannt.

141 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 240; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 7; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 26, m.w.N. aus der Rechtsprechung. Wessels/Beulke, AT, § 8 V 4 Rn. 350a. „...Eine Tat kann auch dann durch Notwehr gerechtfertigt sein, wenn der Täter neben der Abwehr noch andere Ziele verfolgt, solange sie den Verteidigungszweck nicht völlig in den Hintergrund drängen; das gilt auch, wenn Wut bei der Tat eine Rolle spielt (BGH NSTz 1996, 29, 30 m.w.N.).“ BGH, Beschl. v. 8 März 2000 - 3 StR 67/00, in: NSTz (2000) 365 (366). Ferner auch BGH, Beschl. v. 23. August 1991 - 2 StR 360/91 in: BGHR, StGB § 32 Abs. 2 Verteidigungswille 1, m.w.N. „Die Privilegierung entfällt auch nicht schon dadurch, dass das Verhalten ‚des Täters vom Zorn auf den Angreifer mit bestimmt worden ist, solange der Verteidigungswille daneben nicht ganz zurücktritt.“ BGH, Beschl. v. 1. März 1989 - 3 StR 11/89, in: BGHR § 32 Abs. 2. Angriff 3. subjektive Einschätzung.

Komponente¹⁴² gefordert. Es reicht nicht nur die Kenntnis der Notwehrlage aus, sondern auch, dass diese Notwehrlage den Täter zu seiner Handlung motiviert hat.¹⁴³

Nach anderer Auffassung ist hingegen eine besondere Intention im Sinne eines Handelns zum Zweck der Ausübung der eingeräumten Befugnis nicht erforderlich, da es zur Neutralisierung des schon durch den gewöhnlichen Vorsatz begründeten Handlungsunwerts keiner weitergehenden „Rechtfertigungsabsicht“ bedarf.¹⁴⁴ Ebenfalls nicht notwendig ist aber auch, dass das Handeln des Täters durch die Situation motiviert ist, aus der seine Befugnis erwächst.¹⁴⁵

Die Forderung nach einer über die Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände hinausgehenden Verteidigungsabsicht unterliegt der Kritik,¹⁴⁶ dass, solange der Täter sich mit seinem Verhalten im Rahmen objektiver Rechtfertigungslage hält und die rechtfertigungs begründenden Umstände auch kennt, seine Handlungsgründe rechtlich irrelevant sind. Wenn man trotzdem den Handelnden bestrafen will, weil er nicht aus dem „richtigen Motiv“ gehandelt hat, bestraft nicht mehr eine unrechte Tat, betreibt man Gesinnungsstrafrecht und verstößt damit gegen das Tatschuldprinzip.¹⁴⁷ Dies spricht deshalb dafür, die Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände für das subjektive Rechtfertigungselement bei der Notwehr ausreichen zu lassen.¹⁴⁸

142 Diese voluntative Komponente diene als Korrektiv „der sehr weitgehenden Großzügigkeit, die den objektiven Erlaubnistatbestand bei den prognostisch - im Wege einer ex-ante-Betrachtung zu ermittelnden - Notwehrmerkmalen (Abwehrtauglichkeit, Erforderlichkeit) kennzeichnet: Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 32.

143 Wessels/Beulke, AT, Rn. 350a. So nach der Rechtsprechung des BGH genügt die bloße Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände nicht. Die Abwehr des Angriffs müsse darüber hinaus in voluntativer Hinsicht zudem das maßgebliche Handlungsmotiv für den Verteidiger bilden. Erforderlich ist also, dass der Verteidiger auch subjektiv den Zweck verfolgt, zu dem ihm das Gesetz eine Eingriffsbefugnis einräumt. Wenn andere Motive als der Schutz seiner Rechtsgüter für sein Verhalten zumindest ganz überwiegend ausschlaggebend sind, ihm der Verteidigungswille fehlt. So bereits BGH NStZ 1996, 29, 30; NStZ 2005, 332, 334 = HRRS 2005 Nr. 41; NStZ 2007, 325, 326 = HRRS 2007 Nr. 202; NStZ-RR 2012, 84 = HRRS 2012 Nr. 14. Dem BGH zustimmend Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 32; Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 18 Rn. 108.

144 Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff., Rn. 14. Vgl. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, Wien 1974, S. 175 f.; Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sogenannten subjektiven Rechtfertigungselements, in Lackner-FS, 1987, S. 135 ff.; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 360; Lackner/Kühl 27, 6; Prittwitz, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 80, 386; ders., Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura 84, 80; Rönnau/Hohn, LK 12 Rn. 88; Roxin, AT I, 14/98 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, 204 f.; im Ergebnis auch Alwart GA 83, 450, 453 u. dazu, dass eine solche nicht den Worten „um...abzuwenden“ in § 34 entnommen werden kann, dort Rn. 48, and. z.B. Hirsch, LK, 11. Aufl., 53, 56 [„Zweck der Angriffsabwehr“ usw.]; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 328 ff.; Krey/Esser, Strafrecht AT I, 5. Aufl., 2012, 153 ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, 8. Aufl., 1992, 349; vgl. i.Ü. zum Ganzen die umfassenden Nachw. pro et contra bei Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 328 Fn. 25 u. speziell 211 den §§ 32, 34 dort Rn. 63 bzw. 48 m.w.N.

145 Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff., Rn. 14. Für ein solches „rückschauendes Weil-Motiv“ als subjektives Rechtfertigungselement jedoch Alwart, GA 83, 452 ff.; i.E. weitgehend auch Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1993, S. 208 ff., 285; dagegen mit Recht Frisch, Lackner-FS, S. 137 f.; Roxin, AT I, 14/101.

146 Engländer, Anmerkung zu BGH 4StR 551/12 = BGH HRRS 2013 Nr. 618, S. 391.

147 Ebenso i.E. Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., (Fn. 5), § 7 Rn. 128; Rönnau/Hohn, LK 12 (Fn. 8), § 32 Rn. 266 f.; Murmann, GK Strafrecht AT, 2. Aufl., (Fn. 5), § 25 Rn. 105; Erb, MüKo, 2. Aufl., (Fn. 6), § 32 Rn. 241; Kindhäuser, NK § 32 Rn. 147; Puppe, Strafrecht AT, 2. Aufl., § 13 Rn. 5; Perron, Sch/Sch 29 (Fn. 5), § 32 Rn. 63.

148 Konsequenterweise schreitet eine Rechtfertigung des angeklagten keinesfalls am Fehlen des Verteidigungswillens im Sinne einer Verteidigungsabsicht. Engländer, Anmerkung zu BGH 4StR 551/12 = BGH HRRS 2013 Nr. 618, S. 391. Für eine Rechtfertigung des Angeklagten gemäß § 32 StGB kommt es nach dem Autor zunächst darauf an, ob das Verhalten zur Abwehr des Angriffs erforderlich war. Kann man bei der Erforderlichkeit zu einer positiven Einschätzung, müsste es den Angeklagten wegen Notwehr vom Vorwurf der vollendeten bzw. versuchten Tat freisprechen.

4. Rechtliche Folgen beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements

Welche Folge das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements hat, ist umstritten.¹⁴⁹ Es stellt sich die Frage, ob bei dem Handeln in Unkenntnis einer objektiv bestehenden Rechtfertigungssituation wegen vollendeter oder nur wegen Versuchs zu bestrafen ist.¹⁵⁰

Die inzwischen h.M.¹⁵¹ bestraft hier wegen Versuchs, während die Rechtsprechung und eine Mindermeinung im Schrifttum¹⁵² eine Strafbarkeit wegen vollendeter rechtswidriger Tat annehmen, sofern der Täter auch schuldhaft gehandelt hat.¹⁵³ Denn die unrechtausschliessende Wirkung eines Rechtfertigungsgrundes entfällt vollständig, sobald auch nur eine Rechtfertigungsvoraussetzung fehle.¹⁵⁴ Dies verdient indes keine Zustimmung.¹⁵⁵

Es erscheint sachgerechter, hier zu Gunsten des Täters analog auf die Versuchsregeln zurückzugreifen und nicht wegen vollendeter Tat zu bestrafen.¹⁵⁶

Bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements wird durch die objektive Rechtfertigungslage der mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpfte Erfolgswert kompensiert,¹⁵⁷ so dass es an dem für eine Strafbarkeit aus vollendetem Delikt erforderlichen Erfolgswert der Tat mangelt. Zwar weist das Verhalten des Täters einen subjektiven Handlungswert auf, da es nach seiner Vorstellung von der Tat auf die Verwirklichung von Unrecht gerichtet ist. Deshalb bleibt eine

149 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2 Rn. 278 ff.

150 Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff., Rn. 15.

151 Dölling, HK Ges. Strafr., 3. Aufl., Vor. § 32 Rn. 13; Ernst, JuS 11, 382; Hillenkamp, LK § 22, Rn. 200; Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2. Aufl., Rn. 274; Hoyer, SK, Vor. § 32 ff. Rn. 80; Jakobs, AT, 11/23; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 31 IV 2; Kretschmer, Jura 98, 248; Rengier, AT, § 17 Rn. 18; Rönnau/Hohn, LK 12 Vor. § 32 Rn. 90; Roxin, AT I, § 14 Rn. 102; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 153; Streng, Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert – Grundlagen, Anforderungen und Irrtumskonstellationen, in Otto-FS, 2007, S. 469, 474; für Strafflosigkeit Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, Berlin u. a. 2002, S. 640.

152 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 240 f.: Das Fehlen des Verteidigungswillens kann das Notwehrrecht ausfallen lassen. Dies ist der Fall der sog. Absichtsprovokation, wobei der Angegriffene die Lage herbeigeführt hat, um unter dem Deckmantel der Notwehr gegen den Angreifer vorzugehen. Hier täuscht der Täter Verteidigungswille vor, in Wahrheit aber will er angreifen. Fischer, BK 58 § 32 Rn. 42. Auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Abwehrmaßnahme kann der Verteidigungswille zum Ausdruck kommen „Zur wirksamen Abwehr des Angriffs und zur endgültigen Ausschaltung des Gegners hätte es ausgereicht, wenn der Angeklagte L. das Messer entwunden und ihn dadurch entwaffnet hätte. ... Der Angeklagte könnte das Vorgehen L's lediglich zum Anlass genommen haben, ihn zu töten, ohne selbst mit Verteidigungswillen zu handeln; auch unter diesem Gesichtspunkt könnte eine Rechtfertigung des ersten Messerstiches durch Notwehr ausscheiden.“ BGH, Urt. v. 6. November 1987 - 2 StR 251/87, in: BGHR § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 2. Vgl. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 239 f.

153 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2 Rn. 278.

154 BGHSt 2, 111, 114 f.; BGHNStZ 2005, 332, 334 = HRRS 2005, Nr. 41; Krey/Esser, AT, Rn. 454 ff.; Paeffgen, NK (Fn. 10) Vor. § 32 ff. Rn. 128.

155 Engländer, Anmerkung zu BGH 4StR 551/12 = BGH HRRS 2013 Nr. 618, der bei der Frage nach den rechtlichen Folgen des Fehlens einer Verteidigungsabsicht wiederum an die Erforderlichkeit der Verteidigungsmaßnahme anknüpft. Sind diese zur Verteidigung nicht erforderlich gewesen, sind bereits die objektiven Voraussetzungen des § 32 StGB nicht erfüllt. So dass das Fehlen der Verteidigungsabsicht hier erst auf der Schuldebene relevant wird. Waren dagegen die Verteidigungsmaßnahmen erforderlich, liegt dann objektiv betrachtet eine Rechtfertigungslage vor.

156 Vgl. hierzu und im Folgenden Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2 Rn. 279; Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff., Rn. 15. Für eine unmittelbare Anwendung z. B. Frisch, Lackner-FS, S. 138 f.; Herzberg, JA 86, 193; Prittitz, Jura, 84, 76; Rönnau/Hohn, LK 12, Rn. 90; Schönemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, in GA 85, 373.

157 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2 Rn. 279.

Bestrafung aus versuchtem Delikt ungeachtet des Bestehens einer objektiven Rechtfertigungslage auch ohne weiteres möglich.¹⁵⁸ Wo der Versuch nicht mit Strafe bedroht ist, führt das zur Straflosigkeit.¹⁵⁹

Dem Forschungsgegenstand dieser Arbeit entsprechend muss hier aufmerksam beobachtet werden, dass die Beurteilung des Vorhandenseins des Verteidigungswillens jedenfalls objektiv nach dem Geschehensablauf durchgeführt sein muss.¹⁶⁰ Dafür reichen bloße Befürchtungen bei Wahrnehmung der Notwehrlage, ein Angriff stehe unmittelbar bevor, nicht aus.¹⁶¹

KAP. 2 DIE BEGRÜNDUNG DES NOTWEHRRECHTS

Nachdem die Voraussetzungen der Notwehr im § 32 StGB dargestellt wurden, wird es im folgenden Abschnitt auf die Grundgedanken der Notwehr im deutschen Rechtssystem eingegangen. Daraus lassen sich Auslegungskriterien für die Notwehrvorschrift ergeben, welche in einem nächsten Schritt bei der Behandlung des Gegenwärtigkeitsmerkmals innerhalb des § 32 StGB heranzuziehen sind.

I. Allgemein

Die *Ratio* des Notwehrrechts hat die Funktion, die besondere „Schärfe“ des Notwehrrechts und damit der Ausschluss des Güterabwägungsprinzips und der Pflicht zum Ausweichen aus dem Bereich der Notwehr zu begründen.¹⁶²

Es werden verschiedene Theorien zur Begründung der Notwehr vertreten, wobei zwischen den monistischen Notwehrlehren und der herrschenden dualistischen Notwehrlehre unterschieden wird.¹⁶³ Unter monistischen Notwehrlehren versteht man die Lehren, die entweder den Individualschutzgedanke oder das Rechtsbewährungsprinzip zur Begründung des Notwehrrechts

158 Hauck, AnwK-StGB, 2010, (Fn. 5) Vor. §§ 32 ff. Rn. 9; Rönnau/Hohn, LK 12 (Fn. 8) Vor. §§ 32 Rn. 90; Murmann (Fn. 5), § 25 Rn. 10; Kindhäuser, NK (Fn. 10), § 32 Fn. 148; Roxin, AT I (Fn. 5), § 14 Rn. 104 f.; Rosenau, SSW-StGB, 2009, Vor. §§ 32 ff. Rn. 16; Lenckner/Sternberg-Lieben, Sch/Sch 27 (Fn. 5) Vor. §§ 32 ff. Rn. 15; Wessels/Beulke, AT, (Fn. 8), Rn. 279. Kritisch zur Versuchsstrafbarkeit Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 253 ff. Prinzipiell gilt dies jedoch nur in den Fällen, in denen der Täter in Unkenntnis der Rechtfertigungslage gehandelt hat: Engländer, Anmerkung zu BGH 4StR 551/12 = BGH HRRS 2013 Nr. 618, S. 391.

159 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 2 Rn. 279. Da es keinen fahrlässigen Versuch gibt, scheidet auch eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tat aus, Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Vor. §§ 32-35 Rn. 18.

160 Vgl. hierzu Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 240.

161 BGH, Urt. v. 18 April 2002 - 3 StR 503/01, in: BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 8.

162 Siciliano, Das Leben des fliehenden Diebes, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2013, S. 39.

163 Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., § 7 Rn. 6 ff. und 14 ff.; Lenckner/Perron sprechen eher von „Zwei-Elemente-Theorie“. Dieser Theorie stellen sie die Theorie, die „gegen das Rechtsbewährungsprinzip bzw. einseitig auf das Individualschutzprinzip“ abstellt, und die „rein überindividualistische Notwehrbegründung“ gegenüber. Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 1 f., 1 a und Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 f., 1 a; beide Sprachformen bei Günther: „dualistische oder Zwei-Elemente-Theorie“ auf der einen Seite und „monistische Theorien“ auf der anderen Seite. Günther, SK 7 § 32 Rn. 8 f.

entwerfen,¹⁶⁴ und zwar die „rein individualistische“ und die „rein überindividualistische“ Notwehrbegründung.¹⁶⁵

Als dualistische Notwehrlehre versteht man schließlich das Zusammenkommen des „individualrechtliche[n] (Rechtsgüter-) Schutzprinzip[s]“ und des „sozialrechtliche[n] Rechtsbewährungsprinzip[s]“¹⁶⁶.

II. Das Prinzip des überwiegenden Interesses

Nach herrschender Ansicht liegt allen Rechtfertigungsgründen das Prinzip des überwiegenden Interesses zugrunde.¹⁶⁷ Dieser Sichtweise liegt die Annahme zugrunde, dass die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe Kollisionen gegenläufiger Interessen regeln.¹⁶⁸

Bei der Notwehr lässt sich dieses Prinzip als gemeinsame Ausgangsbasis zum Aufbau der einzelnen Notwehrkonzeptionen feststellen.¹⁶⁹

Im Notwehrrecht kommt das Prinzip des überwiegenden Interesses dadurch zum Ausdruck, dass die Interessen des Verteidigers denen des Angreifers an der Schonung seiner Güter grundsätzlich vorgehen.¹⁷⁰ Die einzige Ausnahme von dieser Regel bilden die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts, wo die Interessen des Verteidigers ausnahmsweise nicht überwiegen und deshalb das Notwehrrecht beschränkt ist.¹⁷¹

Da der Gesetzgeber eine Interessenabwägung in § 32 StGB schon grundsätzlich abschließend

164 Vgl. Günther, SK 7 § 32 Rn. 9: bei den monistischen Theorien sei das Notwehrrecht „einseitig“ legitimiert, d.h., „entweder ausschließlich aus überindividuellen oder ausschließlich aus individualrechtlichen Gründen“.

165 Bis in das 19. Jahrhundert stand die stark individualistische Notwehrauffassung mit einem möglichst umfassenden Rechtsgüterschutz im Vordergrund, während später das Prinzip der Rechtsbewährung an Bedeutung gewonnen hat. Inzwischen werden wieder vermehrt rein individualistische Ansichten befürwortet: Wessels/Beulke, AT, § 8 V 1; vgl. Erb, MüKo, § 32 Rn 18; Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 3 Rn 89 ff.; Frister, Strafrecht AT, 4. Aufl., § 16 Rn 1 ff.; Puppe, AT, 12 Rn 1.

166 Siciliano, Das Leben des fliehenden Diebes, S. 39; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., § 7 Rn. 7, Rn. 8 ff.

167 Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, Hamburg 2013, S. 6; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1; Lenckner, Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr, GA 1968, 1/2; ders., Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, 295/307; Schlehofer, MK, 2. Aufl., Vor. § 32 ff., Rn. 59; Seesko, Notwehr gegen Erpressung durch Drohung mit erlaubten Verhalten, Berlin 2004, S. 110 f.; Graul, Notwehr oder Putativnotwehr - Wo ist der Unterschied?, JuS 1995, L 41/L 42; Gropp, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2001, § 6, Rn. 26; Sternberg-Lieben, Allgemeines zur Notwehr, JA 1996, 129/130 f.; i. E. auch Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 16, Rn. 52; vgl. auch Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, Hamburg 2004, S. 352 sowie Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 110 (1998), 38/41. Allgemein ist der Täter nach dem Prinzip vom überwiegenden Interesse gerechtfertigt, wenn das Erhaltungsinteresse am von ihm verletzten Rechtsgut geringer ist als das Eingriffsinteresse durch die tatbestandmäßige Rechtsgutsbeeinträchtigung: Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 16, Rn. 52.

168 Van Rienen, Die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts, Baden Baden 2009; vgl. Lenckner, GA 1985, 295 (298 ff.); Otto, Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht, in Würtenerberger-FS, Berlin 1977, S. 129 (139 f.).

169 Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, S. 5 f.

170 Schlehofer, MK Vor. § 32 ff. Rn. 59; Lenckner, GA 1968, 1/2; ders., GA 1985, 295/307; Seesko, Notwehr gegen Erpressung, S. 110 f.; Graul, JuS 1995, L 41/L 42; Gropp, AT, § 6 Rn. 26; Sternberg-Lieben, JA 1996, 129/130 f.

171 Schlehofer, MK Vor. § 32 ff., Rn. 59.

vorgenommen hat,¹⁷² wirkt das Prinzip des überwiegenden Interesses -im Gegensatz zum Notstand- nicht auf der Ebene der betroffenen Rechtsgüter, sondern auf den Konflikt zwischen Recht und Unrecht zugunsten des Rechts.¹⁷³

III. Die individualistische Theorie

Rein individualistische Notwehrkonzeptionen haben in der Literatur eine breite Anhängerschaft gefunden und befinden sich weiterhin im Vordringen.¹⁷⁴

Die rein individualistische Interpretation sieht den Geltungsgrund des Notwehrrechts allein im Individualinteresse des Einzelnen am Schutz seiner Rechtsgüter¹⁷⁵ gegen rechtswidrige Angriffe,¹⁷⁶ so dass dabei der Satz „Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“¹⁷⁷ auf das subjektive Recht des Verteidigers und das „subjektive Unecht“ des Angreifers verkürzt wird.¹⁷⁸

Unter rein individualistischen Gesichtspunkten kommen Erklärungsmodelle in Betracht, welche die Ratio der Notwehr entweder aus Verteidigers- oder aus Angreifers-Perspektive zu legitimieren versuchen.¹⁷⁹

Teilweise wird die Interessenüberwiegung auf Seiten des Verteidigers¹⁸⁰ und insbesondere den Verzicht auf eine Ausweichpflicht bzw. auf die Güterproportionalität im § 32 StGB¹⁸¹ unter Hinweis auf die durch den Angriff eingeschränkte Handlungs- und Entfaltungsfreiheit (Art. 2 I GG) des

172 Schlehofer, MK Vor. §§ 32 ff., Rn. 59; Lenckner, GA 1985, 295/307; Sternberg-Lieben, JA 1996, 129/130; vgl. auch Hirsch, LK 11 Vor. § 32, Rn. 46 und § 34, Rn. 93, der betont, dass es keine einzelfallbezogene Interessenabwägung sondern eine vom Gesetzgeber vorgenommene Wertabwägung zugunsten der Rechtsbewährung ist.

173 Sternberg-Lieben, JA 1996, 129/130; vgl. auch Hirsch, LK § 32, Rn. 46 und § 34, Rn. 93.

174 Vertreter dieser Konzeptionen u.a. Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, in FS-Müller-Dietz, München 2001, S. 301 (367 ff.); Freund, Strafrecht AT, 1. Aufl., § 3 Rn 89 ff.; Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291 (299 ff.); Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, Berlin 1984, S. 29 ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 275 ff; Erb, MüKo, 2. Aufl., § 32, Rn. 8 ff. m.w.N; Kioupis, Notwehr und Einwilligung, 1. Aufl., Baden-Baden 1992, S. 15 ff.; Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS, 1988, 89 (94 ff.); Fuchs, Grundfragen der Notwehr, Wien 1986, S. 49 ff.; Koch, Prinziptheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 1992, 785 ff.; Günther, SK 7, § 32 Rn 12.

175 Die Notwehr sei eine Form der erlaubten Selbsthilfe, durch die der Verteidiger das angegriffene Rechtsgut schützte. Vgl. Kargl, ZStW 110 (1998), 38 f.; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S. 29.

176 Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, S. 7 f.; Günther, SK 7 § 32. Rn. 7, 12; Constadinidis, Die actio illicita in causa, Würzburg 1982, S. 103 ff.; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen 2008, S. 9 ff., 67 ff.; Erb, MüKo, 2. Aufl., § 32, Rn. 18; Freund, AT, § 3, Rn. 90 ff; Frister, Strafrecht AT, § 16, Rn. 3; Koriath, FS Müller-Dietz, 361-373; Kuhlen, Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, GA 2008, 282-289; Lesch, Die Notwehr, in FS Dachs, Köln 2005, 81-83 ff.; Mitsch, Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989, 79-84; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 79 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9, Rn. 58; Seesko, Notwehr gegen Erpressung, S. 110 f.; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S. 38, 62.

177 Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1898, S. 107; ders. Die Notwehrtheorie, in: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1848, S. 547 (554, 562).

178 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a.

179 Van Rienen, Die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts, S. 47 ff., 94 ff.

180 Freund, AT, § 3, Rn. 91 f.; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9, Rn. 58; Seesko, Notwehr gegen Erpressung, S. 110 f.; Frister, GA 1988, 291-301 f.; Mitsch, JA 1989, 79-84.

181 Erb, MüKo, 2. Aufl., § 32. Rn. 18; Günther, SK 7 § 32. Rn. 12; Freund, AT, § 3, Rn. 92 ff.; Kioupis, Notwehr und Einwilligung, S. 51 f.; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S. 32.

Angegriffenen,¹⁸² seine Bedrängnissituation bzw. seine angebliche Ungeübtheit in der Angriffsabwehr¹⁸³ erklärt.¹⁸⁴ Greift man bei einer rein individualistischen Notwehrbegründung allein auf die Interessen des Angegriffenen zurück, so muss einem rechtswidrigen Angriff grundsätzlich deshalb nicht ausgewichen werden, weil andernfalls der Angegriffene „mit seinen Gütern quasi ständig auf der Flucht sein müsste“.¹⁸⁵

Aus Angreiferperspektive wird hingegen neben der Vermeidbarkeit der Abwehrfolgen für den Angreifer, zudem auf dessen Verantwortlichkeit für die Entstehung des Konflikts,¹⁸⁶ das Fortdauern der Gefahrenlage¹⁸⁷ und die Härte der Verteidigerhandlung¹⁸⁸ hingewiesen.¹⁸⁹ Der grundsätzliche

182 Günther, SK, 2010, § 32, Rn. 12; Freund, AT, § 3 Rn. 92 ff.; Erb, MüKo, 2. Aufl., § 32, Rn. 18; Kioupis, Notwehr und Einwilligung, S. 51 f.; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S. 32.

183 So Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S. 30 ff., zum Teil auch Kratzsch, Der Angriff - ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, StV 87, 228.

184 Der Hinweis auf diese Umstände, die sich auch beim Notstand finden, vermag die Schärfe der Notwehr im Unterschied zu den anderen Notrechten nicht plausibel zu begründen. Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a; kritisch auch Kargl, ZStW 110 (1998), 42.

185 Neumann, Zurechnung und Vorverschulden, Berlin 1985, S. 166. Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1.

186 Frister, GA 1988, 291-302; ders., Strafrecht AT, § 16, Rn. 4; Seesko, Notwehr gegen Erpressung, S. 110 f.; Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, 533-545; ders., Strafloze Provokation strafbarer Taten, Lübeck 1986, 121; ders., JA 1989, 79-84; Schönemann, Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimodogmatischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik, in Schneider (Hrsg.), Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege, Berlin u.a. 1982, 407-414; Schmidhäuser, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, in Merten (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Polizeirechts, Berlin 1977, 53-65; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, München 1979, 131.

187 Seesko, Notwehr gegen Erpressung, S. 110. Der Verteidiger könne die Notwehrlage jederzeit durch bloße Unterlassung, bzw. Aufgabe des Angriffs beenden: Joecks, Erfolgreiche Notwehr, in Grünwald-FS, Baden-Baden 1999, S. 251 (253); Kretschmer, Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten, Jura 2002, 114 (117); Mitsch, JA 1989, 79 (84); Retzko, Die Angriffsverursachung bei der Notwehr, Münster 2001, S. 140; Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, 97 (107); vgl. Welp, Anmerkung zu BGH 2 StR 221/70, JZ 1971, 432 (433).

188 Durch die Intensität seines Angriffs bestimme der Angreifer im Rahmen des Erforderlichen die Härte der Verteidigungshandlung: Heller, Die aufgedrängte Nothilfe, Aachen 2004, S. 199 f.; Joecks, Grünwald-FS, S. 251 (253); Mitsch, GA 1986, 533 (545).

189 Van Rienen, Die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts, S. 48 f.; Eue, Anmerkung zu BGH 1 StR 25/89, JZ 1990, 765 (766); Erb, ZStW 108 (1996), 266 (289); Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs, S. 130; Freund, AT, § 3 IV 3 Rn. 92 und Rn. 106; Jakobs, AT, 11. Abschn. Rn. 3 („Prinzip der Verantwortung“, bzw. „Prinzip der Veranlassung“); ähnlich Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in Kaufmann-GS, Köln u.a. 1989, 371 (394); Joecks, Grünwald-FS, S. 251 (253); Koch, Die aufgedrängte Nothilfe im Strafrecht, Aachen 2003, S. 133, welcher auch einen Schuld mangel dem Risikobereich des Angreifers zuordnen wie im übrigen auch Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in Dreher-FS, Berlin-New York, 1977, S. 211 (217); Köhler, Strafrecht AT, Berlin/Heidelberg, 1997, S. 238 u. 261 ff., welcher von „Rechtfertigungsgründen aus Unrechtsverantwortung spricht“, zu denen er insb. auch die Notwehr zählt; Kratzsch, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, in Oehler-FS, Köln u.a. 1985, S. 65 (80), welcher auf das Risikoerhöhungsprinzip zurückgreift; wohl auch Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz: Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht, München 2000, S. 38 ff.; Mitsch, JA 1989, 79 (84); Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, Frankfurt u. a. 2005, S. 68 ff.; Seesko, Notwehr gegen Erpressung, S. 110 („Maxime der Verantwortlichkeit“); Günther, SK 7 § 32, Rn. 106; ähnlich Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im deutschen Strafrecht, in Rechtfertigung und Entschuldigung III, Freiburg i. Br. 1991, S. 104 („Zurechenbarkeit oder Nichtzurechenbarkeit der Gefahr zur Sphäre des Eingriffopfers“ [hiermit ist der Angreifer gemeint, Anm. d. Verf.]; Retzko, Die Angriffsverursachung, S. 139 ff. Auch Vertreter der überindividualistischen Gegenposition verweisen auf die Verantwortung des Angreifers für die Gefahrenlage: Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs, S. 130; Haas, Notwehr und Nothilfe, Frankfurt a.M. u.a. 1978, S. 218; Schmidhäuser, GA 1991, 97 (107 und 122); ders., Studienbuch, 6/51 (S. 146); ders., Lehrbuch, 9/101.

Verzicht auf eine Ausweichpflicht¹⁹⁰ bzw. auf eine Interessenabwägung¹⁹¹ bei der Notwehr erkläre sich damit, dass der Angreifer es selbst in der Hand habe, die Notwehrlage durch Beendigung des Angriffs jederzeit zu beseitigen.¹⁹²

IV. Die überindividualistische Theorie

Der Gegenpol zur rein individualistischen Theorie ist die rein überindividualistische.¹⁹³ Nach dieser Deutung beruht das Notwehrrecht ausschließlich auf dem Rechtsbewährungsprinzip, d.h. auf die Verteidigung der Rechtsordnung seitens des Verteidigers, indem er durch die Abwehr des Angriffs zugleich auch die Rechtsordnung verteidige.¹⁹⁴

Bei dieser Konzeption tritt der Gedanke der Selbstbehauptung des Rechts zu Tage,¹⁹⁵ welcher auch durch die Formel „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“ zum Ausdruck gebracht wurde.¹⁹⁶ So werde der Notwehrübende „zum Statthalter des Rechts“, wenn der Staat hierzu situationsbedingt nicht in der Lage sei.¹⁹⁷ Nach dem generalpräventiven Erklärungsmodell lenkt dadurch der Verteidiger potentielle Angreifer von ihrer Absicht, die Rechtsordnung zu verletzen, ab¹⁹⁸ und trägt damit zur Stabilisierung der Rechtstreue bei.¹⁹⁹ Deswegen sei das überwiegende Gewicht auf Seiten des Verteidigers²⁰⁰ und müssen die Interessen des Angreifers in der Regel zurücktreten.²⁰¹

Ferner spielt das Rechtsbewährungsprinzip bei der Auslegung der Notwehr eine wichtige Rolle.

Einerseits wird das Rechtsbewährungsprinzip als Hauptgrund zur Begründung der Schärfe des Notwehrrechts herangezogen.²⁰² Denn es ermögliche, das grundsätzliche Fehlen von Ausweichpflichten oder der Pflicht zur Herbeiholung staatlicher Hilfe und den Verzicht auf

190 Mitsch, JA 1989, 79/84.

191 Frister, Strafrecht AT, § 16, Rn. 4; ders., GA 1988, 291-301 f.; Mitsch, JA 1989, 79-84.

192 Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, S. 7 f.; Frister, GA 1988, 291/302; ders., Strafrecht AT, § 16, Rn. 4; Seesko, Notwehr gegen Erpressung, S. 110 f.; Mitsch, GA 1986, 533-545; ders., Strafloze Provokation strafbarer Taten, S. 121; ders., JA 1989, 79-84; Schünemann, in Schneider, S. 407-414; Schmidhäuser, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, in Merten, S. 53-65; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs, S. 131.

193 Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, S. 8.

194 Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., § 7, Rn. 10; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 I, 1; Roxin, AT I, § 15, Rn. 2.

195 Roxin, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), 68-70; Schmidhäuser, GA 1991, 97-121; Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, 177-180; ähnlich Rudolphi, GS-Kaufmann, S. 371-394, der vom „Grundsatz der Rechtsbehauptung“ spricht.

196 Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 10.

197 Kühl, JuS 1993, 177-180; ders., Strafrecht AT, § 7, Rn. 10; Hassemer, Die Provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts, in FS Bockelmann, München 1979, 225-240.

198 Hassemer, FS-Bockelmann, 225-240; Geilen, Jura 1981, 200; Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), 1-8, 10; Hinz, Die fahrlässig provozierte Notwehrlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, JR 1993, 353-356; Roxin, ZStW 93 (1981), 68-73 f.; ders., AT I, § 15, Rn. 2.

199 Hinz, JR 1993, 353-356.

200 Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, in FS-Honig, Göttingen 1970, 185-193; ders., Studienbuch, § 6, Rn. 51; ders., GA 1991, 97-121 f.; Roxin, ZStW 93 (1981), 68-71, 73.

201 Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 217 ff.; Schmidhäuser, Studienbuch, § 6, Rn. 51; ders., GA 1991, 97-121 f.

202 Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, S. 11 f.

Güterproportionalität im § 32 StGB im Unterschied zu § 34 StGB und § 228 BGB zu erklären.²⁰³

Zum einen würde sich dann beim Ausweichen oder Herbeiholen staatlicher Hilfe die Rechtsordnung selbst in Frage stellen und vor dem Unrecht zurücktreten,²⁰⁴ so dass sich auch bei Ausweichmöglichkeiten oder potentieller obrigkeitlicher Hilfe ein Notwehrrecht begründen lasse.²⁰⁵

Zum anderen erklärt das Rechtsbewährungsprinzip die bei § 32 StGB fehlende Proportionalitätsabwägung²⁰⁶, da auch in Angriffen auf geringwertige Güter immer ein Angriff gegen die Rechtsordnung liege.

Andererseits begründet das Rechtsbewährungsprinzip aber auch die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts in Fällen, in denen das Recht nicht oder nur in geringerem Maß bewährt werden muss,²⁰⁷ da seine Geltung durch den Angriff nur unwesentlich oder überhaupt nicht in Frage gestellt werde.²⁰⁸ Allein das Abstellen auf das Selbstschutzprinzip könnte eine Beschränkungen des Notwehrrechts nicht begründen, denn die Gefährdung der Rechtsgüter des Verteidigers ist stets unabhängig von den Fragen, ob dem Angreifer das rechtswidrige Verhalten vorwerfbar ist oder andere besondere Umstände vorliegen, die die Verteidigung unbillig erscheinen lassen. Anders ist es zu beurteilen, wenn das Rechtsbewährungsprinzip herangezogen wird.²⁰⁹ Lassen sich schon die generalpräventiven Bedürfnisse zurückstellen, so rückt das Rechtsbewährungsinteresse bei der Notwehr in den Hintergrund. Dies lässt sich damit begründen, dass hierbei eine grenzenlose Ausübung des Notwehrrechts seinen Sinn und Zweck nicht mehr voll erfüllen könnte, so dass das Individualschutzinteresse des Verteidigers ausnahmsweise nicht mehr mit voller Schärfe verteidigt werden darf.

Dies wird ganz besonders bei Angriffen gegenüber Kindern, Betrunkenen, Geisteskranken oder sonstigen schuldunfähigen und irrenden Angreifern deutlich.²¹⁰ Das Gleiche gelte für das Notwehrrecht unter Personen mit engen persönlichen Beziehungen, wo die

203 Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn. 1 a; Roxin, ZStW 93 (1981), 68-71; Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., § 7, Rn. 12; ders., JuS 1993, 177-131 f.; Hinz, JR 1993, 353-355.

204 Hinz, JR 1993, 353-356; Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, 299-309. Außerdem würden Rechtsbrecher ermuntert und das Vertrauen der Bürger in die Rechtsordnung stark beschädigt: Hinz, JR 1993, 353-356; Bertel, ZStW 84 (1972), 1-10.

205 Kühl, Strafrecht AT, § 7 Rn. 12; Roxin, ZStW 93 (1981), 68-71; ders., AT I, § 15 Rn. 2.

206 Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn. 1a; Roxin, ZStW 93 (1981), 68-71; Hinz, JR 1993, 353-355; Kühl, JuS 1993, 177-181 f.

207 Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, S. 12 ff.; Meyer/Ulbrich, Das schneidige Notwehrrecht oder Tödliche Schusswaffeneinsatz zur Selbstverteidigung nur in Florida?, JA 2006, 775/778; Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn. 47; Roxin, AT I, § 15 Rn 2; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 III 3.

208 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 III 3a; Roxin, AT I, § 15 Rn. 61.

209 Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (70); Kühl, JuS, 1993, 177 (181).

210 Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 195; Roxin, AT I, § 15, Rn. 61; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 III 3a; Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn. 52; Rönnau/Hohn, LK 12, § 32 Rn. 242; BGHSt 3, 217-218; Otto, FS-Württemberg, 129-141; Krause, Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, 329-335; a.A. van Rienen, Die "sozialetischen" Einschränkungen des Notwehrrechts, S. 247 ff., 253 ff. bzgl. Betrunkenen, vermindert Schuldfähigen und fahrlässig oder irrtümlich handelnden Angreifern; ebenso Krause, Zur Problematik der Notwehr, in FS-Bruns, Köln u.a. 1978, 1-84 ff. bzgl. vermindert Schuldfähigen.

Rücksichtnahmepflichten derartig stark im Vordergrund stünden, dass sich das Recht nicht zu bewähren brauche.²¹¹ Deshalb sei in derartigen Konstellationen das Notwehrrecht eingeschränkt und der Verteidiger müsse grundsätzlich versuchen auszuweichen oder Hilfe herbeizuholen. Genüge dies nicht zur Abwehr des Angriffs, so sei er zunächst auf bloße Schutzwehr unter größtmöglicher Schonung des Angreifers und Inkaufnahme gewisser eigener Risiken und leichterer Verletzungen beschränkt. Nur im äußersten Notfall dürfe er Trutzwehr üben, also zu verletzenden Gegenangriffen übergehen.²¹² Auch bei provozierten Angriffen oder sonst vorwerfbar herbeigeführter Notwehrlage trete das Interesse an der Rechtsbewahrung zurück.²¹³ Bei einer Absichtsprovokation, bei der der Verteidiger die Notwehrlage provoziert, um den Angreifer zu verletzen, entfällt nach h. M. das Notwehrrecht völlig.²¹⁴ Bei sonst verwertbarer Verursachung der Notwehrlage habe der Verteidiger bei rechtswidrigem Vorverhalten nur ein gestuftes Notwehrrecht, wobei dieselben Grundsätze wie bei Kindern und Schuldunfähigen gelten.²¹⁵ Auch in Fällen eines krassen Missverhältnisses zwischen verteidigtem und hierdurch verletztem Gut sei kein Rechtsbewahrungsinteresse gegeben, da es nicht Sinn der Rechtsordnung sein könne, die Verteidigung geringwertiger Güter um den Preis wesentlicher Schädigungen des Angreifers zuzulassen und das Recht nicht mit offensichtlich unverhältnismäßigen Mitteln verteidigt werden wolle.²¹⁶

211 Roxin, AT I, § 15, Rn. 93 ff.; Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 201 ff.; ders., Sozialethische Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, 244-252 f.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 III 3a; Amelung/Boch, Hausarbeitsanalyse-Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger, JuS 2000, 261-265; Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2001, S. 78 f.; Loos, Zur Einschränkung der Notwehr in Garantenbeziehungen, JuS 1985, 859-861 ff.; Marxen, Die sozialethischen Grenzen der Notwehr, Frankfurt a.M. 1979, S. 38 ff.; Joecks, StGB, § 32, Rn. 31 f.; Schroth, Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, NJW 1984, 2562-2563 f.; BGH, GA 1969, 117 f.; NJW 1969, 802; a.A. Engels, Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982, 109-114 ff.; Kretschmer, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in ihren strafrechtlichen und strafprozessualen Probleme, JR 2008, 51-52 f.; Frister, GA 1988, 291-308 f.; Otto, Grundkurs Strafrecht AT, 7. Aufl., 2004, § 8, Rn. 92; Zieschang, Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen?, Jura 2003, S. 527-531 f.; Gropp, AT, 2. Aufl., § 6, Rn. 87; Kioupis, Notwehr und Einwilligung, S. 84; Walther, Anmerkung zu BGH, v. 18.04.2002-3 StR 503/01, JZ 2003, 52-56; Montenbruck, Anmerkung zu BGH, v. 11.01.1984-2 StR 541/83, JR 1985, 115.

212 Roxin, AT I, § 15, Rn. 62; Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn. 52; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 III 3a; Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., § 7, Rn. 195 f.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 344; Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht AT, 5. Aufl., 2011, Rn. 121; BGHSt 3, 217/218; BSG, JZ 2000, 96/98.

213 Wessels/Beulke, AT, Rn. 346 ff.; Jäger, Strafrecht AT, Rn. 122 ff.; Roxin, AT I, § 15, Rn. 65 ff.; Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 207 ff.; Rengier, AT, 2. Aufl., § 18, Rn. 72 ff.

214 BGH, NStZ 1983, 452; 2003, 425-427; Wessels/Beulke, AT, Rn. 347; Jäger, Strafrecht AT, Rn. 122; Joecks, StGB, § 32, Rn. 24; Krey, AT I, Rn. 510; Lackner/Kühl 27 § 32, Rn. 14; Roxin, AT I, § 15, Rn. 65; a.A. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 38; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 112, 302; Retzko, Die Angriffsverursachung, S. 159; Hassemer, FS-Bockelmann, S. 225-243; nach Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn. 57; Erb, MüKo, 2. Aufl., § 32, Rn. 227; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 III 3a, soll er bei fehlender Ausweichmöglichkeit trotz Provokation ein Notwehrrecht haben.

215 BGHSt 24, 356/358 ff.; 26, 143/145 ff.; BGH, NStZ 1988, 269/270, Jäger, Strafrecht AT, Rn. 122; Wessels/Beulke, AT, Rn. 348; Roxin, AT I, § 15, Rn. 69; Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 258 ff.

216 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 III 3b; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 50; Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, 12-16; Lenckner, GA 1968, 1-4; Frister, GA 1988, 291-310 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 343; Roxin, AT I, § 15, Rn. 83 ff.; Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 171 ff.; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 232; Herzog, NK, 3. Aufl., 2010, § 32, Rn. 107 ff.; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 14; BGH, NJW 1976, 41/42; MDR 1956, 372; MDR/H 1979, 985 f.; GA 1968, 182/183; VRS 30, 281; NStZ 1981, 22/23; a.A. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 36; van Rienen, Die "sozialethischen" Einschränkungen des Notwehrrechts, S. 227 ff.; Schmidhäuser, FS-

Daraus ergibt sich, dass für die rein überindividualistische Theorie das Rechtsbewährungsprinzip als übergeordnetes Erklärungsmodell für die Auslegung des Notwehrrechts gilt. Trotzdem kann die Notwehr aber auch nicht auf die rein überindividualistische Konzeption zurückgeführt werden, weil das Rechtsbewährungsinteresse „allein durch das Medium des Einzelschutzes“ in Erscheinung tritt.²¹⁷ Denn § 32 enthält kein allgemeines Unrechtsverhinderungsrecht, sondern gilt nur, wenn der Täter einen Angriff „von sich oder einem anderen“ abwehrt.²¹⁸

V. Die dualistische Theorie

Auch wenn viele Abweichungen im Detail zwischen den einzelnen Autoren zu verzeichnen sind,²¹⁹ erklärt die heute in Rechtsprechung²²⁰ und Lehre²²¹ herrschende dualistische Notwehrkonzeption die weitgehenden Verteidigungsbefugnisse bei der Notwehr damit, dass die Verteidigung nicht nur dem individuellen Rechtsgüterschutz, sondern zugleich auch dem öffentlichen Interesse an der Bewahrung bzw. Verteidigung der Rechtsordnung diene.²²²

Nach der h.M. hat der im § 32 StGB bestehende Interessenkonflikt einen doppelten Aspekt,²²³ der für die Auslegung der Rechtfertigungsvoraussetzungen heranzuziehen ist. Daraus ergeben sich die zwei Grundprinzipien des Notwehrrechts, und zwar das Interesse des Individuums auf einen effektiven Rechtsgüterschutz, wobei die Notwehr zunächst dem Schutz von Rechtsgütern des Verteidigers oder eines anderen dient (individualrechtlicher Aspekt: „Schutzprinzip“),²²⁴ und der Gedanken der Rechtsbewahrung (sozialrechtlicher Aspekt: „Rechtsbewährungsprinzip“²²⁵)²²⁶ wobei

Honig, S. 185-198.

217 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 337; Hirsch, Dreher-FS, S. 218 ff.; Kühl, JuS 93, 182, Stiller, Grenzen des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachwerten, Gießen 1999, S. 36 ff.; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1.

218 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1.

219 Zutreffend stellt Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, S. 37, diesbzgl. als Vertreter einer rein individualistischen Notwehrkonzeption fest, dass es eine einheitliche, dualistische Notwehrlehre gar nicht gibt. Ebenso Montenbruck, Thesen zur Notwehr, Heidelberg 1983, S. 8.

220 BGH 24, 356/359; BayObLG, StV 1999, 147.

221 Hassemer, FS-Bockelmann, S. 225-239 ff.; Geilen, Jura 1981, 200; Krey, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, 702-714; Roxin, ZStW 93 (1981), 68-70 ff.; ders., AT I, § 15, Rn. 1; Hirsch, FS-Dreher, 211-219 f.; Lackner/Kühl 27 § 32, Rn. 1; Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn. 1; Otto, GK Strafrecht AT, § 8, Rn. 17; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 I 1, 2; van Rienen, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, S. 138 ff.; Rudolphi, GS-Kaufmann, S. 371-386; Sinn, Notwehr gegen nicht sorgfaltswidriges Verhalten, GA 2003, 96/97; Kasiske, Begründung und Grenzen der Nothilfe, Jura 2004, 832-833.

222 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, drohende und gegenwärtige Gefahr im Notwehr- und Notstandsrecht, Frankfurt a.M. 1991, S. 44 ff.

223 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1.

224 Gemeinsam mit dem Defensivnotstand ist bei der Notwehr die dem „Erhaltungsgut“ drohende Gefahr von dem Inhaber des „Eingriffsguts“ - d.h. dem Angreifer - zu verantworten (insofern daher auch eine Verknüpfung von Schutz- und Autonomieprinzip bzw. Prinzip der Verantwortlichkeit des Angreifers; vgl. auch Kühl, JuS 93, 183; Rudolphi, Anmerkung zu BGH Urteil v. 05.10.1990 – 2 StR 347/90, JR 91, 211). Schon allein dies reduziert auch die Schutzwürdigkeit des Angreifers. Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1.

225 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1.

226 BGHSt 48, 207, 212; kritisch Kaspar, Rechtsbewahrung als Grundprinzip der Notwehr?, RW 13, 40, 46 ff.; Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 [2002], 259.

die Notwehr auch der Bewahrung der Rechtsordnung im Ganzen dient, weil die Notwehrhandlung sich speziell gegen rechtswidriges menschliches Verhalten richtet, so dass hier der Grundsatz gilt, dass Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.²²⁷

Die Kritik an beiden Prinzipien ist, dass diese das Notwehrrecht nicht in jeder Hinsicht vollständig begründen.²²⁸ Jedoch sind Individualschutz- und Rechtsbewahrungsprinzip ihrerseits nur unter Rückgriff auf die übergeordneten allgemeinen Gerechtigkeitsgrundsätze der Verfassung - insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip -²²⁹ ausgestaltbar. Darüber hinaus stehen beide Grundgedanken der Notwehr gleichberechtigt nebeneinander, als sie sich gegenseitig ergänzen: Einerseits erweitert das Rechtsbewahrungsprinzip, das keineswegs nur mit einem absoluten Staatsverständnis zu begründen ist und dessen Sinn auch nicht in bloßer -negativer- Generalprävention erschöpft, den Individualschutz des Täters;²³⁰ andererseits begrenzt das Schutzprinzip den sozialrechtlichen Aspekt, indem die Notwehr eine „Gewaltermächtigung“²³¹ zur Wahrnehmung der an sich dem Staat vorbehaltenen Rechtsbewahrungsaufgabe nur insoweit enthält, als dies aus Gründen des Individualschutzes notwendig ist.²³² Damit ließe sich die Schneidigkeit des Notwehrrechts durch das Zusammenkommen beider Prinzipien des Selbstschutzes und der Rechtsbewahrung in der dualistischen Notwehrbegründung erklären.²³³

1. Begründung des Verzichts auf Güterproportionalität

Wieso sich der Verteidiger zum Schutz seiner Rechtsgüter mit nahezu unbegrenzter Schärfe über die privaten Interessen des Angreifers, soweit es zur Verteidigung erforderlich ist, einsetzen darf, kann nur durch eine Kombination des Selbstschutz- und Rechtsbewahrungsgedankens erklärt werden. Das Individualschutzprinzip vermag hierbei mit dem Argument der geringeren Schutzwürdigkeit des Angreifers und die besondere Schutzbedürftigkeit des Verteidigers aufgrund seiner

227 Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zu § 34 und zum bloßen Defensivnotstand, Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a. Vgl. auch BGH NJW 89, 2479.

228 Kargl, ZStW 110 (1998), 39 ff. und Kleszczewski, Ein zweischneidiges Schwert- Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem verpositiven System der Erlaubnissätze, in FS-Wolff, Berlin u.a. 1998, 230 ff.; Rönnau/Hohn, LK 12, Rn. 73. Teilweise wird den Vertretern des dualistischen Notwehrprinzips vorgeworfen, dass sie das Verhältnis der beiden Grundgedanken zueinander willkürlich nicht genau bestimmen, so dass es bei den unterschiedlichen Fragestellungen variiere. Fuchs, Grundfragen der Notwehr, S. 39 ff.; Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, S. 44 f.; Erb, MüKo, 1. Aufl., § 32 Rn. 11. Gerade die Flexibilität des dualistischen Notwehrkonzepts ermögliche es aber, das geltende Notwehrrecht zu erklären und eine größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Von Scherenberg, Die sozialethischen Einschränkungen der Notwehr, Baden-Baden 2009, S. 48.

229 Bülte, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 11, 157 ff.; Kaspar RW 13, 42 ff.

230 Wie er sich aus dem § 34 StGB ergeben würde. Gegen diese Erweiterung Koriath, FS-Müller-Dietz; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a.

231 Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, Tübingen 1975, S. 57 f.; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a.

232 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a.

233 Siciliano, Das Leben des fliehenden Diebes, S. 41.

Bedrängnissituation und seine Ungeübtheit in der Angriffsabwehr²³⁴ zwar einen Vorrang der Verteidigerinteressen im Zeitpunkt des Angriffs begründen.

Für eine vollständige Unterordnung der Rechtsgüter des Angreifers muss allerdings der Rechtsbewährungsgedanke ergänzend herangezogen werden. Denn erst der Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht in der Regeln nicht zu weichen braucht, kann überzeugend begründen, dass auch äußerst unverhältnismäßige Abwehrmaßnahmen im Interesse der Rechtsordnung legitim sein können.²³⁵

Schließlich wird noch a contrario ex § 34 argumentiert, welcher - anders als § 32 - ein „wesentliches Überwiegen“ des verteidigten Rechtsgutes verlangt.²³⁶

2. Begründung der fehlenden Ausweichpflicht

Für die Begründung der fehlenden Ausweichenpflicht bei der Notwehr greift die dualistische Notwehrkonzeption auf das Rechtsbewährungsprinzip zurück.²³⁷ Während ein Ausweichen oft die aussichtsreichste Möglichkeit der Rettung des angegriffenen Rechtsgutes darstellt,²³⁸ wird dem Verteidiger hiernach ein Ausweichen nicht abverlangt, weil das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche.²³⁹ Das Recht gäbe sich selbst auf, wenn es vor dem angreifenden Unrecht zu

234 Vgl. Kratzsch, FS-Oehler, S. 65. (80 f.); Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S. 32. Es können an dieser Stelle ähnliche Argumente vorgebracht werden wie bereits bei der fehlenden Ausweichpflicht des Verteidigers. Eine Bedrängnissituation liegt zumeist auch in den Notstandsfällen vor. Dennoch muss der Verteidiger bei der Notstandshandlung die Güterproportionalität beachten.

Wäre der Individualschutz des Bürgers alleiniger Rechtsgrund für die Existenz der Notwehr, wäre eine unterschiedliche Behandlung zum Notstandsrecht mangels unterschiedlicher Grundprinzipien der Rechtsinstitute nicht erforderlich.

235 Vgl. Gropp, AT, § 6 B II 2 a), Rn. 80 (S. 190); ähnl. Kunz, Die organisierte Nothilfe - Möglichkeiten und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen und Bürgerwehren, ZStW 95 (1983), 973 (987); Lenckner, GA 1968, 1 (3); ähnlich Otto, Würtenerberger-FS, 129 (138); Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (71); vgl. auch Wimmer, Das Anhalten beleidigender Briefe aus der Untersuchungshaft, GA 1983, 145 (157). Einprägsam formulierte bereits Oetker, Notwehr und Notstand, in Frank-FS, I, Aalen 1969, 359 (360): „Weil im Notwehrfalle das Recht vom Unrechte bedroht ist, besteht nicht Anlass, die Gefahr eines erheblichen oder gar drückenden Verlustes zur Voraussetzung des Abwehrrechtes zu machen“.

236 Kühl, Sozialethische Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, 244 (248).

237 OLG Karlsruhe, NJW 1986, 1358 (1360); Blei, Strafrecht AT I, Ein Studienbuch, 18. Aufl., 1983, § 39 II 3. S. 146; Kasiske, Jura 2004, 832 (835); Kühl, Jura 1993, 118; Lenckner, GA 1961, 295 (309); ders., Anmerkung zu BGH Urteil v. 14.06.1972 – 2 StR 679/71, JZ 1973, 252 (254); Perron, in Rechtfertigung und Entschuldigung, III, S. 87 f.; Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (70 f.) u. ders., Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in Jescheck-FS, Berlin 1985, 457 (459), wobei er allerdings die Generalprävention als Inhalt des Rechtsbewährungsprinzips ansieht; Schröder, Anmerkung zu BGH I, StS v. 01.08.1961 - 1 StR 197/61, JR 1962, 187 (188); Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a und 40; Warda, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr, Jura 1990, 344 (347).

238 Ebenso Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation, Berlin 1984, S. 49; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs, S. 170; Heller, Die aufgedrängte Nothilfe, S. 183; vgl. Kargl, ZStW 110 (1998), 38 (41); vgl. Kasiske, Jura 2004, 832 (833); Kroß, Notwehr gegen Schweigegelderpressung. Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Notwehr, Berlin 2004, S. 41; Kühl, Strafrecht AT, § 7 II 1c, Rn. 12; vgl. Meyer/Ulbrich, JA 2006, 775 (778); Pawlik, ZStW 114 (2002), 259 (272); ähnl. Günther, SK 8 § 32 Rn. 86; Stiller, Grenzen, S. 63; ähnlich Walther, Zu den Voraussetzungen der Notwehr in Fällen häuslicher Gewalt, Anmerkung zu BGH Urteil v. 18.04.2002 – 3 StR 503/01, JZ 2003, 50 (55); Warda, Jura 1990, 344 (347).

239 Blei, Strafrecht AT I, S. 146; vgl. Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1988, S. 137; Kretschmer, Jura 2002, 114 (115); Kühl, Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder ein Streit, der missfällt?, in Triffterer-FS, Wien/New York

weichen hätte.²⁴⁰ Deshalb wird zur Verteidigung der Rechtsordnung auch eine für Angreifer und Verteidiger riskante Notwehrhandlung akzeptiert.²⁴¹

Schließlich wird das Fehlen einer Ausweichpflicht teilweise auch unter Rückgriff auf den Wortlaut des § 32 ausgeschlossen, der von „Verteidigung“ bzw. „Abwehr“ eines Angriffs spricht.

Die „Zwei-Elemente-Theorie“²⁴² wird in verschiedenen Spielarten vertreten, die sich durch das Verhältnis der beiden oben genannten Grundgedanken voneinander unterscheiden und je nach Begründungsbedarf entweder der individualistischen²⁴³ oder überindividualistischen²⁴⁴ Komponente Priorität anräumen.²⁴⁵ Zum Teil wird - trotz verbaler Betonung des Rechtsbewährungsprinzips als primärer Grundgedanke der Notwehr - die Schärfe der Notwehr auf den individualrechtlichen Aspekt gestützt.²⁴⁶ Grund hierfür sei zum einen, der Wortlaut der Norm, der den Rechtsbewährungsgedanken nicht direkt herleiten lasse. Zum anderen beseitige die Betonung des Individualschutzgedankens die im Rechtsbewährungsgedanken liegende Gefahr, dass der Verteidiger zu einem für die Sicherheit und Ordnung zuständigen privaten Hilfspolizisten wird.²⁴⁷ Zum anderen wird behauptet, dass das individualistische Rechtsgüterschutzprinzip bei Vorhandensein des Selbstschutzinteresses eine eigenständige Erklärungsgrundlage für das Notwehrrecht bildete und dass es lediglich beim Fehlen des Selbstschutzinteresses der Rückgriff auf das Rechtsbewährungsprinzip zur Begründung der Notwehr erforderlich sei.²⁴⁸ Erstens kann nur mit

1996, 149 (150); ders., JuS 1993, 177 (181); ders., AT, § 7 II 1c Rn. 12 u. III 2a Rn. 78; Lenckner, GA 1985, 295 (300); Rönnau/Hohn, LK 12, § 32 Rn. 182; Meyer/Ulbrich, JA 2006, 775 (778); Samson, SK, 2. Aufl., 1977, § 32 Rn. 19; Wessels/Beulke, AT, § 8 V 3 b). Rn. 339. Als Vertreter einer rein individualistischen Notwehrdeutung: Frister, Strafrecht AT, S. 189. Rn. 24; Günther, SK 8 § 32 Rn. 86. Weiter gebiete die generalpräventive Funktion der Notwehr eine Verteidigung trotz Ausweichmöglichkeit zur sofortigen Rechtsbewährung. Blei, Strafrecht AT I, 539 n 3. s. 146; Hinz, JR 1993, 353 (356).

240 Vgl. Bockelmann, Notrechtsbefugnisse der Polizei, in Dreher-FS, Berlin/New York 1977, S. 235 (248); vgl. auch Schmidhäuser, GA 1991, 97 (106 u. 121). Im Sinne einer „Kapitulation des Rechts vor dem Unrecht“: Hinz, JR 1993, 353 (356 f.); Lenckner, GA 1968, 1 (4); vgl. ders., GA 1961, 299 (309).

241 Kioupis, Notwehr und Einwilligung, S. 57.

242 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a; Marxen, Die sozialetischen Grenzen der Notwehr, S. 35.

243 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, § 32 I 2; Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (75 f.); Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., Berlin/New York, 1973, S. 32 Fn. 68; Jagusch, LK, 8. Aufl., Berlin 1957, § 53 Anm. 1; Spendel, LK 11 § 32 Rn. 14.

244 Engelhard/Radbruch, Strafrecht, Die Lehre vom Verbrechen an Hand von Rechtsfällen, 2. Aufl., Heidelberg, 1948, S. 13 f.; Courakis, Zur sozialetischen Begründung der Notwehr, Baden-Baden 1978, S. 31 Fn. 58, S. 35; H. Mayer, Strafrecht AT, Stuttgart 1953, S. 199; Bertel, ZStW 84 (1972), 1 (8 f.).

245 Die Unstimmigkeiten bei den Vertretern der dualistischen Theorie sind teilweise darauf zurückzuführen, dass es keine Einigkeit darüber besteht, was unter dem Notwehrprinzip „Recht braucht Unrecht nicht zu weichen“ bzw. unter der „Bewährung der Rechtsordnung“ zu verstehen ist. Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 48.

246 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 46 ff.; Lenckner, GA 1961, 299 (309); ders. GA 1968 1 (3); ders. Der rechtfertigende Notstand, Tübingen 1965, S. 24; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn 25 f. So Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 337, die - im Unterschied zu Roxin und Kühl - die Schärfe des Notwehrrechts eher auf die „individualrechtliche Betrachtungsweise“ zurückführen. Hingegen führen - wieder im Unterschied zu Roxin und Kühl - die Begründung der „Beschränkung“ eher auf den Gedanken der „Rechtsbewährung“ zurück. Vgl. dazu Siciliano, S. 43.

247 Kühl, JuS 1993, 177 (180).

248 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 45 f.; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs, S. 106, 133; Fuchs, Grundfragen der Notwehr, S. 40. Dass - im Unterschied zu der Regelung des rechtfertigenden und entschuldigenden Notstands der §§ 34 und 35 StGB und der Regelung des Selbsthilferechts des § 229 BGB - eine Pflicht zum Ausweichen oder zum Herbeiholen obrigkeitlicher Hilfe in § 32 StGB nicht vorhanden ist, sei nur damit erklärbar,

Hilfe des Rechtsbewährungsprinzips die besondere Schärfe²⁴⁹ des Notwehrrechts gerechtfertigt werden. Zweitens ist das Selbstschutzprinzip alleine zu unflexibel, die „sozialethischen“ Einschränkungen²⁵⁰ des Notwehrrechts zu begründen, so dass in gewisser Weise das Rechtsbewährungsprinzip wiederum begrenzend auf das Individualschutzprinzip einwirkt.

VI. Das Subsidiaritätsprinzip

Aus den oben angeführten Überlegungen zu den Grundlagen der Notwehr ergibt sich, dass das Notwehrrecht des Privaten im Verhältnis zur staatlichen Gewaltmonopol nur subsidiär ist.²⁵¹

Der Subsidiaritätscharakter bleibt nicht ohne Wirkungen, insbesondere wenn er die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs betrifft. Diese schließt die vorbeugende Gefahrenabwehr ebenso aus wie die nachträgliche Ahndung rechtswidriger Angriffe im Wege der Privatjustiz.²⁵² Danach ist Notwehr nur dann möglich, wenn das Subjekt sich in einer extrem zugespitzte Gefahrenlage befindet.

So begründet sich die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs aus der Notwendigkeit, die Selbstverteidigung zu begrenzen und sie nur dort zuzulassen, wo der Rechtsschutz des Staates fehlt oder nicht in der vorgeschriebenen Form gewährt werden kann.²⁵³ So fällt dann die Erforderlichkeit der privaten Abwehr aus, wenn bei einer Notwehrlage staatliche Hilfe erreichbar oder präsent und

„dass dem einzelnen Gelegenheit gegeben werden soll, die Rechtsordnung als eine überpersönliche Macht gegen Übergriffe zu verteidigen“. Im Gegensatz dazu sei nach Roxin der grundsätzliche Verzicht auf die „Proportionalität“ zwischen dem „abgewehrte[n]“ und dem „durch die Abwehr angerichtete[n] Schaden“ auf beide Prinzipien zurückzuführen: Zum einen werde „ein möglichst umfassender privater Individualschutz gewährleistet“. Zum anderen werde „[...] damit aber auch die Unverletztheit der Rechtsordnung dem reinen Güterwert übergeordnet“, Roxin, ZStW 93 (1981), 68 ff., 71. Ähnlich Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, § 7 Rn. 12 f. Vgl. dazu Siciliano, S. 41 ff.

249 Blei, Strafrecht AT I, S. 149; Eggert, Chantage - Ein Fall der Beschränkung des Notwehrrechts?, NSTZ 2001, 225 (228); Heller, Die aufgedrängte Nothilfe, S. 196; Hinz, JR 1993, 353 (355); Kasiske, Jura 2004, 832 (835); Krause, GA 1979, 329 (331); Kühl, in Triffterer-FS, 149 (150); ders. AT, 5. Aufl., § 7 II 1c) Rn. 12; ders., JuS 1993, 177 (180); Lenckner, GA 1961, 299 (309); Meyer/Ulbrich, JA 2006, 775 (778); Roxin, Jescheck-FS, S. 457 (459); Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 1 a; Stiller, Grenzen, S. 72 f.; Warda, Jura 1990, 344 (347).

250 Kasiske, Jura 2004, 832 (835); Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 7 II Rn. 6; vgl. ders., JuS 1993, 177 (180); Perron, in Rechtfertigung und Entschuldigung, III, S. 88; Rudolphi, Kaufmann-GS, S. 371 (394); vgl. Schroth, Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, NJW 1984, 2562 (2563); Wössner, Die Notwehr, S. 58. Diese Argumentationsweise wird von Vertretern der monistisch-individualistischen Notwehrkonzeption häufig kritisiert: So etwa Koriath, Müller-Dietz-FS, 361 (369), der hierin einen „argumentativen Trick“ sieht; vgl. weiter Retzko, Die Angriffsverursachung, S. 120.

251 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 11a., die bemerken, dass es die herrschende Meinung bei der Rechtslehre ist. Fischer, BK 58 § 32 Rn. 35. Günther, SK 7 § 32 Rn. 99. Dieser subsidiäre Charakter der Notwehr gegenüber dem staatlichen Gewaltmonopol fand schon im preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 Ausdruck: „Die Notwehr findet aber nur gegen eigenmächtige Gewalt und gegen diese nur als dann statt, wenn die obrigkeitliche Hilfe die Beleidigung (gemeint ist: den Angriff) weder abwenden noch den vorigen Zustand wiederherstellen kann.“ Siehe Suppert, Studien, S. 51 f., der § 518 zitiert.

252 Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 90. Es geht um die Aufrechterhaltung des grundsätzlichen Selbsthilfeverbotes: Suppert, Studien, S. 384.

253 Spendel, LK 11 S. 32, Rn. 112, der dort bemerkt, dass schon von der Kanonistik der enge zeitliche Zusammenhang zwischen Angriff und Verteidigung unter dem Ausdruck *in continenti, non ex intervallo* als entscheidende Ein- und Abgrenzungskriterien für die Notwehr herausgearbeitet worden ist. Die Zulassung der Notwehr in Fällen, wo obrigkeitliche Hilfe nicht zur Stelle ist, lässt sich durch die Anwendung *deficiente magistratu populus est magistratus* zum Ausdruck bringen. Siehe: Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, I, S. 336.

ebenso wirksam ist wie die private Abwehr.²⁵⁴ Aus dem Subsidiaritätsprinzip lässt sich auch das Verhältnis zwischen Erforderlichkeit und Gegenwärtigkeit der Verteidigungshandlung ableiten. Es wird jedoch betont, dass nach der h.L. in Deutschland der Anhaltspunkt des Subsidiaritätsprinzips nicht die Gegenwärtigkeit des Angriffs sondern die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung ist.²⁵⁵

KAP. 3 DAS GEGENWÄRTIGKEITSMERKMAL ALS ANLASS ZUR DISKUSSION ÜBER DIE PRÄVENTIVNOTWEHR

Wie oben bereits erwähnt, ist eines der beiden Tatbestandsmerkmale, die einen Angriff zu einem notwehrrelevanten Angriff i.S.d. § 32 II StGB macht, dessen Gegenwärtigkeit. Die vorliegende Untersuchung behandelt eben die Frage, ab wann ein Angriff schon gegenwärtig i.S.d. § 32 StGB ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die Abgrenzung der Vorfeldmaßnahmen, die bereits in der Entwicklungsphase des Angriffs vor dessen „Gegenwärtigkeit“ im Rechtssinne ergriffen werden, die also gerade verhindern sollen, dass es überhaupt zu einem gegenwärtigen Angriff i.S.d. § 32 II StGB kommt, von den frühestmöglichen Notwehrhandlungen als ein der klassischen Rechtsprobleme im Rahmen der Notwehr dar.²⁵⁶

Um die Problematik der sog. „Präventivnotwehr“ umfassend aufzeigen können, bedarf es zunächst einer näheren Erläuterung des Gegenwärtigkeitsmerkmals.

I. Das Merkmal der Gegenwärtigkeit im deutschen Notwehrrecht

Der Angriff i.S.d. § 32 II StGB muss sich zeitlich in einer akut zugespitzten Entwicklungsphase befinden, die das Gesetz mit dem Tatbestandsmerkmal der „Gegenwärtigkeit“ umschreibt.

Nach einer früher vorherrschenden und auch heute noch sehr gebräuchlichen Definition ist ein Angriff gegenwärtig im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits

254 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 11a. Fischer, BK 58 § 32 Rn. 35. Günther, SK 7 § 32 Rn. 88 und 100.

255 Suppert, Studien, S. 283 f. Er kritisiert das Zusammenbringen von Subsidiaritätsprinzip und Gegenwärtigkeit des Angriffs: „Dem Wortsinne nach bleibt der Angriff auch dann „gegenwärtig“, wenn neben dem angegriffenen Privatmann ein abwehrbereiter Polizist steht“. Es ist aber zugleich zu bemerken, dass beim Vorhandensein eines abwehrbereiten Polizisten neben dem Angegriffenen gerade aufgrund des Subsidiaritätsprinzips das private Recht auf Notwehr ausfallen würde. Suppert erkennt aber an, dass nach geltendem Recht eine Beziehung zwischen Subsidiarität und Gegenwärtigkeit besteht: „Das Notwehr-Erfordernis der „Gegenwärtigkeit des Angriffs soll...gewährleisten, dass das Rechtsschutzmonopol des Staates durch die Zulassung privater Selbstverteidigung nicht ausgehöhlt wird und das grundsätzliche Selbsthilfeverbot unserer Rechtsordnung aufrechterhalten bleibt. Das Gesetz geht bei § 53 (heutige § 32 StGB) in der freilich missglückten, weil temporal gefassten Formulierung dieses Gedankens im Merkmal „gegenwärtig“ von der Vorstellung aus, dass im Falle eines gegenwärtigen Angriffs obrigkeitliche Hilfe nicht zur Stelle ist und deshalb die Übertragung der Befugnis zum Rechtsschutz auf den Privatmann erfolgen muss.“ Siehe Suppert, Studien, S. 384. Die Hervorhebung stammt von Suppert selbst.

256 Voß, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, S. 43.

stattfindet oder noch fort dauert.²⁵⁷ Hierbei ist der gerade stattfindende Angriff, also die im Gange befindliche Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen, insoweit unproblematisch, als dieser eindeutig im zeitlichen Bereich angesiedelt ist, den die Notwehrbestimmung umfassen will. Hingegen ist die Bestimmung des unmittelbaren Bevorstehens des Angriffs zum Gegenstand einer intensiven Diskussion geworden.²⁵⁸ Einige Autoren wollen den zeitlichen Beginn einer Notwehrbefugnis dadurch bestimmen, dass sie die sachlichen Erwägungen heranziehen, die für den Versuchsbeginn gelten.²⁵⁹ Als gleichbedeutend mit dieser Auffassung dürfte die Formulierung zu werten sein, als gegenwärtiger Angriff sei „auch ein Verhalten anzusehen, das zwar noch kein Recht verletzt, aber unmittelbar in eine Verletzung umschlagen kann.“²⁶⁰ Dieser engen Bestimmung der zeitlichen Anwendungsgrenze in Anlehnung an die Regeln des Versuchs (§ 22 StGB) ist in der Literatur aber stets auch widersprochen worden,²⁶¹ und es wurde vor allem darauf hingewiesen, dass dieser Lösungsversuch den Angegriffenen unzulässig belasten könne. Eine Abwehrhandlung müsse nämlich auch dann zulässig sein, wenn sich der Angriff zwar in einem dem Versuch noch vorgelagerten Stadium befinde, weil ein Zuwarten bis zum Versuchsbeginn die Erfolgsaussichten einer Verteidigung wesentlich herabsetzen würde (sog. Theorie der wirksamsten Verteidigung)²⁶². Beide Lösungsvorschläge enthalten zutreffende Ansatzpunkte und eine Kombination aus beiden dürfte den richtigen Weg weisen. Eine sinnvolle Abgrenzung der Notwehr von den Präventivnotwehrfällen lässt sich wiederum anhand der Kriterien ermitteln, die sich aus dem von der Notwehr bezweckten Rechtsbewährungsinteresse entnehmen lassen. Die Präventivnotwehrfälle zeichnen sich dadurch aus, dass - wie bei den Nicht- und den sorgfaltsgemäßen Handlungen - eine der beiden Säulen des Notwehrrechtes, eben das Rechtsbewährungsprinzip, nicht zum Tragen kommt.²⁶³ Allerdings ist nicht zu leugnen, dass ein Interesse der Rechtsordnung auch daran besteht, noch im Vorbereitungsstadium befindliche, d.h. in in der Zukunft liegende Rechtsverstöße zu

257 Vgl. BGHSt, 27, 339; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, § 32 II 1 d, S. 306; Wessels, Strafrecht, AT, 25. Aufl., 1995, § 8 V 1, Rn. 328.

258 Zum Streitstand vgl. Kühl, Jura 1993, S. 61.

259 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 102, 167, 182 f. Auch Jakobs, AT, 12/23 befürwortet ausdrücklich eine Behandlung dieser Frage „analog der Versuchsbestimmung“. Zu einer ähnlich engen Beurteilung der Gegenwärtigkeit gelangen auch, zumindest im Ergebnis, Kratzsch, StV 1987, S. 228 und Fuchs, Grundfragen der Notwehr, S. 99 f.

260 BGH, NJW 1973, S. 255; ähnlich schon RGSt 53, 132; 61, 216; 67, 339.

261 Spindel, LK 11 § 32, Rn. 117; Lenckner, Sch/Sch, 24. Aufl., § 32, Rn. 14; Geilen, Jura, 1981, S. 205; Roxin, Tjong-GS, S. 142 f.; ders., Strafrecht AT I, 2. Aufl., 1994, § 15 V, Rn. 21; Schmidhäuser, Studienbuch, 6/61. Vgl. aus der älteren Lit.: Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885, S. 746 f.; von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Berlin 1930, S. 209; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, § 14 II 1b, S. 85.

262 In diesem Sinne etwa Schmidhäuser, Studienbuch, 6/61; Kühl, Strafrecht AT, 1994, § 7, Rn. 41; Samson, SK, 6. Aufl., § 32, Rn. 26ff.

263 Roxin, AT I, § 14 VII, Rn. 50; Spindel, LK 11 § 32, Rn. 112, 129; Lenckner, Sch/Sch, 24 § 32, Rn. 13; Otto, Die strafprozessuale Verwendbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden, in: Kleinknecht-FS, München 1985, S. 335 f.; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln u. a. 1983, S. 326.

unterbinden.²⁶⁴ Wenn hieraus aber der Schluss gezogen wird, dass daher das Rechtsbewährungsprinzip für die zeitliche Bestimmung des gegenwärtigen Angriffs keinesfalls als Erklärungsgrundlage dienen kann,²⁶⁵ so greift dieser Einwand aber nicht. Für § 32 StGB ist doch entscheidend, dass ein generalpräventives Interesse am Einschreiten gegen eine rechtswidrige Handlung zur Bewahr der Rechtsordnung in der konkreten Situation gerade einer Verteidigung durch einer Privatperson bedarf. Die Gewährung einer solchen Eingriffsbefugnis wie der Notwehr kann als Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol aber nur gerechtfertigt sein, wenn eine aktuelle Kampfsituation besteht. Die Notwehrsituation wird durch eine besondere Bedrängnissituation des Angegriffenen charakterisiert,²⁶⁶ in der obrigkeitliche Hilfe nicht mehr erlangt werden kann und dem Verteidiger auf Grund dieser akuten Gefahrenlage auch nicht mehr abverlangt werden kann, seine Abwehr an Verhältnismäßigkeitskriterien zu orientieren. Den letzten Punkt vernachlässigen vor allem die Vertreter der sog. Theorie der wirksamsten Abwehr.²⁶⁷ Dass bereits im Vorfeld eines Angriffs regelmäßig größere Erfolgchancen für eine erfolgreiche Abwehr bestehen, ist zwar kaum zu bestreiten. In diesem Stadium aber ist es nicht ersichtlich, wodurch eine Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol zu rechtfertigen ist. In diesem Stadium kann aber ohne weiteres polizeiliche Hilfe noch eingeschaltet werden, d.h., die Aufgabe zur Unterbindung von Straftaten obliegt hier noch allein dem Staat, einer Rechtsbewährung durch den Privatmann bedarf es nicht. Es besteht also kein Rechtsbewährungsinteresse das durch den einzelnen wahrgenommen werden muss. Dies ist für § 32 StGB, aber erforderlich. Die Vertreter der „Versuchslösung“ entgehen diesem Einwand, da bei einem unmittelbaren Ansetzen zur Tat im Sinne von § 22 StGB (etwa wenn der Täter schon zum Schuss anlegt) eine akute Kampfeslage regelmäßig schon bestehen wird, die es rechtfertigt, dass der einzelne die Interessen der Rechtsordnung in die eigenen Hände nimmt. Trotzdem erscheint ein Abstellen auf den Versuchsbeginn ebenfalls als nicht sachgerecht, da dieser Zeitpunkt unmittelbar nichts darüber besagt, wann sich die Situation so zugespitzt hat, dass § 32 StGB eingreifen kann. Die Versuchsgrenze ist stark an die Tatbestandserfüllung angenähert, da eine Bestrafung grundsätzlich (um dem Vorwurf eines bloßen „Gesinnungsstrafrechts“ zu entgehen) eine Vollendung der Tat erfordert.²⁶⁸

Dieser Gesichtspunkt spielt für die Notwehrproblematik aber keine Rolle. Erläutert werden kann dies durch zwei Beispiele aus der Rechtsprechung: Im ersten Falle schoss ein Wachtmeister einem

264 Dies zeigt sich schon exemplarisch in der Strafbarkeit der Verabredung, § 30 Abs. 2 StGB, die regelmäßig zu einem Zeitpunkt erfolgt, in der niemand bereits eine Notwehrbefugnis gegen das bloß geplante Delikt annehmen will. Kratzsch, StV 1987, S. 227.

265 So Kratzsch, StV 1987, S. 227; Günther, Hans-Ludwig, Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, in: JZ 1985, S. 271.

266 Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S. 29 ff.

267 Von Roxin, AT I, 2. Aufl., § 15 V, Rn. 22, auch „Effizienzlösung“ genannt.

268 Roxin, AT I, 2. Aufl., § 15 V, Rn. 21.

Wilderer ins Bein, weil dieser auf seinen Anruf hin sein Gewehr nicht fortwarf, sondern davonlief, um - zumindest aus Sicht des Beamten - sich eine Deckung zu suchen, um dann seinerseits das Feuer zu eröffnen.²⁶⁹ Im zweiten Fall schoss der Angegriffene auf den Angreifer, als dieser eine Handbewegung hin zu seiner Brusttasche machte, in der sich eine geladene Pistole befand.²⁷⁰ In beiden Fällen liegt noch kein strafbarer Versuch des Angreifers vor, da weder das bloße Hervorholen einer Waffe und natürlich noch weniger das Weglaufen, um eine Deckung zu suchen, als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne von § 22 StGB zu werten ist. Dem Vorschlag von Roxin entsprechend, dass als gegenwärtigen Angriff „neben dem Versuch auch die „versuchsnahe“ Vorbereitung“²⁷¹ zu werten ist, sofern eben diese versuchsnahe Vorbereitung die für § 32 StGB charakteristische Bedrängungssituation des Angegriffenen auslöst,²⁷² ist in beiden Fällen ein gegenwärtiger Angriff aber schon zu bejahen.²⁷³ Denn hier waren die bedrohlichen Situationen jeweils schon so weit fortgeschritten, dass ein Interesse daran bestand, die Verteidigung der Rechtsordnung auch der bedrohten Privatperson zu übertragen.²⁷⁴

Eine Bestimmung des Gegenwärtigkeitsbegriffs in § 32 Abs. 2 StGB kann also dahingehend erfolgen, dass ein Angriff immer erst dann gegenwärtig ist, wenn sich die Bedrohungssituation für den Angegriffenen so weit fortentwickelt hat, dass die Übertragung der Rechtsbewährung auf Private als gerechtfertigt erscheint.²⁷⁵

II. Die Funktion des Gegenwärtigkeitsmerkmals innerhalb der Notwehrvorschrift und das Verhältnis zur Präventivnotwehr

Gerade aus den Grundgedanken des Notwehrrechts lassen sich nützliche Hinweise über die Funktion des Gegenwärtigkeitsmerkmals innerhalb des § 32 StGB und dessen Bedeutung in der Diskussion zum Thema der Präventivnotwehr entnehmen.

Für die Frage, ab wann ein Angriff unmittelbar bevorsteht und ist damit schon gegenwärtig i.S.d. § 32 II StGB, und bis zu welchem Zeitpunkt er vom Angegriffenen nur befürchtet und ist damit noch nicht gegenwärtig im Rechtssinne, lässt sich aus den oben angeführten Erwägungen der Schluss

269 RGSt 52, 132.

270 BGH, NJW 1973, S. 255.

271 Roxin, Tjong-GS, S. 142.

272 Vgl. zum Begriff des „gegenwärtigen“ Angriffs auch BayObLG, NJW 1985, S. 2600 f., mit Anmerkung Botke, JR 1986, S. 292.

273 Im ersten Fall allerdings nur, wenn der Wilderer wirklich die Absicht hatte, aus der gesicherten Deckung auf den Wachtmeister zu schießen, sonst fehlt es schon an jeglichem Bedrohungselement, d.h. am Angriff. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Frankfurt a.M. 1998, S. 81.

274 Vgl. zu diesen beiden Fällen Roxin, Tjong-GS, S. 144 ff.; ausdrücklich gegen Roxin aber Jakobs, AT, 12/23, Fn. 40c.

275 Vgl. auch RGSt 63, 222: "Weiter reicht das Recht der gesetzlichen Notwehr nicht. Es besteht nur in dem Umfange, in dem es sich um eine Abwehr des in der Gegenwart drohenden Angriffs handelt, darf aber nicht zu dem Zweck ausgeübt werden, um in alle Zukunft die Fortsetzung oder Wiederholung eines solchen Angriffs unmöglich zu machen."

ziehen, dass das Tatbestandsmerkmal der „Gegenwärtigkeit“ i.S.d. § 32 II StGB gegeben ist, wenn und soweit der Angriff unmittelbar bevorsteht, gerade begonnen hat oder noch andauert.²⁷⁶

Durch die Festlegung dieses zeitlichen Moments ist eine Rechtfertigung von Präventivmaßnahmen, die vor diesem Zeitpunkt stattfinden, über § 32 StGB grundsätzlich ebenso ausgeschlossen wie das Einwirken auf den Angreifer nach Beendigung des Angriffs. Dies entspricht dem Zweck der Notwehr, die dem Angegriffenen das Recht zur Selbstverteidigung ausschließlich in Situationen an die Hand geben will, in denen staatliche Hilfe aus zeitlichen Gründen nicht erreichbar ist. Das Tatbestandsmerkmal des „Angriffs“ ist damit nicht nur begrifflich, sondern auch unter teleologischen Gesichtspunkten als punktuellere Ereignis, also als aktueller Friedensbruch zu verstehen. Das zeitliche Einschränkungsmoment der Gegenwärtigkeit stellt also das notwendige Gegengewicht zum notwehrtypischen einseitigen „Primat der Verteidigerinteressen“,²⁷⁷ um ansonsten untragbare Konsequenzen auszugleichen. Nur wenn in zeitlicher Hinsicht eine „ultima-ratio-Situation“ entstanden ist, befindet sich die jeweilige Auseinandersetzung in einer so zugespitzten Phase, dass zur Wahrung der individuellen Schutzinteressen wie auch der Wahrung der Rechtsbewährungsinteressen die für die Notwehr charakteristische Ausschöpfung aller notwendigen Verteidigungsmöglichkeiten zugelassen werden können.²⁷⁸ Maßnahmen, die bereits in der Entwicklungsphase des Angriffs vor dessen „Gegenwärtigkeit“ im Rechtssinne ergriffen werden, die also gerade verhindern sollen, dass es überhaupt zu einem gegenwärtigen Angriff i.S.d. § 32 II StGB kommt, können unter dieser Prämisse nicht über § 32 StGB gerechtfertigt sein.

III. Die Beurteilung des Gegenwärtigkeitsmerkmal nach der Ex-Post-Sichtweise

Ob ein Angriff unmittelbar bevorsteht und damit schon gegenwärtig i.S.d. § 32 II StGB ist, muss im Wesentlichen nach der zeitlichen Nähe, also der Unmittelbarkeit der drohenden Rechtsgutverletzung beantwortet werden. Wollte man sich von diesem Kriterium lösen, würde dies zu der Einbeziehung der Präventivmaßnahmen in den Bereich der Notwehr führen.

Die herrschende Meinung jedenfalls bestimmt die zeitlichen Grenzen der Notwehrlage aus einer Ex-post-Perspektive.²⁷⁹ Die Verteidigungshandlung kann also erst ab dem Zeitpunkt nach § 32 StGB gerechtfertigt sein, der sich im Nachhinein als derjenige herausstellt, ab dem der Angriff in unmittelbarer zeitlicher Nähe tatsächlich stattgefunden hätte. Diese Sichtweise der herrschenden

276 BGH NJW 1973, S. 255; Wessels/Beulke, AT, 38. Aufl., Rn. 328; Joecks, StGB, § 32 Rn. 8.

277 Geilen, Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten?, JR 1976, S. 316.

278 Geilen, Jura 1981, S. 205.

279 OLG Stuttgart, NJW 1992, S. 850 f.; Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 27; Günther, SK § 32 Rn. 65; Maurach /Zipf, Strafrecht AT I, § 26 Rn. 24; Wessels/Beulke, AT, 38. Aufl., Rn. 330; a.A.: Erb, MüKo, 2003, § 32 Rn. 96; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 342.

Meinung zollt der Tatsache Rechnung, dass die Regelung des § 32 StGB grundsätzlich von einer Auseinandersetzung zwischen Fremden ausgeht. Der Verteidiger, der auf einen ihm völlig unbekanntem Angreifer trifft, ist nicht dazu in der Lage, das Angriffsverhalten verlässlich abzuschätzen. In dieser Situation scheint die Ex-post-Perspektive gerechtfertigt, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Notwehr zu einem echten Eingriffsrecht des Verteidigers und einer entsprechenden Duldungspflicht auf Seiten des Angreifers führt.

Andererseits erscheint es das Abstellen der herrschenden Meinung auf die „Tatsächlichkeit“ des Angriffs fragwürdig. Was erst unmittelbar bevorsteht, geschieht tatsächlich eben noch nicht. Es besteht lediglich eine hohe, vielleicht sogar an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, dass der Angriff in unmittelbarer zeitlicher Nähe stattfinden wird. Diese Wahrscheinlichkeit ist aber im Ergebnis nur anhand einer Ex-ante-Deutung der in der konkreten Situation erkennbaren Tatsachen zu ermitteln und damit faktisch anhand einer Prognose.²⁸⁰ Diese Erkenntnis spricht entgegen der herrschenden Meinung aus praktischen Gesichtspunkten dafür, alle Notwehrvoraussetzungen aus der Ex-ante-Sicht eines „vernünftigen Durchschnittsbürgers“ in der konkreten Situation und mit dem Erkenntnisvermögen des Angegriffenen zu beurteilen.²⁸¹

Eine weitere Konsequenz aus der herrschenden Meinung ist, dass das Notwehrrecht ausschließlich auf bereits ins Versuchsstadium eingetretene Angriffshandlungen beschränkt wird. Eine solche Einengung der Gegenwärtigkeit des Angriffs ist aber unter Aspekten des Individualrechtsschutzes und der Risikoverteilung - die Verantwortlichkeit für die Entstehung der Rechtfertigung liegt schließlich beim Angreifer - grundsätzlich abzulehnen.²⁸² Daher sollte einmal mehr ein Angriff als gegenwärtig und damit eine Notwehrlage schon dann anzunehmen sein, wenn die (unwiderlegte) Annahme des Verteidigers, es stehe ein Angriff unmittelbar - mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit - bevor, die nach den Umständen der konkreten Situation als vernünftige Ex-ante-Sicht zu werten ist.²⁸³

Auf der anderen Seite sollten das Ungleichgewicht der Kräfteverhältnisse²⁸⁴ und die besondere Einschätzungsmöglichkeit des Konfliktverhaltens des anderen Kontrahenten aufgrund der Vielzahl von Einzelerlebnissen eine Ex-ante-Beurteilung der Gegenwärtigkeit des Angriffs rechtfertigen könnten, wenn der Angriff schon nicht in Gang gekommen ist, aber aus dem Erfahrungshorizont des Angegriffenen heraus mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sogleich beginnen wird.

280 Walther 2003, S. 53.

281 So auch: Rudolphi, Kaufmann-GS, S. 377; Erb, MüKo, 2003, § 32 Rn. 96.

282 Hierauf hinweisend Mitsch, Rechtfertigung einer Ohrfeige - BayObLG, NJW 1991, 2031, in JuS 1992, S. 291; unter Bezugnahme auf Frister GA 1988, S. 293.

283 Diese Meinung befindet sich im Vordringen: Misch 1992, S. 291 zu BayObLG NstZ 1991, S. 433; hierauf hinweisend Walther 2003, S. 53 f.

284 Voß, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, S. 47.

Insofern scheint der Schutz des Angreifers gegen das Risiko fehlender oder falscher Einschätzung der Angriffssituation seitens des Verteidigers in den hier erörterten Fallkonstellationen weniger gewichtig zu sein.²⁸⁵

IV. Das Gegenwärtigkeitsmerkmal im Notwehr- und Notstandsrecht

Zwischen dem Rechtsinstitut der Notwehr und jenem des Notstandes besteht im deutschen Strafrecht ein klarer Begriffsunterschied: Notwehr wird nach § 32 StGB bei einem „gegenwärtigen Angriff“ zugelassen. Notstand wird stattdessen auch im Falle einer „gegenwärtigen Gefahr“ anerkannt. Da kein wichtiger Unterschied im Gefahrbegriff bei §§ 34, 35 StGB besteht, wird es hier auf § 34 StGB hingewiesen.

Als gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 34 StGB wird ein Zustand verstanden, „dessen Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden“.²⁸⁶ Der Unterschied zwischen dem gegenwärtigen Angriff des Notwehrrechts des § 32 StGB und der „gegenwärtigen Gefahr“ des Notstandes besteht gerade daraus, dass der letztere die Abwehrmaßnahme grundsätzlich zu einem erheblich früheren Zeitpunkt als § 32 StGB gestattet.²⁸⁷ Auf der anderen Seite ist der erstere enger als der zweite zu verstehen, insbesondere wird unter „gegenwärtigem Angriff“ nicht die Dauergefahr erfasst.²⁸⁸

Sowohl die Rechtsprechung als auch die herrschende Lehre begreifen den Begriff „gegenwärtige Gefahr“ i.S. eines Notstandes in einem weiten Sinne und fassen darunter sowohl die Fälle der Dauergefahr, unter denen sich auch die Fälle der immer wiederkehrenden Angriffe (z.B. die Haustyrann-Konstellation) als auch die Fälle eines später drohenden Schadenseintritts, d.h. die Konstellation des künftigen Angriffs befinden.²⁸⁹

Die Gegenwärtigkeit einer Gefahr reicht hiernach weiter als die Gegenwärtigkeit des Angriffs i.S.d. § 32. Dies hängt mit dem Unterschied zwischen Gefahr und Angriff zusammen. Das Angriffsstadium der Notwehr setzt - anders als bei einem „latenten Gefahrenzustand“ - eine akute Zuspitzung der Gefahr, d.h. wenigstens ein unmittelbares Bevorstehen des rechtsgutsbeeinträchtigenden Verhaltens voraus,²⁹⁰ das infolgedessen in ihrem Grad stärker und in ihrer Feststellbarkeit sicherer ist.²⁹¹

285 Voß, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, S. 46 f.

286 Roxin, AT I, § 15 Rn. 12. Als Beispiel waren etwa der Schuldner, der nicht bezahlt, oder der Mieter, der nach Vertragsende nicht auszieht, zu nennen.

287 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 11a.

288 Wessels/Beulke, AT, Rn. 328. Bohlander, Principles, S. 101.

289 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 40 m.w.N.

290 Wessels/Beulke, AT, § 8 IV 2 Rn. 307.

291 In diesem Sinne ist Prävention (Vorkehr gegen zukünftige Schädigungen) etwas anderes als Defensive (Abwehr gegenwärtiger Beeinträchtigungen); sie ist selbst Erstangriff (Aktion) auf einen potentiellen Angreifer, nicht nur Gegenangriff als Verteidigung (Re-aktion) auf einen aktuellen Aggressor: Spindel, LK 11 § 32 Rn. 135. Pintore, Das

Im Unterschied zum Notstand, bei dem die Gegenwärtigkeit der Gefahr schon zu bejahen ist, wenn die Notwendigkeit zum Handeln gegenwärtig ist, betrifft die Notwehr nur einen Teilausschnitt gegenwärtiger Rechtsgutsgefährdungen, nämlich solche, die das Ergebnis eines hic et nunc stattfindenden rechtswidrigen Angriffs sind.²⁹² Der Begriff der Gegenwärtigkeit beim Notstand kann daher anders als bei der Notwehr rein teleologisch als „unselbständige Emanation des Grundsatzes der Erforderlichkeit der Notstandhandlung“ aufgefasst werden, denn die Gefahr ist schon dann gegenwärtig, wenn sie gegenwärtige Abwehr erforderlich macht.²⁹³

V. Die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr

Angesichts der oben dargestellten Überlegungen ergibt sich, dass sich alle Fälle der Präventivnotwehr dadurch auszeichnen, dass der Angriff nicht „gegenwärtig“ im Sinne der Notwehrvorschrift ist. Sie können aber sehr wohl eine „gegenwärtige“ Gefahr im Sinne des § 34 StGB begründen. Denn auf Grund der unterschiedlichen Bezugspunkte, Angriff einerseits und Gefahr andererseits, ist auch der Begriff der Gegenwärtigkeit unterschiedlich zu bestimmen. Der Gefahrbegriff gehört zwar mit zu den umstrittensten Bereichen im Allgemeinen Teil des Strafrechts.²⁹⁴ Die Gefahr ist „gerade durch das Merkmal einer gewissen Latenz“²⁹⁵ gekennzeichnet, und umfasst daher die gegenwärtige Gefahr eine zeitlich weiter reichende Spanne als der gegenwärtige Angriff. Unterstrichen wird dies dadurch, dass beim Angriff gerade das Angreiferverhalten der zeitliche Bezugspunkt für die Gegenwärtigkeit ist, bei § 34 StGB hingegen die Gefahr als solche. Versteht man als Gefahr also eine Sachlage, bei der „der Eintritt einer Rechtsgutsverletzung nicht ganz unwahrscheinlich ist“²⁹⁶ oder einen „durch eine beliebige Ursache eingetretene(n) ungewöhnliche(n) Zustand, in welchem nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist“,²⁹⁷ so zeigt sich, dass mangels akuter Bedrängnissituation zwar nicht der Angriff, wohl aber die Gefahr im Sinne der Notstandsvorschriften gegenwärtig sein kann. Es ist also grundsätzlich zumindest nicht aus diesem Grunde ausgeschlossen, die Präventivnotwehrfälle dem Recht des defensiven Notstandes zuzuordnen. Der Eingriff wird vorgenommen, obwohl der Schadenseintritt noch nicht unmittelbar bevorsteht, aber eine Abwehr

präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 230.

292 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 2.

293 Suppert, Studien, S. 337. Wessels/Beulke, AT, Rn. 303.

294 Vgl. Roxin, Strafrecht, AT I, 2. Aufl., § 19 A II, Rn. 11 m.w.N.

295 So schon Kion, Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten, in: JuS 1967, S. 503. Auch Spindel, LK 11 § 32 Rn. 126, spricht von einer „latente(n) Dauergefahr“.

296 Roxin, Strafrecht, AT I, 2. Aufl., § 16 A II, Rn. 11. Ähnlich Lenckner, Sch/Sch 24 § 34, Rn. 15; Jakobs, AT, 13/12.

297 Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, Kommentar, 47. Aufl., München 1995, § 34, Rn. 3; ähnlich schon RGSt 66, 255: „Unter gegenwärtiger Gefahr ist ein Zustand zu verstehen, der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird.“

später nicht oder nur unter erheblich verschlechterten Ausgangsbedingungen möglich wäre. Das ändert aber nichts daran, dass die Gefahr bereits gegenwärtig ist. Eine Gegenwärtigkeit im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB liegt hingegen nicht vor, da zum Zeitpunkt des Eingriffs die Bedrohungssituation noch nicht hinreichend aktuell ist.

Die Diskussion zeigt, dass die Festlegung einer starren Grenze im zeitlichen Vorfeld einer Notwehrberechtigung schwierig ist.²⁹⁸

Es wurde etwa am Beispiel der „Haustyrannentötungen“ vorgeschlagen,²⁹⁹ die Präventivnotwehrberechtigung ab dem Zeitpunkt zu gestatten, ab welchem auch ein polizeiliches Eingreifen rechtmäßig wäre. Dies würde bedeuten, dass die Präventivnotwehr erst zugelassen werden könnte, wenn ein Schadenseintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit in nächster Zeit zu erwarten wäre. Umgekehrt würde das Gefahrenabwehrinstrument der Präventivnotwehr entfallen, wenn davon ausgegangen werden müsste, dass sich die Bedrohungslage erst in geraumer Zeit wieder zuspitzte.³⁰⁰

Diese Auffassung setzt sich aber der Kritik unbefriedigender Resultate aus.³⁰¹ Im Vergleich zu einer Aggressivnotstandssituation sei bei dieser zeitlichen Grenzziehung eine Abwehrhandlung in Präventivnotwehr erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich.³⁰² Dies führe dazu, dass sich die an der Entstehung der Gefahr unbeteiligte Person (Aggressivnotstandsoffer) zeitlich früher mit Abwehrmaßnahmen konfrontiert sähe als diejenige Person, aus deren Sphäre die Gefahr herrühre (Präventivnotwehr bzw. Defensivnotstandsoffer). Dies sei nicht sachgerecht.³⁰³

Andere stimmen befürworten vielmehr eine zeitlich fließende Zulässigkeit der Präventivnotwehrhandlung, deren Intensität sich mit zunehmender Nähe zu der drohenden Gefahr steigert.³⁰⁴ Weil es sich aber noch nicht um Notwehr handelt, ist die Präventivnotwehr nur zulässig, wenn die Gefahr nicht anders (z.B. durch rechtzeitige staatliche Hilfe) abwendbar ist.³⁰⁵

TEIL 2 DIE PRÄVENTIVE VERTEIDIGUNG NACH DEUTSCHER ANSICHT

Der folgende Teil widmet sich der Konstellation der sogenannten „Präventivnotwehr“. In einem

298 Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 92.

299 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 163 ff.

300 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 163, 168 f.

301 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S.173 ff.

302 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 173.

303 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 175.

304 Je näher die Gefahr ist, desto stärker darf in präventiver Gefahrenabwehr in die Rechtsgüter des Notstandsoffers eingegriffen werden: Martin, S. 92; Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 177; Roxin, Strafrecht AT I, § 16 Rn. 85.

305 Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, S. 92 f.

ersten Schritt werden die Fallgruppen der „Präventivnotwehr“ dargestellt. Danach bietet die Arbeit einen Überblick über die verschiedenen Lösungsvorschläge in der Literatur für die rechtliche Einordnung der Präventivnotwehr. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Figur des „präventiven Defensivnotstandes“ und deren rechtlichen Behandlung zu legen.

KAP. 1 DIE KONSTELLATION DER “PRÄVENTIVNOTWEHR”

Für die vorliegende Untersuchung interessiert besonders die Frage, wie Konstellationen zu behandeln sind, die zeitlich aus dem Rahmen des § 32 StGB fallen, da der Angriff noch nicht gegenwärtig sondern erst bevorstehend ist.³⁰⁶ In diesem Zusammenhang sollen die Konstellationen der sogenannten „Präventivnotwehr“ eingehend behandelt werden.

I. Allgemein

Die Verteidigungsmaßnahmen, die im Vorfeld eines Angriffs ergriffen werden, obwohl eine akute Bedrohung von Rechtsgütern noch nicht vorliegt, was für § 32 StGB in der Regel erforderlich ist, werden unter dem Oberbegriff der Präventivnotwehr behandelt.³⁰⁷ Dabei wehrt der Verteidiger eine Gefahr ab, die sich noch nicht zu einem gegenwärtigen Angriff zugespitzt hat.³⁰⁸

Weil die Präventivnotwehr noch keine Notwehr ist, darf ihr nicht die gleiche Funktion zukommen.³⁰⁹ Die Schärfe der Notwehr dient aufgrund der Gegenwärtigkeit des Angriffs der unmittelbaren Verteidigung.³¹⁰ Fehlt es an der Gegenwärtigkeit eines Angriffs, ist der Abwehrende mangels „aktueller Kampfsituation“³¹¹ gezwungen, mit alternativen Möglichkeiten der Gefahrenabwehr in seinem Verteidigungsplan zu rechnen.

II. Die Fallgruppen der „Präventivnotwehr“

Im Sinne einer klaren Strukturierung der Fälle der präventiven Abwehr eines noch zukünftigen Angriffs lässt sich eine weitere Unterteilung vornehmen: Zum einen werden Fälle zu betrachten sein, in denen der rechtswidrige Angriff noch im Stadium der Vorbereitung steckengeblieben ist, aber in näherer Zukunft erfolgen soll (Präventivnotwehr im engeren Sinne bei künftigen Angriff)

306 Roxin, FS-Jescheck, S. 478 ff.; Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 35; Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der Haustyrannentötung, S. 82 ff.; Buchkremer, Präventive Verteidigung, Baden-Baden 2008, S. 46 ff.

307 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 35.

308 Vgl. Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, S. 84; Roxin, Strafrecht, AT I, § 15 Rn. 20, § 22 Rn. 17; Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 82.

309 Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, S. 84 f.

310 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 334, 338.

311 Roxin, FS-Jescheck, S. 480; ders., AT I, § 15 Rn. 23.

und zum anderen sind die sog. Dauergefahren am Beispiel der immer wiederkehrenden Angriffe darzustellen, also Sachverhalte in denen ein gefahrdrohender Zustand über einen längeren Zeitraum andauert und jederzeit (unter Umständen sogar mehrmals) in ein Schadensereignis umschlagen kann.³¹² Von diesen Fällen sind die Konstellationen der antizipierten Notwehr beziehungsweise des Dauerangriffs zu unterscheiden.

1. Die „Präventivnotwehr“ bei zukünftigen Angriffen

Nicht gegenwärtig ist ein erst künftiger Angriff, d.h. ein auch unmittelbar bevorstehender, aber noch nicht begonnener Angriff.³¹³ Nach der herrschenden Lehre, ist ein künftiger Angriff nicht von § 32 StGB gedeckt. Nunmehr bildet er eine Gefahrenlage, welche nach den Bestimmungen des Notstandsrechts zu behandelt ist.³¹⁴ Diese Auffassung kann als h.L. in Deutschland angesehen werden.³¹⁵

Zur Verdeutlichung der Präventivnotwehr bei Fällen künftiger Angriffe wird an dieser Stelle ein klassisches Beispiel von Lenckner angeführt, wobei ein Wirt seine Gäste betäubt, um einen erst für den späteren Abend geplanten Überfall durch diese zu verhindern. Hier erfolgt die Betäubung schon zu einem Zeitpunkt, in der der drohende Angriff noch nicht gegenwärtig ist, wohl aber besteht eine gegenwärtige Gefahr, da der Eintritt der Rechtsgutsverletzung nicht ganz unwahrscheinlich ist. Dass aber auch für diesen Fall eine Rechtfertigung in Erwägung gezogen werden muss, kann daher nur unter den ungünstigeren Voraussetzungen des Notstands (etwa die Möglichkeit dem Angriff auszuweichen und das Herbeiholen polizeilicher Hilfe) berücksichtigt werden.³¹⁶

Zur Absage an präventive Maßnahmen gegen künftige Angriffe wird die Kritik an die sog. Theorie der wirksamsten Abwehr zur Feststellung des Beginns eines gegenwärtigen Angriffs i.S.d. § 32 StGB erhoben. Danach ist ein Angriff „immer dann schon gegenwärtig, wenn er vom Angreifer so vorbereitet wird, dass eine spätere Abwehr nicht mehr möglich ist.“³¹⁷ Dem wurde aber widersprochen, dass die Effizienzlösung darauf hinausläuft, ganz auf das

312 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 84.

313 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 16.

314 Statt vielen: Günther, SK 7 § 32 Rn. 74, m.w.N. aus Rechtslehre und Rechtsprechung. Ferner: Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 289 und Spindel, LK 11 § 32 Rn. 128. Ferner: Wessels/Beulke, AT, Rn. 329. Dort wird betont: „Präventivmaßnahmen gegen künftige, noch nicht gegenwärtige Angriffe werden durch § 32 nicht gedeckt...Denkbar ist hier jedoch eine Rechtfertigung nach § 34.“

315 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (17).

316 Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 78 u. 84. Der Inhaber einer abgelegenen Wirtschaft hört, wie seine Gäste verabreden, ihn nach Eintritt der Polizeistunde zu überfallen. Da er nicht in der Lage ist, diesem Angriff anders zu begegnen, schüttet er ihnen deshalb ein Schlafmittel in den Wein. Hier erfolge die Betäubung schon zu einem Zeitpunkt, in der der drohende Angriff noch nicht einmal in die Nähe eines Versuchsstadiums gelangt, mithin nicht gegenwärtig war. Dass aber auch für diesen Fall ein Rechtfertigungsbedürfnis zumindest ernsthaft in Erwägung gezogen werden muss, dürfte offensichtlich sein. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand - Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen 1965, S. 102; ders., Lenckner, Sch/Sch 24 § 32, Rn. 17.

317 Schmidhäuser, Lehrbuch, 9/94 und Studienbuch, 6/61.

Gegenwärtigkeitserfordernis zu verzichten. Denn „ob ein Angriff gegenwärtig ist, richtet sich nicht nach der Erforderlichkeit sofortiger Verteidigung.“³¹⁸

Auf der anderen Seite kommt die Abwehr künftiger Beeinträchtigungen den Behörden zu, denn das Aussetzen des staatlichen Gewaltmonopols und die „Schneidigkeit“ der Notwehr, lassen sich nur „aus der augenblicklichen Kampfsituation“ legitimieren.³¹⁹

Gegen die „Theorie der wirksamsten Abwehr“ spricht auch, dass die Rückverlegung der Notwehrbefugnisse in den gesamten Vorbereitungsraum des Angriffs oder sogar noch früher die gesellschaftliche Friedensordnung gefährden würde, wenn schon im Vorfeld von Auseinandersetzungen vorbeugende Gewalt angewendet werden dürfte.

Noch ein weiterer wichtiger Grund gegen präventive Maßnahmen ist die sog. Reduktion des Irrtumsrisikos bei der Annahme eines gegenwärtigen Angriffs: Notwehr lasse sich nur dort rechtfertigen, wo eine schon einsetzende Kampfsituation das Irrtums- und Übereilungsrisiko auf ein tragbares Maß reduziert.³²⁰

Als Beispiel der ständigen Rechtsprechung des BGH³²¹ zur Frage des künftigen Angriffs soll hier der Bordell-Fall³²² dienen.

Die Gegebenheit des Falles enthält verschiedene Musterelemente der Konstellation des künftigen Angriffs: Erstens ist zweifellos ein mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kommender, konkreter Angriff zu erwarten. Zweitens wird dieser Angriff in kurzer Zeit beginnen. Drittens wurden die Abwehrmaßnahmen zur Zeit der Vorbereitungen des Angriffs getroffen, dieselben hatten aber nicht ihr „letztes Stadium, welches dem Versuchsbeginn vorgelagert ist“, erreicht, wie es die h.L. fordert. Obwohl der Angriff erst in der nächsten Zukunft zu erwarten und dadurch - in Abwesenheit eines großen Raums für Prognose und dadurch einem verringerten Irrtumsrisiko - auch in seiner konkreten Gestaltung leicht festzustellen war, aber noch nicht angefangen hatte,

318 Günther, SK 7 § 32 Rn. 70. Ein Angriff sei nicht schon deshalb gegenwärtig, weil die drohende Schädigung später nicht mehr abgewendet werden kann: Leckner/Perron, Sch/Sch 27, § 32 Rn. 13, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 13. Joecks, StGB, § 32 Rn. 51.

319 Roxin, GS-Tjong, S. 142, zugleich Jakobs, AT, 12/22, der betont: „Nur bei einem aktuellen Angriff überspielt der Zwang der Situation die Sorge um Kompetenzen“. Vgl. Günther, SK 7 § 32 Rn. 75.

320 Roxin, GS-Tjong, S. 142.

321 Siehe: BGH, 3. Strafsenat. Urt. vom 3. Februar 1993, in: BGHSt 39 133.

322 Das Tatgeschehen lief wie folgt: Beide Angeklagten betrieben ein Bordell. Sie erfuhren am Vormittag des Tages des Geschehens, dass der später getötete So. als Anführer einer Gruppe rechtsextremistischer Jugendlicher den Überfall des Bordells in der Nacht geplant hatte. Da sie die Sache selbst in die Hand nehmen wollten unterblieb eine Benachrichtigung der Polizei, welche in der Lage gewesen wäre, die geplanten Gewaltaktionen zu neutralisieren. Wenn die Angeklagten bemerkten etwa 150 m entfernt eine Ansammlung von bewaffneten jungen Leuten, fuhren sie - mit einer Schrotflinte bewaffnet - mit dem Auto bis zum Versammlungsort und forderten die Anwesenden auf abzubauen und sie in Ruhe zu lassen. Daraufhin liefen diese auseinander und versteckten sich hinter Autos, Bäumen und in Hauseingängen. Als die Angeklagten zum Fahrzeug zurückgingen, ging eine der jungen Männer mit erhobenen Händen und mit provozierender Langsamkeit auf den Angeklagten zu. Der Angeklagte schoss aus eine Entfernung von 0,5 m auf seinen Kopf und der Junge wurde tödlich getroffen.

stellte der BGH die Existenz einer Gefahrenlage fest,³²³ welche im Rahmen des Notstandes (gegenwärtige Gefahr) nach § 34 StGB³²⁴ und nicht i.S. einer Notwehr (gegenwärtiger Angriff) nach § 32 StGB zu beurteilen war³²⁵ und zwar aus Mangel eines gegenwärtigen Angriffs.³²⁶ Da aber die Gefahr des § 34 StGB durch Benachrichtigung der Polizei anders abwendbar gewesen sein wäre, fällt eine Rechtfertigung wegen Notstands aus. Auch eine Entschuldigung durch Notwehrüberschreitung des § 33 StGB wurde als nicht möglich angesehen.³²⁷

2. Die antizipierte Notwehr

Von der Präventiv-Notwehr bei künftigen Angriffen ist die Konstellation der sog. antizipierten Notwehr durch Anbringen von selbstständig wirkenden Anlagen, die im Augenblick eines gerade stattfindenden Angriffs wirksam werden sollen, zu unterscheiden.³²⁸

Die Selbstverteidigung durch Schutzmittel scheint sich gerade in den letzten Jahren wieder im Aufwind zu befinden. Viele Bürger sehen ihren Schutz durch die staatlichen Organe nicht mehr in hinreichender Weise gewährleistet und ergreifen daher eigene Strategien, ihre Gesundheit und Eigentum gegen Verbrechen zu verteidigen. Die Installation von Selbstschutzanlagen in den verschiedensten Erscheinungsformen scheint dazu ein geeignetes Mittel zu sein.³²⁹

Die Fällen der sogenannten antizipierten Notwehr sind durch den planmäßig vorbereiteten Einsatz effektiver Abwehrmechanismen gegenüber befürchteten oder schon erwarteten Angriffen gekennzeichnet. Der Begriff der antizipierten Notwehr bezeichnet also die Fälle der vorsorglich

323 Das Eintreten der Angeklagten in den Versammlungsort, die Forderung, von dort zu verschwinden, und das gleichzeitige Halten der Waffe aus nächster Entfernung zu den Versammelten mache eine Nötigung aus.

324 „Sind die Vorbereitungen für den Angriff aber so weit gediehen, dass sie - wie hier schon eine gegenwärtige Gefahr für die bedrohten Rechtsgüter bilden, so kann der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB eingreifen.“ BGHSt 39 137. vgl. Roxin, AT I, § 15 Rn. 26 und § 16 Rn. 72; Lenckner, Sch/Sch 24 § 32 Rdn. 17 und § 34 Rdn. 30. In einem späteren Werk zitiert Roxin diesen Teil des Urteils, um in Bezug auf die Gegenwärtigkeit des Angriffs zu bemerken, dass dort, wo ein künftiger Angriff in kurzer Zeit zu erwarten ist, der BGH keinen gegenwärtigen Angriff, sondern eine gegenwärtige Gefahr erkennt und diese „Präventivnotwehr“ nach § 34 StGB überprüft. Siehe, Roxin, AT I, § 15 Rn. 27, Fn. 28.

325 Obwohl der Angriff in kurzer Zeit erfolgen sollte, sei schon ein unmittelbar bevorstehender, doch aber noch kein begonnener Angriff gewesen: Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 16, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 16.

326 „Zwar wollten die Angeklagten damit die Angriffsvorbereitungen stören und die Rechtsradikalen durch Einschüchterung von ihrem Plan abbringen, das Bordell zu überfallen. Der Angriff auf das Bordell war aber noch nicht gegenwärtig im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB; denn der Abmarsch der Angreifer zu dem mehr als 100 m entfernten Bordell hatte noch nicht begonnen, weil noch nicht alle erwarteten Teilnehmer eingetroffen waren.“ BGHSt 39 136.

327 BGH, ebendort.

328 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 18a. Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 32. Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 65. Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 4. Günther, SK 7 § 32 Rn. 73. Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 153. Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 342. Wessels/Beulke, AT, Rn. 329a.

329 Geradezu ein Klassiker in diesem Bereich ist eine an der Zimmerdecke angebrachte Schrotflinte wird mittels einer Kordel so mit der Haustür verbunden, dass sie beim Öffnen der Tür auslöst und den Eindringling verletzt. Der Kordelmechanismus wird in der heutigen Zeit häufig durch Lichtschranken oder Bewegungsmelder ersetzt. Eine ebenso beliebte wenn auch in ihrer Wirkung äußerst gefährliche Anlage ist die Tretmine. Weitere Beispiele für Selbstschutzanlagen sind Fußangeln, elektrisch geladene Zäune und Schlageisen. Aber auch weniger automatisierte Vorrichtungen kommen in Betracht: auf einer Mauer einbetonierte Glasscherben, Metallspitzen auf Toren, Wachhunde, das Ausheben einer Fallgrube bis hin zum ausgelegten Giftköder. Lauth, Antizipierte Notwehr, Berlin 2004, S. 2 f.

installierten, selbsttätig wirkenden Schutzanlagen zur Abwehr potenzieller Angreifer.³³⁰ Auslösen und ihre Wirkung entfalten sollen sie nach der Vorstellung des Aufstellers aber erst, wenn ein Angriff tatsächlich verübt wird. Im Gegensatz zur klassischen Notwehrsituation verteidigt der Notwehrrübende seine Rechtsgüter nicht eigenhändig gegenüber einem unmittelbar stattfindenden Angriff. Er sorgt vielmehr unter Zuhilfenahme von Gerätschaften für den Fall eines möglichen Angriffs vor und installiert Abwehrmittel, um für möglicherweise bevorstehende Angriffe jederzeit ausreichend gerüstet zu sein.³³¹ Der Anlagenaufsteller weiß nicht, wann und ob es überhaupt einmal zu einem Angriff kommen wird.³³²

Dabei stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Fälle tatsächlich unter dem Gesichtspunkt der Notwehr zu behandeln sind.

Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Notwehrvoraussetzung der „Gegenwärtigkeit des Angriffs“ gelegt. Denn schon an einer fehlenden Gegenwärtigkeit des Angriffs im Zeitpunkt der Installation der Anlage könnte eine Rechtfertigung nach Notwehr scheitern. Höchst umstritten ist auch, nach welchen Kriterien die „Erforderlichkeit“ der jeweiligen Notwehrhandlung in Fällen der geschilderten Art bestimmt werden kann.³³³

Nun liegt es in der Natur von selbsttätig wirkenden Schutzanlagen, dass diese zu einem Zeitpunkt installiert werden, in dem noch kein Angriff gegenwärtig ist. Das Aufstellen der jeweiligen Anlage erfolgt gerade zum präventiven Schutz vor befürchteten oder erwarteten Angriffen. Im Zeitpunkt der Installation der Selbstschutzanlage sei der Angriff aber zukünftig und nicht gegenwärtig.³³⁴

Anwendet man die allgemeinen Kriterien des Merkmals der Gegenwärtigkeit des Angriffs auf die Fälle der Verteidigung mittels Selbstschutzanlagen, dann darf die Verteidigungshandlung dem Angriff eben nicht vorangehen, sondern auf diesen folgen, also reagieren muss.³³⁵ Damit liegt in den einschlägigen Fällen die Annahme mangelnder Gegenwärtigkeit des Angriffs bei Vornahme der Verteidigungshandlung nahe.

Ob ein Angriff gegenwärtig ist, muss zunächst untersucht werden, ab welchem Zeitpunkt überhaupt von einer Verteidigung des Anlagenverwenders gesprochen werden kann.³³⁶

Bei der Verteidigung durch Selbstschutzanlagen setzt sich die Verteidigung des Anlagenverwenders aus zwei Elementen zusammen: Installation und Wirksamwerden der Anlage. Das bloße Errichten der Abwehrrichtung stellt allerdings noch keine abgeschlossene Verteidigung dar. Erst ein

330 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 1 f.

331 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 2.

332 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 78.

333 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 6.

334 Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn 15.

335 Lauth, S. 79. Vgl. auch Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 15; Mitsch, JA 1989, 79 (84); Schönemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, Tübingen 1985, S. 41.

336 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 79.

bestimmtes Verhalten des Angreifers löst den Abwehrmechanismus aus und führt so zum Verteidigungserfolg. Die Installation bildet also nur die notwendige Voraussetzung einer erfolgreichen Abwehr, ohne aber selbst schon eine solche zu sein.³³⁷ Vor diesem Hintergrund hindert das Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs die Annahme einer Notwehrlage bei der Verteidigung durch Schutzanlagen nicht.³³⁸

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob der Verteidigung ein gegenwärtiger Angriff gegenübersteht, ist nicht der Zeitpunkt der Installation sondern der Moment des Wirksamwerdens der Anlage, da erst dann kann von einer abgeschlossenen Verteidigung die Rede sein. In diesem Zeitpunkt ist ein Angriff regelmäßig gegenwärtig. Die Abwehr wird immer erst im Augenblick des dann stattfindenden Angriffs ausgelöst und wirksam.³³⁹ So ist dem Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs Genüge getan. Daraus kann man folgern, dass unter dem Gesichtspunkt der Gegenwärtigkeit die Verteidigung durch Selbstschutzanlagen keine Präventivnotwehr darstellt.³⁴⁰

Bei der Selbstverteidigung durch selbsttätig wirkende Schutzmittel handelt es sich daher nicht um die Abwehr eines künftigen Angriffs, weil diese Anlagen erst im Augenblick eines gerade stattfindenden Angriffs wirksam werden sollen.³⁴¹ Das Problem liegt hier nur bei der Erforderlichkeit bzw. Gebotenheit der Verteidigungshandlung³⁴² und zwar aus Mangel an Kenntnissen der konkreten Umstände des kommenden Angriffs.³⁴³

Einer der Kritikpunkte gegen die Behandlung der Problematik der Selbstschutzanlagen beim Notwehrrecht ist nämlich, dass die Erforderlichkeit der Abwehr nicht nach den Gegebenheiten der jeweiligen Situation bestimmt werden kann.³⁴⁴

337 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 80.

338 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 137.

339 Angriff und Abwehr erfolgen Schlag auf Schlag, Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 80 f. und 137. Bereits in der historischen Debatte wurde die Gegenwärtigkeit des Angriffs in Fällen der Verteidigung durch Selbstschutzanlagen mit ähnlichen Argumenten bejaht. Bereits im Jahre 1887 wies Sommerlad in Der Gerichtssaal Bd. XXXIX (1887), 359, (384) als erster darauf hin, dass es sich bei der Installation der Anlage um eine bloße Vorsichtsmaßregel und nicht um eine fertige Verteidigung im Sinne des Notwehrparagraphen handele. Ebenfalls die Gegenwärtigkeit des Angriffs bejahend im beginnenden 20. Jahrhundert: Langenbach, S. 23 ff.; Rosenfelder, S. 24 ff.; Ridder, S. 40; Korn, S. 19; Köhnen, S. 39 ff. Im moderneren Schrifttum: Ebert, AT, S. 73; Erb, MüKo, § 32, Rn 107; Günther, SK § 32, Rn 73; Herzog, NK § 32, Rn 72; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 II 1d; Kühl, AT, § 7, Rn 43; Kühl, Jura 1993, 57 (62); Kunz, GA 1984, 539 (540 f.); Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32, Rn 18a; Müssig, Antizipierte Notwehr, ZStW 115 (2003), 224 (2401); Roxin, AT I, § 15, Rn 29; Schlüchter, FS Lenckner, S. 313 (314 f.); Spindel, LK 11 § 32, Rn 114; Sternberg-Lieben, JA 1996, 299 (303).

340 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 81.

341 Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn 18 a, m.w.N. Vgl. z.B. Günther, SK, 73; Kühl, Strafrecht AT, 7/43; Lackner/Kühl 27, 10; Lauth, Antizipierte Notwehr, 80; Rönnau/Hohn, LK 12 Rn. 142, 153; Roxin, AT I, 15/29 u. näher Kunz GA 84, 540 f.; Müssig, ZstW 115, 240 f.; Schlüchter, Lenckner-FS 314 f.; anders Baumann/Weber/Mitsch, 351.

342 Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 142. Joecks, StGB, § 32 Rn. 49. Günther, SK 7 § 73. Perron, Sch/Sch 29 § 32, Rn 18a.

343 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 20. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 15.

344 Roxin, AT I, § 15 Rn. 52. Roxin hält es für angemessener, diese Problematik mit der Rechtsfigur des erlaubten Risikos zu lösen. Siehe Roxin, ebendort, Rn. 53.

In jedem Einzelfall müsse genau geprüft werden, ob die Wirkung der jeweiligen Schutzanlage in concreto erforderlich sei, um den Angriff abzuwehren.³⁴⁵ Allerdings sei die Wirkung derartiger planlos wirkender Präventivmaßnahmen durchgehend unberechenbar.³⁴⁶ Darüber, dass die Verteidigungshandlung zur Zeit des Angriffs gegenwärtig sein wird, besteht kein Zweifel. Da aber der Angriff in der Zukunft geschehen wird, genauso wie die Wirkung der Anlage, ist es schwierig zur Zeit des Vorbereitens der Anlage zu beurteilen, ob die vorbereitete Verteidigungshandlung „erforderlich“ und „geboten“ gegenüber dem tatsächlichen Angriff sein wird.³⁴⁷

Daher ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Erforderlichkeitsprüfung wiederum nicht der Moment der Installation, sondern der des Wirksamwerdens der Anlage. Zu überprüfen ist hier die Proportionalität von Angriffs- und Verteidigungsintensität.³⁴⁸

Es müsse daran festgehalten werden, dass solche Schutzvorkehrungen prinzipiell angebracht werden dürfen und dass die dadurch verursachten Rechtsgüterverletzungen aufgrund des Notwehrrechts straflos sind, sofern der Angriff, den sie abschlagen, einmal von solcher Intensität ist, dass die durch das Medium der Schutzanlage ausgeübte Verteidigung in concreto erforderlich und geboten erscheint.³⁴⁹ Nur wenn sich die konkrete Wirkungsweise der Schutzanlage zur Abwehr des jeweiligen Angriffs als notwendig herausstellt, ist deren Urheber gerechtfertigt. Zeigt sich hingegen, dass auch ein milderer Mittel zur zuverlässigen Angriffsabwehr ausgereicht hätte, scheidet eine Notwehrrechtfertigung aus.³⁵⁰

Unter diesen Umständen kann die mittels einer Selbstschutzanlage beigebrachte Verletzung von Rechtsgütern eines Angreifers nach Notwehrgesichtspunkten gerechtfertigt werden.³⁵¹

3. Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr

Bei immer wiederkehrenden Angriffen handelt es sich um Angriffe, welche von derselben Quelle, nämlich einem gewalttätigen Menschen, ausgehen.³⁵² Die einzelnen Angriffe stehen miteinander in einem Zusammenhang, so dass weitere Wiederholungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in der nahen Zukunft zu erwarten sind.³⁵³

Weder die schon abgeschlossenen Angriffe noch die in der Zukunft zu erwartenden Angriffe werden in der Rechtsprechung und Lehre als unmittelbar bevorstehende Angriffe i.S.d. § 32 angesehen. Sie

345 Sommerlad, Der Gerichtssaal Bd. XXXIX (1887), 359, (393).

346 Sommerlad, Der Gerichtssaal Bd. XXXIX (1887), 359, (393 ff).

347 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 197.

348 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 138.

349 Sommerlad, Der Gerichtssaal Bd. XXXIX (1887), 359, (395).

350 Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 138.

351 Vgl. Lauth, Antizipierte Notwehr, S. 137 f.

352 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 216.

353 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 217.

bilden vielmehr eine „Dauergefahr“ und können dadurch eine Notstandslage begründen.³⁵⁴

Der Begriff der Dauergefahr wurde von der älteren Rechtsprechung für den entschuldigenden Notstand, § 35 StGB, entwickelt.³⁵⁵ Da aber hier der Gefahrbegriff keine Besonderheiten gegenüber dem des rechtfertigenden Notstandes aufweist, ist er ohne weiteres auch auf § 34 StGB und die anderen Notstandsvorschriften übertragbar (§§ 228, 904 BGB).³⁵⁶ Dauergefahren beschreiben gefahrdrohende Zustände, die über einen längeren Zeitraum andauern und jederzeit in einen Schaden umschlagen können, wenngleich auch die Möglichkeit besteht, dass der Eintritt des Schadens noch eine gewisse (längere) Zeitspanne auf sich warten lässt.³⁵⁷

Bei einer Dauergefahr ist eine gegenwärtige Gefahr i.S. einer Notstandslage zu bejahen. Zu verneinen ist dabei hingegen die Gegenwartigkeit eines Angriffs. Da die Gegenwartigkeit eines Angriffs zeitlich deutlich enger zu fassen als die Gegenwartigkeit einer Gefahr ist, fällt die Dauergefahr nicht in den Anwendungsbereich der Notwehr.³⁵⁸

Damit eine mit großer Wahrscheinlichkeit eintretende künftige Rechtsgutsverletzung verhindert werden kann, bietet sich es an, im Rahmen eines Defensivnotstands, sofortige Schutzvorkehrungen vorzunehmen.³⁵⁹ Somit ist es trotz fehlender Notwehr möglich, dem Schadenseintritt bei einem länger andauernden Gefahrenzustand vorzubeugen.³⁶⁰

Als Beispiel der sog. „Dauergefahr“ werden in der Literatur regelmäßig die „Haustyrannen“-Fälle genannt.³⁶¹ Eine lange Tradition hat in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur Tötung des „schlafenden Haustyrannen“.³⁶² Hierbei handelt es sich um Sachverhalte, in denen ein Familienvater seine Angehörigen zum Teil über Jahre hinweg körperlich misshandelt bzw. sexuell missbraucht und bedroht hatte. Als er sich nach einer solchen Misshandlung zur Ruhe gelegt hatte, wurde er im Schlaf von einem Familienangehörigen getötet, dies obwohl ein erneuter Gewaltausbruch seitens des Vaters erst einige Stunden oder gar Tage später zu befürchten war. Der Schlafende unternimmt mit Sicherheit keinen gegenwärtigen Angriff, aber immerhin besteht eine durch ihn verursachte, nicht zu leugnende, gravierende Gefahr für die Rechtsgüter seiner Angehörigen. Hier besteht also eine Defensivnotstandslage für den Täter.³⁶³ Dabei taucht aber wieder die Problematik auf, dass eine

354 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 217.

355 RGSt, 59, 69; 60, 318; BGHSt 5, 373.

356 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 87.

357 Roxin, AT I, 2. Aufl., § 16 A II, Rn. 18.

358 Vgl. Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, S. 84 f.; Zieschang, LK, 12. Aufl., 2006, § 34 Rn. 73. Vgl. auch Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr - BGH NJW 1979, 2053, JuS 1980, 341.

359 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 361.

360 Roxin, AT I, § 16 Rn. 21, 84.

361 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 36.

362 RGSt 60, 318; JW 1934, S. 422; BGH, NStZ 1984, S. 20 mit Anm. Rengier; BGH, NJW 1966, S. 1823; OGHSt 1, 369; OLG Celle, Hann. Rpfl. 1947, S. 15. Vgl. zu diesem Problembereich unter Berücksichtigung des psychologischen Aspekts, Schaffstein, Die entschuldigte Vätertötung, in: Stutte-FS, Köln u. a. 1979, S 253 ff.

363 Zumindest in Form der Notstandshilfe, sofern nicht der Täter selbst, sondern nur ein anderer Angehöriger

Tötung in Notstandssituationen grundsätzlich nicht zu rechtfertigen sein wird, so dass allenfalls eine Entschuldigung gemäß § 35 StGB gelingen kann.³⁶⁴ Trotzdem liegt systematisch natürlich ein Fall defensiver Gefahrenabwehr vor.³⁶⁵ Probleme bietet der Fall auch noch unter dem Gesichtspunkt der Andersabwendbarkeit der Gefahr (etwa durch Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe).³⁶⁶

Ein weiterer, strukturell gleich gelagerter Fall findet sich im sog. „Spanner-Fall“,³⁶⁷ wobei der BGH eine Notwehrlage ablehnte, weil der Angriff nicht mehr gegenwärtig war.³⁶⁸ Beim Schließen auf einen nächtlichen Eindringling erkannte der BGH aufgrund einer Dauergefahr einen entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB. Die immer wiederkehrenden Angriffe werden hier vom BGH nicht als ein einheitlicher Dauerangriff bewertet, sondern als einzelne abgeschlossene Angriffe behandelt. Die durch den Schuss gehinderten zu erwartenden Angriffe werden als künftig angesehen und dadurch nicht als gegenwärtig i.S.d. § 32 StGB. Da der Eindringling flüchtete bereits, als der Angeklagte auf ihn schoss, stellt der Angreifer keine akute Rechtsbedrohung für die Familie mehr dar. Wohl aber war eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare³⁶⁹ Gefahr³⁷⁰ für die Freiheit des Täters und dessen Frau anzunehmen.³⁷¹

Die Erwartung, dass die Angriffe sich wiederholen werden, begründet eine „fortdauernde Gefährdung der Freiheit der Eheleute“ im Sinne einer Notstandslage.³⁷²

Ob die Interessen der vom Spanner bedrohten Familie tatsächlich im Sinne von § 34 StGB³⁷³ „wesentlich überwiegt[en]“ ließ der BGH insofern „dahingestellt“, als er einen entschuldigenden

misshandelt worden war. Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 87.

364 Die Rechtsprechung ist zu dieser Lösung auch des öfteren gelangt, vgl. die Nachweise in Fußnote 41. Die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Tötung gemäß § 34 StGB trotz der grundsätzlichen Unabwägbarkeit des Lebens als höchstem Rechtsgut befürwortet soweit ersichtlich nur Geerds, Das Ende des Tyrannen, in: Jura 1992, S. 322. Die Rechtfertigung der Tötung mag zwar für andere Defensivnotstandsfälle zu bejahen sein, dies beruht aber auf Sondererwägungen, die nicht verallgemeinerungsfähig sein dürften. In diesem Sinne auch Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 31: Tötungen z.B. Des schlafenden Familientyrannen sind grundsätzlich auch hier nicht gerechtfertigt sondern allenfalls entschuldigt.

365 Im Fall, dass der Angehörige den „schlafenden Familientyrannen“ nur einsperrt, um Gewalttätigkeiten zu unterbinden, die dieser für den nächsten Morgen angekündigt hat, wird wohl niemand eine Rechtfertigungsmöglichkeit bestreiten wollen. So zutreffend Spindel, LK 11 § 32, Rn. 129.

366 Siehe dazu eingehend unten.

367 Mit Besprechungen von Hassemer, Besprechung von BGH, NJW 1979, S. 2053, in: JuS 1980, S. 69; Hirsch, Anmerkung zu BGH, 1979, S. 2053, in: JR 1980, S. 115; Hruschka, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?, in: NJW 1980, S. 21; Schroeder, JuS 1980, S. 336.

368 BGH. in: NJW 40 (1979) 2053. Der BGH wies darauf hin, dass: „der Angriff dauerte auch nicht deshalb fort, weil S. etwas entwendet hatte und mit der Beute flüchten wollte“.

369 Die Gefahr war, weil alle anderen Maßnahmen, insbesondere die Inanspruchnahme der Polizei und sogar die Abgabe eines Schreckschusses, ohne Erfolg blieben, nicht anders abwendbar.“ BGH, in: NJW 40 (1979) 2053 (2054).

370 „Gefahr im Sinne der Vorschrift ist auch eine Dauergefahr. Sie begründet einen Notstand, wenn sie so dringend ist, dass sie jederzeit, also auch alsbald, in einen Schaden umschlagen kann, mag auch die Möglichkeit offen bleiben, dass der Eintritt des Schadens noch eine Zeitlang auf sich warten lässt.“ BGH, in: NJW 40 (1979) 2053 (2054).

371 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 89.

372 BGH NJW 1979, 2054.

373 Für eine Behandlung der Präventiv-Notwehr Fällen nach der Regelung des rechtfertigenden Notstandes des § 34 StGB Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 16, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn.16. Joecks, StGB, § 32 Rn. 9. Günther, SK 7 § 32 Rn. 66. Roxin, AT I, § 15 Rn. 11.

Notstand nach § 35 StGB bejahte. Allerdings betonte er, dass „nach Lage der Dinge“ einiges für die Annahme eines rechtfertigenden Notstands spreche.³⁷⁴ Dieser Punkt wurde von der deutschen Lehre in Kommentaren heftig kritisiert. Von einem „wesentlichen Überwiegen“ des geschützten Rechtsguts könne keine Rede sein.³⁷⁵

4. Der Dauerangriff

Im Unterschied zur Dauergefahr ist ein Dauerangriff (oder fortdauernder Angriff) ein gegenwärtiger Angriff i.S.d. § 32 StGB, so lange er nicht endgültig aufgegeben oder fehlgeschlagen ist oder die Verletzung endgültig eingetreten ist, so dass ein weiterer Schaden nicht mehr abgewendet werden kann.³⁷⁶

Anders als eine Gefahr setzt ein Angriff eine akut zugespitzte, zeitlich eingegrenzte Konfliktlage voraus.³⁷⁷ Eine Ausnahme von dieser Regel bereiten die Dauerdelikte, wie z.B. Freiheitsberaubung, Hausfriedensbruch oder eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit.³⁷⁸ In solchen Fällen bleibt der Angriff so lange gegenwärtig bis zu dessen Beendigung,³⁷⁹ d.h. solange der rechtswidrige Zustand³⁸⁰ bzw. die rechtswidrige Sachlage³⁸¹ andauert oder solange die Verletzung des fremden Rechtsgutes nicht endgültig eingetreten ist.³⁸²

Auch bei Zustandsdelikten dauert der Angriff trotz vollendeter Tat bis zu materiellen Beendigung fort. Charakteristisch ist hier das Beispiel des mit der Beute fliehenden Diebes.³⁸³

Auch erpresserische bzw. nötigende Drohungen werden als Dauerangriff angesehen. Die h.L. sieht in der Äußerung der Drohungen den Beginn eines dauerhaften und deshalb noch nicht abgeschlossenen Angriffs auf die Willensfreiheit.³⁸⁴ So dauert der Angriff solange, bis der vom

374 BGH NJW 1979, 2053 a.E. Rechtfertigung nach § 34 StGB wäre auch in dem „Spanner-Fall“ anzunehmen gewesen [...] Die den Schusswaffengebrauch rechtfertigende geringere Schutzwürdigkeit des Betroffenen ist allerdings nur solange anzunehmen, als noch ein enger zeitlicher Zusammenhang zu dem vorausgegangenen eigenen Angriff besteht: Vgl. Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn 31.

375 Zur Kritik am Urteil des BGH vgl. etwa Hruschka, NJW 1980, 21 f. sowie Schroeder, JuS 1980, 340.

376 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 15, m.w.N.

377 Günther, SK 7 § 32 Rn. 66.

378 Im Günther, ebendort. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 14. Roxin, AT I, § 15 Rn. 28.

379 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 18. Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 149.

380 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 S. 342.

381 Roxin, AT I, § 15 Rn. 28.

382 Spindel, LK 11 § 32 Rn. 122. So dauert der Angriff bei Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) z.B. so lange an, wie der Eindringling im Haus weilt, oder bei Freiheitsberaubung so lange das Opfer eingeschlossen ist. Roxin, AT I, § 15 Rn. 28. Suppert verneint aber die Gleichsetzung von Dauerdelikt und gegenwärtigem Angriff. Entscheidend sei vielmehr eine Interpretation dieses Notwehr-Merkmals, die sich am faktischen Erfordernis der Angriffspräsenz und der dadurch ausgelösten Notwendigkeit eines effizienten Güterschutzes orientierte. Es ist vielfach so, dass ein Dauerdelikt gleichzeitig auch einen im Sinne des § 53 II (heutige § 32 II) gegenwärtigen Angriff, d.h. einen sog. Dauerangriff, enthält. Suppert, Studien, S. 276 f.

383 Roxin, AT I, § 15 Rn. 28.

384 Günther, SK 7 § 32 Rn. 76. Suppert, Studien, S. 276. Amelung, Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen, GA (1982), 381 (386). Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 11. Wessels/Beulke, AT, Rn. 328. Roxin, AT I, § 15 Rn. 29, der bemerkt, dass hier nicht das Gegenwärtigkeitserfordernis, sondern die Erforderlichkeit bzw. der Gebotenheit der Verteidigung problematisch ist.

Nötigenden erstrebte Erfolg eintritt.³⁸⁵ So ist eine nötige Drohung als Angriff auf die Handlungsfreiheit gegenwärtig zu sehen, solange ein alsbaldiges Handeln vom Bedrohten verlangt wird.³⁸⁶

Dem Gesagten zufolge ist anzunehmen, dass einen gegenwärtigen Angriff i.S. eines Dauerangriffs bei Situationen anerkannt wird, in denen eine fortdauernde Rechtsgutsverletzung vorliegt. Das sind diejenigen, bei denen ein „rechtswidriger Zustand“ oder eine „rechtswidrige Sachlage“ fort dauert.

KAP. 2 LÖSUNGSVORSCHLÄGE FÜR DIE RECHTLICHE EINORDNUNG DER „PRÄVENTIVNOTWEHR“

Hinsichtlich der zutreffenden rechtlichen Regelung der Präventivnotwehrfälle bestehen Uneinigheiten. Die Besonderheit dieser Fallgruppe liegt darin, dass eine Notwehrlage zwar nicht aktuell vorliegt, aber in einer Vorausschau auf die zukünftige Entwicklung droht.³⁸⁷

Im Folgenden wird die Berechtigung der Lösungsvorschläge erörtert, welche für die Präventivnotwehr-Fälle in der strafrechtlichen Literatur erwogen werden.

I. Allgemein

Die Regelung noch nicht gegenwärtiger menschlicher Bedrohungen ist von zwei Seiten aus in Betracht genommen worden.³⁸⁸

Von manchen Autoren wird diese Konstellation, da sie sich nur durch die präventive Abwehr von der Notwehr unterscheidet, auch als „Präventivnotwehr“ oder „notwehrähnliche Lage“ bezeichnet.³⁸⁹ Da es sich um Verhaltensweisen im Vorfeld des Angriffes im Sinne von § 32 StGB handelt, hat zunächst die zivilrechtliche Rechtsprechung erwogen, diese Sachverhalte über einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund der „notwehrähnlichen Lage“ zu lösen.³⁹⁰ Auch in der strafrechtlichen Literatur hat dieser Ansatz einige Verfechter gefunden, die aber in der Minderheit geblieben sind. Da aber noch keine Notwehrlage vorliegt und damit § 32 nicht unmittelbar

385 Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 151. Vgl. Suppert, Studien, S. 285.

386 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 18. Im konkreten Fall erpresserischer bzw. nötiger Drohungen sieht Suppert einen solchen dauerhaften Angriff auf die Willensfreiheit. Er bejaht deswegen eine unmittelbare Anwendung des § 53 StGB a.F. (heutige § 32 StGB) und lehnt bei diesen Fällen das Konstrukt einer „notwehrähnlichen Lage“ ab. Suppert, Studien, S. 290.

387 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S.83.

388 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 121.

389 Welzel, Strafrecht, § 14, S. 87; Schmitt, Tonbänder im Strafprozess, JuS 1967, 19 (24). Vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 40.

390 Zuerst BGHZ 27, 289 f. Angeregt wurde diese Lösung aber schon von Larenz, Verhandlungen des 42. DJT, 1957, D 28. In der älteren Rechtsprechung wurde eine Rechtfertigung nach dem Prinzip der "Verfolgung überwiegender berechtigter Interessen“ erwogen, KG, NJW 1956, S. 26. Dieser Erwägung sind einige Oberlandesgerichte zunächst gefolgt: OLG Celle, NJW 1965, S. 1679; OLG Düsseldorf, NJW 1966, S. 214; OLG Frankfurt, NJW 1967, S. 1047. Etwas unschlüssig BGH, NStZ 1982, S. 255. der zwar eine notwehrähnliche Lage annehmen will, diese soll aber einer Güterabwägung entsprechen, die den Regeln des § 34 StGB folgt.

anwendbar ist, wollen diese den Rechtfertigungsgrund der „notwehrähnlichen Lage“ auf eine Analogie zu § 32 StGB stützen.³⁹¹ Die andere Auffassung nimmt eine Nähe dieser Fallgestaltung zum Notstand an. Die einen wollen eine Analogie zu § 34 StGB vornehmen, d.h. einen Rechtfertigungsgrund der „notstands-ähnlichen Lage“³⁹² erfassen. Andere machen Vorschläge für die Anwendung eines speziellen „Defensivnotstand“, welcher entweder als Unterfall der Notwehr, oder als Unterfall eines Notstands nach § 228 BGB oder § 34 behandelt wird.³⁹³

Diese unterschiedlichen Meinungen werden im Folgenden auf ihre Berechtigung hin untersucht werden.

II. Die “notwehrähnliche Lage”, § 32 StGB analog

Als “notwehrähnliche Lage” wird die Situation, dass es einen künftigen Angriff abzuwehren gilt, bezeichnet. Dieser Begriff der „notwehrähnlichen Lage“ wurde als Erster von Larenz im Hinblick auf die heimliche Tonbandaufnahme und deren spätere Verwendung angewendet.³⁹⁴

Nach Larenz könne eventuell eine “notwehrähnliche Lage” eine solche Tonbandaufnahme rechtfertigen, um etwa gegen einen Erpresser ein Beweismittel zu sichern.³⁹⁵ Was er genau unter diesem Begriff verstand, erläuterte er nicht.³⁹⁶ Diese Bezeichnung sollte eben nur dieses zum Ausdruck bringen, dass die Lage nur der einer Notwehrlage ähnelt und ist eventuell ähnlich zu behandeln.

Als Ausgangspunkt der Diskussion über die rechtliche Behandlung der „notwehrähnlichen Lage“ wird ein Urteil des BGH angesehen, wobei er diesen Begriff in einem Fall einer heimlichen Tonaufnahme aufnahm.³⁹⁷ Der BGH stellt zuerst fest, dass die heimliche Gesprächsaufnahme ein

391 So insbesondere Suppert, Studien, S. 404; ähnlich Welzel, Strafrecht, § 14 II 2, S. 87 und Jakobs, AT, 12/27.

392 Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Köln u. a., 1983, S. 326 ff. Aus dem Gedanken heraus, dass eine Notstandslage hingegen bereits gegeben ist, will *Günther* diese Fälle nach dem von ihm entwickelten Institut der „notstandsähnlichen Lage“ im Sinne eines „echten Strafunrechtsausschließungsgrundes“, d.h. einer Zwischenstufe zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand, behandelt wissen.

393 Vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 47 ff.

394 Suppert bemerkt, dass vor BGH 27, 284 der Begriff „notwehrähnliche Lage“ von Larenz bei der 42. DJT 1957 in seinem Referat eingeführt wurde. *Larenz*, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentags, 1957, S. D28.

395 Suppert, Studien, S. 65 f. Fn. 122. Im Falle einer telefonischen Bedrohung findet zwar ein Angriff auf die Willensfreiheit statt, die Bedrohung kann aber durch eine heimliche Aufnahme nicht mehr abgewehrt werden. Die Aufnahme kommt als vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen die Verwirklichung des angedrohten Übels in Betracht. Bei der heimlichen Aufnahme ist deshalb zwar noch keine Notwehrlage im Hinblick auf das angedrohte Übel gegeben, gleichwohl wird der Bedrohte mit dem angedrohten Übel bereits konfrontiert. Heute kann eine heimliche Aufnahme, welche nach § 201 Abs. I strafbar ist, gemäß § 34 gerechtfertigt werden, wenn die künftige Gefahr nur sofort abgewendet werden kann: Lenckner, Sch/Sch, 27 § 201 Rn. 31a.

396 Suppert, Studien, S. 140.

397 BGH, VI. Zivilsenat, Urteil v. 20. Mai 1958, in: BGHZ 27, 284 (290). Die Rechtsfigur der “notwehrähnlichen Lage“ wurde quasi beiläufig vom BGH anlässlich eines Sachverhalts eingeführt, der die Rechtsprechung wiederholt beschäftigt hat. In einer Vielzahl von Gerichtsurteilen im Straf- und Zivilprozess war die Frage entscheidungserheblich, ob eine heimliche Tonbandaufnahme, deren Anfertigung den Tatbestand des § 201 StGB verwirklicht gerechtfertigt sein kann, wenn sie zur Abwehr einer Erpressung oder zur Gewinnung von Beweismitteln erfolgte: vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 84 f.

Angriff auf die Persönlichkeitsrechte (Art. 1 und 2 GG bzw. Art. 8 MRK) darstellt. Allerdings können Notwehr und „notwehrähnliche Lagen“ eine heimliche Tonaufnahme im Einzelfall, beispielsweise bei Festlegung erpresserischer Drohungen, rechtfertigen, ohne wiederum weiter darauf einzugehen, was man konkret unter einer „notwehrähnlichen Lage“ verstand. Auch aus dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung (BGHZ 3, 270, 280; 24, 72, 80) mag bei ganz besonderer Fallgestaltung eine Rechtfertigung in Betracht kommen.³⁹⁸ In diesem Fall ist eine Bewertung im Rahmen einer Interessenabwägung und keine Analyse des Sachverhalts im Sinne einer Notwehr festzustellen. Dabei wurde allerdings allein das private Interesse, sich über den Inhalt eines Gesprächs eine Gedächtnisstütze oder ein Beweismittel für eine später zu erwartende Auseinandersetzung zu verschaffen, nicht als ausreichend anerkannt, um den in der heimlichen Gesprächsaufnahme liegenden schweren Eingriff in die persönliche Eigensphäre des Gesprächspartners zu rechtfertigen.³⁹⁹ Der BGH erkennt hier eine „Dauerverletzung“ des Persönlichkeitsrechts an, solange sich die Dimafonplatten ungelöscht im Besitz des Beklagten befunden,⁴⁰⁰ ohne weitere Erläuterung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung.⁴⁰¹

Angeregt durch Larenz⁴⁰² und die Rechtsprechung des BGH zum Thema der heimlichen Tonbandaufnahme⁴⁰³ kommt Suppert im Jahr 1971 zur Bestimmung der „notwehrähnlichen Lage“.⁴⁰⁴ In seiner Dissertation unternimmt Suppert den ausführlichen Versuch, dass in Abgrenzung zur Notwehr die Fälle erst künftig zu erwartender rechtswidriger Angriffen allein mittels der Rechtsfigur der „notwehrähnlichen Lage“⁴⁰⁵ in Analogie zu § 53 (a.F., § 32 StGB n.F., der Verf.) sachgerecht behandelt werden könnten.⁴⁰⁶ So käme dem Verteidiger eine private „Präventiv-Verteidigung“ gegen künftig zu erwartende rechtswidrige Angriffe durch eine Ausdehnung der Notwehrbefugnisse in Analogie zu § 53 StGB a.F. (heutige § 32 StGB) beim Vorhandensein einer „notwehrähnlichen Lage“ zu.⁴⁰⁷

398 BGHZ 27 284 (290).

399 BGHZ 27 284 (290).

400 BGHZ 27 284 (290).

401 Suppert kritisiert dieses Urteil, weil der BGH nicht erklärt, was abstraktgenerell unter einer rechtfertigenden notwehrähnlichen Lage zu verstehen sei, bzw. das Fehlen von Ausführungen über einen anderen im Urteil genannten Rechtfertigungsgrund, nämlich der Interessenabwägung. Suppert, Studien, S. 89 f. Vgl. BGH, VI. Zivilsenat, Urteil vom 20.05.1958, in: BGHZ 27 284; BGH, Urteil vom 14.06.1960, in: BGHSt 14 358; KG, Urteil vom 3.06.1955, in: NJW 1956 26; OLG Celle, Urteil vom 13.05.1965, in: NJW 1965, 1677.

402 Larenz, Verhandlungen des 42. DJT, D 28.

403 BGHZ 27, 289 f.

404 Suppert, Studien, 1971.

405 Suppert, Studien, S. 84 ff. und S. 356.

406 Suppert, Studien, 1973, S. 371.

407 Suppert, Studien, S. 371. Anders als die Theorie der wirksamsten Abwehr, die eine direkte Anwendung der Bestimmungen des § 32 StGB einschließt, besteht Suppersts Theorie der „notwehrähnlichen Lage“ aus einer analogen Anwendung der geltenden Notwehrbestimmungen. Suppert vertritt damit die Auffassung eines Notwehrrechts de lege lata. Suppert, Studien, S. 387.

Der Ansatz Supperts besteht darin, dass er für die Rechtfertigung noch nicht gegenwärtiger rechtswidriger menschlicher Bedrohungen im StGB eine Regelungslücke ausgemacht zu haben glaubt. Er lehnt jede direkte Anwendung des damaligen § 53 StGB, heutigen § 32 StGB, auf sog. „Präventiv-Aufnahmen“ ab, weil es zur Zeit der Aufnahmen selbst, am Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs fehlt.⁴⁰⁸ Diese Lücke könne nach Sinn und Zweck des § 32 StGB durch eine analoge Anwendung dieser Notwehrovorschrift sinnvoll geschlossen werden. Damit wäre die „notwehrrähnliche Lage“ ein autonomer und zugleich dem Rechtsinstitut der Notwehr nach heutigem § 32 StGB verschiedener Rechtfertigungsgrund.^{409 410}

Unter „dogmatischen Bedenken“ begründet Suppert die zur Ausfüllung der Rechtfertigungslücke von ihm vorgeschlagene analoge Anwendung des § 53 a.F., und nicht des rechtfertigenden Notstands, dadurch, dass es bei der Präventivnotwehr nicht nur auf den Individualgüterschutz, dessen Betrachtung eher zur Annahme eines Notstandrechts führe, sondern kumulativ auch auf die „sozialrechtliche Präventiv-Funktion“ ankommt.⁴¹¹ Ausgehend von einer dualistischen Notwehrtheorie meint Suppert, beide Notwehrkomponenten sprächen dafür, § 32 StGB in analoger Anwendung auch auf die Präventivnotwehr zu erstrecken. Die individualrechtliche Seite gewähre eine Verteidigungsbefugnis „ohne Rücksicht auf ein bestimmtes temporales Stadium des Angriffs, allein der Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Abwehr“ sei hier maßgebend.⁴¹² Für den Aspekt der Bewährung der Rechtsordnung sei auch dann schon Raum, wenn eine - ausdrückliche oder konkludente - Angriffsdrohung vorliege, die für den Bedrohten einen gegenwärtigen Handlungszwang“ hervorrufe, und daher eine sofortige Verteidigung erforderlich mache.⁴¹³ Da Sinn

408 Suppert, Studien, S. 356.

409 Suppert, Studien, S. 84. Dort spricht er auch von der „dogmatischen Erfassung des neuen Rechtfertigungsgrundes der notwehrrähnlichen Lage“. Über einen neuen Rechtfertigungsgrund spricht er unter anderen auch in S. 75, S. 139, S. 246. Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 17, bestätigen die Präventiv-Notwehr als neuer Rechtfertigungsgrund.

410 Der Analogieverbot des Art. 103 II GG könnte aber der Entstehung eines neuen Rechtfertigungsgrundes in Analogie zum § 53 StGB a.F. entgegenstehen. Suppert, Studien, S. 371 f., der in Bezug auf diese Problematik auf seine Andeutungen im 4. Kapitel, S. 293 ff. hinweist. Ein so entstehender Rechtfertigungsgrund schließt nicht nur eine Analogie „in bonam partem“, d.h. die Erweiterung der Angriffsrechte des Verteidigers, ein, sondern enthält zugleich auch eine Analogie „in malam partem“, d.h. die Strafbarkeit von Abwehrmaßnahmen seitens des künftigen Angreifers gegenüber der Verteidigungsmaßnahmen des präventiv zugekommenen Verteidigers. Suppert, Studien, S. 294 ff. Suppert behandelt dort die von Gribbohm (JuS 1966, 155) aufgeworfene Frage, ob auf Grund des Analogieverbotes eine analoge Erweiterung von Rechtfertigungsgründen wegen der dadurch verbundenen potentiell strafbarkeitsbegründenden Nebenwirkungen nicht zu ablehnen sei. Gegen das Analogieverbot bemerkt Suppert, dass die Erweiterung von Rechtfertigungsgründen allgemein ohne weiteres für zulässig gehalten wird [Suppert, Studien, S. 293 f.]. Auf der anderen Seite entstehe die Wirkung einer solchen Analogie nicht unmittelbar, sondern mittelbar, und zwar zuerst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit. Deswegen gehe es hier nicht um eine Ausdehnung von in den Straftatbeständen vertypeten negativen Verhaltensmustern, auf welche sich das Analogieverbot bezieht [Suppert, Studien, S.297 ff.].

411 Suppert, Studien, S. 395. Vgl. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 213 f.

412 A.a.O., S. 377 (Hervorhebungen im Original).

413 A.a.O., S. 380. Hier zeigen sich deutlich Parallelen zu der sog. Theorie der wirksamsten Verteidigung, die aber methodologisch einen anderen Weg geht, nämlich § 32 StGB direkt anwendet. Der Begriff der Gegenwärtigkeit wird dabei ausgedehnt, d.h., Abwehrhandlungen sind nach dieser Auffassung schon dann zulässig, wenn sich der Angriff zwar noch in einem dem Versuch vorgelagerten Stadium befindet, zu diesem Zeitpunkt aber die Verteidigungschancen des Angegriffenen erheblich höher sind, ein weiteres Zuwarten die Erfolgsaussichten einer Verteidigung also wesentlich

und Zweck der Notwehrovorschrift also nicht entgegenstehe, lediglich das Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs nicht erfüllt sei, komme eine Analogie zu § 32 StGB für alle diejenigen Fälle in Betracht, „in denen bereits hic et nunc präventive Verteidigung zur Abwehr eines noch in der Zukunft liegenden angedrohten rechtswidrigen Angriffs auf ein notwehrfähiges Rechtsgut erforderlich ist.“⁴¹⁴

Suppert lehnt auch eine Anwendung des zivilrechtlichen Notstands⁴¹⁵ ab. Auf der einen Seite schützt § 229 BGB nur Ansprüche im technischen zivilrechtlichen Sinne und nicht Rechtsgüter im Allgemeinen. Auf der anderen Seite setzt § 229 anders als bei der Präventiv-Notwehr nur die Pflicht zur Inanspruchnahme staatlicher Hilfe nicht aber fremder Hilfe bzw. keine Ausweichpflicht fest.⁴¹⁶

Weiter lehnt Suppert eine Schuldlösung durch direkte Anwendung des entschuldigenden Notstands ab. Zwar sei diese die Lösung der Rechtsprechung bei Fällen von „Dauergefahren“, die von gewalttätigen Menschen ausgehen, § 54 StGB a.F. (heutige § 35 StGB) deckt aber nur Gefahren für Leib und Leben. Auf einer Seite sind diese die „problematischsten und bedenklichsten Fälle“ der Präventiv-Notwehr. Bei Gefahren für geringere Rechtsgüter aber, die das „genuine Anwendungsgebiet“ der rechtfertigenden Präventivnotwehr darstellen, würde § 54 StGB a.F. keine Lösung anbieten. Darüber hinaus wäre dann gegen den zwar schuldlosen aber rechtswidrig handelnden Präventivtäter Notwehr möglich.⁴¹⁷

Als praktische Fallgruppen der Präventivnotwehr fasst Suppert (in Anschluss an die damals die Rechtsprechung beschäftigenden Sachverhalte)⁴¹⁸ im wesentlichen zwei Konstellationen ins Auge: Zum einen die heimliche Tonbandaufnahme zum Zweck der Abwehr gegen deliktisches Prozessverhalten und zum anderen die Aufnahme strafbarer Äußerungen auf Tonträger mit dem Ziel, den Straftäter später überführen zu können oder ihn unter Verweis auf die heimlich gemachte Aufnahme von der Straftat (z.B. einer Erpressung) abzuhalten.⁴¹⁹ Suppersts Untersuchung beschränkt

herabsetzen würde, vgl. z.B. Kühl, Strafrecht AT, 1994, § 7, Rn. 41; Schmidhäuser, Studienbuch, 6/61; Samson, SK, 6. Aufl., § 32, Rn. 26 ff.

414 Suppert, Studien, S. 381 (Hervorhebungen im Original).

415 § 229 BGB lautet: „[Selbsthilfe] Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“

Zur Zeit der Veröffentlichung des Werkes Suppersts im Jahr 1971 war die Regelung des rechtfertigenden (übergesetzlichen) Notstands (heutige § 34 StGB) positiv noch nicht durchgesetzt. Siehe eingehend hierzu unten, Die Kritik an der „notwehrähnlichen Lage“, S. 59 f., Fn. 435.

416 Suppert, Studien, s. 396 f.

417 So hätte etwa im RGSt 60 318 der gewalttätige Vater, vom wem Ausschreitungen in der nächsten Zeit durchaus zu erwarten waren, gegen den zuvorkommenden Sohn ein Recht auf Notwehr gehabt. Suppert, Studien, S. 396 f.

418 BGHZ, 27, 289; BGHSt 14, 316 f.; 19, 322; 43, 51; BGH, NStZ 1982, S. 254 mit Anm. Dünnebieer; OLG Celle, NJW 1965, S. 1677; OLG Düsseldorf, NJW 1966, S. 214; OLG Frankfurt, NJW 1967, S. 1047; vgl. auch KG, JR 1981, S. 254 mit Anm. Tenckhoff.

419 Suppert, Studien, 1973, S. 84-139.

sich also im wesentlichen auf Verletzungsdelikte im persönlichen Lebens- und Geheimbereich, §§ 201 ff. StGB. Die aufgestellte Definition der “notwehrähnlichen Lage” als “Ausdehnung der Notwehrbefugnis qua Analogie zu § 53 StGB (a.F., § 32 StGB n.F., der Verf.) auf Fälle privater Präventiv-Verteidigung gegen künftig zu erwartende rechtswidrige Angriffe”⁴²⁰ ist aber so umfassend formuliert, dass sie auch geeignet ist, die übrigen Fallgestaltungen der Präventivnotwehr zu erfassen.

Als konkrete “Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen” der “notwehrähnlichen Lage” bestimmt Suppert schließlich vier Elemente.⁴²¹ Die Gefahr eines künftigen rechtswidrigen Angriffs der in Hinblick auf die sozialrechtliche Komponente des § 32 StGB, angedroht sein muss (1); einen daraus resultierenden gegenwärtigen Handlungszwang für den Bedrohten (2); die Subsidiarität der Präventivnotwehr (3); sowie die Proportionalität zwischen Angriffsgefahr und Eingriffsintensität. (4).⁴²²

- Erstens richtet sich die Verteidigungshandlung als präventive Notwehr gegen die Gefahr eines künftigen rechtswidrigen Angriffs.⁴²³ Die Gefahr wird schon begründet, wenn der Eintritt des Angriffs wahrscheinlich ist. Das notwendige “Gefahren-Urteil” fällt dann “vom Standpunkt des objektiven, mit optimalem Erfahrungswissen ausgestatteten Beurteilers” nach einer ex ante-Betrachtung aus.⁴²⁴ Die Annahme einer Gefahrenlage wird also nicht dadurch beseitigt, dass das objektiv zu befürchtende schädigende Ereignis später nicht eintritt.⁴²⁵

Doch es wäre verfehlt, die Erforderlichkeit präventiver Notwehr vom Erfordernis einer Wiederholungsgefahr abhängig zu machen.⁴²⁶ Da Suppert die Dauergefahr nicht mit einem Dauerangriff gleichsetzt, werden die zu erwartenden weiteren Angriffe als künftig angesehen. Demnach sind immer wiederkehrende Angriffe nicht als einen einheitlichen Dauerangriff, sondern als einzelne Angriffe betrachtet, wobei die zu erwartenden weiteren Angriffe als künftig angesehen werden. Er erkennt aber hier ausdrücklich das Vorliegen einer Dauergefahr. “Paradigma” von solchen „Dauergefahren“ sind die bei § 54 StGB a.F. entschiedenen Fälle, die von gewalttätigen Menschen ausgehen können⁴²⁷.

- Zweitens besteht das Erfordernis des gegenwärtigen Handlungszwangs auf die Alternative des Gefährdeten, entweder sofort zu handeln oder das Risiko einzugehen, später wehrlos den Angriff

420 Suppert, Studien, S. 371.

421 Suppert, Studien, S. 381 ff.

422 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 136; Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 209 ff.

423 Suppert, Studien, S. 381.

424 Suppert, Studien, S. 381.

425 Suppert, Studien, S. 382.

426 Suppert, Studien, S. 382.

427 Suppert, ebendort. Also, vor allem die Haustyran-Fälle.

über sich ergehen lassen zu müssen.⁴²⁸

- Der Subsidiaritätscharakter der Präventiv-Notwehr folgt aus der Erforderlichkeit der Verteidigung. Zum einen wird auf die Subsidiarität gegenüber dem Rechtsschutzmonopol des Staates hingewiesen. So werden präventive Maßnahmen nur in solchen Situationen zugelassen, wo die staatliche Hilfe die Angriffsgefahr nicht rechtzeitig abwenden kann.⁴²⁹ Zum anderen gilt dieser Subsidiaritätscharakter zugleich gegenüber fremder Hilfe, also privater Hilfe, und verlangt auch, dass der Betroffene sich durch Ausweichen dem zu erwartenden Angriff entzieht. Letzteres ist aber nicht dort zu erfordern, wo der Bedrohte nur durch Aufopferung berechtigter Interessen ausweichen kann.⁴³⁰ Das Verlangen von der Annahme zumutbarer Ausweichmöglichkeiten, so wie Suppert es hier fordert, bringt das Subsidiaritätsprinzip der Präventiv-Notwehr statt an die "Erforderlichkeit" des § 32 StGB eher an das "nicht anders abwendbar" des § 34 StGB näher.⁴³¹

- Schließlich muss in "besonderer Weise" bei der Präventiv-Notwehr das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zwischen Angriff und Verteidigungsintensität beachtet werden.⁴³² Hier stellt sich die Frage ist, wie man beurteilen kann, ob die "Präventiv-Verteidigung" verhältnismäßig war, wenn der zu erwartende Angriff in seiner Ausgestaltung nicht zu erkennen ist, weil er noch nicht vorliegt. Bezugspunkt des Proportionalitätserfordernisses kann hier zunächst nur die hypothetisch zu erwartende Angriffsintensität sein. Auch für diese Angriffsintensitäts-Prognose ist - wie beim Gefahr-Urteil selbst - nicht der subjektive Standpunkt des Bedrohten, sondern allein eine objektiv-nachträgliche Betrachtungsweise aus der ex ante Sicht maßgebend.⁴³³

Ferner sei das Verhältnismäßigkeitsurteil auch vom "Grad der bestehenden Angriffsgefahr" abhängig. So dürfte die Verteidigung "intensiver" sein, je mehr sich der Grad der Gefahr von bloßer Wahrscheinlichkeit bis hin zur völligen Gewissheit verdichtet.⁴³⁴

1. Die Kritik an der "notwehrähnlichen Lage"

Die Annahme eines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes der "notwehrähnlichen Lage" hat nur vereinzelt Zustimmung gefunden. Die herrschende Meinung in der strafrechtlichen Literatur lehnt

428 Suppert, Studien, S. 383. Auch die Schonung des potenziellen Angreifers wird als Argument gebracht. Es gibt Fälle, wo eine frühere Abwehr milderer als eine spätere Abwehr fällt.

429 Siehe Suppert, Studien, S. 384 f.

430 Suppert, Studien, S. 384 f.

431 Doch die Pflicht des Ausweichens vor Gefahr, das Herbeiholen fremder Hilfe bzw. der Vorrang staatlichen Schutzes gehören eher dem Kreis der in Betracht kommenden Maßnahmen bei der Erforderlichkeit der Notstandstat § 34 StGB an als solche der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung § 32 StGB. Günther, SK 7 § 34 Rn. 34.

432 Suppert, Studien, S. 386.

433 Suppert, Studien, S. 386. Die Hervorhebung stammt von Suppert selbst.

434 „So wird regelmäßig die präventive Tötung des potentiellen Angreifers, auch wenn dieser dem Bedrohten den Tod geschworen hat, unzulässig sein, weil die Angriffsgefahr sich noch nicht zu einem Grad verdichtet hat, wie er erforderlich wäre, um die gravierendste Abwehrhandlung, die es überhaupt geben kann, rechtfertigen zu können. Ausnahmen davon sind nur in extremen Grenzfällen - etwa der in RGSt 60, 318 entschiedenen Art - denkbar.“ Suppert, Studien, S. 386. In RGSt 60, 318 wurde ein der bekanntesten Fälle der Haustyrann-Konstellation entschieden.

diese Rechtsfigur hingegen ab, denn die Analogie zu § 32 StGB ist dogmatisch bedenklich und in der Sache auch nicht erforderlich.

An dieser Stelle ist ferner anzumerken, dass der Ansatz Supperts nur dann berücksichtigt werden darf, wenn man vor Augen hat, dass zur Zeit der Veröffentlichung seines Werkes im Jahr 1971 die Regelung des rechtfertigenden (übergesetzlichen) Notstands (heutige § 34 StGB) positiv noch nicht durchgesetzt war.⁴³⁵ Da die analoge Anwendung einer positiven Vorschrift bei Lückenausfüllung gegenüber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen Vorrang habe, griff er damals zu einer einzelgesetzlichen Analogie zu § 53 StGB a.F.⁴³⁶ Vor diesem Hintergrund kann der vom Suppert entwickelten Lehre der “notwehrähnlichen Lage” im heutigen Kontext keine besondere Beachtung mehr geschenkt werden.

Vorab sei festgehalten, dass wegen der Voraussetzungen, die Suppert für das Vorliegen der “notwehrähnlichen Lage” fordert, eine umfassende Regelung aller Präventivnotwehrfälle mittels dieser Rechtsfigur ausgeschlossen werden muss. Anzusetzen ist hierbei an dem Erfordernis der Angriffsankündigung durch das Opfer der Abwehrhandlung. Die Gefahr muss deshalb dem “potenziellen Angreifer” aufgrund ausdrücklicher Ankündigung oder konkludent durch sein Verhalten zuzurechnen sein, indem er einen eindeutlichen ernstlichen Angriffswillen ausdrückt, der

435 Cfr. Suppert, Studien, S. 337. Die Regeln des rechtfertigenden Notstandes wurden zur dieser Zeit aus dem damaligen § 12 OwiG abgeleitet (sog. „übergesetzlicher Notstand“). Der Notstand wurde zunächst von der Rechtsprechung entwickelt und erst spät in § 34 StGB kodifiziert. Die Vorschrift ist durch das 2. StrRG eingeführt worden. Im Unterschied zum entschuldigenden Notstand, für den das StGB von Anbeginn in §§ 54 und 52 a. F. umfassende gesetzliche Regelungen enthielt, gab es vor der Einführung von § 34 und der erwähnten Bestimmung des Ordnungswidrigkeitenrechts nur fragmentarische gesetzliche Regelungen des rechtfertigenden Notstands (§ 228 und § 904 BGB, §§ 700 ff. HGB und die Generalklausel in § 193 StGB). Dagegen wurde in der Lehre seit langem ein umfassender rechtfertigender Notstand auf allgemeine Prinzipien gestützt, wie die Abwägung von Rechten und Pflichten, die Güterabwägung, die Güter- und Pflichtenabwägung, die Interessenabwägung oder die Übelsabwägung [Vgl. insbesondere Stammler Strafr. Bedeutung des Notstands S. 74 ff; Binding, Handbuch des Strafrechts, I, S. 760 ff.; Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895, S. 42; Beling, ZStW 18 (1898) 267, 276 f.; 44 (1924) 220, 236 ff.; Oetker, Notwehr und Notstand in vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1908, S. 1, 3, 11; Graf Dohna, Recht und Irrtum S. 11 f.]. Auch sah sich das RG schon in einigen älteren Entscheidungen veranlasst, Gesichtspunkte des Unrechtsausschlusses heranzuziehen, die der Sache nach dem später prinzipiell anerkannten übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand entsprachen (vgl. RGSt. 23 116; 37 150). Bahnbrechend für die allgemeine Anerkennung war die zur Schwangerschaftsunterbrechung ergangene Entscheidung RGSt. 61 242 vom 11.3.1927, die den Grundsatz der Güterabwägung ausdrücklich als allgemeines Rechtfertigungsprinzip bejahte. Die Bezeichnung „übergesetzlicher Notstand“ wurde in der Judikatur erstmals in RGSt. 62 35, 46 verwendet. Der Rechtfertigungsgrund setzte sich dann allgemein durch (vgl. RGSt 62, 137; 63, 215, 226; 65 422, 427; 77 113; BGHSt. 1 329; 2 111; 242; 12 299 1; BGH GA 1955 178; BGH [Z] NJW 1968 2288). Während in der Judikatur vielfach der übergesetzliche rechtfertigende Notstand und die rechtfertigende Pflichtenkonstellation miteinander vermischt worden waren (Gedanke der Güter- und Pflichtenabwägung), hat der Gesetzgeber die in § 34 getroffene Regelung auf den echten Notstand begrenzt und „notstandsähnliche“ Fälle wie die rechtfertigende Pflichtenkonstellation bewusst nicht geregelt und der Entwicklung der Rechtsprechung überlassen. Außerdem ist der Bereich des gerechtfertigten ärztlichen Schwangerschaftsabbruchs, der eine besonders wichtige Rolle im Rahmen des übergesetzlichen Notstands spielte, im StGB speziell geregelt worden. Eingehend zur Entstehungsgeschichte des § 34 StGB vgl. Hirsch, LK 11 § 34 vor Rdn. 1; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand – ein Rechtfertigungsgrund? - Bemerkungen zur kriminalpolitischen “Einheitstheorie” Gimbernat Ordeigs, in: JZ 1983, S. 53 ff., 63 ff.

436 “Die Tatsache, dass die Lösung der fraglichen Fallgruppen bereit über das umfassende Regulativ des rechtfertigenden Notstandes möglich ist, schließ also nicht aus, dass in diesen Fällen wegen der Sachnähe zur Notwehrlage eine Rechtfertigungslücke besteht, die durch Analogie zu § 53 zu schließen ist”. Suppert, Studien, S. 337 f.

sich auf einen konkreten künftig eintretenden Angriff auf notwehrfähige Güter eines anderen bezieht.⁴³⁷ Dieses aus der sozialrechtlichen Komponente der Notwehr abzuleitende, notwendige Element soll unter anderem auch dem Schutz des künftigen Aggressors dienen,⁴³⁸ der mit einer Abwehr dann noch nicht zu rechnen habe, solange er seinen Angriffswillen nicht zum Ausdruck bringe.⁴³⁹ Die „notwehrrähnliche Lage“ in Analogie zu § 32 StGB erstreckt sich daher nur auf einen Teilbereich der denkbaren Fallkonstellationen vorbeugender Abwehr bloß drohender, rechtswidriger Angriffe und kann also eine einheitliche Regelung aller Präventivnotwehrfälle nicht gewährleisten. Die so verstandene Analogie zu § 32 StGB hätte also den Nachteil, dass sie die strukturell gleich gelagerten Fälle, der Abwehr künftiger rechtswidriger Angriffe, nicht immer denselben rechtlichen Regeln unterstellen kann.

Supperts Analogie zu § 32 StGB beruht auf einer teleologischen Interpretation des Gegenwärtigkeitserfordernisses. Für die „notwehrrähnliche Lage“ genüge es schon, wenn der erst drohende Angriff beim Bedrohten „einen gegenwärtigen Handlungszwang“⁴⁴⁰ auslöse. Die Gegenwärtigkeit wird daher nicht mehr rein zeitlich bestimmt, sondern an Zielvorstellungen, wie der einer wirksamen Abwehrmöglichkeit, orientiert. Dadurch könne eine Übereinstimmung der Gegenwärtigkeitsbegriffe in den §§ 32 und 34, 35 StGB erzielt werden: „Die bisher bestehende Diskrepanz in dem Verständnis des Gegenwärtigkeitserfordernisses in jenen Bestimmungen (teleologisch im Gegensatz zur temporalen Interpretation bei § 53) wird durch die synchrone Interpretation der Notwehrbestimmung nunmehr beseitigt“⁴⁴¹. Es wird hier nämlich übersehen, dass bei § 32 StGB das Element, auf das Bezug genommen wird, der Angriff, d.h. eine menschliche Handlung ist. Hingegen erfordern die §§ 34, 35 StGB eine Gegenwärtigkeit der Gefahr, die „gerade durch das Merkmal einer gewissen Latenz“⁴⁴² gekennzeichnet ist. Die gegenwärtige Gefahr umfasst daher einen längeren Zeitraum als der gegenwärtige Angriff, so dass mit einer Angleichung der Gegenwärtigkeitsvoraussetzung nicht viel gewonnen ist.

437 Suppert, Studien, S. 380 ff. Voraussetzung sei „in jedem Falle, dass sich in diesem Verhalten ein unmißverständlicher ernstlicher Angriffswille ausdrückt, der sich auf einen konkreten, nicht nur vage angedeuteten Angriff bezieht“. Die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Angriffs kann vielfach umso eher bejaht werden, wenn in der Vergangenheit bereits ähnliche Rechtsverletzungen vorgekommen sind als wenn eine derartige „Vorbelastung“ des potenziellen Angreifers nicht vorliegt.“ Ders., S. 382.

438 Krey, Dieter, Literaturbericht, in: ZStW, 90 (1978) S. 188.

439 Praktische Auswirkungen hätte dies beispielsweise für den von Lenckner gebildeten Fall des Gastwirtes, der seine Gäste belauscht und dabei erfährt, dass diese einen Überfall auf ihn planen. Die Verabreichung des Schlafmittels, zur Verhinderung des noch nicht gegenwärtigen Raubes, könnte durch die „notwehrrähnliche Lage“ nicht gerechtfertigt werden. Denn von einer Ankündigung, die im Begriff ein Element der subjektiven Zielgerichtetheit in Richtung auf das Opfer des geplanten Angriffs enthält, kann hier nicht die Rede sein, da der Wirt nach dem Plan seiner Gäste von dem drohenden Raub eben nichts erfahren sollte. Da hier aber offensichtlich ein Rechtfertigungsbedürfnis gegeben ist, müsste auf § 34 StGB zurückgegriffen werden: Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 102; Lenckner, Sch/Sch 24 § 32, Rn. 17.

440 Suppert, Studien, 1973, S. 380.

441 A.a.O., S. 379.

442 Kion, JuS 1967, S. 503.

Letztlich abzulehnen ist die Konzeption Supperts aus zwei Gründen: Erstens mangelt es an einer Regelungslücke, welche das Analogiebedürfnis begründet, und zweitens erstreckt sich nach Sinn und Zweck die Notwehrbestimmung nicht auch auf die Fälle der Präventiv-Verteidigung mangels der Vergleichbarkeit.⁴⁴³

Erstens fehlt es an einer planwidrigen Rechtslücke. § 32 StGB hat mit Bedacht die Notwehrlage zeitlich begrenzt.⁴⁴⁴ Der Gesetzgeber hätte nicht diese Bestimmung auf “gegenwärtige” Angriffe begrenzt, wenn Notwehr auf zukünftige Angriffe analog hätte angewendet werden sollen.⁴⁴⁵ Suppert selbst erkennt ausdrücklich bei Schaffung eines neuen Rechtfertigungsgrundes, dass eine direkte Anwendung des Notwehrrechts gerade deswegen scheitert, weil es bei den betreffenden Fallkonstellationen an einem “gegenwärtigen Angriff” fehlt.⁴⁴⁶

Auf der anderen Seite sind zur Behandlung einer “notwehrähnlichen Lage” andere Rechtfertigungsgründe bereits vorhanden: Die als “Notwehr ähnliche Lage” bezeichneten Sachverhalte benötigen keine analoge Anwendung des § 32 StGB, denn sie lassen sich unmittelbar und zwanglos durch § 34 StGB bzw. § 228 BGB lösen.⁴⁴⁷ In diesem Sinne sind die Grundsätze der Präventiv-Notwehr, nämlich der Subsidiaritätscharakter und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, jenen der Notwehr fremd und liegen einer Anwendung der Notstandsregeln nahe.⁴⁴⁸ Eine der Einwände gegen die Annahme einer „notwehrähnlichen Lage“ ist, dass in der Tat ihre Rechtfertigungserfordernisse nicht anders als Konkretisierung des Notstandes des § 34 StGB sind.⁴⁴⁹

Wie oben bereits erwähnt, ist jedoch an dieser Stelle anzumerken, dass zur Zeit der Veröffentlichung des Werkes Supperts die Regelung des rechtfertigenden Notstands positiv noch nicht durchgesetzt war. Suppert lässt bewusst offen, ob die Vorschrift über den rechtfertigenden (übergesetzlichen) Notstand hier einschlägig sei. Da methodologisch nach dem Grundsatz der Spezialität die analoge Anwendung einer positiven Norm bei Lückenausfüllung mit Hilfe eines allgemeinen Rechtsprinzips“ - hier der Interessenabwägung im Sinne von § 34 StGB - Vorrang habe, griff er damals auf eine einzelgesetzlichen Analogie zur Notwehr zurück.⁴⁵⁰

443 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 138.

444 Siehe: Günther, SK 7 § 32 Rn. 74. Vgl. Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 145.

445 Roxin, GS-Tjong, S. 147. Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 66.

446 Suppert, Studien, S. 330 unter anderen Stellen.

447 Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 17. Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, 59 Rn. 66. Roxin, AT I, § 15 Rn. 27. Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 4. Fischer, BK 58 § 32 Rn. 19 und 20. Geilen, Jura (1981) 210. Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 143 und 145. Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 342. Wessels/Beulke, AT, Rn. 329.

448 Roxin, AT I, § 15 Rn. 27. Spindel, LK 11 § 32 Rn. 127 ff. Günther, SK 7 § 32 Rn. 74.

449 Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 17, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 17. Vgl. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 211.

450 Siehe Suppert, Studien, S. 337 f. Dort argumentiert er: „Die Tatsache, dass die Lösung der fraglichen Fallgruppen bereits über das umfassende Regulativ des rechtfertigenden Notstandes möglich ist, schließt also nicht aus, dass in diesen Fällen wegen der Sachnähe zur Notwehrlage eine Rechtfertigungslücke besteht, die durch Analogie zu § 53 zu schließen ist.“

Es besteht aber kein Bedürfnis den § 32 StGB auf die Präventivnotwehrfälle zu erstrecken.⁴⁵¹ Wenn nämlich die positiv-rechtliche Regelung des § 34 StGB die Präventivnotwehrfälle erfasst, so ist das Postulat der teleologischen Geschlossenheit der Rechtsordnung erfüllt, „dann fehlt es an dem Essentiale einer Rechtslücke, nämlich einer „planwidrigen Unvollständigkeit“ innerhalb des gesamten positiven Rechts“⁴⁵². Es fehlt also schon der für eine Analogie unerlässliche Regelungslücke. Der Analogieschluss kommt aber allenfalls dann in Betracht, wenn die betroffenen Sachverhalte eine dem § 32 StGB vergleichbare Ausnahmesituation aufweisen.⁴⁵³ Mit Wegfall des Gegenwärtigkeitserfordernisses wird die Vergleichbarkeit aber gerade beseitigt.⁴⁵⁴ Hier erweist sich eine weitere Kritik an der Theorie der „notwehrähnlichen Lage“, indem sie die Tendenz aufweist, gegen die Rechtssicherheit das Merkmal der Gegenwärtigkeit zu streichen und seine Funktion durch die Erforderlichkeit zu ersetzen. Ohne zeitliche Begrenzung bleibe es völlig offen, inwieweit sich der Verteidiger im Vorfeld des Angriffs zurückgehen kann.⁴⁵⁵ Die Beurteilung der Präventivnotwehr folgt nämlich ganz anderen Regeln als denen des § 32 StGB. „In solchen Fällen wird man obrigkeitliche Hilfe herbeirufen, sich dem Angriff entziehen, gewisse Risiken hinnehmen und nur äußerstenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeit präventiv vorgehen dürfen“⁴⁵⁶. In der Sache zeigt sich dieser Unterschied auch in der Konzeption Supperts selbst, insbesondere daran, dass er die „notwehrähnliche Lage“ als subsidiär einstuft. Es wird dem Bedrohten die Pflicht auferlegt, „staatliche“ oder „auch andere fremde Hilfe“ in Anspruch zu nehmen, sofern diese erreichbar ist.⁴⁵⁷ Auch „muss bei präventiver Verteidigung gegen einen noch in der Zukunft liegenden Angriff erwartet werden, dass der Bedrohte sich dem Angriff durch Ausweichen zu entziehen sucht“⁴⁵⁸. Gerade diese Ausweichpflicht ist aber ein Element, das dem Notwehrrecht grundsätzlich fremd ist. In der Notstandsvorschrift des § 34 StGB aber ist diese Pflicht in dem Merkmal der anders abwendbaren Gefahr“ enthalten. Dieser Unterschied spricht sehr dafür, dass die „notwehrähnliche Lage“ dem Notstands- und nicht dem Notwehrrecht zuzuordnen ist.⁴⁵⁹ Denn das mit § 32 StGB

451 Sogar Krey, ZStW 90 (1978), S. 186, der die Konzeption Supperts im übrigen befürwortet, hält diese These für „sehr zweifelhaft“.

452 Suppert, Studien, 1973, S. 75.

453 Grundsätzlich zum Problem der Analogie in diesem Zusammenhang vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart u. a. 1983, S. 151 f., m.w.N.

454 So zutreffend Roxin, NStZ 93 (1981), S. 335: „(...) die Voraussetzung der ‘Gegenwärtigkeit’ in § 32 StGB hätte keinen Sinn, wenn die Bestimmung auch auf einen erst bevorstehenden Angriff angewendet werden könnte“; ders., GS-Tjong, S. 147.

455 Rönna/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 145.

456 Roxin, AT I, 2. Aufl., § 15 V, Rn. 26; ähnlich auch ders., Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschlussgrund?, in Oehler-FS, Köln u. a. 1985, S. 189 f.; ders., Jescheck-FS, S. 480; ders., NStZ 93 (1981), S. 335. Der Hinweis, dass eine Präventivnotwehr nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips geübt werden dürfe, findet sich auch bei Geerds, Das Ende des Tyrannen, in: Jura 1992, S. 322; Rudolphi, Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1992, S. 150; Tenckhoff, Anmerkung zu KG, JR 1981, S. 256 f.

457 Suppert, Studien, 1973, S. 184 (Hervorhebung im Original).

458 A.a.O., S. 385.

459 Lenckner, Sch/Sch 24 § 32, Rn. 17: „In Wahrheit sind denn auch die von Suppert (...) genannten zusätzlichen

verfolgte Interesse an der Bewährung der Rechtsordnung gegenüber gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffen ist das entscheidende Kriterium für den Wegfall der Ausweichpflicht.⁴⁶⁰ Wenn Suppert sich aber gezwungen sieht, für die Analogie zu § 32 StGB eine Ausweichpflicht zu statuieren, so zeigt methodisch eindeutig, dass sich in diesem entscheidenden Punkt Notwehr und „notwehrähnliche Lage“ in der Sach- und Interessenlage erheblich voneinander unterscheiden. Diese Rechtsfigur würde also ein wesentliches Abgrenzungskriterium zwischen § 32 und § 34 StGB „einebnen“.

Die Problematik der Ausweichpflicht führt zum entscheidenden Kritikpunkt an der Konzeption Suppersts. Bei der „notwehrähnlichen Lage“ ist vom Bedrohten deshalb ein Ausweichen zu verlangen, da das Rechtsbewährungsprinzip nicht zum Tragen kommt.⁴⁶¹

Suppert erkennt, dass das Gegenwärtigkeitsmerkmal des § 53 StGB a.F. eine präventive Notwehr unmöglich macht,⁴⁶² er ergänzt aber weiter, dass der Gesetzgeber jedoch rein tatsächlich einem Motiv-Irrtum erlegen sei, indem er das temporale Kriterium der Gegenwärtigkeit nur auf alle Fälle erforderlicher Verteidigung erstreckt hat.⁴⁶³ Es gebe aber bestimmte atypische Situationen, eben die der Präventivnotwehr, wo eine Verteidigung gegen einen erst in Zukunft zu erwartenden Angriff erforderlich sei. Dies sei dort so, wo eine spätere Abwehr - und zwar beim gegenwärtigen Angriff - nicht mehr möglich wäre.⁴⁶⁴ Dieser „Motiv-Irrtum“ des Gesetzgebers wäre dann aufgrund der Güterschutzfunktion der Notwehr durch eine begrenzte teleologische Extension des § 53 StGB a.F. zu korrigieren, so dass Notwehrbegründend nicht nur der gegenwärtige rechtswidrige Angriff, sondern auch der noch in der Zukunft liegende Angriff ist, wenn er bereits in der Gegenwart Verteidigung erforderlich macht.⁴⁶⁵

Deshalb, wie es normalerweise bei der Begründung präventiver Notwehr der Fall ist, wird das Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs durch die Übertönung der Erforderlichkeit der

Rechtfertigungserfordernisse der ‘Präventiv-Notwehr’ in der Sache Konkretisierungen des § 34“. Ähnlich Hirsch, Anmerkung zu BGH, NJW 1979, S. 2053, in: JR 1980, S. 116; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 II 1d, S. 342; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 4. Aufl., Berlin/New York 1992, § 8 II 1c dd, S. 103.

460 Vgl. Roxin, AT I, 2. Aufl., § 15 VII, Rn. 47.

461 Bernsmann, Entschuldigung durch Notstand, Köln u. a. 1989, S. 59; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 326; Haberstroh, Dieter, Notwehr gegen unbefugte Bildaufnahmen-Angst als Rechtfertigungsgrund?, in: JR 1983, S. 317; von Heintzel-Heinegg, Bernd, Prüfungstraining Strafrecht, Band 2, Neuwied/Kriftel/Berlin 1992, S. 38 f.; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen 1981, S. 116 ff.; Hirsch, Anmerkung zu BGH, NJW 1979, S. 2053, in: JR 1980, S. 116; Kühl, Strafrecht AT, 1994, § 7 Rn. 48; Otto, Kleinknecht-FS, S. 335 f.; Roxin, Jescheck-FS, S. 480; ders., AT I, 2. Aufl., § 14 VII, Rn. 50; Lenckner, Sch/Sch 24 § 32, Rn. 17; Stratenwerth, Günter, Strafrecht, AT, 3. Aufl., Köln u. a. 1981, Rn. 421; Tenckhoff, Anmerkung zu KG, JR 1981, S. 256 f.

462 Deswegen spricht er auf S. 381 von einer „Extension der Notwehrbefugnis contra verbum legis“.

463 Suppert, Studien, S. 378. Die Hervorhebung stammt von Suppert selbst.

464 Als praktische Beispiele dafür wurde auf die Tonband-Fälle hingewiesen. Suppert, Studien, S. 378. So entspränge die Rechtfertigung der notwehrähnlichen Lage aus der ratio legis selbst des § 53 StGB a.F. Siehe Suppert, ebendort, S. 372 ff.

465 Suppert, Studien, S. 378. Die Hervorhebung der betreffenden Wörter, sowohl in dem direkten als auch in dem indirekten Zitat stammt von Suppert selbst.

Verteidigungshandlung relativiert.⁴⁶⁶

Diese Argumentation greift aber zu kurz.⁴⁶⁷ Auch wenn in der konkreten Situation für den einzelnen schon ein „gegenwärtiger Handlungszwang besteht, d.h., ohne sofortiges Eingreifen „die Behauptung des bedrohten Rechtsgutes später voraussichtlich nicht mehr möglich wäre“ oder „nur noch ein Verteidigungsmittel eingesetzt werden kann, welches für den Angreifer erheblich einschneidender wäre als dasjenige, welches bereits hic et nunc zur Verfügung steht“⁴⁶⁸, wird die Rechtsbewahrung noch nicht in die Hände des Privatmannes gelegt.⁴⁶⁹ Denn ein solcher Handlungszwang besteht auch in bloßen Notstandssituationen, die erfordern, dass die Gefahr nicht anders abzuwenden ist. Die Delegation der Befugnis zur Rechtsbewahrung resultiert nicht aus dem bloßen Verteidigungsbedürfnis des Bedrohten (insoweit entsprechen sich ja auch § 32 und § 34 StGB), sondern sie erfolgt „nur in akut zugespitzten Situationen“⁴⁷⁰, in denen der Bruch der Rechtsordnung bereits erfolgt und noch im Gange ist, oder zumindest unmittelbar bevorsteht. Die so verstandene Bedeutung des Rechtsbewahrungsprinzips für § 32 StGB zeigt, dass in den Präventivnotwehrfällen der Täter nicht deshalb gerechtfertigt wird, weil er (auch) ‘das Recht in die eigenen Hände’ nimmt, sondern allenfalls, weil seine Interessen diejenigen des Opfers der Notstandshandlung wesentlich überwiegen, wobei die Vorbereitung des Angriffs für die Interessenabwägung nutzbar gemacht werden kann.

Aus den genannten Gründen ist die Analogie zu § 32 StGB abzulehnen.

III. Die „notstandsähnliche Lage“, § 34 StGB analog

Günther hat vorgeschlagen,⁴⁷¹ einen eigenständigen, „echten Strafunrechtsausschließungsgrund“ der „notstandsähnlichen Lage“ zu bilden. Diese Rechtsfigur soll in Analogie zu § 34 StGB behandelt werden, und ihr Anwendungsbereich erstreckt sich auf die Präventivnotwehr.⁴⁷²

466 Die Lehre der „Präventiv-Notwehr“ erfordert zugleich eine Schwächung des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit des Angriffs, um künftige Angriffe abdecken zu können. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 208 f.

467 Die Einwände entsprechen (in der Sache) denen gegen die sog. „Theorie der wirksamsten Verteidigung“.

468 Suppert, Studien, 1973, S.383. Dies könne schon dann der Fall sein, wenn der Angriff angekündigt wird. Die bloße Verlautbarung, in der Zukunft einen Angriff vornehmen zu wollen, steht aber dem Angriff eben noch nicht gleich. Hier sei auch auf § 30 Abs. 2 StGB, die Strafbarkeit der Verabredung, hingewiesen: Gegenüber der bloßen Vereinbarung, in Zukunft ein Verbrechen zu begehen, bedarf das Recht, ausweislich dieser Strafdrohung, schon der Bewährung. Aber die Einhaltung der Rechtsordnung ist dadurch noch nicht, quasi automatisch, zur Aufgabe einer Einzelperson gemacht worden, sondern obliegt den zuständigen Behörden: vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 140 f.

469 Es geht an vorliegender Stelle nicht nur um die Frage, ob überhaupt ein Rechtsbewahrungsinteresse besteht, sondern um die Frage, ob die Bewahrung der Rechtsordnung ausnahmsweise in die Hände von Privatpersonen gelegt werden kann. Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 140.

470 Kühl, Strafrecht AT, 1994, § 7 Rn. 42.

471 Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 326 ff.

472 Die „notstandsähnliche Lage“ kann auch noch auf andere Fälle angewendet werden. Die Argumentation Günther erstreckt sich nämlich neben der Präventivnotwehr, auch auf die Pflichtenkollision, der Nötigungsnotstand, die unter Missachtung der sozialemischen Grenzen geübten Notwehr, die Tötung todgeweihten Lebens im defensiven Notstand. Wie die Fallgruppe der Tötung todgeweihten Lebens im defensiven Notstand zeigt, mag die „notstandsähnliche Lage“

Günther⁴⁷³ vertritt die These, dass es einen spezifisch strafrechtlich zu bestimmenden Rechtswidrigkeitsbegriff, d.h. eine besondere Strafrechtswidrigkeit gebe.⁴⁷⁴ Diese unterscheidet sich vom dem im Sinne der Gesamtrechtsordnung geltenden Rechtswidrigkeitsbegriff dadurch, dass hierfür ein „gesteigerter Unrechtsgrad“, d.h. „strafwürdiges Unrecht“, vorliegen müsse. Die Rechtfertigungsgründe der Notwehr (§ 32 StGB) und des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) stellen danach jeweils unechte Strafunrechtsausschließungsgründe dar, da sie nur rechtlich gebilligte Straftatbestandsverwirklichungen erfassen, also Verhaltensweisen, die von der Gesamtrechtsordnung einheitlich als rechtmäßig beurteilt würden.⁴⁷⁵ Da diese Wertung also nicht auf das Strafrecht beschränkt, sondern allgemeingültig sei, handle es sich um „unechte“, d.h. nicht strafrechtsspezifische Gründe. Es gäbe aber auch tatbestandsmäßige und im Sinne der Gesamtrechtsordnung rechtswidrige Handlungen, die von den §§ 32, 34 StGB im Kriminalisierungsbereich belassen würden, obwohl sie kein strafwürdiges Unrecht begründen könnten.⁴⁷⁶ Um diese Fallgestaltungen sachgerecht erfassen zu können, bedürfe es sogenannter „echter Strafunrechtsausschließungsgründe“, die ausschließlich die Strafrechtswidrigkeit beseitigen,⁴⁷⁷ nicht aber auch zu einer Bewertung der Tat als rechtmäßig im Sinne der Gesamtrechtsordnung führen. Einen solchen Grund sieht Günther in der „notstandsähnlichen Lage“. Dieser sei in Analogie zu § 34 StGB zu bilden und füge sich zwischen den rechtfertigenden (§ 34 StGB) und den entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) ein:⁴⁷⁸ § 34 StGB soll die Fälle des wesentlichen Überwiegens des Erhaltungsinteresses erfassen, die „notstandsähnliche Lage“ hingegen diejenigen Fallgestaltungen, in denen die Interessen gleichwertig sind, oder das geschützte Interesse nur unwesentlich überwiegt.⁴⁷⁹

auch noch auf andere Defensivnotstandsfälle Anwendung finden zu können. Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 121, Fn. 100.

473 Vgl. hierzu auch Günther, Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, in: JR 1985, S. 275; ders., Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Band 1, Freiburg i. Br. 1987, S. 363 ff.; ders., Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in Spindel-FS, Berlin/New York 1992, S. 189 ff.

474 Nach Auffassung Günthers sind „auch die Voraussetzungen der strafrechtlichen Rechtfertigung an Sinn und Zweck des Verbrechensbegriffs, an der Strafwürdigkeit des Unrechtsgehalts der Tat zu orientieren, sie also strafrechtsspezifisch auszurichten“, um „den gegenüber den Rechtswidrigkeitssurteilen des Zivilrechts, des Öffentlichen Rechts und der Allgemeinen Rechtslehre bestehenden Unterschieden Rechnung tragen“ zu können: Günther, Rechtfertigung, 1987, S. 367.

475 Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 122.

476 Es bestünden also „Lücken im Bereich strafrechtlicher Rechtfertigung“: vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 122.

477 Günther, Strafrechtswidrigkeit, S. 324.

478 Günther, Strafrechtswidrigkeit, S. 329 f.

479 Günther, Strafrechtswidrigkeit, S. 329, gibt der notstandsähnlichen Lage in Anlehnung an den Wortlaut des § 34 StGB daher folgende Fassung: „Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht strafrechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte überwiegt oder ihm zumindest gleichwertig ist.“

Dies gilt jedoch insbesondere im Falle der Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen nur, soweit die Tat ein

Nach dieser Konzeption verbleiben dann für § 35 StGB die Fälle, in denen das beeinträchtigte Interesse als überwiegend zu beurteilen ist, aber wegen der Bewahrung des geschützten, wenn auch geringerwertigen Interesses und der besonderen seelische Situation des Täters, auf einen Schuldvorwurf verzichtet wird.

Die „notstandsähnliche Lage“ erfasse daher "Notsituationen, in denen der Täter sich vor einem Angriff verteidigt oder einer Gefahr schützt, ohne zugleich die Rechtsordnung zu bewahren (wie im Falle der Notwehr) und ohne daß die von ihm verfolgten Interessen den angerichteten Schaden wesentlich überwiegen (wie im Falle des strafrechtlichen Notstandes)"⁴⁸⁰. Für solche typische Fälle defensiver Abwehr könne trotzdem ein gesteigertes Unrecht, eben die Strafrechtswidrigkeit, verneint und daher mangels Strafwürdigkeit auf eine Sanktion verzichtet werden.⁴⁸¹

1. Die Kritik an der „notstandsähnlichen Lage“

Die Auffassung Günthers ist an der vorliegenden Stelle nur insoweit zu behandeln, als sie für die Frage einer zutreffenden rechtlichen Behandlung des defensiven Notstandes Relevanz erlangt. Mit anderen Worten ist zu fragen, ob der „echte Strafunrechtsausschließungsgrund der „notstandsähnlichen Lage“ teleologisch der unmittelbaren Anwendung des § 34 StGB vorzuziehen ist.

Dem Ausgangspunkt der Überlegungen Günthers ist zuzustimmen, nämlich dass die Beurteilung der Rechtswidrigkeit unter strafrechtsspezifischen Gesichtspunkten vorzunehmen ist, d.h., grundsätzlich ist die Möglichkeit eines spezifischen Strafunrechtsausschlusses anzuerkennen. Der Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“⁴⁸² „gilt“ aber nur in eine Richtung, nämlich in Hinblick auf erlaubte Handlungen: Straftatbestandsverwirklichungen, die durch zivil- oder öffentlich-rechtliche Regelungen als erlaubt bewertet werden, können nicht, wenn der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gelten soll, mit Kriminalstrafe bedroht sein, d.h. solche Verhaltensweisen sind nicht (straf)rechtswidrig.⁴⁸³ Hingegen sind Handlungen, die einen Straftatbestand verwirklichen und dabei gegen ein zivil- oder öffentlich-rechtliches Verbot

angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“ (Hervorhebungen im Original).

480 Günther, Strafrechtswidrigkeit, 1983, S. 337 (Hervorhebungen im Original).

481 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 122 f.

482 Grundlegend zur Einheit der Rechtsordnung vgl. Engisch, Karl, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935; Kirchhof, Paul, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, Heidelberg/ Karlsruhe 1978; für die zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe: Hellmann, Uwe, Die Anwendbarkeit der Zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Köln 1987.

483 In diesem Sinne auch die Rspr., vgl. RGSt 61, 247; BGHSt 11, 244.

verstoßen, nicht auch automatisch strafrechtswidrig.^{484 485}

Hieraus kann aber noch nicht zwingend die Notwendigkeit einer eigenen Systemkategorie der Strafrechtswidrigkeit entwickelt werden, insbesondere ist damit hinsichtlich der Ausgestaltung der „notstandsähnlichen Lage“ als „echtem Strafunrechtsausschließungsgrund“ noch keine Bewertung vorgenommen worden.⁴⁸⁶ Entsprechend der wohl vorherrschenden Auffassung im Schrifttum, die das Bedürfnis nach spezifisch strafrechtlich zu bestimmenden Unrechtsausschlüssen ablehnt, bedarf es jedenfalls hinsichtlich der Präventivnotwehrfälle der „notstandsähnlichen Lage“ nicht. Es besteht nämlich schon kein Bedürfnis für die analoge Heranziehung der Vorschrift des § 34 StGB. Ausserdem lässt sich dieser echte Strafunrechtsausschließungsgrund auch aus teleologischen Gründen ablehnen.⁴⁸⁷

Vorab ist festzuhalten, dass der Anwendungsbereich der „notstands-ähnlichen Lage“ von vornherein sehr begrenzt sein dürfte.⁴⁸⁸ Für diesen „echten Strafunrechtsausschließungsgrund“ verbleiben Fälle mit einem gleichwertigen (aber eindeutigen) Abwägungsergebnis oder unklare Abwägungslagen.⁴⁸⁹ Letztlich spielt die „notstandsähnliche Lage“ nur eine Rolle für die Unrechtsminderung d.h. für Sachverhalte, die dem § 34 StGB angenähert, mithin zwar rechtswidrig im Sinne der Gesamtrechtsordnung sind, aber noch nicht als strafwürdig und daher auch nicht als strafrechtswidrig bewertet werden können. Der Strafunrechtsausschluss schließe „sowohl rechtmäßige als auch zwar rechtswidrige, aber nicht gesteigert strafrechtlich zu missbilligende

484 So z.B. Roxin, AT I, 2 Aufl., § 14 IV, Rn. 30 ff.; Seebode, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, in: Klug-FS, Köln 1983, S. 367 f. So auch Günther, Rechtfertigung, 1987, S. 384: "Was die übrigen Rechtsgebiete einschließlich der allgemeinen Rechtslehre als rechtmäßig ausweisen, kann nicht, was sie als rechtswidrig bewerten, muss noch nicht gesteigert sozialetisch zu mißbilligen und damit strafrechtswidrig sein." Ähnlich auch Welzel, Strafrecht, § 10 II 3, S. 52, der „spezifisch strafrechtliches Unrecht“ für möglich hält. Dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung stehen ebenfalls kritisch gegenüber Bauman/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 10 Aufl., Bielefeld 1995, § 16, Rn. 38 ff.; Hellmann, Anwendbarkeit, 1987, S. 91; Jakobs, AT, 11/5 ff.

485 Man denke nur daran, dass ein Handeln eines Hoheitsträgers, etwa bei Anwendung von Gewalt, nur bei Vorliegen einer öffentlichrechtlichen Befugnisnorm rechtmäßig ist. Trotzdem kann die für den Hoheitsträger handelnde Person durch die Eingriffsrechte der § 32 bzw. § 34 StGB (jeweils in Form der Nothilfe) strafrechtlich gerechtfertigt sein, auch wenn eine Befugnis zum Handeln im Sinne des öffentlichen Rechtes fehlt: Vgl. Seebode, Klug-FS, S. 367 f. Auch in diesem Fall liegen, je nach betrachtetem Rechtsgebiet, divergierende Ergebnisse hinsichtlich der Rechtswidrigkeitsbeurteilung des Handelns vor, sofern man annimmt, die Notrechte des StGB gewährten keine hoheitlichen Eingriffsrechte, was der herrschenden Meinung im öffentlichen Recht entsprechen dürfte, aber durchaus umstritten ist. So z.B. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 28, S. 548: „Streng zu unterscheiden ist aber jedenfalls zwischen dieser strafrechtlichen Rechtfertigung des Beamten und der verwaltungsrechtlichen Ermächtigung - und Verpflichtung - der Behörde“ (Hervorhebungen im Original). Vgl. auch Bemer/Köhler, Polizeiaufgabengesetz, Art. 60, Rn. 5, m.w.N.

486 Das Bedürfnis nach einer eigenständigen Strafrechtswidrigkeit bejahen z.B. Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Systems bei Roxin, JZ 1982, S. 619; ders., Kritik, 1984, S. 92 ff.; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht: Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, 1985, S. 324; Reichert-Hammer, JZ 1988, S. 618R; zustimmend wohl auch Dreher/Tröndle, Vor. § 32, Rn. 3; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, in Klug-FS II, Köln 1983, S. 291 f.; Küper, Der entschuldigende Notstand - ein Rechtfertigungsgrund?, in JZ 1983, S. 95. Nur in der Terminologie, nicht aber in der Sache abweichend Schünemann, GA 1985, S. 381 f.

487 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 125; Kelker, Nötigungsnotstand, 1993, S. 65 ff.

488 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 125 f.

489 So zutreffend Roxin, Oehler-FS, S. 184.

Verhaltensweisen ein“. Entsprechendes gelte „für den Anwendungsbereich des echten Strafunrechtsausschließungsgrundes“⁴⁹⁰, d.h. auch für die „notstandsähnliche Lage“. Diese Rechtsfigur soll Fälle erfassen, die zwar rechtswidrig, aber nicht strafrechtswidrig sind, oder in der Terminologie des § 34 StGB gesprochen, Fälle, bei denen das geschützte Interesse das verletzte nicht oder zumindest nicht wesentlich überwiegt. So kommt „originäre“ Bedeutung diesem Ausschlussgrund der Strafrechtswidrigkeit daher nur für Tatgeschehen zu, die die Gesamtrechtsordnung als widerrechtlich bewertet. Für die als rechtmäßig bewerteten Sachverhalte hingegen kann diese Rechtsfigur jedoch keine eigenständige Relevanz erlangen, da insoweit ein „unechter Strafunrechtsausschließungsgrund“ einschlägig ist, eben § 34 StGB. Überwiegt das geschützte Interesse nämlich wesentlich, so ist die Tatbestandsverwirklichung durch diese Norm für die gesamte Rechtsordnung gerechtfertigt. D.h., diese Fälle werden nicht ‘erst recht’ von dem analog angewendeten § 34 StGB erfasst, denn sie sind schon direkt unter diese Norm subsumierbar. Sollten sich diese Fälle von den §§ 34, 35 StGB sachgerecht erfassen lassen, bedarf es der Einführung eines neuen Rechtsinstitutes nicht, denn die Rechtmäßigkeit (im Sinne der Gesamtrechtsordnung) einer Tatbestandsverwirklichung ergibt sich unmittelbar aus § 34 StGB.⁴⁹¹ Für diese Fälle der Unrechtsminderung ist die „notstandsähnliche Lage“ nicht sachgerecht: Solche Handlungen, die nach herrschender Meinung rechtswidrig und daher, abgesehen von einer denkbaren Entschuldigung, grundsätzlich strafbar sind, will Günther mangels Strafrechtswidrigkeit immer ungeahndet lassen. Bei Notstandssituationen, deren Abwägungsergebnis unklar ist, würde der Notstandstäter nicht bestraft, obwohl seine Interessen nicht eindeutig überwiegen.⁴⁹² Diese Lösung lässt sich mit der gesetzlichen Regelung des § 34 StGB nicht in Einklang bringen. Der Normadressat wird quasi verleitet, seine Interessen durch Verletzung fremder Interessen auch dann durchzusetzen, wenn die „Abwägungswaagschale“ nicht eindeutig zu seinen Gunsten ausschlägt, d.h., die Gesamtrechtsordnung die Position des Notstandstäters nicht als ohne Zweifel vorzugswürdig betrachtet.⁴⁹³ Wenn das Strafrecht eine rechtssichere Aussage darüber treffen soll, was besonders zu missbilligend, besonders sozialschädlich ist,⁴⁹⁴ so muss es auch einen hinreichend klaren Maßstab dahingehend aufstellen, wann diese grundsätzlich besonders missbilligenswerte Verhaltensweise ausnahmsweise erfolgen darf. Andernfalls wird das Strafrecht seiner „Orientierungsfunktion“ nicht gerecht. Gerade dieser Maßstab wird aber durch das Institut der

490 Günther, Rechtfertigung, 1987, s. 399 (Hervorhebungen im Original).

491 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 126.

492 Vgl. Günther, Rechtfertigung, 1987, S. 400: „Der echte Strafunrechtsausschließungsgrund stimmt hinsichtlich seiner Aussage über den Unrechtsgehalt der Tat also überein mit einem Mangel schon an der strafatbestandsmäßigen Voraussetzung einer Handlung“.

493 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 127.

494 Günther, S. 403.

„notstandsähnlichen Lage“ verwischt. Die Sanktion entfällt nicht nur dann, wenn, wie das Gesetz es vorschreibt, die Interessen des Notstandstäters wesentlich überwiegen, sondern auch dann, wenn eine unklare Situation vorliegt. Dann darf aber der Täter nicht davon ausgehen, die Rechtsordnung ziehe seine Interessen vor und billige sein Vorhaben. Der entscheidend Unterschied zwischen der tatbestandslosen Handlung und der tatbestandsmäßigen, die lediglich nicht (straf-)rechtswidrig ist, liegt in der zugrundeliegenden gesetzgeberischen Entscheidung.⁴⁹⁵ Die Entscheidung über die Tat Bestandslosigkeit ist absolut eindeutig, da eine Handlung, die kein strafrechtliches Verbot verletzt, niemals Anknüpfungspunkt einer Kriminalstrafe sein kann. Beim Strafunrechtsausschließungsgrund hingegen geht es um die Frage, wann die Verletzung eines strafbewehrten Verbotes - ausnahmsweise – nicht geahndet wird, weil die Tat strafrechtlich nicht zu missbilligen ist. Diese Entscheidung über den Strafunrechtsausschluss bedarf aber nach Möglichkeit der gleichen Eindeutigkeit, wie diejenige über die Tatbestandsmäßigkeit. Denn dem Normadressaten ist nicht nur zu verdeutlichen, welche Verhaltensweisen mit Kriminalstrafe bedroht sind, sondern auch, wann die Rechtsordnung aus besonderen (Rechtfertigungs-) Gründen auf eine negative Sanktion im Ausnahmefall verzichtet. Gerade diesem Erfordernis kann die „notstandsähnliche Lage“ aber nicht gerecht werden. Der Gesetzgeber hat die Erlaubnistatbestände in §§ 32, 34 StGB von strengen Voraussetzungen abhängig gemacht, bei der Notwehr vom Vorliegen eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs, beim Notstand vom wesentlichen Überwiegen des Erhaltungsinteresses. Diese Entscheidung gilt es zu respektieren.⁴⁹⁶ Der „unechte Strafunrechtsausschließungsgrund“ hingegen relativiert, zumindest aus der Sicht der Normadressaten, die Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem, denn in den Fällen der Unrechtsminderung lautet das Ergebnis bei Anwendung dieser Rechtsfigur wie folgt: Der Täter hat die Voraussetzungen eines Straftatbestandes erfüllt, ohne dass ihm ein Recht zu dessen Verwirklichung zustünde, und ohne dass auf Opferseite eine Duldungspflicht korrespondiert. Trotzdem bleibt er straflos, da die Tat nicht als strafwürdig, d.h. strafrechtswidrig, bewertet werden kann. Im Bewusstsein der in der Regel rechtsunkundigen Normadressaten hingegen würde dieser Unterschied wohl kaum Beachtung finden, vielmehr eine

495 Es ist primär „Aufgabe des Straftatbestandes, aus der Vielzahl der sozialwidrigen oder bereits durch die übrige Rechtsordnung verbotenen Verhaltensweisen jene herauszufiltern, die generell ein solches Quantum an Unrecht verwirklichen, daß die Strafe als schärfste staatliche Reaktion als legitim erscheinen läßt“, so Rudolphi, Kaufmann-GS, S. 374; ähnlich auch Hirsch, LK 10 Vor. § 32, Rn. 10; Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen in Abgrenzung von sonstigen strafausschließungsgründen, JuS 1988, S. 431; Schon diese gesetzgeberische Intention allein dürfte die praktische Bedeutung der „echten Strafunrechtsausschließungsgründe“ erheblich beschränken.

496 Roxin, AT/I, § 16 E, Rn. 113; ders., JuS 1988, S. 431; Kelker, Nötigungsnotstand, 1993, S. 71; ähnlich Lenckner, Sch/Sch 24 Vor. § 32 ff., Rn. 8, der davon ausgeht, die notstandsähnliche Lage „liefe auf eine unzulässige Korrektur des Gesetzes hinaus“. Nicht anzuerkennen ist die an eine besondere „Strafrechtswidrigkeit“ anknüpfende Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten Strafunrechtsausschließungsgründen“, von denen nur die letzteren allgemeine, Recht und Unrecht abgrenzende Rechtfertigungsgründe sein sollen (§§ 32, 34), während die ersteren, ohne Erlaubnistatbestände zu sein, lediglich die Funktion haben sollen, das strafrechtliche Unrecht unter die Schwelle der Strafwürdigkeit zu senken: Vgl. Lenckner, Sch/Sch 24 Vor. § 32 ff., Rn. 8.

Gleichsetzung von Erlaubtheit (im Sinne der Gesamtrechtsordnung) und fehlender Strafrechtswidrigkeit vorgenommen werden.⁴⁹⁷

Als Fazit ist festzuhalten, dass die „notstandsähnliche Lage“ im Bereich des defensiven Notstandes erheblichen Bedenken ausgesetzt ist. Entscheidend ist aber, dass ihrer Grundprämisse nicht beigetreten werden kann, die direkte Anwendung des § 34 StGB auf diese Fälle erlaube keine sachgerechten Lösungen. Mithin ist diese Rechtsfigur, zumindest für den hier interessierenden Bereich, „als problematisch und nicht unbedingt notwendig“⁴⁹⁸ abzulehnen.⁴⁹⁹

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich weder die „notwehr-“ noch die „notstands-ähnliche Lage“ zur Behandlung der Präventivnotwehr als vorzugswürdig erwiesen haben.⁵⁰⁰

IV. Der Defensivnotstand

Der defensiven Notstandes bestimmt sich im wesentlichen durch zwei Komponenten: Es muss sich um Konstellationen handeln, in denen der durch die Gefahr Bedrohte diese durch eine Einwirkung auf den Gefahrverursacher von sich abwendet. Beim Gefahrverursacher muss es sich weiter um einen Menschen handeln, andernfalls greift § 228 BGB (Sachwehr).⁵⁰¹

Lange Zeit ging man davon aus, dass alle Fälle der defensiven Gefahrenabwehr bei von Menschen drohenden Beeinträchtigungen in § 32 StGB ihre Regelung gefunden haben, während die Abwehr von Sachgefahren (insbesondere durch Tiere) abschließend in § 228 BGB geregelt worden sei.⁵⁰²

Das Vordringen der personalen Unrechtslehre und eine präzisere Analyse der Notwehrbestimmung haben allerdings zur Einsicht gebracht, dass nicht sämtlichen durch Menschen verursachten Bedrohungen mittels der Anwendung der Notwehrbestimmung des § 32 StGB sachgerecht entsprochen werden kann.⁵⁰³

Seitdem hat die Rechtsfigur des durch Menschen ausgelösten Defensivnotstandes in zunehmendem Maße die strafrechtliche Literatur beschäftigt und auch in der Rechtsprechung weiter an Bedeutung gewonnen. Die bisherigen Abhandlungen zu diesem Thema haben aber nur selten inhaltliche

497 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 128 f.

498 Lackner, 21. Aufl., Vor. § 32, Rn. 4.

499 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 134.

500 Otte, Der aus Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 141.

501 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 30.

502 Jedoch zeigte schon Lampe im Jahre 1968, dass es es Defensivnotstandsfälle geben kann, die weder unter § 32 StGB noch unter § 228 BGB subsumiert werden können. O. Lampe, Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, in: NJW 1968, S. 88 ff. „Geht nämlich die Gefahr von einem Menschen aus, so ist die Tat bereits aus dem Gesichtspunkt der Notwehr (...) gerechtfertigt; geht die Gefahr von einer Sache aus, greift § 228 BGB ein. Ein Rückgriff auf den defensiven übergesetzlichen Notstand ist demnach in der Regel nur erforderlich, wenn die Gefahr weder von einem Menschen noch von einer Sache ausgeht, also vor allem bei einer Gefährdung durch die Leibesfrucht oder durch Gegenstände, die nicht Sachen im Sinne des § 90 BGB, wie etwa Strahlungen“. O. Lampe, NJW 1968, S. 91. Die Regelung eines typischen Defensivnotstandsfalles bei von Leibesfrucht ausgehenden Gefahren ist jedoch in den § 218 ff. StGB erfolgt.

503 Vgl. dazu Roxin, Jescheck-FS, S. 458.

Übereinstimmung erzielen können und große Problemkreise sind noch weitgehend ungelöst. Insbesondere wird es bestritten, dass eine einheitliche Lösung der verschiedenen Fälle, in denen der durch die Gefahr Bedrohte diese durch eine Einwirkung auf den Gefahrverursacher von sich abwendet, überhaupt möglich ist.⁵⁰⁴

Während im BGB eine deutliche Trennung zwischen der Sachwehr, im Sinne von § 228 BGB, und Einwirkungen auf Sachen, die an der Entstehung der Gefahrenlage nicht mitgewirkt haben, im Sinne von § 904 BGB, vorgenommen worden ist, ist eine Unterscheidung zwischen defensivem und aggressivem Notstand, die auch in getrennten Notstandsvorschriften ihren Niederschlag findet, dem deutschen StGB fremd.

Nach einer früher vertretenen Meinung in der Literatur liege der strafrechtlichen Notstandsregelung des § 34 StGB nach dem gesetzgeberischen Grundgedanken allein der aggressive Notstand zugrunde.⁵⁰⁵ Hier wehrt der Notstandstäter eine Gefahr dadurch ab, dass er auf die Rechtsgüter eines an der Verursachung der Gefahrenlage Unbeteiligten einwirkt. Die Fälle, in denen auf eine Person abwehrend eingewirkt wird, von der selbst die Gefahr ausgeht, sollten nach dieser Konzeption durch die Notwehrbestimmung des § 32 StGB umfassend geregelt werden.⁵⁰⁶

Eine eigenständige Defensivnotstandsbefugnis liege daher nur in denjenigen Fälle defensiver Gefahrenabwehr vor, in denen die qualifizierten Voraussetzungen der Notwehr nicht erfüllt sind, d.h. ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB nicht vorliegt.⁵⁰⁷

Hiervon ausgehend, bilden sich zunächst als Sachverhalte eines eigenständigen Defensivnotstandsrechts, die sich durch das Fehlen eines rechtswidrigen Angriffs menschlichen Ursprungs kennzeichnen lassen,⁵⁰⁸ die Nichthandlungen, die sorgfaltsgemäßen Handlungen und die

504 Unter den Vertretern, die dies bejahen, besteht Uneinigkeit, wie diese einheitliche Lösung auszusehen hat. Dabei wird es besonders untersucht, welche konkreten Auswirkungen für die Verteidigungsbefugnisse es nach sich zieht, dass das Opfer der Notstandshandlung die für den Notstandstäter bedrohliche Situation verursacht hat, insbesondere inwieweit sich seine Befugnis zum Eingriff in Rechte des Opfers der Notstandshandlung im Vergleich zum aggressiven Notstand erweitert. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 30.

505 Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Frankfurt a. M. 1998, S. 29.

506 So auch Roxin, Jescheck-FS, S. 457.

507 L. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 30 f. u. 33: Daraus ergebe sich zugleich die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen dem Notwehr- und dem defensiven Notstandsrecht. So auch H. Frister, GA 1988, § 294; Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der "Haustyrannentötung", S. 44 f.

508 Unter einem Angriff ist jede durch ein menschliches Verhalten drohende Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses zu verstehen [Hirsch, Dreher-FS, 1977, S. 211; vgl. auch Dreher/Tröndle, § 32, Rn. 4f. m.w.N.]. Nach der heute wohl herrschenden Auffassung erfordert ein rechtswidriger Angriff im Sinne der Notwehrbestimmung ein menschliches Verhalten, das Handlungsqualität und zudem einen Erfolgs- und einen Verhaltens-unwert aufweisen muss, während Verschulden eine oft vorliegende, aber keinesfalls notwendige Bedingung für eine Notwehr auslösende Situation darstellt. Wessels/Beulke, AT, § 8 V 2 a; Geilen, Jura 81, 200, 202; Sternberg-Lieben, JA 96, 299; vgl. auch OLG Hamburg StraFo 12, 278m. Besprechung Heckner, JuS 12, 1039 (Angriff in Form rechtswidriger Bildaufnahmen eines Pressefotografen). Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 77.

Über den Streitstand der Definition des Angriffs im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB: Roxin, AT I, 2. Aufl., § 15 III, Rn. 6; Hirsch, Dreher-FS, S. 211 ff.; Frister, GA 1988, S. 304; L. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 33.

Das Spektrum der Anforderungen, die an den Angriff gestellt werden, reicht von einer bloßen Gefahrverursachung durch den Angreifer hin bis zu der These, dass ein Angriff im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB stets ein schuldhaftes

Perforation.⁵⁰⁹

Für die vorliegende Untersuchung interessiert aber besonders die Frage, wie Angriffe zu behandeln sind, die Handlungsqualität und zudem einen Erfolgs- und einen Verhaltensunwert aufweisen,⁵¹⁰ denen aber das Merkmal der „Gegenwärtigkeit“ fehlt. Dabei kommt der Defensivnotstand eben noch für Präventivnotwehr-Konstellationen in Betracht, die zeitlich aus dem Rahmen des § 32 StGB fallen, da der Angriff noch nicht gegenwärtig ist.⁵¹¹

Da in den oben genannten Fallgruppen keine Notwehrlage i. S. des § 32 StGB besteht, wird eine Behandlung nach Defensivnotstandsgesichtspunkten erwogen.⁵¹² Nach welchen Vorschriften und Kriterien sich eine sachgerechte Regelung richten muss, ist aber nicht unumstritten, wie es in den folgenden Abschnitten deutlich wird.⁵¹³

Nach herrschender Meinung stellt die Regelung des rechtfertigenden Notstands eine wichtige Rechtsgrundlage bei der Lösung von Defensivnotstandsfällen dar, indem § 34 StGB allgemein den Notstand regelt, umfasst also neben dem Aggressivnotstand auch die Fällen defensiver Gefahrenabwehr.⁵¹⁴ So ist § 34 StGB nicht nur auf den Aggressivnotstand zugeschnitten. In diesem Sinne wird eine rechtliche Einordnung des Defensivnotstands durch direkte Anwendung des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB von der h.L. vertreten.⁵¹⁵

Verhalten voraussetze. So z. B. Jakobs, AT, 12/16; Puppe, AT § 12 Rn. 15; Frister, GA 1988, 291, 305; Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 141; Otto, GK Strafrecht AT, § 8 Rn. 21 f.; Samson, SK, 6. Aufl., § 32, Rn. 15; Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 223 ff.; Schaffstein, Notwehr und Güterabwägungsprinzip, in: MDR 1952, S. 136, verlangt „finales“ Verhalten. Noch weitergehend Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 99 und 282, der sogar nur vorsätzlich schuldhaftes Verhalten genügen lassen will.

509 Roxin, FS-Jescheck, S. 460 ff. Zur vollständigen Bestimmung der Fallgruppen des Defensivnotstandes (Nichthandlungen, sorgfaltsgemäße Handlungen, Perforation und Präventivnotwehr) vgl. Roxin, Jescheck-FS, S. 457 ff. Ähnlich auch Kühl, Strafrecht AT, 1994, § 8, Rn. 134 ff., und Lenckner, Sch/Sch 24 § 34, Rn. 31. Zur Abgrenzung dieser Fälle von der Notwehr erweist sich stets das Rechtsbewährungsprinzip als geeignetes Kriterium. In allen diesen Fällen zeigt sich, dass eine Bewährung der Rechtsordnung entweder überhaupt nicht denkbar ist (so bei den ersten drei Fallgruppen) oder dass zumindest noch kein hinreichender Grund besteht, als Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol die Verteidigung des Rechtes in die Hände von Privatleuten zu legen (so bei der Präventivnotwehr).
Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 92.

510 So auch die Definition des rechtswidrigen Angriffs bei Maurach/Zipf, Strafrecht, AT I, § 26 II 4, Rn. 14: „Rechtswidrig ist (...) ein Angriff, der einen Verhaltensunwert darstellt und die Herbeiführung eines Erfolgsumrechts (bei einem der Notwehr zugänglichen Interesse) befürchten läßt.“ Die Schuld des Angreifers ist hingegen keine notwendige Voraussetzung für die Begründung einer Notwehrlage.

511 Roxin, FS-Jescheck, S. 478 ff.; Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 35; Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der Haustyrannentötung, S. 82 ff.; Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 46 ff.

512 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 93.

513 Zur rechtlichen Behandlung des Defensivnotstands vgl. auch Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 95 ff.; Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 46 ff.; Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, S. 98 ff.

514 In dem Sinne, dass § 34 StGB im Unterschied zu § 228 BGB, welcher ausschliesslich Fälle der Sachwehr, d.h. den Defensivnotstand gegen Sachen regelt, allgemein den Defensivnotstand gegen Sachen und Menschen umfasst, siehe Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 37.

515 Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, S. 107. Vgl. statt aller Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1987, 99; Erb, MüKo, § 34 N 17 f., 73, 148 ff; Gropp, AT, § 6 N 131 ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 365; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 8 N 57, 134; Lackner/Kühl 27 § 34 N 4; Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 34 N. 30; Baumann/Weber/Mitsch, § 17 N 85 f.; Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 120; Roxin, Jescheck-FS, S. 464 ff.; Roxin, AT I, § 16 N 7, 75 f.; Zieschang, LK, § 34 N 72, 82,

Nach dieser Ansicht kann die Tatsache, dass beim Defensivnotstand die Gefahr gerade aus der Sphäre des Eingriffsoffers stamme, im Rahmen des in § 34 Satz I StGB enthaltenen Interessenabwägungsprinzips berücksichtigt werden. Weil beim Defensivnotstand das Eingriffsoffer kein unbeteiligter Dritte ist, müsse unter Annahme eines Defensivnotstands das vom Gesetz geforderte überwiegende Interesse im Vergleich zum Aggressivnotstand bereits bei weniger intensiven Rechtsgütereingriffen bejaht werden.⁵¹⁶ Somit sei ein gesetzlich statuiertes wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses gerade auch in den für den Defensivnotstand typischen Situationen möglich, wo das zu schützende Rechtsgut keinen wesentlich höheren Wert aufweise als dasjenige, das beeinträchtigt werde.⁵¹⁷ Dies führe zum Ergebnis, dass die Abwehrhandlung des Defensivnotstandstäters so lange zu rechtfertigen sei, als er nicht einen „unverhältnismäßig hohen Schaden“ anrichte.⁵¹⁸ Hier können Maßnahmen nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, wobei höchstpersönliche Güter wie Körperintegrität und Freiheit verletzt werden dürfen, deren Beeinträchtigung sonst nach § 34 StGB nur in seltenen Fällen zulässig ist.⁵¹⁹ Dagegen sind Tötungen grundsätzlich auch im Defensivnotstand unzulässig.⁵²⁰ Dies gilt selbst dann, wenn Leben gegen Leben steht, weil auch in diesem Fall der bloße Umstand der Gefahrverursachung durch das

87. Auch die Rechtsprechung lässt den Weg über § 34 StGB bei Defensivnotstandsfällen offen. Vgl. Den bereits erwähnten „Spannerfall“ in BGH NJW 1979, 2053. Vgl. auch BGH NStZ 1989, 431 und den „Bordellfall“ in BGH NStZ 1993, 333, wobei die Gefahr anders abwendbar gewesen wäre, weshalb rechtfertigenden Notstand ausschied.

516 Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 34 Rn. 30: Darauf, dass das durch die Tat verletzte Gut in diesem Fall weniger schutzwürdig ist als bei der Inanspruchnahme eines völlig Unbeteiligten, beruhen die unterschiedlichen Schadensrelationen in den §§ 228, 904 BGB. Weil es sich dabei aber nur um spezielle Ausprägungen des allgemeinen Interessenabwägungsprinzips handelt, wie es sich in § 34 findet, muss dieser Unterschied selbstverständlich auch dort in der Weise zu Buche schlagen, dass beim Defensivnotstand ein überwiegendes Interesse wesentlich früher anzunehmen ist, dh qualitativ und quantitativ weitergehende Beeinträchtigungen zulässig sind als beim Aggressivnotstand (hM. ZB Baumann/Weber/Mitsch, AT, 380, Erb, MüKo 11, 152, Günther, SK, 14, 20, 39, Gropp, AT, 6/131, Hirsch, Anmerkung zu BGH NJW 1979, S. 2053, in JR 80, 116, Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 365, Kühl, Strafrecht AT, 8/134, Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, Berlin 1979, S. 72 f., Der verschuldete rechtfertigende Notstand, Berlin 1983, S. 15, Lackner/Kühl 27, 9, O. Lampe, NJW 1968, 91, Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 102 f., 137, GA 85, 311, Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 120, 157 ff., Pawlik, Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002, 308 ff., Jura 02, 27 ff., Perron, in Rechtfertigung und Entschuldigung, III, 93 f., Roxin, AT I, 16/72 ff., ders., Jescheck-FS, 457 ff., ders., Oehler-FS, 190, F. C. Schroeder, JuS 1980, 340, Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, 9/113, W. Beulke 313, Zieschang, LK, 72, nach welchem, die Tatsache, dass sich die Abwehr beim Defensivnotstand gerade gegen denjenigen richte, aus dessen Rechtssphäre die Gefahr droht, beschränkt auf die Sachwehr in § 228 BGB berücksichtigt werde. Bei Gefahren, die nicht von einer Sache, sondern von einem Menschen ausgehen, müsse sie deshalb in die Interessenabwägung nach § 34 StGB einfließen).

517 So Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrannentötung“, S. 108, unter Hinweis auf die Ansicht von Roxin, Jescheck-FS, S. 464 ff.; Roxin, AT I, § 16 N 7, 75 f.

518 Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 8 N 57, 134.

519 Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30. Vgl. näher Roxin, Jescheck-FS, S. 468 ff.

520 Vgl. Z.B. BGH 48 257 mit Bsprs. Rotsch, Die Tötung des Familientyrannen: heimtückischer Mord? - Eine Systematisierung aus aktuellem Anlass - BGH NJW 2003, 2464, JuS 05, 12; Widmaier, NJW 03, 2788; zu Recht erwägt deshalb BGH NJW 00, 3079 mit Anm. Renzikowski JR 01, 468, § 34 nicht.

Opfer noch kein Recht begründen kann, dieses zu töten.^{521 522}

Diese „strafrechtsinterne Lösung“⁵²³ hat den Vorteil, dass alle Konstellationen defensiver Gefahrenabwehr durch die direkte Anwendung des rechtfertigenden Notstandes unter eine strafrechtliche Bestimmung des Allgemeinen Teils subsumiert werden, so dass die analoge Heranziehung einer zweiten Norm für die Lösung der Defensivnotstandsfälle (wie etwa die analoge Anwendung von § 228 BGB) überflüssig wird.⁵²⁴

521 Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30. Anders hier Baumann/Weber/Mitsch, AT, 381, Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 101 ff., Erb, MüKo, 162, Frister, Strafrecht AT, 17/29, Günther, SK, 43, Amelung-FS 154, Hirsch LK 11, 74 (wie hier dagegen Zieschang LK, 74 f.), Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, S. 74 f., Merkel, § 14 Abs. 3 Luftsicherungsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, JZ 07, 384, Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 246 f., Roxin, AT I, 16/78 f., Jescheck-FS, 470 ff. sowie im Hinblick auf die Insassen eines entführten und als Waffe gegen andere Menschen gerichteten Flugzeugs Gropp, GA 06, 288, Köhler, Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, in Schroeder-FS, 2006, 266 f., Hirsch, Küper-FS, 154, 161, Rogall, Ist der Abschluss gekaperter Flugzeuge widerrechtlich?, NSTZ 08, 3 f. (gegen die Einordnung dieses Falles als Defensivnotstand jedoch Fischer 18, Kühl, Strafrecht AT, 8/138a, Ladiges JuS 11, 882, Merkel JZ 07, 384f., Neumann, NK, 3. Aufl., 2010, 77 c, Roxin ZIS 11, 559, Stübinger, „Not macht erfinderisch“, ZStW 123, 421).

522 Von wenigen Ausnahmen abgesehen (so bei der sog. Perforation oder bei der Verhinderung einer gewaltsamen Blutentnahme durch Gegenwehr, wenn dadurch nicht nur gegen den unmittelbaren Angreifer Notwehr geübt, sondern zugleich auch die letzte Rettungschance eines lebensgefährlich erkrankten Patienten vereitelt wird, zu dessen Gunsten die Blutentnahme erzwungen werden sollte), die nicht verallgemeinerungsfähig sind, bleibt es hier deshalb bei einer Entschuldigung nach § 35 bzw. bei einem übergesetzlichen entschuldigenden Notstand. Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30. Der übergesetzliche entschuldigende Notstand wird als Entschuldigungsgrund von der hM. im Schrifttum anerkannt (zum Teil auch als „entschuldigende Pflichtenkollision“ bezeichnet; ablehnend zuletzt aber Momsen, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlichen Pflichten, 2006, 466 ff.). Es handelt sich dabei um Notstandssituationen in denen der Täter die Nachsicht des Rechts verdient, obwohl eine Rechtfertigung nach § 34 ausgeschlossen und § 35 nicht anwendbar ist, ersteres weil die beteiligten Rechtsgüter eine quantitative oder qualitative Differenzierung nicht zulassen (so insbesondere, wenn Leben in verschiedener Zahl auf dem Spiel stehen), letzteres weil die Gefahr nicht dem Täter selbst oder einem Angehörigen droht. Anlass zur Anerkennung eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstands waren die „Euthanasie“-Prozesse der Nachkriegszeit, wo über jene Fälle eines unlösbaren Gewissenskonflikts zu entscheiden war, in den sich Ärzte angesichts der Unausweichlichkeit eines totalitären Regimes gestellt sahen: Entweder an der von den Machthaber befohlenen Vernichtungsaktion gegen Geisteskranke in begrenztem Umfang mitzuwirken, umso möglichst viele Kranke zu retten, oder aber eine Beteiligung auf die Gefahr hin abzulehnen, dass andere, skrupellose Ärzte an ihre Stelle getreten wären, die alle Insassen der Anstalt in den Tod geschickt hätten. Perron, Sch/Sch 29 Vor. § 32 Rn. 115. Aus dem Schrifttum zuletzt Bott, In dubio pro Straffreiheit, 2011, 191 ff., 331 (nur Strafmilderung), Zimmermann, Rettungstötungen - Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, Baden-Baden 2009, S. 287 ff.; Achenbach JR 75, 495, B/W-Weber 23/55 ff., EB I 217, Fischer 15, Gallas, Mezger-FS 232 ff., Gropp, AT, 268 ff., Henkel, Mezger-FS 300, Hirsch, LK 11, 212 ff., Hörnle Herzberg-FS 570 ff., Jakobs, AT, S. 588, Krey-FS 207 ff., Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 501 ff., Kühl, Strafrecht AT, 12/92 ff., Küper, Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, Notstand, Pflichtkollision, Handeln auf dienstliche Weisungen, in JuS 87/90, L/Kühl 31, Lenckner, Strafe Schuld und Schuldfähigkeit, in Göppinger/Witter, Handb. des forensischen Psychiatrie I, 1973, 75, M-Zipf I 450 f., Mitsch, Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen, GA 2006, 13, Paeffgen, NK, 292 ff., Rönnau/Hohn, LK 12 Rn. 342 ff., Rudolphi, SK 8 Vor. § 19, Schlehofer MK 257ff. (abl. mangels Regelungslücke) Schmidhäuser, AT, S. 476 ff., I 254 ff., Eb. Schmidt SJZ 49, 568, Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, 15/124 ff., Stübinger ZStW 123, 403 ff., v. Weber Kiesselbach-FS [1947] 248 ff., Welzel 184, ZStW 613, 51, MDR 49, 375; vgl. Auch Roxin, AT I, 22/ 146 ff., Henkel-FS 194: kein Schuld-, sondern Verantwortungsausschluss. Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss [o. 8], Köhler, AT, 341; Strafunrechtsausschluss, aber auch Schlehofer MK 257 ff.: weder Strafunrechts- noch Schuldausschluss. Zur Rspr. vgl. BGH 6, 58, 35, 350., wo die Frage einer übergesetzlichen Entschuldigung jedoch offengelassen wird.

523 So Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der „Haustyrantentötung“, S. 107.

524 Vgl. Dazu Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 118. Die Ansicht, zur Lösung der Defensivnotstandsfälle § 228 BGB analog heranzuziehen, sei auf ein falsches Verständnis des dem rechtfertigenden Notstand immanenten Interessenabwägungsprinzips zurückzuführen. Vgl. die Kritik dazu bei Zimmermann,

1. Die Entwicklung eines speziellen „präventiven Defensivnotstandes“

Wie oben bereits angedeutet, wird die Konstellation, dass ein gegenwärtiger Angriff noch nicht vorliegt, die Abwendung der Gefahr aber nur präventiv möglich ist, als „Präventivnotwehr“ oder „notwehrähnliche Lage“ bezeichnet,⁵²⁵ welche sich nur durch die präventive Abwehr von der Notwehr unterscheidet. Da hier aber noch keine Notwehrlage vorliegt und damit § 32 StGB nicht unmittelbar anwendbar ist, liegt vielmehr eine Notstandslage näher.⁵²⁶ So wird von manchen Autoren diese Konstellation auch als „präventiver Defensivnotstand“ bezeichnet,⁵²⁷ da hier die Gefahr für das Rechtsgut vom Eingriffopfer selbst ausgeht und nur präventiv abgewendet werden kann.

Die zeitlichen Anforderungen bei der Notwehr und beim Notstand sind unterschiedlich. So setzt die Notwehr einen gegenwärtigen Angriff voraus, der zumindest unmittelbar bevorstehen muss.⁵²⁸ Eine präventive Verteidigung ist damit nach § 32 StGB nicht gerechtfertigt.

Beim Notstand hingegen muss nur eine gegenwärtige Gefahr vorliegen. Diese wird bereits bejaht, wenn der Eintritt des drohenden Schadens nur sofort abgewendet werden kann, also auch wenn der Schadenseintritt in der Zukunft liegt.⁵²⁹ Somit ist die vorbeugende Verteidigung vom Notstand bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen erfasst. Allerdings wird durch das Merkmal „präventiv“ klargestellt, dass es sich um einen Fall handelt, bei dem ein Schadenseintritt erst in Zukunft droht.⁵³⁰

2. Die Besonderheiten bei den Fällen des „präventiven Defensivnotstandes“

In den Fällen präventiver Gefahrenabwehr besteht die Besonderheit, dass der Schadenseintritt nicht unmittelbar bevorsteht, die Bedrohung also noch nicht gegenwärtig im Sinne des § 32 StGB ist. Ein Notwehrrecht zugunsten des Bedrohten ist daher aus zeitlichen Gründen nicht einschlägig.⁵³¹

Daraus ergibt sich, dass sich die „Nähe der Gefahr“ auf das Ausmaß der zulässigen Verteidigung sehr unterschiedlich auswirken kann.⁵³² Dies kann darin begründet sein, dass in den Präventivnotwehrfällen der Gefahrverursacher die Grenzen seines durch das

Rettungstötungen, S. 172 f. Die Bestimmung von § 228 BGB konzentrierte sich im Sinne einer *lex specialis* ausschließlich auf diejenigen Fälle, in welchen die Gefahr von einer Sache und nicht von einem Menschen herrühre. Die in § 228 BGB enthaltene Interessenabwägung umfasse daher einen Rechtsgedanken, der nicht über die Sachwehr hinaus auf alle Defensivnotstandssituationen ausgedehnt werden könne. Erb, MüKo, § 34 N 17 f., 73, 148 ff.

525 Welzel, Strafrecht, § 14, S. 87; Schmitt, JuS 1967, 19 (24).

526 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 40.

527 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 40, der von einem „präventiven Defensivnotstand bei pflichtwidrigem Verhalten des Eingriffopfers“ spricht, wenn die Gefahr für das Rechtsgut vom Eingriffopfer ausgeht, das Eingriffopfer pflichtwidrig handelt und die Abwendung der Gefahr nur präventiv möglich ist.

528 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 4.

529 Lackner/Kühl 27 § 34 Rn. 2.

530 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 38 f.

531 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 173.

532 Otte, Der aus Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 177.

Selbstbestimmungsrecht eingegrenzten Herrschaftsbereiches noch nicht überschritten hat.⁵³³ Durch den noch nicht gegenwärtigen Angriff droht die Überschreitung erst für die (nähere oder fernere) Zukunft. Folglich kann das Ausmaß der Eingriffsrechte im Rahmen der Präventivnotwehr nicht in gleicher Weise, wie in den Fällen zugespitzter Gefahrenlagen, vom Autonomiegesichtspunkt her bestimmt werden.⁵³⁴ Trotzdem wäre es unvernünftig, eine moderate vorbeugende Abwehrhandlung zu untersagen, wenn bei Zuwarten bis zur Gegenwartigkeit des Angriffs die Abwehr nur noch durch ungleich schwere Maßnahmen möglich wäre, bzw. wenn das Zuwarten die Erfolgsaussichten der Abwehr vereiteln oder erheblich erschweren würde.⁵³⁵ Aus diesen Gesichtspunkten heraus soll sich das Maß der zulässigen Einwirkung im wesentlichen durch das Verhältnis des abgewehrten Schadens auf Täterseite und der eingetretenen Beeinträchtigung auf Opferseite bestimmen, wobei je näher die Sachverhaltsentwicklung an die Schwelle der Gegenwartigkeit des Angriffs herangerückt ist, um so weitergehende Beeinträchtigungen des Gefahrverursachers wird man rechtfertigen können.⁵³⁶

In engem Zusammenhang mit der zeitlichen Einordnung der Gefahrenlage, in einem Stadium vor der „Gegenwärtigkeit“ im Sinne von § 32 StGB, steht bei der Verteidigung in Präventivnotwehr das Merkmal der anderweitigen Abwendbarkeit der Gefahr i.S. des § 34 StGB. Da bei der Präventivnotwehr eine zeitliche Zuspitzung der Gefahrenlage fehlt und genügend Zeit vorhanden ist, bevor der Angriff stattfindet, stellt sich mithin regelmäßig die Frage, ob zur Abwehr der Gefahr andere Handlungsalternativen⁵³⁷ bestehen als die Verletzung von Rechtsgütern des

533 Bei den Nichthandlungsfällen und den Sachverhalten sorgfaltsgemäßer Handlungen ist hingegen dieses Stadium der Durchbrechung der Grenzen des eigenen Machtbereiches durch den Gefahrverursacher schon erreicht. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 177.

534 Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 177.

535 So zutreffend z.B. Roxin, AT/I, 2. Aufl., § 16 A III, Rn. 72: „Denn in Fällen, in denen ein Angriff im Stadium der Gegenwartigkeit nicht mehr oder doch nur mit dem hohen Risiko eines tödlichen Ausganges für den Angreifer abgewehrt werden könnte, wäre es unvernünftig, eine frühe und schonende Präventivmaßnahme gänzlich zu verbieten“.

536 Das Bevorstehen der Rechtsgutsverletzung durch das Opfer der Abwehrhandlung kann die Verteidigungsbefugnisse nur in begrenztem Ausmaß zugunsten des Verteidigers beeinflussen. Vgl. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 178, der bei der Beurteilung solcher Situationen darauf abstellt, in welcher Phase der Vorbereitung des Angriffs präventiv abwehrend eingegriffen wird. Erläutert sei dies an einem von Roxin gebildeten Beispiel: „So wird man durch § 34 gerechtfertigt sein, wenn man demjenigen, der in ernstzunehmender Weise mit Gewalttätigkeiten droht, Revolver und Messer durch an sich verbotene Eigenmacht entzieht und versteckt; aber man wird in diesem Stadium der Dinge den potentiellen Angreifer nicht in private Gefangenschaft nehmen dürfen. Wenn dagegen der potentielle Gewalttäter Messer und Revolver zu sich steckt, um zu seiner Tat unverzüglich aufzubrechen, wird man ihn im Keller einschließen dürfen, bis die herbeizurufende Polizei den Vorfall in die Hand nimmt. Sogar eine gewaltsame Hinderung, die bei einer Gegenwehr das Notwehrrecht auslöst, ist in diesen Situationen als gerechtfertigt anzusehen“. Vgl. Roxin, Jescheck-FS, S. 483f. Die konkreten Auswirkungen der „Nähe der Gefahr“ auf die Eingriffsrechte sollen anhand der konkreten Sachverhalte der Präventivnotwehr ermittelt werden, da sie sich je nach den auf Opfer- und Täterseite betroffenen Rechtsgütern und Interessen unterscheiden. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 178.

537 Da die Prävention von Straftaten grundsätzlich den staatlichen Behörden obliegt, ist es zunächst stets zu prüfen, ob die Inanspruchnahme obrigkeitlicher Hilfe möglich und erfolgversprechend gewesen wäre. Die anderweitige Abwendbarkeit enthält auch die Pflicht für den Bedrohten, der Gefahr nach Möglichkeit auszuweichen. Im Vergleich zu den zugespitzten Gefahrensituationen kommen in den Präventivnotwehrfällen die Ausweichmöglichkeiten öfter in

Gefahrverursachers.⁵³⁸ Sollte dies zu bejahen sein, so wird man die Rechtfertigung einer vorbeugenden Abwehrmaßnahme nach § 34 StGB nicht mehr annehmen können.⁵³⁹

KAP. 3 DIE RECHTLICHE BEHANDLUNG DES „PRÄVENTIVEN DEFENSIVNOTSTANDES,,

Da die Figur des „präventiven Defensivnotstandes“ in der Diskussion zur „Präventivnotwehr“ gegenüber anderen Lösungsvorschlägen an Akzeptanz und Wichtigkeit gewonnen hat, liegt es nahe, ihre rechtliche Behandlung im Folgenden umfassend zu erläutern.

Dieses Thema bereitet aber vielfach erhebliche Schwierigkeiten. Auf der einen Seite erfasst die heute herrschende Meinung die Konstellation einer präventiven Verteidigung im Defensivnotstand in § 34 StGB. Auf der anderen Seite gibt es aber zahlreiche Autoren, die davon ausgehen, dass es für den strafrechtlichen Defensivnotstand keine Regelung gibt.⁵⁴⁰

Dies ist darauf zurückzuführen, dass § 34 StGB primär auf den Aggressivnotstand zugeschnitten ist und die hohen Anforderungen an eine Rechtfertigung als unpassend empfunden werden. Daher wird man in der Literatur häufig darauf hingewiesen, dass immer noch eine Regelungslücke besteht. Deshalb werden § 32 StGB oder § 228 BGB analog herangezogen, da bei diesen keine Abwägung vorzunehmen ist bzw. die Interessenabwägung darauf zugeschnitten ist, dass das Eingriffsoffer seine Lage selbst verschuldet hat.

Wird dahingegen auch die Defensivnotstandslage von § 34 StGB erfasst, dann gibt es keinen Grund mehr entweder auf § 32 StGB bzw. § 228 BGB analog zurückzugreifen oder Wertungen des § 228 BGB in die Abwägung des § 34 StGB mit einzubeziehen.

Nachfolgend sollen die unterschiedlichen Lösungsansätze dargestellt werden.

Betracht, da der Bedrohte noch einen gewissen Zeitraum hat, um Handlungsalternativen abzuwägen, darunter natürlich auch die des Ausweichens. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 187.

538 Aus dieser Besonderheit ergeben sich Auswirkungen dahingehend, ob der Bedrohte dem Angriff überhaupt entgegentreten darf oder ob er verpflichtet ist, der Bedrohung auszuweichen bzw. sich anderer Wege (obrigkeitlicher Hilfe) zur Verteidigung zu bedienen. Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 186. In diesem Sinne Roxin, AT I, 2. Aufl., § 16 A III, Rn. 73, Verdeutlicht sei diese Problematik am jüngsten Beispiel der Präventivnotwehr aus der Rechtsprechung, BGHSt 39, 133. Mit Anmerkung Roxin, Anmerkung zu BGHSt 39, 133, NstZ 1993, S. 335; Lesch, Anmerkung zu BGHSt 39, 137, in StrV 1993, S. 578; Arzt, JZ 1994, S.344; Drescher, JZ 1994, S. 423; Müller-Christmann, JuS 1994, S, 649.

539 So auch Roxin, NStZ 1993, S 335: „Es verdient uneingeschränkte Billigung, wenn der BGH jegliche private Präventivnotwehr ausschließen will, wo die Möglichkeit besteht, staatliche Ordnungskräfte heranzuziehen: Denn nur auf diese Weise lässt sich einer Eskalation der Gewalt im Rahmen privater Gruppenfehden wirksam begegnen“. Vgl. auch Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 187, der die Richtigkeit dieser Auffassung mit einem Blick auf die „präventive Nothilfe“ : Käme eine Rechtfertigung auch in Betracht, wenn staatlicher Schutz erreichbar ist, so würde dies im Ergebnis dazu führen, dass in weiten Bereichen auch dritten Privatpersonen polizeiähnliche Befugnisse gegen in Vorbereitung befindliche Straftaten erwachsen würden, sofern diese Individualrechtsgüter eines Dritten gefährden. Eine solche Lösung wäre mit dem staatlichen Gewaltmonopol aber nicht in Einklang zu bringen.

540 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 57.

I. Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall der Notwehr gemäß § 32 StGB

Da sich der präventive Defensivnotstand nur in zeitlicher Hinsicht von der Notwehr unterscheidet, liegt es nahe, ihn nach den Notwehrregeln zu behandeln. So wird eine direkte Anwendung, als auch eine analoge Anwendung der Notwehrregeln des § 32 StGB in Betracht gezogen.⁵⁴¹

1. Anwendung von § 32 StGB direkt

Wird das Merkmal der „Gegenwärtigkeit“ weit auslegt, dann ist § 32 StGB auf den „präventiven Defensivnotstand“ direkt anzuwenden. Dabei wird die „Gegenwärtigkeit“ immer dann angenommen, wenn eine spätere Abwehr nicht mehr möglich ist.⁵⁴² So kann auch die Abwehr zukünftiger Angriffe in diesen speziellen Fällen durch Notwehr gerechtfertigt sein.

Die Vertreter der direkten Anwendung von § 32 StGB auf den „präventiven Defensivnotstand“ unterscheiden im Ergebnis also nicht zwischen „gegenwärtiger Gefahr“ und „gegenwärtigem Angriff“. Diese Unterscheidung ist aber wesentlich, damit der Sinn und Zweck der Notwehrregelung erhalten bleibt. Die Extension des Merkmals der „Gegenwärtigkeit“ ist weiterhin mit der Wortfassung des § 32 StGB nicht mehr vereinbar⁵⁴³ und stößt gegen den staatlichen Gewaltmonopol.⁵⁴⁴ Denn § 32 StGB gibt dem Privaten nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines „gegenwärtigen Angriffs“ ein Notwehrrecht und anders als bei § 34 StGB findet bei § 32 StGB keine Interessenabwägung statt, welche dieses weiten zeitlichen Rahmen wieder begrenzen würde.⁵⁴⁵

2. Anwendung von § 32 StGB analog

Für eine analoge Anwendung von § 32 StGB auf Fälle defensiven Notstandes spricht, dass § 32 StGB nicht die Abwehr erst in der Zukunft liegende Angriffe rechtfertigt.⁵⁴⁶

Die Vertreter der analogen Anwendung von § 32 StGB auf den „präventiven Defensivnotstand“

541 Zur Anwendung von § 32 StGB auf den Defensivnotstand vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 48 ff. u. 58 ff.

542 Für eine direkte Anwendung von § 32 StGB, Schmidhäuser, Studienbuch, 6/61, S. 153. Auch Haug plädiert für eine direkte Anwendung von § 32 in den Fällen von heimlichen Tonbandaufnahmen, indem er speziell in Erpressungsfällen von einem andauernden Angriff auf die Willensfreiheit ausgeht, der Angriff also stets gegenwärtig ist. Generelle Aussagen zum „präventiven Defensivnotstand“ sind aber nicht zu entnehmen. Haug, MDR 1964, 584 (551).

543 Suppert S. 330; Krey AT 1, Rn. 446.

544 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 60

545 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 58.

546 Vgl. Suppert, Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage, der am intensivsten die analoge Anwendung des § 32 StGB a.F. analog auf künftige Angriffe erörterte. Bei Behandlung der Problematik der heimlichen Tonbandaufnahmen stellt Schmitt generell fest, dass § 32 StGB a.F. nicht die Abwehr künftiger Angriffe rechtfertigt. Der Fall heimlicher Tonbandaufnahmen sei somit gemäß § 32 StGB a.F. analog rechtfertigbar. Schmitt, JuS 1967, 19 (24). In der jüngeren Literatur anerkennt Jakobs für die Abwendung künftiger Angriffe unter besonderen Voraussetzungen die Anwendung der Regeln über die notwehrähnliche Lage/ Präventivnotwehr. Jakobs, AT, 12. Abschn., Rn. 27, Fn. 49.

verweisen in der Mehrzahl auf die so genannte „notwehrähnliche Lage“, wobei ein Angriff nur im Voraus abwendbar ist, da eine spätere Abwehr nicht mehr oder nur mit schwererem Mittel möglich ist. Diese Situation entspricht aber exakt der weiten Interpretation des Merkmals der „gegenwärtigen Gefahr“ beim Notstand gemäß §§ 34, 35 StGB und § 228 BGB. Eine analoge Anwendung von § 32 StGB kommt also nicht in Betracht, da andere Regelungen, insbesondere § 34 StGB, einschlägig sind.⁵⁴⁷

Darüber hinaus ist diese Auffassung deshalb abzulehnen, weil eine „notwehrähnliche Lage“ nur unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt wird,⁵⁴⁸ die sich weit von der eigentlichen Notwehr entfernen⁵⁴⁹ und im Ergebnis etwa den Voraussetzungen des § 34 StGB entsprechen.⁵⁵⁰ Ist § 34 StGB zu den zusätzlichen Voraussetzungen bei einer „notwehrähnlichen Lage“ eigentlich anwendbar, dann fehlt es bereits an einer Regelungslücke.⁵⁵¹

II. Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB

In der Literatur, die § 34 StGB auf den „präventiven Defensivnotstand“ anwendet⁵⁵² gibt es drei verschiedene Richtungen. Diejenigen, die § 34 StGB direkt anwenden,⁵⁵³ diejenigen, die § 34 StGB mit dem Rechtsgedanken des § 228 BGB verbinden⁵⁵⁴ und schließlich diejenigen, die in der Interessenabwägung des § 34 StGB den § 228 BGB analog heranziehen.⁵⁵⁵ Für die Präventivnotwehr dürfte die erstgenannte Auffassung mittlerweile die Mehrzahl der Autoren auf sich vereinigen.⁵⁵⁶

547 So auch Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 138. Bis zur Kodifizierung des § 34 im 1975 war eine analoge Anwendung von § 32 durchaus nahe liegend. Bis dahin gab es nur den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand. Mit der Kodifizierung des § 34 sind die Ansichten, die eine analoge Anwendung des § 32 befürworteten, teilweise obsolet geworden, weil das Bestehen der notwendigen Regelungslücke angesichts § 34 zweifelhaft ist. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 59.

548 In seinem Werk zur notwehrähnlichen Lage gelangt Suppert zu dem Ergebnis, dass unter besonderen, weiteren Voraussetzungen § 53 StGB a.F. analog auf künftige Angriffe anwendbar ist. Zu den weiteren Voraussetzungen gehört etwa, dass der Angriff nicht anders oder nur mit schärferem Mittel abwendbar ist. Suppert, Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage. Siehe zur notwehrähnlichen Lage oben.

549 So auch Roxin, AT I, § 15, Rn. 27.

550 Suppert, S. 404.

551 So auch Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 138.

552 Dazu, Vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 71 ff.

553 Roxin, AT I, § 16, Rn. 72 ff.; Lackner/Kühl, 26. Aufl., 2007, § 34 Rn. 9; Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30 f.

554 Hirsch, LK 11 § 34 Rn. 74; a.A. Zieschang, LK § 34 Rn. 74; Wessels/Beulke, AT, Rn. 316; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 77, S. 381; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 111; Erb, MüKo, § 34 Rn. 162; Günther, SK, 2005, § 34 Rn. 43.

555 So insbesondere Hruschka, NJW 1980, S. 21; ders., Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 131 ff.; Krey AT I, Rn. 576 ff., Rn. 582 a ff. zu BGH NStZ 2003, 482 ff. (= BGH NJW 2003, 2464 ff.).

556 Für die Behandlung dieser Fälle gemäß § 34 StGB: Geilen, Jura 1981, S. 210; Hirsch, Anmerkung zu BGH, NJW 1979, S. 2053, in: JR 1980, S. 115; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., Berlin 1988, § 32 II 1d, S. 307; Spindel, LK 11 § 32. Rn. 126 ff.; ders., Zum Problem der Bedrohung durch einen Gewalttäter, in: Klaus Geppert u. a. (Hrsg.), R. Schmitt-FS, Tübingen 1992, S. 210 f.; Roxin, AT I, 2. Aufl., § 16 A III, Rn. 72 ff.; ders., NStZ 1993, S. 335; ders., Jescheck-FS, S. 478 ff.; ders., Oehler-FS, S. 189; Schaffstein, Der Maßstab für das Gefährurteil beim rechtfertigenden Notstand, in: Bruns-FS, Köln u. a. 1978, S. 92 f.; Lenckner, Sch/Sch 24 § 32, Rn. 17, § 34. Rn. 30; Stratenwerth, Günther, Strafrecht AT, 3. Aufl., Köln u. a. 1981, Rn 421; Tenckhoff, Anmerkung zu KG, JR 1981, S. 255 ff.; auch BGHSt 39, 137. Zu einer Anwendung des § 34 StGB auch Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, S.

1. Anwendung von § 34 StGB direkt

Für die Vertreter dieser Auffassung⁵⁵⁷ lässt sich der „präventive Defensivnotstand“ sachgerecht über § 34 StGB lösen.⁵⁵⁸ Bei dem durch Menschen ausgelösten Defensivnotstand genüge es, wenn der Umstand, dass die Gefahr vom Eingriffsoffer ausgeht, in der Interessenabwägung berücksichtigt werde.⁵⁵⁹

Diese Ansicht sei damit begründet, dass man die Interessenabwägung nicht fälschlicherweise als Güterabwägung verstehen dürfe.⁵⁶⁰ In besonderen Situationen sei es vielmehr nicht ausgeschlossen, dass in der Interessenabwägung auch einmal ein höherwertigeres Rechtsgut hinter einem geringwertigeren zurücktrete. Der Umstand, dass die Gefahr vom Eingriffsgut ausginge, könne dazu führen, dass die Interessenabwägung zu Gunsten des nicht wertvolleren Erhaltungsguts ausfiele.⁵⁶¹

Der „präventive Defensivnotstand“ müsse gerade deswegen gemäß § 34 StGB gerechtfertigt werden, da es unvernünftig sei, eine frühe und schonende Präventivmaßnahme gänzlich zu verbieten. Es müssten aber alle abwägungsrelevanten Gesichtspunkte, insbesondere die Nähe der Gefahr, berücksichtigt werden.⁵⁶²

2. Anwendung von § 34 StGB in Verbindung mit § 228 BGB

Ein Großteil der Literatur wendet für den Fall des „präventiven Defensivnotstandes“ auch § 34 StGB direkt an, bezieht aber einen durch § 228 BGB formulierten allgemeinen Rechtssatz in die Interessenabwägung mit ein. Anders als diejenigen die nur § 34 StGB direkt anwenden, wird hier die Interessenabwägung nach dem Wertungsmodell⁵⁶³ des § 228 BGB modifiziert.⁵⁶⁴ Damit seien qualitativ und quantitativ weitergehende Beeinträchtigungen im Defensivnotstand möglich⁵⁶⁵

Die Einzubeziehung des Grundgedankes des § 228 BGB in die Interessenabwägung erweitere die Rechtfertigungsmöglichkeiten und nähere sie der Notwehr an.⁵⁶⁶ Eine Rechtfertigung sei nur ausgeschlossen, wenn entsprechend dem Rechtsgedanken des § 228 BGB der durch den Eingriff angerichtete Schaden außer Verhältnis zu der drohenden Gefahr steht.⁵⁶⁷

112 ff.; Schroeder, JuS 1980, S. 336 ff.; sowie BGH, NJW 1979, S. 2053.

557 Zur Anwendung von § 34 StGB direkt auf den Defensivnotstand vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 50 f. u. 60 ff.

558 Roxin, AT I, § 16, Rn. 72 ff., insbesondere 84 ff.; ebenso Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30; ähnlich Lackner/Kühl 27 § 34 Rn. 9.

559 Roxin, AT I, § 16, Rn. 75.

560 Roxin, AT I, § 16, Rn. 75.

561 Roxin, AT I, § 16, Rn. 75 mit Verweis auf BT-Drucks. IV/650, S. 159.

562 Roxin, AT I, § 16, Rn. 84 f.

563 Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 77, S. 381.

564 Zur Anwendung von § 34 StGB in Verbindung mit § 228 BGB vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 51 f.

565 Wessels/Beulke, AT, Rn. 313.

566 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 51.

567 Hirsch, LK 11 § 34 Rn. 74; so auch Zieschang, LK § 34 Rn. 74. Ganz ähnlich Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9, Rn. 111: Im Defensivnotstand können die schutzwürdigen Interessen des Täters die des Gefahrverursachers auch dann wesentlich überwiegen, wenn sie nicht unverhältnismäßig schwerer wiegen als diese; Erb: Das wesentliche Überwiegen

3. Anwendung von § 34 StGB in Verbindung mit § 228 BGB analog

Zu einem ähnlichen Ergebnis wie die soeben dargestellten Meinungen kommen die Auffassungen in der Literatur, die § 34 StGB in Verbindung mit § 228 BGB analog anwenden. Allerdings wird hier nicht abstrakt ein von § 228 BGB formulierter Grundgedanke in die Interessenabwägung des § 34 StGB übernommen, sondern schon in der Rechtsgrundlage explizit auf § 228 BGB verwiesen.⁵⁶⁸

4. Argumente für die Anwendung von § 34 StGB

Hauptkritikpunkt derjenigen Stimmen, die den präventiven Defensivnotstand nicht von § 34 StGB erfasst sehen, ist, dass die Interessenabwägung auf den Aggressivnotstand zugeschnitten sei. Bei einem Vergleich mit § 904 BGB, der nur den Aggressivnotstand erfasst, ergibt sich jedoch, dass diese Auffassung abzulehnen ist.⁵⁶⁹

Nach § 904 BGB ist die Einwirkung auf eine Sache rechtmäßig, wenn der drohende Schaden am geschützten Rechtsgut gegenüber dem Schaden am beeinträchtigten Rechtsgut unverhältnismäßig groß ist. Berücksichtigung finden hier der Wert des Rechtsguts und die Größe des Schadens. Andere Umstände werden nicht beachtet.

Dahingegen setzt die Interessenabwägung bei § 34 StGB eine Gesamterfassung aller Umstände. Danach müssen die beiden Rechtsgüter⁵⁷⁰ in ein Rangverhältnis gebracht werden.⁵⁷¹ Bei gleichrangigen Rechtsgütern, entscheiden die Besonderheiten des Falls - etwa Grad der Gefahr, Ausmaß der Beeinträchtigung, Art und Ursprung der Gefahr und alle sonstigen relevanten Umstände -⁵⁷² ausgehend vom abstrakten Rang des Rechtsguts darüber, welches Rechtsgut schützenswerter ist. Hier kann die Tatsache, dass beim präventiven Defensivnotstand die Gefahr vom späteren Eingriffsoffer ausgeht, in der Interessenabwägung hinreichend Beachtung finden.⁵⁷³

Entsprechend den oben angeführten Überlegungen zeigt sich, dass die Interessenabwägung des § 34 StGB sich wesentlich von der in § 904 BGB unterscheidet und auf den „präventiven

des Interesses sei als Regelfall zu betrachten, während seine Verneinung ein besonderes Gewicht derjenigen Gesichtspunkte erfordere, die für das beeinträchtigte Interesse sprechen. Er begründet dies damit, dass der Eingriffstäter mit dem Verzicht auf Gegenwehr selber Solidarität begehre. Erb, MüKo § 34 Rn.155 ff.

568 So wendet Krey § 228 BGB analog auf die Interessenabwägung des § 34 an. Die Tatsache, dass der Geschädigte die Gefahr schaffe, müsse dazu führen, dass man einen Schaden anrichten dürfe, der schwerer wiege, als der durch die Gefahr drohende. Dabei handle es sich um eine sachgerechte Modifizierung, nicht um einen selbständigen Rechtfertigungsgrund. Krey AT 1, Rn. 579. Zur Anwendung von § 34 StGB in Verbindung mit § 228 BGB analog vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 52.

569 Mit klaren Aussagen zu den Argumenten für die Anwendung von § 34 StGB auf den „präventiven Defensivnotstand“ vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 60 ff.

570 Ausgangsbasis ist das Rechtsgut. Günther, SK § 34 Rn. 41; Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 23; Dencker, JuS 1979, 779 (779); a.A. Zieschang, LK § 34 Rn. 55.

571 Dies ist bei gleichen oder abstrakt gleichwertigen Rechtsgütern aber nicht möglich. So auch Freund, AT, 3/64.

572 Siehe dazu u.a. Freund, AT, 3/65; Gropp, AT, 6/130; Wessels/Beulke, AT, Rn. 311.

573 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 65: Die Gesetzesmaterialien sprechen weiterhin für die Möglichkeit einer sachgerechten Behandlung des „präventiven Defensivnotstandes bei pflichtwidrigem Verhalten des Eingriffsoffers“ durch § 34, da in der Interessenabwägung die Tatsache, dass die Gefahr vom Opfer ausgeht hinreichend Beachtung findet.

Defensivnotstand“ angewendet werden kann.⁵⁷⁴

III. Der “präventive Defensivnotstand” als Unterfall des zivilrechtlichen rechtfertigenden Notstands gemäß § 228 BGB analog

Bis zur endgültigen Kodifizierung des § 34 StGB im Gesetz wurde die Konstellation des „präventiven Defensivnotstand“ durch die Rechtsfigur des übergesetzlichen Notstands erfasst.⁵⁷⁵

Auf den damaligen übergesetzlichen defensiven Notstand wendete Lampe für die Konstellation des „präventiven Defensivnotstand“ § 228 BGB analog an.⁵⁷⁶ Der übergesetzliche Notstand umfasse nur den Fall des aggressiven Notstandes und für die Konstellationen des defensiven Notstandes bestünde eine Lücke.⁵⁷⁷

Auch nach der Kodifizierung des § 34 StGB sprechen sich jüngere Stimmen in der Literatur für eine Anwendung des § 228 BGB auf den Defensivnotstand aus,⁵⁷⁸ mit der Begründung, dass dadurch der Unterschied zwischen aggressiver und defensiver Gefahrenabwehr auch in der dogmatischen Konstruktion deutlich bleibe.⁵⁷⁹

§ 34 StGB rechtfertige nur ausnahmsweise einen Eingriff in fremde Rechtsgüter. Ihm liege das Prinzip der Solidarität zu Grunde, womit die Interessenabwägung die Grenze des Eingriffs bilde. Der Defensivnotstand stehe hingegen der Notwehr näher.⁵⁸⁰

Gegen die analoge Anwendung des § 228 BGB können teilweise die Argumente herangezogen werden, die gegen die Analogie zu § 32 StGB sprechen.⁵⁸¹ Zum ersten, dass es nach der Kodifizierung des § 34 StGB keine Regelungslücke mehr gibt, denn § 34 StGB erfasst

574 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 65.

575 BGHSt 2, 111 (113).

576 O. Lampe, NJW 1968, 88 ff. Zur Anwendung von § 34 StGB auf den „präventiven Defensivnotstand“ vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 52 ff.

577 In Konstellationen in denen die Gefahr vom Eingriffsoffer ausgeht, müsse es eine abweichende Regelung davon geben, dass nur das geringwertige Rechtsgut dem höherwertigem geopfert werden dürfe. Zwar sind in der Regel die Fälle, in denen die Gefahr von einem Menschen ausging, bereits wegen Notwehr gerechtfertigt, jedoch ist der noch nicht gegenwärtiger Angriff aus dem Anwendungsbereich des defensiven Notstands einzuschließen. O. Lampe, NJW 1968, 88 (91, Fn. 47)

578 Bereits Hruschka schloss sich den Ausführungen Lampes an. Die Vorschrift des § 34 sei auf den Aggressivnotstand zugeschnitten, damit sei der Defensivnotstand weiterhin gemäß § 228 BGB zu beurteilen. Hruschka, NJW 1980, 21 (22).

579 Frister, GA 1988, 291 (295); Frister, Strafrecht AT, 17/21 ff. In seiner Dissertation spricht sich Ludwig für die Bildung eines selbständigen Rechtfertigungsgrundes in Analogie zu § 228 BGB aus. Er befürchtet bei der Anwendung von § 34, dass die Defensivnotstandslage als Faktor für die Interessenlage nur willkürlich herangezogen werden könne. Allerdings fordert er für den Fall der präventiven Verteidigung eine besonders eingeschränkte Auslegung des Merkmals der „drohenden Gefahr“. Diese soll nur in einem dem Versuchsbeginn unmittelbar vorgelagerten Stadium vorliegen können. Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 155 ff., insbesondere S. 156 und S. 169.

580 Grundsätzlich seien Eingriffe mit § 34 gerechtfertigt, die Interessenabwägung habe in dieser Konstellation nur die Funktion eines Korrektivs. Damit ist es nach Neumann falsch, die Defensivnotstandslage nur in der Interessengewichtung des § 34 zu beachten, da es nicht mehr um Gewichtung von Interessen, sondern um den Abwägungsmaßstab selbst geht. So dass nur eine analoge Anwendung des § 228 BGB auf den Defensivnotstand passt. Neumann, NK § 34 Rn. 86 ff. Ebenfalls führt Koriath aus, dass die Abwägungen des § 34 und des § 228 BGB Gegenstücke seien und befürwortet daher eine analoge Anwendung von § 228 BGB: Koriath, Das Brett des Karneades, JA 1998, 250 (256).

581 Siehe oben.

tatbestandlich auch den „präventiven Defensivnotstand“. Außerdem ist § 228 BGB für von Tieren und Sachen ausgehende Bedrohungen konzipiert und die Verteidigungshandlung durch Beschädigung bzw. Zerstörung einer Sache ist auf die Verletzung bzw. Tötung eines Menschen schon aufgrund der objektiven Möglichkeit der Ersetzbarkeit von Sachen nicht übertragbar.

Zum zweiten, dass die Defensivnotstandslage und die Verteidigungsmöglichkeiten des Defensivnotstandstäters in der Interessenabwägung ausreichend Berücksichtigung finden.⁵⁸² Bei Anwendung der sehr umfassenden Verteidigungsmöglichkeit vom § 228 BGB auch gegen Menschen widerspricht man somit dem Willen des Gesetzgebers, der eben gerade ein „ausuferndes“ Notstandsrecht verhindern wollte.⁵⁸³

IV. Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall des Notwehrexzesses gemäß § 33 StGB

Nur selten wird in der Literatur die Anwendung von § 33, dem Notwehrexzess,⁵⁸⁴ auf den präventiven Defensivnotstand angedacht.⁵⁸⁵ Dies ist nur möglich, wenn man davon ausgeht, dass der extensive Notwehrexzess von § 33 erfasst wird und weiterhin annimmt, dass dies auch für den speziellen Fall des vorzeitigen Exzess gilt.⁵⁸⁶

Die Rechtsprechung lehnt schon die Anwendung von § 33 auf den extensiven Exzess ab, denn § 33 setze wirkliche Notwehr voraus.⁵⁸⁷ Darüber hinaus sei eine Subsumtion unter den Wortlaut des § 33 StGB schon „begrifflich“ nicht möglich.⁵⁸⁸

Laut Roxin ist dies allerdings nicht überzeugend.⁵⁸⁹ So versucht er die ratio der Strafbefreiung zu

582 Dagegen Neumann, NK § 34 Rn. 86 ff. Beachte man die Defensivnotstandslage aber nur in der Interessenabwägung würde man dem entscheidendem Unterschied in der Wertestruktur nicht gerecht werden.

583 So schon in Ndschr. der großen Strafrechtskommission Bd. 12, Erläuterungen Tröndle, S. 152 (152). Liegt keine Notwehrlage vor, soll eine Verteidigung, unabhängig davon ob in defensiver oder aggressiver Lage, nur eingeschränkt möglich sein. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 66.

584 Unter einem extensiven Notwehrexzess versteht man die Vornahme von Abwehrhandlungen gegen einen Angriff, der gar nicht, noch nicht oder nicht mehr vorliegt [Lackner/Kühl 27 § 33 Rn. 2]. Gemeint sind dabei der vorzeitige Exzess, d.h. der Fall des noch nicht begonnenen Angriffs, und der intensive Exzess, d.h. der Fall der Überschreitung der Erforderlichkeit oder des Gebotenen.

585 Zur Anwendung von § 33 auf den „präventiven Defensivnotstand“ vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 54 ff. u. 67.

586 Ein anderer Teil der Literatur lässt zwar eine erweiterte Anwendung des § 33 nur auf den nachzeitigen extensiven Exzess zu, vor allem weil hier der Täter unter dem Eindruck eines gerade beendeten Angriffs stünde, wohingegen beim vorzeitigen Exzess ein Angriff noch nicht vorliegt. Wessels/Beulke, AT, Rn. 447; Blei, Strafrecht AT I, § 62, S. 211 f., Otto, Die vorgetäuschte Notwehr-/Nothilfelage, Jura 1987, 604 (606).

587 Bereits das Reichsgericht hatte 1919 festgestellt, dass § 53 Abs. 3 StGB a.F. (heute § 33) wirkliche Notwehr voraussetze. In dem damaligen Fall ging es um Schüsse auf den bereits fliehenden Angreifer, also gegebenenfalls um einen nachträglichen Notwehrexzess. Das Reichsgericht verneinte die Anwendung von § 53 Abs. 3 StGB a.F., da kein Notwehrrecht mehr bestünde, welches überschritten werden könne [RGSt 54, 36 (37)].

588 In einem späteren Urteil wurde auf eine „begriffliche“ Unmöglichkeit hingewiesen [RGSt 62, 76 (77)], diese Auffassung vertritt auch der BGH [BGH NSTz 1987, 20 (20)] und ein Großteil der Literatur [So z. B. Schmidhäuser, Lehrbuch, 8/29, S. 249; Lackner/Kühl 27 § 33 Rn. 2; Tröndle/Fischer § 33 Rn. 2; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9, Rn. 97; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 45 II 4, S. 493].

589 Roxin, Über den Notwehrexzess, in FS-Schaffstein, Göttingen 1975, S. 105 (111 ff.); Roxin, AT I, § 22, Rn. 88 ff.

erörtern.⁵⁹⁰ Für Roxin ist der Grund, warum dem in Notwehr Handelnden anders als dem in einer Notstandslage Handelnden eine Grenzüberschreitung verziehen wird, dass der sich übermäßig Wehrende selbst Opfer eines Angriffs sei. Der Angreifer habe seine Situation selbst verschuldet und damit sei nicht schutzwürdig. Daher sei eine strafbewehrte Einschüchterung des Opfers zugunsten des Angreifers nicht notwendig. Daraus folgert Roxin, dass auch extensive Exzesse von § 33 StGB miteinbezogen sein müssen. Somit kann sogar der vorzeitig-extensive Exzess in den Anwendungsbereich des § 33 StGB fallen,⁵⁹¹ welcher mit dem „präventiven Defensivnotstand“ gleichzusetzen ist.⁵⁹²

Aber auch nach der weitesten Auffassung ist unbedingte Voraussetzung für die Anwendung von § 33 ein enger zeitlicher Zusammenhang zu einer Notwehrlage, da die Affekte auf die Wahrnehmung des Angriffs beruhen müssen.⁵⁹³

Somit sind die zeitlichen Voraussetzungen für § 34 und § 33 StGB ähnlich. Eine Entschuldigung nach § 33 StGB auf „präventiven Defensivnotstand“ kommt allerdings nur nachrangig in Betracht, wenn eine Rechtfertigung nach § 34 StGB ausgeschlossen ist. Aber auch dann, wenn § 33 StGB in Frage kommt, hat der Täter nur selten unter einem asthenischen Affekt i.S. des § 33 gehandelt.⁵⁹⁴

V. Der „präventiv Defensivnotstand“ als Unterfall des entschuldigenden Notstands gemäß § 35 StGB

§ 35 StGB setzt vor, dass eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit vorliegt. Folglich erfasst er bei Vorliegen dieser Voraussetzungen meistens unproblematisch den „präventiven Defensivnotstand“⁵⁹⁵ und die „Haustyrannenmord“-Fällen.⁵⁹⁶

Da § 35 StGB allerdings ein Entschuldigungsgrund ist, kommt er nur nachrangig in Betracht und zwar wenn die Interessenabwägung nach § 34 StGB nicht zugunsten des geschützten Interesses ausfällt.

590 Wenn Hauptgrund für die Strafbefreiung diese asthenischen Affekte seien, hätte der Gesetzgeber unabhängig von einer diese Affekte auslösenden Notwehrlage, Verwirrung, Furcht oder Schrecken als Entschuldigungsgründe aufführen müssen, ohne sie an eine Notwehrlage zu binden. Roxin, AT I, § 22, Rn. 88 ff. Auch für Rudolphi können die asthenischen Affekte nicht Grund für die Straflosigkeit sein. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Besonderheit der Notwehrlage dafür ausschlaggebend ist. Die Tat richtet sich zugleich gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff und ist damit bereits in ihrem materiellem Unrechtsgehalt milder zu beurteilen ist. Danach befreit der extensive Exzess nicht von Strafe, da eine Notwehrlage zum Zeitpunkt der Gegenwehr eben gerade nicht gegeben ist. Rudolphi, JuS 1969, 461 (462). So auch Krey AT 1, Rn. 732. Dem Ausgangspunkt schließt sich Roxin zwar an, erwidert aber dagegen, dass die Strafbefreiung nicht auf die Unrechtsminderung beruhen könne. Roxin, AT I, § 22, Rn. 88 ff.

591 Roxin, AT I, § 22, Rn. 90. So auch Jakobs, AT, 20. Abschnitt, Rn. 31; Perron, Sch/Sch 29 § 33 Rn. 7.

592 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 56.

593 Perron, Sch/Sch 29 § 33 Rn. 3.

594 § 33 ist daher vernachlässigbar. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 67.

595 Zur Anwendung von § 35 auf den „präventiven Defensivnotstand“ vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 56 u. 67 ff.

596 Es sollte jedoch weiterhin beachtet werden, dass § 35 zwar keine Abwägung voraussetzt, trotzdem aber strengere Anwendungsvoraussetzungen als § 34 hat. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 68 f.

Die Tatsache, dass sowohl bei der Anwendung eines Entschuldigungsgrundes als auch bei einem Rechtfertigungsgrund im Regelfall Straffreiheit die Folge ist, ist aber kein Grund der Unterschied zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung bzw. die Diskussion um die Interessenabwägung des § 34 StGB dahinstehen zu lassen.⁵⁹⁷

Eine Entschuldigung hat gegenüber einer Rechtfertigung andere persönliche Konsequenzen für den Täter. Im letzteren Fall ist die Handlung erlaubt, im ersteren wird aus Nachsicht mit dem Täter von Strafe abgesehen.

Daher hat die Anwendung von § 34 StGB zur Konsequenz, dass der Täter im Ausnahmefall gerechtfertigt ist. Dies indiziert, dass keine strafbewehrte Handlung vorliegt und muss deshalb für die Anwendung von § 34 StGB auf Tötungen im „präventiven Defensivnotstand“ sprechen.⁵⁹⁸

Darüber hinaus könnte im Unterschied zu einer Rechtfertigung bei eine Entschuldigung die Gegenwehr des Eingriffsoffers wiederum gerechtfertigt sein. Denn ein rechtswidriger Angriff liegt bei einer Entschuldigung weiterhin vor. Dies bedeutet für die „Haustyrannenmord“-Fälle, der Mann dürfte ebenfalls seine Frau gerechtfertigt töten, wenn ihre Verteidigungshandlung gegen ihn nicht anders abgewendet werden könnte.⁵⁹⁹

TEIL 3 DIE “PRÄVENTIVNOTWEHR” AM BEISPIEL DER “HAUSTYRANNENTÖTUNG”

Besonders umstritten in deutscher Literatur und Rechtsprechung ist der so genannte „Haustyrannenfall“, wobei die “Tötung oder Verletzung des lebensbedrohenden potentiellen Angreifers“ als „gravierendster(n) und zweifellos bedenklichster(n) Fall der Präventiv-Notwehr“ bezeichnet wird.⁶⁰⁰

Bevor auf die rechtliche Behandlung der „Präventivnotwehr“ im deutschen Rechtssystem am Beispiel des „Haustyrannenfalles“ umfassend eingegangen wird, soll im Folgenden Überblick die besondere Ausgangssituation dieser Konstellation und der daran anknüpfende rechtliche Rahmen

597 Der BGH lässt in einem Urteil sogar ausdrücklich offen, ob der Täter gerechtfertigt ist, da jedenfalls eine Entschuldigung in Betracht käme: Spannerfall, BGH NJW 1979, 2053 (2053): „Ob rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) gegeben ist, wofür nach Lage der Dinge einiges spricht, oder ob im vorliegenden Fall das Festnahmerecht des § 127 StPO den Schusswaffengebrauch rechtfertigt, kann dahingestellt bleiben, denn der Angekl. handelte gem. § 35 StGB ohne Schuld“. Fraglich ist, ob man den gesamten Streit nicht dahin stehen lassen kann, da jedenfalls eine Entschuldigung gegeben ist. Wenn es keinen relevanten Unterschied zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung gibt, erübrigt sich auch die Diskussion um die Interessenabwägung in § 34, da § 35 keine Interessenabwägung voraussetzt und in der Regel ebenfalls anwendbar ist. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 68 f., der sich dafür ausspricht, dass, wo eine Rechtfertigung gegeben sein könnte, diese auch geprüft werden muss. Denn die Feststellung, dass etwas erlaubt war, ist für den Einzelnen und auch für seine Integration in die Gesellschaft von großer Bedeutung. Darüber hinaus ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber zwischen Entschuldigung und Rechtfertigung trennt, dass die Rechtsprechung ebenfalls dazwischen differenzieren muss. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 69.

598 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 69.

599 Vgl. hierzu Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 68.

600 Suppert, Studien, S. 371.

aufgezeigt werden. In einem zweiten Schritt werden die verschiedene Lösungen im Besonderen dargestellt, wobei es je nach Ebene zwischen Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung unterschieden wird.

KAP. 1 DIE „HAUSTYRANNENTÖTUNG“

I. Ausgangslage

Bei der „Haustyrannen“-Konstellation handelt es sich um immer wiederkehrende Angriffe seitens eines gewalttätigen Menschen innerhalb familiärer Beziehungen. Die andauernde Serie von gewaltsamen Rechtsgutsverletzungen, in der Regel vom Familienvater, lässt neuere künftige Verletzungen mit „an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit“⁶⁰¹ erwarten.⁶⁰²

Da die Abwehrhandlungen in Ausnutzung einer momentanen Schwäche, in der Regel dem Schlaf, des gerade nicht angreifenden Tatopfers ausgeübt werden,⁶⁰³ scheidet nach h.L. beim Töten des schlafenden Tyrannen die Berufung auf Notwehr gemäß § 32 StGB mangels eines gegenwärtigen Angriffs aus.⁶⁰⁴ „Zum einen stellen die vor dem Schlaf erfolgten Ausschreitungen einen vergangenen, abgeschlossenen Vorgang dar und zum anderen die nach dem Aufwachen angedrohten Gewalttätigkeiten erst in der Zukunft liegen. Eine akute Augenblicksgefahr ist demzufolge nicht gegeben.“⁶⁰⁵

II. Rechtliche Vorgaben im Allgemeinen

Bei der rechtlichen Erfassung und Einordnung der „Haustyrannentötung“ steht nach deutscher Lehre und Rechtsprechung nicht die Qualifikation der Tötung als solcher (etwa vorsätzliche Tötung, Mord oder Totschlag) im Fokus, sondern die Ebene der Rechtfertigung und diejenige der Schuld. Kernfrage ist, ob diejenige Person, die für den Tod des Tyrannen verantwortlich gemacht wird, trotz unbestrittener Begehung einer Tötungshandlung rechtmäßig oder eventuell schuldlos gehandelt hat.⁶⁰⁶

Allgemein stellt man sich unter einem „Haustyrannentötung“ vor, dass ein gewalttätiger Mann sein familiäres Umfeld über Jahre tyrannisiert und letztlich von seiner Partnerin aus Furcht vor dem nächsten Anfall und weiter andauernder Tyrannei getötet wird. Da die Täterin körperlich schwächer ist, erfolgt diese Tötung häufig, wenn der Tyrann schläft. Damit ist auf der Tatbestandsebene nach

601 BGH NStZ 2003, 482 ff. (483).

602 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 216.

603 Hillenkamp, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.3.2003 – 1 StR 483/02 (=BGHSt 48, 255), in JZ (2004) 48.

604 Haverkamp, GA (2006) 586 (592). Spendel, LK 11 § 32 Rn. 129.

605 Haverkamp, ebendort.

606 Martin, Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der Haustyrannentötung, S. 122.

h.M. gleichzeitig das Merkmal der Heimtücke erfüllt,⁶⁰⁷ und nicht selten führt dies zu einer Verurteilung wegen Mordes.⁶⁰⁸

Mehrere Straffreistellungsgründe des deutschen Rechts betreffen Taten, die aus einer Notlage heraus bzw. in einer psychischen Ausnahmesituation begangen wurden.⁶⁰⁹

Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit kommt zunächst eine Rechtfertigung durch Notwehr oder den rechtfertigenden Notstand in Betracht. Nach ganz h.M. scheidet eine Berufung auf Notwehr (§ 32 StGB) mangels eines gegenwärtigen Angriffs aus.⁶¹⁰

Ansätze zur Erfassung der Haustyrann-Konstellation innerhalb des Rahmens der Notwehr bei Annahme eines „Dauerangriffs“ gibt es im deutschen Recht nur vereinzelt.⁶¹¹ Hierbei werden immer wiederkehrende Angriffe als einen einheitlichen gegenwärtigen Dauerangriff angesehen. Gegen diese Ansicht geht die herrschende Lehre bei der Tötung des Haustyrannen von einer Dauergefahr aus, die durch die Regelung des Notstandes zu behandeln ist.⁶¹² Da aber hier das gefährdete Rechtsgut (die körperliche Unversehrtheit oder sogar das Leben des Haustyrannenopfers) dem durch die Abwehrhandlung verletzten Rechtsgut (nämlich das Leben des Haustyranns) nicht wesentlich überwiegt, wie es § 34 StGB erfordert⁶¹³, scheidet nach ganz h. M. eine Rechtfertigung über den rechtfertigenden Notstand jedenfalls an dem Interessenabwägungsgedanken,⁶¹⁴ der prinzipiell keine Eingriffe in fremdes Leben erlaubt.⁶¹⁵

Daher ist auf der Ebene der Schuld ein rechtlich einfacherer und gangbarer Lösungsweg für einen Freispruch über den entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB⁶¹⁶ oder den Entschuldigungsirrtum gemäß § 35 Abs. II StGB möglich. Die Rechtsprechung hat jedoch Scheu, die aussichtslose Lage mancher tyrannisierten Ehefrau im Rahmen der Erforderlichkeit der Notstandshandlung bzw. der

607 Eine Eingrenzung des Heimtückebegriffs könnte aber durch eine differenzierte Betrachtung von Schlafzuständen und durch eine Betonung des tückischen Vorgehens erreicht werden: Haverkamp, GA 2006, S. 586, 589.

608 Vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 70. Schon früh wurde kritisiert, dass das Mordmerkmal der Heimtücke allzu sehr nur einen Sachverhalt beschreibe, ohne aber zu bedenken, dass die heimtückische Tötung oft nur die einzige Verteidigung des physisch und sozial Schwächeren sei: Jescheck, JZ 1957, 387.

609 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 34.

610 Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 7 Rn 24; Spendel, LK 11 § 32 Rn 118, 126.

611 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 223 ff; Trechsel, Haustyrannen“mord” - ein Akt der Notwehr?, KritV (2000), Sonderheft, 183.

612 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 4. Haverkamp, GA (2006) 586 (593). Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 11. Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 36. Spendel, LK 11 § 32 Rn. 129. Wessels/Beulke, AT, Rn. 316.

613 Im Rahmen § 34 verbietet sich sogar das Opfern des Lebens eines einzelnen Menschen, um das Leben mehrerer Menschen zu retten. Haverkamp, GA (2006) 586 (595), m.w.N.

614 Vgl. Haverkamp, GA (2006) 594 f.

615 BGHSt 35, 347 (350); BGHSt 48, 255 (257) = NJW 2003, 2464 (2466); Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 33 IV 2a; Lenckner/Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30; Hillenkamp, In tyrannos - viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen, in: Miyazawa-FS, Baden-Baden 1995, S. 141 (155); eingehend Haverkamp, GA 2006, 586 (594 f.); Küper, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, 785 ff.; Mitsch, „Nantucket Sleichride“, in: Weber-FS, Bielefeld 2004, S. 49 (61 ff); Rotsch, JuS 2005, 12 (15 f.).

616 Wessels/Beulke, AT, Rn. 316. Nach Wessels und Beulke kommt bei solchen Fällen § 35 StGB (entschuldigender Notstand) in Betracht, wenn die Gefahr nicht anders abwendbar ist, denn der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes, auf dessen Grund die Rechtsordnung jedes Menschenlebens in völlig gleicher Weise schützt, den Rückgriff auf § 34 ausnahmslos verbietet.

Vermeidbarkeit des Irrtums anzuerkennen.⁶¹⁷ Der entschuldigenden Notstand wird in der Regel wegen anderweitiger Abwendbarkeit abgelehnt.⁶¹⁸ Beim Entschuldigungsirrtum ergibt sich in der Rechtsprechung die Tendenz zur Bejahung der Vermeidbarkeit über die Auswegslosigkeit.⁶¹⁹

Am Rande wird die Notwehrüberschreitung nach § 33 StGB erörtert. Da aber § 33 die Überschreitung der Notwehr in einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage erfasst, bereitet seine Anwendung besondere Probleme. Zwar mag die Täterin aus Furcht oder Schrecken handeln, doch gibt es keinen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem gegenwärtigen Angriff und dem beendeten bzw. bevorstehenden Angriff. Von einem „fließenden Übergang“ kann keine Rede sein. Vielmehr bildet der Schlaf des Opfers eine zeitliche Zäsur.⁶²⁰

Hinsichtlich der besonderen individuellen Verhältnisse ist auf der Ebene der Schuld eine Exkulpation wegen Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB oder eher eine Dekulpation wegen verminderter Schuldfähigkeit nach § 21 StGB⁶²¹ in Erwägung zu ziehen.⁶²²

In diesem Zusammenhang kommt auch die Möglichkeit, immer wiederkehrende Angriffe durch Zugriff auf die Kriterien des *“battered-woman-Syndrome”* in § 32 StGB zu erfassen.⁶²³

So wird auf eine historische als auch auf eine aktuelle Schwäche der Notwehr aufmerksam gemacht:⁶²⁴ Da die Notwehr auf tödliche oder äußerst gefährliche *“Mann-gegen-Mann”* Situationen zugeschnitten ist,⁶²⁵ ist es gerade die „körperliche Unterlegenheit“ der Frau gegenüber dem Haustyrannen, die sie zwingt, ihre Verteidigungshandlung in nicht konfrontativen Situationen durchzuführen.⁶²⁶ Darüber hinaus bestehe aufgrund dieser „physischen Unterlegenheit“ kaum eine

617 Haverkamp, GA (2006) 602.

618 Vgl. Haverkamp, GA (2006) 596 ff. Beim entschuldigenden Notstand reicht in Bezug auf die anderweitige Abwendbarkeit der Gefahr der Verweis auf behördliche und nichtstaatliche Hilfen nicht aus. Viel mehr bedarf es näherer Feststellungen zur tatsächlichen Erreichbarkeit und Verfügbarkeit von effektiven Schutzmöglichkeiten. Haverkamp, S. 586. In der Rechtsprechung wird die Tatbestandsmäßigkeit durch Annahme eines heimtückischen Mordes in der Regel bejaht und die Rechtswidrigkeit als gegeben angesehen. Einerseits fehlt es bei Notwehrprüfung an einem gegenwärtigen Angriff i. S. des § 32 StGB; andererseits ist trotz Vorliegens einer „Dauer Gefahr“ kein wesentliches Überwiegen der widerstreitenden Rechtsgüter i. S. des § 34 StGB vorhanden. Auf der Schuldebene scheidet aufgrund des „anders Abwendbarkeit“ der Gefahr auch eine Entschuldigung nach § 35 StGB. Doch bei der Strafzumessung kann die Strafe nach Anerkennung von Strafmilderungsgründen (§ 21, § 35 Abs. 2, § 213 StGB oder aufgrund außerordentlicher Umstände i. S. Der Rechtsfolgenlösung) vermindert werden. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 217 f.

619 Vgl. Haverkamp, GA (2006) 599 f. Beim Entschuldigungsirrtum sollte im Rahmen der Vermeidbarkeit der inneren und äußeren Ausnahmesituation vor der Tat mehr Beachtung geschenkt werden. Eine Entschuldigung der Tat kommt mithin, wenngleich in seltenen Fällen in Betracht. Haverkamp, S. 586.

620 Vgl. Haverkamp, GA (2006) 596.

621 In der Rechtsprechung ist insbesondere die verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB bei der Tötung von schlafenden Haustyrannen relevant. Mit der Annahme von § 21 StGB kann somit die innere Tatseite der Heimtücke entfallen, wodurch eine Verurteilung wegen Totschlags gemäß § 212 StGB ermöglicht wird. Vgl. Haverkamp, GA (2006) 595; Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 178 f.

622 Vgl. Haverkamp, GA (2006) 595.

623 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (19). Nach geltendem Recht wäre, nach Welke, das *battered woman syndrome* insbesondere im Rahmen eines Irrtum nach § 35. 2 StGB zu behandeln.

624 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (19).

625 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (19).

626 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (17).

Möglichkeit, sich ohne Verwendung lebensgefährlicher Mittel effektiv zu wehren.⁶²⁷ Das unterschiedliche Kräfteverhältnis zwischen Frauen und Männern in der Notwehrsituation findet somit im zeitlichen Moment der Notwehrvorschrift kaum Berücksichtigung. Durch Annahme des „*battered-woman-Syndrome*“ würde hingegen der besonderen Situation der *battered woman* und „der diskriminierenden Basis der Notwehr“ Rechnung getragen und so der gepeinigten Frau der Notwehrbereich eröffnet.⁶²⁸ Auf der anderen Seite würde die Annahme des „*battered-woman-Syndrome*“ den Anwendungsbereich des Notwehrrechts zu sehr ausweiten und bringe den „Haustyrann“ in einer je nach Stadium des „Kreises der Gewalt“ permanenten Angriffssituation, in der er seinerseits kein Notwehrrecht hat.⁶²⁹

Als letztes Mittel verbietet sich nach h.M. bei der Strafzumessung ein Rückgriff auf die außerordentliche Rechtsfolgenlösung analog § 49 I Nr. 1 StGB, wenn keine anderen gesetzlichen Strafmilderungsgründe eingreifen.⁶³⁰

KAP. 2 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER RECHTSWIDRIGKEIT

Der dreistufige Deliktsaufbau kommt im deutschen Recht gleichfalls bei den Straffreistellungen zum Tragen, wobei es je nach Ebene zwischen Rechtfertigungsgründen (Rechtswidrigkeit) und Schuldausschließungs- bzw. Entschuldigungsgründen (Schuld) unterscheidet.⁶³¹

Im Folgenden werden die Ebene der Rechtswidrigkeit und die für die vorliegende Untersuchung relevanten Rechtfertigungsgründen erläutert. Abschließend soll es auf die Frage der Rechtfertigung von Tötungshandlungen in Präventivnotwehr am Beispiel der „Haustyrannentötung“ näher eingegangen werden.

I. Die Rechtswidrigkeit im Allgemeinen

Eine Handlung ist rechtswidrig, wenn sie einen Unrechtstatbestand verwirklicht und nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt wird. Die Rechtswidrigkeit ist zwar durch die Verwirklichung des Tatbestandes regelmäßig indiziert,⁶³² das Verhalten kann jedoch ausnahmsweise gerechtfertigt

627 Die Lage der Frau wird sich „vermutlich verschlimmern“, wenn sie sich wehrt, ohne den Haustyrann zu töten. Welke, ZRP 37 (2004) 15 (19).

628 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (19).

629 Welke, zur 37 (2004) 15 (20).

630 Vgl. Haverkamp, GA (2006) 601; Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 178 f.

631 Entgegen dem Anspruch einer den dreistufigen Verbrechensaufbau vertretenden Dogmatik hat es die deutsche Lehre nicht geschafft, alle Strafbarkeitsvoraussetzungen einer der drei Kategorien Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit oder Schuld zuzuordnen. Übrig geblieben ist ein Konglomerat recht unterschiedlicher Sachverhalte, welche als „sonstige Strafbarkeitsvoraussetzungen“ bezeichnet werden. Dahinter verbirgt sich so Verschiedenartiges wie objektive Bedingungen der Strafbarkeit, persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe sowie Strafverfolgungsvoraussetzungen bzw. -hindernisse. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 22 f. u. 34.

632 Mit Ausnahme sog. „offener Tatbestände“, bei denen die Rechtswidrigkeit stets gesondert positiv festgestellt

sein, wenn es in der konkreten Tatsituation ein Rechtfertigungsgrund (Erlaubnissatz) gegeben ist.⁶³³ Bei der Prüfungsstufe der Rechtswidrigkeit ist deshalb grundsätzlich⁶³⁴ zu fragen, ob im Einzelfall die „Indizwirkung des Tatbestandes“⁶³⁵ i.S. der Rechtswidrigkeit ausnahmsweise durch einen Rechtfertigungsgrund beseitigt wird.⁶³⁶

Sind alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes zu bejahen, dann fehlt es am Unrecht.⁶³⁷

Die Rechtfertigung einer tatbestandsmäßigen Handlung ergibt sich im Einzelfall aus der Kollision zwischen der dem Unrechtstatbestand zu Grunde liegenden Verbots- oder Gebotsnorm und einem in Rechtfertigungsgründe gekleideten Erlaubnissatz, der das rechtsgutsverletzende Verhalten um der Erreichung anderer Wertvoller Ziele willen ausnahmsweise gestattet. Das gerechtfertigte Verhalten bleibt zwar tatbestandsmäßig, enthält aber keine Rechtspflichtverletzung.⁶³⁸ Handelt der Täter nicht rechtswidrig, so wird er nicht bestraft.

Bei der Anerkennung von Rechtfertigungsgründen geht es daher um die Frage, ob von einem generellen Verbot im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden sollen und ob ein an sich verbotenes Verhalten unter gewissen Voraussetzungen erlaubt werden kann.⁶³⁹

II. Relevante Rechtfertigungsgründe

Das Handeln aus einer Notlage heraus kann nach verschiedenen Normen ein tatbestandsmäßiges Verhalten rechtfertigen. Zu den für die vorliegende Untersuchung relevanten Rechtfertigungsgründen des deutschen Rechts zählen die Notwehr und der rechtfertigende Notstand.

1. Notwehr (§ 32 StGB)

Zur Definition und Erläuterung der Notwehervorschrift wird dabei auf den ersten Teil dieser Arbeit hingewiesen.⁶⁴⁰

werden muss: Wessels/Beulke, AT, § 5 I Rn. 115.

633 Wessels/Beulke, AT, § 5 I Rn. 115.

634 Eine Ausnahme soll nach herrschender Meinung (Schmeder, in: Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, 10. Aufl., 2009, § 13 Rn. 31) der Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) bilden, dessen Tatbestand extrem weit formuliert ist. Zum Ausgleich muss der Rechtsanwender in diesem Fall positiv nachweisen, dass „die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anmachen“ und die Tat damit rechtswidrig ist.

635 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 31 I 3 m.w.N.

636 Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 21.

637 Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 22.

638 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 1 Rn. 271 f.

639 Wessels/Beulke, AT, § 8 I 1 Rn. 273.

640 § 32. Notwehr StGB: (1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Siehe eingehend zur Notwehr oben.

2. Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB)

Der Notstand⁶⁴¹ wird üblicherweise bezeichnet als ein „Zustand gegenwärtiger Gefahr für berechnigte Interessen, der sich nur durch Verletzung berechnigter Interessen eines anderen abwenden lässt“.⁶⁴² Die Notstandslage reicht damit weiter als die Notwehrlage. Einerseits muss die Gefahr nicht gerade aus einem rechtswidrigen Angriff eines Menschen herrühren, sondern es kommt jede beliebige Gefahrenquelle in Betracht. Andererseits wird der Begriff „gegenwärtig“ in den Notstandsbestimmungen weiter interpretiert und auch die Dauergefahr miteinbezogen, die jederzeit umschlagen kann.⁶⁴³ Gemeinsam ist dem Notwehr- und den Notstandsparagrafen dagegen, dass die Notlage nicht anders als durch den Eingriff in die Interessen eines anderen abwendbar sein darf.

Zu den Erkenntnissen der deutschen Strafrechtswissenschaft des vergangenen Jahrhunderts zählt, dass nicht alle Notstandsfälle Eingriff in fremde Rechtsgüter erlauben, manche lassen dagegen nur dessen Vorwerfbarkeit entfallen.⁶⁴⁴ Dementsprechend unterscheidet das StGB⁶⁴⁵ zwischen rechtfertigendem (§ 34 StGB) und entschuldigendem (§ 35 StGB) Notstand.⁶⁴⁶

Der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) basiert auf dem Prinzip der Abwägung widerstreitender Interessen. Das höherrangige Interesse soll geschützt werden zum Preis der Aufopferung desjenigen mit niedrigerem Rang, freilich nur wenn Ersteres das Letztere „wesentlich überwiegt.“ Damit scheint eine Abwägung zulasten des Rechtsguts Leben jedenfalls grundsätzlich ausgeschlossen⁶⁴⁷ und ein Eingriff in das höchste Rechtsgut der Rechtsordnung⁶⁴⁸ wird von der überwiegenden Meinung unter dem Gesichtspunkt des § 34 StGB als ausnahmslos unzulässig erachtet.⁶⁴⁹

III. Die Behandlung der „Haustyrannentötung“ auf der Rechtswidrigkeitsebene

Im folgenden soll die Schwierigkeit der Rechtfertigung von Tötungshandlungen in Präventivnotwehr am Beispiel bei der „Haustyrannentötung“⁶⁵⁰ eingehend behandelt werden.

641 § 34 Rechtfertigender Notstand: Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

642 Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 33 I; Zipf, Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, § 27 Rn. 1.

643 Siehe näher zum Begriff der Dauergefahr Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 34 Rn. 17 m.w.N.

644 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 36.

645 Seit dem 2. StrRG vom 4.7.1969 (BGBl. I, 717).

646 Siehe dazu näher Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 33 I; Roxin, AT I, § 16 Rn. 1 ff.

647 Wenn auch der Begriff „Interesse“ mit dem des „Rechtsguts“ nicht gleichzusetzen ist, fließt dessen Wert doch in hohem Maß in die Interessenabwägung mit ein. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 36.

648 BGHSt 46, 279 (285).

649 BGHSt 35, 347 (350); Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 33 IV 2a; siehe aber auch Roxin, Jescheck-FS I, S. 457 (482), der in extremen Ausnahmefällen eine Tötung als durch § 34 StGB gerechtfertigt ansieht.

650 Im *common law* wird die „Haustyrannentötung“ im Zusammenhang mit dem Begriff „Battered Woman Syndrome“

Als Rechtfertigungsgründe für eine Partnertötung kommen die Notwehr gemäß § 32 StGB und der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB in Betracht.

§ 32 Abs. 2 StGB fordert zunächst eine Notwehrlage, die im Gesetz als gegenwärtiger rechtswidriger Angriff umschrieben ist. Gegenwärtig ist dabei nicht nur der Angriff, der gerade stattfindet, sondern auch derjenige, der noch fort dauert oder unmittelbar bevorsteht.⁶⁵¹ Der Angriff beginnt, wenn das Verhalten des Angreifers das Rechtsgut einer anderen Person derart gefährdet, dass es unmittelbar in eine Verletzungshandlung übergehen kann.⁶⁵² Bei Tötung des schlafenden Haustyrannen scheidet nach ganz h. M. eine Berufung auf Notwehr mangels eines gegenwärtigen Angriffs aus.⁶⁵³ Solange das Opfer schläft, haben eventuell vorangegangene Misshandlungen ein Ende gefunden und stehen neue angedrohte Gewalttätigkeiten noch nicht unmittelbar bevor.⁶⁵⁴ Es fehlt somit an der Gegenwärtigkeit eines Angriffs⁶⁵⁵ und damit an einer Notwehrlage.⁶⁵⁶ Eine akute Augenblicksgefahr ist demzufolge nicht gegeben.

Kritik wird an der Struktur der Notwehr geübt, weil sie dem ungleichen Kräfteverhältnis zwischen den Geschlechtern nicht Rechnung trage.⁶⁵⁷ Die Täterin ertrage die Misshandlungen und Demütigungen aufgrund der körperlichen Überlegenheit des Mannes. Die Notwehr gemäß § 32 StGB gründet aber auf dem Konzept der direkten Konfrontation (Mann-gegen-Mann Situation), so dass die meist schwächere physische Konstitution der Frau einer wirksamen Verteidigung i.S. von § 32 StGB entgegensteht. Die hohe Aussichtslosigkeit einer wirksamen Gegenwehr führt vereinzelt dazu, die zeitlichen Grenzen des gegenwärtigen Angriffs auszudehnen. Nach der sog. "Effizienzlösung" (Theorie der wirksamsten Abwehr), die auf die günstigeren Verteidigungschancen abstellt, liegt Gegenwärtigkeit i.S. von § 32 StGB vor, wenn eine spätere Abwehr ausscheidet oder ein Zuwarten die letzte oder sicherste Abwehrmöglichkeit verstreichen lässt.⁶⁵⁸ Bei der Tötung eines Schlafenden überdehnt aber diese Ansicht den Gegenwärtigkeitsbegriff, da hier kein Verhalten vorliegt, das unmittelbar in die eigentliche

behandelt.

651 BGH, NJW 1995, 973; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32 II 1d.

652 Zum Beginn des Angriffs näher Roxin, AT I, § 15 Rn 21 ff.

653 Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 7 Rn 24; Spindel, LK 11 § 32 Rn 118, 126.

654 Hier hätte im Vorfeld der Tat ein gegenwärtiger Angriff vor, wenn der Mann unter Androhung von Schlägen auf die Täterin zugegangen wäre. Dass der Mann mit den Misshandlungen fortfahren wollte und die Täterin damit im Sinn des § 32 StGB „gegenwärtig angegriffen“ hat, lässt sich wohl auch aus den bisherigen Geschehensabläufen in vergleichbaren Situationen entnehmen. Vgl. dazu Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 160, Fallvariante IV.

655 Haverkamp, GA 2006, 586 (592); Rotsch, JuS 2005, 12 (15); anders freilich Trechsel, KritV 2000 Sonderheft, S. 183 (186 ff).

656 Für eine modifizierte Notwehrprüfung unter Beiziehung der Kriterien des „Battered Woman Syndrome“ aber Welke, ZRP 2004, 15 (18 ff.).

657 Diederich, Anmerkung, Entschuldigender Notstand bei Tötung des Familientyrannen, STREIT 1/2004, 32; Welke ZRP 2004, 19.

658 Roxin, AT I, 2. Aufl., § 15 V, Rn. 22. Roxin, GS-Tjong, S. 139 u. 140 ff., m.w.N. Vgl. Auch Schmidhäuser, Lehrbuch, 9/94, S. 347; Baldus, LK, 9. Aufl., 1970, § 53 Rn. 5; Samson, SK, 3. Aufl., 1981, § 32, Rn. 10. Zur Kritik Sk-Günther. 7. Aufl. Rn 70.

Verletzungshandlung münden soll.

In letzter Zeit wird in Ausnahmefällen einen Dauerangriff als Begriffserweiterung zum punktuellen, akuten Angriff i.S.d. § 32 StGB anerkannt.⁶⁵⁹ Danach stellt eine zielgerichtete bzw. regelmäßige Anwendung physischer Gewalt einen schweren, andauernden Angriff auf die psychische Integrität der Opfer dar,⁶⁶⁰ welcher sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und bleibt damit auch dann gegenwärtig,⁶⁶¹ wenn eine Pause zwischen zwei Angriffen vorliegt.⁶⁶² Dann sind in diesem Zeitraum Abwehrmaßnahmen i.S. des § 32 StGB unabhängig von dem Verhalten des Angreifers jederzeit zulässig.⁶⁶³ Eine Eingrenzung wird dabei unter dem Gesichtspunkt der Proportionalität der Abwehr vorgenommen, wobei die Ausweglosigkeit der zur Eskalation führenden Situation festgestellt werden müsse.

Gegen die Annahme eines Dauerangriffs bei dieser Konstellation wird ausgeführt, dass „die Notwehr einen der Dauergefahr des rechtfertigenden Notstandes entsprechenden Dauerangriff für Fälle periodisch wiederkehrender, rechtsgutsverletzender Angriffe nicht kennt.“⁶⁶⁴ Die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung, deren plötzliches Umschlagen in einen Schaden irgendwann in der Zukunft zu erwarten ist, lässt sich nicht als „Dauerangriff“ in § 32 StGB subsumieren,⁶⁶⁵ denn in dem Zeitraum zwischen den einzelnen Angriffsakten liegt kein gegenwärtiger Angriff vor.⁶⁶⁶ Vielmehr müsste jeder einzelne Angriffsakt für sich den Voraussetzungen einer Notwehrlage genügen und damit gegenwärtig sein. Ist ein Angriffsakt bereits abgeschlossen, steht der nächste aber erst noch bevor, lassen sich Verteidigungsmaßnahmen gegen den Angreifer daher nicht auf Notwehr stützen.⁶⁶⁷ Darüber hinaus führt diese Konstruktion in systematischer Hinsicht zu einer Annäherung, wenn nicht gar zu einer Einebnung, der Notwehr zum Notstand.⁶⁶⁸ Das Notwehrrecht bezieht sich nur auf einen akut gefährlichen Angriff. Demgegenüber gehört der latente Gefahrenzustand zur

659 Trechsel Sonderheft KritV 2000, 183 ff.; zustimmend Herzog, NK, 2. Aufl., 2005, § 32 Rn 30. Trechsel selbst bemerkt aber dass, der Begriff des Dauerangriffs im deutschen Schrifttum, soweit ersichtlich, im Gegensatz zu dem der Dauergefahr, bisher keine Verwendung findet. Trechsel, KrimV (2000), Sonderheft, 183 (188) (190).

660 Einem Dauerangriff liege ein Verhalten zugrunde, das etwa bei der Haustyrannentötung das Opfer unter gezielter Anwendung körperlicher Gewalt „völlig unterdrückt, versklavt und seine Menschenwürde in schwerster Weise verletzt“. Trechsel, KritV 2000, Sonderheft, 190.

661 Trechsel, KrimV (2000), Sonderheft, 183 (187).

662 Trechsel, KrimV (2000), Sonderheft, 183 (188). Eine solche Situation wäre am ehesten mit derjenigen des Dauerdeliktes zu vergleichen, vor allem der Freiheitsberaubung und zwar aufgrund der Existenz einer Dauernötigung. Das „Fortdauern“ eines Angriffs ergibt sich nicht nur bei Dauerdelikten [vor allem der Freiheitsberaubung und zwar aufgrund der Existenz einer Dauernötigung. Trechsel, KrimV (2000), Sonderheft, 183 (188)]: Ein Teil der deutschen Rechtslehre vertritt die Auffassung, dass bei einer erpresserischen Drohung ein Angriff auf die Willensfreiheit solange vorliegt, wie der psychische Druck besteht.

663 Trechsel, KrimV (2000), Sonderheft, 183 (188 f.).

664 Da die Notwehr das Vorliegen einer zugespitzten Angriffssituation erfordert, würde die Anerkennung eines Dauerangriffs den Gesetzeswortlaut Sprengen und über die Gegenwärtigkeit eines akuten Angriffs hinwegtäuschen.

665 Rönau/Hohn, LK12 § 32 Rn. 140.

666 Fischer, BK 58 § 32 Rn. 18.

667 Günther, SK 7 § 32 Rn. 66.

668 Haverkamp, GA 2006, 586 (593).

Dauergefahr beim rechtfertigenden Notstand.

Eine analoge Anwendung des § 32 StGB befürworten die Verfechter einer „notwehrähnlichen Lage“.⁶⁶⁹ Auf diesem Wege soll auf künftig drohende Angriffe eine sonst kaum Erfolg versprechende Gegenwehr möglich sein, die unter den Anforderungen der Inanspruchnahme staatlicher Hilfe und der Proportionalitätsmaßstäbe des Defensivnotstandes stehe. Zwar ist die Ehe mit einem Haustyrannen für die geschundene Frau in der Gesamtbetrachtung unerträglich und die Drohungen und vergangenen Ausschreitungen versetzen die Ehefrau in Angst und Schrecken, doch verkennt dieser Ansatz wiederum das Wesen der Notwehr und des Notstandes und führt zur Anerkennung einer Präventivnotwehr.

Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung dürfte der Täterin kein milderes Mittel zur Verfügung gestanden haben, das in gleicher Weise eine sofortige und endgültige Beendigung des Angriffs verspricht.⁶⁷⁰ Dabei stellt die Rechtsprechung umso höhere Anforderungen, je stärker die Verteidigungshandlung den Angreifer gefährdet. Insbesondere gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Einsatz lebensgefährdender Verteidigungsmittel nur in Ausnahmefällen als letztes Mittel zulässig. Erst wenn die Täterin auf keine weitere Alternative⁶⁷¹ verwiesen werden kann,⁶⁷² dürfte sie⁶⁷³ sofort zum einzigen sicheren

669 Grundlegend Suppert, Studien zur Notwehr und zur notwehrähnlichen Lage. 1973. 356ff.: enger Jakobs, AT, § 12 Rn 27.

670 Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. BGH, GA 1956, 49 f.; BGHSt 24, 356 (358); BGH, NJW 1989, 3027; BGH, NSTZ 1989, 474; BGH, NSTZ 1994, 581 (582); BGH, NSTZ 1997, 96; BGH, NSTZ 2004, 615 (616); BGH, NSTZ 2005, 31.

671 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 161 f. Vgl. BGHSt 26, 143 (146 ff.); BGH, NJW 1980, 2263; BGH, NSTZ 1987, 172; BGH, NJW 1989, 3072; BGH, NSTZ 1989, 474; BGH, NSTZ 1994, 581 (582); BGHSt 42, 97 (100); BGH, NSTZ 1997, 96; BGH, NJW 2001, 1075 (1076), und zusammenfassend etwa BGH NSTZ 1987, 322; weitere Rechtsprechungsnachweise bei Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., § 7 Rn. 105; Fischer, StGB, § 32 Rn. 30 ff.; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 177 ff.

Ein Ausweichen [Vgl. BGH bei Dallinger, MDR 1974, 722; BGH, NJW 2003, 1955 (1957); BGH, NSTZ 2005, 31] wäre von der Täterin - zumindest grundsätzlich - auch nicht gefordert, da die Rechtsordnung von dem Verteidiger keine „schimpfliche“ [BGH bei Dallinger, MDR 1958, 12 (13)] bzw. „schmähliche“ [Flucht verlangt].

Ein Androhen sollte bei lebensgefährlichen Waffen grundsätzlich ihrem Einsatz vorangehen [BGH, NSTZ 1987, 172; BGH, NSTZ 1989, 474; BGH, NJW 2001, 1075 (1076) - jeweils Schusswaffe; BGH, NJW 1989, 3072 - Eisenstange; BGH, NSTZ 2005, 85 (86) - Messer], es sei denn, dass die Androhung entweder keinen Erfolg verspricht oder aber nicht mehr möglich ist, weil sich die Situation so zugespitzt hat, dass sofortiges Handeln verlangt wird [Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 37 m.w.N. BGH, NSTZ 1994, 581 (582), hat in einem ähnlich gelagerten Haustyrannenfall eine vorherige Drohung nicht für notwendig erachtet].

Wohl ist ein weniger gefährlicher Einsatz von Gewalt [etwa in nicht lebenswichtige Körperteile, Vgl. BGH, NJW 1975, 62 (63); BGH, NJW 1984, 986 (987); BGH, NSTZ 1987, 172; BGH, NSTZ 1989, 474 f.] in Betracht zu ziehen. Auf der anderen Seite muss sich der Angegriffene aber nicht auf unsichere Verteidigungsmittel einlassen, nur um den Angreifer zu schonen [Verteidigerfreundlich in dieser Frage etwa BGHSt 25, 229 (231); BGH, NJW 1991, 503 (504); BGHSt 45, 378 (383); BGH, NJW 2003, 1955 (1957); BGH, NSTZ 2005, 85 (86); NSTZ 2006, 152 (153); Spindel, LK 11 § 32 Rn. 225; restriktiver Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 37 m.w.N.]. Insbesondere muss er sich nicht dem Risiko aussetzen, durch eine weniger starke Verletzung den Angreifer nicht nur nicht abzuwehren, sondern sogar noch weiter zu provozieren [siehe zur Gefahr der weiteren Eskalation des Streits BGH, NJW 1984, 986 (987); BGH, NSTZ 1994, 581 (582)].

672 Etwa unter Berücksichtigung der körperlichen Überlegenheit des Opfers als Mann, der vorangegangenen Auseinandersetzungen und der Tatsache, dass den beim Opfer zu unterstellenden Alkoholgenuss so explosiv gewesen sein dürfte. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 162, Fallvariante IV.

673 Spätestens unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo, Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S.

Verteidigungsmittel greifen. Im Einzelnen ist die Erforderlichkeit der Verteidigung allerdings nach der „Kampflege“ zu bestimmen.⁶⁷⁴

Wenn man die Notwehr nicht schon an der Erforderlichkeit scheitern lässt, dann ist zusätzlich das Kriterium der Gebotenheit zu prüfen, unter dem die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts zusammengefasst werden.⁶⁷⁵

Unter Ehegatten soll nach traditioneller Rechtsprechung das Notwehrrecht eingeschränkt sein. So soll die Ehefrau gegenüber zu befürchtenden leichten Körperverletzungen seitens ihres Ehemanns nicht zu möglicherweise tödlich wirkenden Verteidigungsmitteln greifen dürfen.⁶⁷⁶ Diese Rechtsprechung ist heute zumindest in ihrer Allgemeinheit in die Kritik geraten.⁶⁷⁷

Wenn nicht jegliche Einschränkung abgelehnt wird,⁶⁷⁸ so wird diese doch meist auf intakte Ehen beschränkt. Ist die Lebensgemeinschaft dagegen zerrüttet, sollen der Ehefrau die gleichen Abwehrmöglichkeiten zukommen wie anderen angegriffenen Personen.⁶⁷⁹

Ein anderer Vorschlag knüpft an die psychische Ausnahmesituation der gepeinigten Frau an und greift auf das US-amerikanische „*battered-women Syndrome*“ zurück. Auf dieser Basis sei eine Rechtfertigung aus Notwehr plausibel.⁶⁸⁰ In den letzten beiden Jahrzehnten hat das Battered Women Syndrome aber an Akzeptanz eingebüßt und gilt als überholt.⁶⁸¹ Das „*battered-women Syndrome*“ bewirkt ein Stereotyp von viktimisierten Täterinnen, das die individuellen Erfahrungen und Reaktionen unzureichend berücksichtige. Es handele sich um ein eher irreführendes soziales Konstrukt, das die Frau pathologisiere. Daher ist von einer Berücksichtigung dieses Syndroms abzusehen.⁶⁸²

Beim rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass ein gewalttätiger Ehemann für die Ehefrau eine Dauergefahr darstellt.⁶⁸³ Unter einer Dauergefahr wird ein gefahrdrohender Zustand über einen längeren Zeitraum hinweg verstanden, der jederzeit in eine

162. Vgl. der Sache nach BGHSt 27, 336 (337); BGH, NJW 1991, 503 (504); BGH, NSTz 1996, 433 (434).

674 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 163. So der in ständiger Rechtsprechung benutzte Begriff; vgl. etwa BGHSt 27, 336 (337); BGH, NJW 1989, 3027; BGH, NJW 1991, 503 (504); BGH, NSTz 1997, 96 (97); weitere Rechtsprechungsnachweise bei Fischer, StGB, § 32 Rn. 30; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 172.

675 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 163; Lackner/Kühl 26 § 32 Rn. 13 ff. m.w.N.

676 BGH NJW 1975, 62 (63); in die gleiche Richtung BGH bei Dallinger, MDR 1974, 722; einschränkend schon BGH, NJW 1984, 986.

677 Bezeichnenderweise hat der Bundesgerichtshof diese Frage in einem aktuellen Urteil ausdrücklich offen gelassen. BGH, JZ 2003, 50 (51).

678 So etwa Spindel, LK 11 § 32 Rn. 310 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass in der Entscheidung BGH, NSTz 1987, 322, die Problematik etwaiger Einschränkungen des Notwehrrechts gegenüber Ehegatten stillschweigend übergangen wird.

679 Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 53; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 240, jeweils m.w.N.; weitergehend Walther, JZ 2003, 52 (56), die in Angriffen durch einen Ehegatten sogar eine Steigerung des Unrechts sieht.

680 Welke ZRP 2004, 15 ff.

681 Nothafft MschrKrim 1999, 115, 133.

682 Haverkamp, GA 2006, S. 593-594.

683 Kühl, Strafrecht AT, § 8 Rn 70 m.w.N.; BGH StV 2003, 667.

Rechtsgutsbeeinträchtigung umschlagen kann, ohne die Möglichkeit auszuschließen, dass der Schadenseintritt noch eine Weile auf sich warten lässt.⁶⁸⁴

Jahrelange körperliche Misshandlungen und unberechenbare Zornesausbrüche lassen für die gepeinigte Ehefrau jederzeit einen neuen Gewaltausbruch mit schweren Folgen befürchten, so dass oft die Gegenwärtigkeit einer Dauer Gefahr angenommen wird.^{685 686}

Die Annahme des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) scheidet jedenfalls nach ganz h.M. spätestens daran, dass diese auf dem Interessenabwägungsgedanken beruhende Norm prinzipiell keine Eingriffe in fremdes Leben erlaubt.⁶⁸⁷ Auch soweit in der Literatur Ausnahmen diskutiert werden, dürften sich diese nicht auf „Haustyrannenfälle beziehen“. ⁶⁸⁸ Bei der Güterabwägung muss das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegen. Eine Abwägung Leben gegen Leben ist also von vornherein verwehrt.⁶⁸⁹ An dieser Beurteilung ändert auch eine Berücksichtigung des Defensivnotstands nichts.⁶⁹⁰ Im Vergleich zum aggressiven Notstand, der

684 Wessels/Beulke, AT, 35. Aufl., § 7 Rn 306.

685 LG Offenburg StV 2003. 674.

686 Im Bremer Haustyrannenfall verneinte das Landgericht das Vorliegen einer gegenwärtigen Dauer Gefahr, weil die dortigen Gewalttätigkeiten entsprechend den Erfahrungen in größeren zeitlichen Intervallen (Wochen, Monate) auftraten und somit unmittelbar kein Übergriff zu erwarten gewesen sei. In diesem Zusammenhang stellte die vor der Tat vom Opfer ausgestoßene Todesdrohung nach Überzeugung der Kammer eine nicht ernst zu nehmende Äußerung dar, weil ähnliche Drohungen ohne weitere Folgen schon in früheren Auseinandersetzungen gefallen waren. Ferner habe die Ehefrau nicht zur Abwendung der Gefahr durch den Ehemann gehandelt, sondern aus Wut und Verzweiflung. Dieser Affektzustand führte zur Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB und zur Ablehnung eines subjektiven Rechtfertigungselements. LG Bremen v. 23.5.2005 21 Ks 210 Js 48273/04.

687 BGHSt 35, 347 (350); BGHSt 48, 255 (257) = NJW 2003, 2464 (2466); Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 33 IV 2a; Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 34 Rn. 30; Hillenkamp, Miyazawa-FS, S. 141 (155); eingehend Haverkamp, GA 2006, 586 (594 f.); Küper, JuS 1981, 785 ff.; Mitsch, in: Weber-FS, S. 49 (61 ff.); Rotsch, JuS 2005, 12 (15 f.).

688 So ausdrücklich Roxin, Jescheck-FS I, S. 457 (482 f.); BGHSt 48, 255 (257) NJW 2003, 2464 (2466); kritisch dazu aber Otto, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.3.2003 – 1 StR 483/02 (=BGHSt 48, 255), NSTZ 2004, 142 (143 f.).

689 Wessels/Beulke, AT, § 8 Rn 310; Roxin, AT I, § 16 Rn 29; BGH StV 2003. 667; LG Offenburg StV 2003. 674: zuvor müsste die objektive Erforderlichkeit der Notstandshandlung (»nicht anders abwendbar) geprüft werden; da eine Rechtfertigung ersichtlich an der Interessenabwägung scheitert, wird hierauf beim entschuldigenden Notstand eingegangen: LG Bremen v.23. 3. 2005 21 Ks 210 Js 48273/04.

690 Dem Defensivnotstand liegt der Grundgedanke des § 228 BGB zugrunde, der einen allgemeinen Rechtsgrundsatz enthält und über die dortige Regelung der Sachwehr hinaus sinngemäß in die Interessenabwägung des § 34 StGB einfließt: Wessels/Beulke, AT, § 8 Rn 313. So können im Defensivnotstand Maßnahmen, die sich gegen den Urheber der Gefahr richten, nach § 34 gerechtfertigt sein, wobei u.U. auch zum Schutz bloßer Sachwerte höchstpersönliche Güter wie Körperintegrität und Freiheit verletzt werden dürfen, deren Beeinträchtigung sonst nach § 34 nur in seltenen Fällen zulässig ist (vgl. näher Roxin, Jescheck-FS, S. 468 ff.). Dagegen sind Tötungen grundsätzlich auch im Defensivnotstand unzulässig (vgl. z.B. BGH 48 257 m. Bspr. Rotsch, JuS 05, 12, Widmaier, NJW 03, 2788; zu Recht erwägt deshalb BGH NJW 00, 3079 m. Anm. Renzikowski JR 01, 468, § 34 nicht). Dies gilt selbst dann, wenn Leben gegen Leben steht, weil auch in diesem Fall der bloße Umstand der Gefahrverursachung durch das Opfer noch kein Recht begründen kann, dieses zu töten. So Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30, m.w.N. Soweit hier Ausnahmen anzuerkennen sind, handelt es sich um Sonderfälle, die nicht verallgemeinerungsfähig sind. Davon abgesehen, bleibt es hier deshalb bei einer Entschuldigung nach § 35 bzw. bei einem übergesetzlichen entschuldigenden Notstand. So Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30. Diese Sichtweise ist aber nicht ganz unumstritten. Eine andere Meinung vertreten hier Baumann/Weber/Mitsch, AT, 381, Buchkremer Präventive Verteidigung, S. 101 ff., Erb, MüKo, 164, Frister, Strafrecht AT, 17/29, Günther, SK, 43, Amelung-FS 154, Hirsch, LK 11, 74 [wie hier dag. Zieschang, LK, 74 f.], Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, S. 74 f., Merkel JZ 07, 384, Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 246 f., Roxin, AT I, 16/ 78 f., ders. Jescheck-FS, 470 ff., sowie im Hinblick auf die Insassen eines entführten und als Waffe gegen andere Menschen gerichteten Flugzeugs Gropp, GA 06, 288, Köhler, Schroeder-FS, 266 f., Hirsch, Küper-FS, 154, 161, Rogall, NSTZ 08, 3 f. [gegen die Einordnung dieses Falles als Defensivnotstand jedoch Fischer 18, Kühl, Strafrecht AT, 8/138 a, Ladiges JuS 11, 882, Merkel JZ 07, 384 f., Neumann, NK 77 c, Roxin, ZIS 11, 559, Stübinger ZStW 123, 421].

einen unbeteiligten Dritten in Mitleidenschaft zieht, sind beim Defensivnotstand qualitativ und quantitativ weitergehende Beeinträchtigungen zulässig.⁶⁹¹ Die Abwehrhandlung trifft in den hier untersuchten Fällen zwar den gefahrverursachenden Familientyrannen und greift allein in seine Gütersphäre ein, doch ist eine Rechtfertigung der Tötung im Defensivnotstand ausgeschlossen, weil eben die Unwägbarkeit des Rechtsguts Leben dem entgegensteht.⁶⁹²

Eine Rechtfertigung der ihren Mann tötenden Ehefrau ist folglich ausgeschlossen.

Da in diesen Fällen die Nothandlung aus den dargelegten Gründen kaum gerechtfertigt werden kann, muss die Anwendbarkeit von Entschuldigungsgründen geprüft werden.

KAP. 3 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER SCHULD

Im Folgenden werden die Schuld und die für die vorliegende Untersuchung relevanten Straffreistellungs- Strafmilderungsgründen auf der Schuldebene näher erläutert. Abschließend soll es ein Überblick über die auf der Schuldebene in Betracht kommenden Möglichkeiten für die Behandlung der Präventivnotwehr am Beispiel der „Haustyrannentötung“ gegeben werden.

I. Die Schuld im Allgemeinen

Neben Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ist die Schuld ein strafbegründendes und strafbegrenzendes Verbrechensmerkmal.⁶⁹³

Während die mit Strafe bedrohte Handlung im Unrechtsbereich auf ihre Übereinstimmung mit der Rechtsordnung, dh auf ihre Rechtswidrigkeit hin überprüft wird, geht es im Schuldbereich um die individuelle Vorwerfbarkeit, wobei sich der Vorwurf gegen den Täter richtet, der sich gegen das Recht und für das Unrecht entschieden hat.⁶⁹⁴

In Übereinstimmung mit dem Schuld- und Verantwortungsprinzip setzt die Strafe Schuld voraus.⁶⁹⁵ Jede im Einzelfall verhängte Strafe muss schuldangemessen sein.⁶⁹⁶ Danach ist ein Schuldvorwurf

691 Dies entspricht der herrschenden Meinung. Vgl. Perron, Sch/Sch 29 § 34 Rn. 30 m.w.N., (hM, z.B. Baumann/Weber/Mitsch, AT, 380, Erb, MüKo 11, 152, Günther, SK, 14, 20, 39 Gropp, AT, 6/131, Hirsch, Anmerkung zu BGH NJW 1979, S. 2053, in JR 80, 116, Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 365, Kühl, Strafrecht AT, 8/134, Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, S. 72 f., Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, S. 15, Lackner/Kühl 27, 9, O. Lampe, NJW 1968, 91, Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 102 f., 137, GA 85, 311, Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, S. 120, 157 ff., Pawlik, Der Rechtfertigende Notstand, S. 308 ff., Jura 02, 27 ff., Perron, in Rechtfertigung und Entschuldigung, III, 93f.).

692 Kühl, Strafrecht AT, § 8. Rn 138, nennt des Weiteren das Fehlen einer angriffsgleichen Situation, die Verneinung einer Solidaritätspflicht zur Aufopferung des Lebens und das Obhutsgarantenverhältnis zwischen den Familienmitgliedern und dem Vater.

693 Siehe oben, Die Grundstruktur des Strafunrechts (Erklärungsansatz im Zusammenhang mit Rechtswidrigkeit).

694 Wessels/Beulke, AT, § 1 I 6 Rn. 15;

695 BVerfGE 95. 96, 131; 96, 245, 249; 123. 267. 413; BGHSt GrS 2, 194, 200.

696 Die Strafe darf das Maß der Schuld nicht übersteigen: Wessels/Beulke, AT, § 10 I 3 Rn. 398. Zur Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in diesem Kontext: Frisch, NSZ 13, 249.

nur gegen den Täter zu erheben, wenn dieser die Fähigkeit hat, sich frei und richtig zwischen Recht und Unrecht zu entscheiden.⁶⁹⁷ Gegenstand des Schuldvorwurfs ist die in der rechtswidrigen Tat zum Ausdruck kommende fehlerhafte Einstellung des Täters zu den Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung.⁶⁹⁸ Denn Unrecht und Schuld sind aufeinander bezogen, ist Anknüpfungspunkt für das Schuldurteil die Unrechtshandlung.⁶⁹⁹

Ein Erwachsener,⁷⁰⁰ der strafbares Unrecht begeht, handelt üblicherweise auch schuldhaft. Gleichwohl gibt es Fälle, in denen dem Täter ausnahmsweise persönlich kein Schuldvorwurf gemacht werden kann, weil ihn entweder wegen fehlender Schuld voraussetzungen bzw. schuldbezüglicher Merkmale der Normbefehl nicht erreicht (Schuldausschließungsgründe) oder ihm vonseiten der Rechtsordnung nicht zugemutet werden kann, sich normgemäß zu verhalten (Entschuldigungsgründe).⁷⁰¹ Die Entschuldigungsgründe wirken sich unrechts- und schuld mindernd aus. Dabei wird der Erfolgswert der Tat um den Wert des vom Täter geschützten Gutes und der Verhaltenswert durch den Rettungszweck des Handelns herabgesetzt. Aber auch der Schuldgehalt der Tat ist erheblich geringer als unter normalen Umständen, weil sich der Täter einem außergewöhnlichen Motivationsdruck ausgesetzt sieht, der ihm die Befolgung der Sollensnormen der Rechtsordnung unmöglich macht oder sehr erschwert.⁷⁰²

Handelt der Täter ohne Schuld, so kann zwar gegen ihn keine Strafe verhängt werden.⁷⁰³

Zu den für die vorliegende Untersuchung relevanten Entschuldigungsgründen zählen der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB) und die Überschreitung der Notwehr (§ 33 StGB). Als Schuldausschließungsgrund gilt hier hingegen die Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (§ 20 StGB). Weitere hier in Betracht kommende Straffreistellungsgründe auf der Ebene der Schuld sind der Erlaubnistatbestandsirrtum (§ 16 I StGB analog) in Form der Putativnotwehr und der Spezialfall des Entschuldigungsirrtums - Putativnotstand - (§ 35 II StGB).

Angesichts der hier untersuchten Fragestellung kann auf der anderen Seite eine Schuld milderung

697 Wessels/Beulke, AT, § 10 I 1 Rn. 396 ff. § 46 I 1 fasst die wesentlichen Aspekte des Schuldprinzips zusammen: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.“

698 „Schuld“ bedeutet demnach Verwertbarkeit der Tat im Hinblick auf die ihr zugrunde liegende rechtlich tadelnswerte Gesinnung: Gallas, ZStW 67 [1955] 1, 45; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 39 II 1; vgl auch Greco, GA 2009. 636. Was dem Täter vorgeworfen wird, ist aber nicht etwa seine Gesinnung als solche, sondern immer die von ihr geprägte Straftat. Der in der Tat zum Ausdruck kommende (mehr oder weniger große) Mangel an Rechtsgesinnung ist lediglich der Grund, weswegen dem Täter das, was er begangen hat, nach dem Maß seiner Schuld zum Vorwurf gemacht wird. Wessels/Beulke, AT, § 10 I 3 Rn. 401.

699 Die Schuld des Täters muss alle Elemente des verwirklichten Unrechts umfassen: Wessels/Beulke, AT, § 10 I 3 Rn. 398.

700 Siehe zu Kindern und Jugendlichen § 19 StGB und § 3 JGG; näher Roxin, AT I, § 20 Rn. 50 ff.

701 Die hier vorgenommene Systematisierung folgt etwa Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 43 II, und Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 Vor. § 32 Rn. 108 f.

702 Wessels/Beulke, AT, § 10 I 3 Rn. 433.

703 Gleichwohl wird die Tat von der Rechtsordnung missbilligt. Dies kann etwa in der Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB) oder dem Notwehrrecht Dritter zum Ausdruck kommen. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 18, 22.

bzw. Strafmilderung auf zwei unterschiedlichen Gründen beruhen: verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) und vermeidbarem Irrtum über den entschuldigenden Notstand (§ 35 II StGB).

Sinn dieses Abschnitts/Teiles soll es sein, einen Überblick über die zentralen Rechtsfiguren, die auf der Ebene der Schuld interessante Anhaltspunkte für die rechtliche Behandlung der Haustyrannentötung geben können.

II. Relevante Entschuldigungsgründe

1. Entschuldigender Notstand (§ 35 StGB)

Die Regelung des entschuldigenden Notstands⁷⁰⁴ weist einige Parallelen zur entsprechenden über den rechtfertigenden Notstand auf, unterscheidet sich aber auch in zentralen Punkten.

So sind vor allem die Voraussetzungen der Notstandslage restriktiver als in § 34 StGB gefasst: Es muss sich um eine gegenwärtige Gefahr für eines der im Gesetzestext aufgezählten elementaren Rechtsgüter handeln; auch der Kreis der bedrohten Personen ist eng gezogen. Auf der anderen Seite verzichtet das Gesetz - mit Ausnahme des für Notwehr wie Notstand charakteristischen Erforderlichkeitskriteriums - auf weitere Anforderungen an die Notstandshandlung: Insbesondere bedarf es für eine bloße Entschuldigung des Täters keines überwiegenden Interesses an dem Erhalt des geschützten Gutes. Jedoch soll § 35 StGB seine Begrenzung durch die Zumutbarkeitklausel des S. 2 erfahren.⁷⁰⁵

2. Überschreitung der Notwehr (§ 33 StGB)

Ebenfalls auf der Ebene der Schuld ist die Überschreitung der Notwehr nach § 33 StGB⁷⁰⁶ zu berücksichtigen. Dieser Entschuldigungsgrund greift, wenn der Täter bei bestehender Notwehrlage⁷⁰⁷ aus einem sogenannten asthenischen Affekt⁷⁰⁸ („Verwirrung, Furcht oder

704 § 35 Entschuldigender Notstand: (1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte. (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

705 In Wahrheit enthält schon S. 1 mit dem Merkmal der „nicht anders Abwendbarkeit“ ein Einfallstor für Zumutbarkeiterwägungen, neben denen die Zumutbarkeitklausel des S. 2 erheblich an Bedeutung verliert. Zum Verhältnis zwischen S. 1 und S. 2 siehe eingehend Perron, Sch/Sch 29 § 35 Rn. 2 a u. 13 f., 18.

706 § 33 Überschreitung der Notwehr: Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft.

707 Beim intensiven Notwehrexzess befindet sich der Verteidiger in einer Notwehrlage, d.h. er ist im Zeitpunkt der Tat - anders als beim extensiven Notwehrexzess - einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgesetzt (siehe z.B. Lackner/Kühl 27 § 33 Rn. 2).

708 In einer neueren Entscheidung hat der BGH im Hinblick auf die vom Gesetz vorgesehene völlige Straflosigkeit dabei verlangt, „dass der Täter aufgrund einer besonders intensiven, gesteigerten Gemütsbewegung und -erregung heraus gehandelt haben muss“: BGH NSTZ 1995, 77.

Schrecken“) heraus die Grenze der Erforderlichkeit überschritten, deshalb er sich eines zu gravierenden, nicht mehr erforderlichen Verteidigungsmittels bedient (sogenannter intensiver Notwehrexzess⁷⁰⁹).⁷¹⁰

Weitere Probleme ergeben sich in den Fällen, in denen der sich Verteidigende die zeitlichen Grenzen der Notwehr überschreitet, also sich wehrt, obwohl der Angriff noch nicht oder nicht mehr gegenwärtig ist (sog. extensiver Exzesses).⁷¹¹ Denkbare Fallkonstellationen sind dabei einerseits die Abwehr eines noch nicht begonnenen (vorzeitig extensiver Exzesses) und andererseits eines bereits beendeten Angriffs (nachzeitig extensiver Exzesses). Dabei wird die Anwendung des § 33 StGB zum Teil generell für ausgeschlossen gehalten.⁷¹² Nach richtiger Ansicht ist hingegen unterschiedlich zu beantworten.⁷¹³

Nach einhelliger Meinung werden Sachverhalte von § 33 StGB nicht erfasst, bei denen zwischen der gerechtfertigten Abwehr und der Exzesshandlung ein erheblicher zeitlicher Abstand liegt, der die Handlung nicht mehr als Fortsetzung der Abwehr, sondern als Beginn eines (Gegen-) Angriffs erscheinen lässt.⁷¹⁴

Hat der Angriff noch nicht begonnen (vorzeitiger extensiver Notwehrexzess), greift § 33 StGB überhaupt nicht ein, weil die Entschuldigung des Täters nur auf Grund eines mit einer gerechtfertigten Notwehrhandlung einhergehenden asthenischen Affekts gewährt wird.⁷¹⁵ Wer vorher zur Gegenwehr ansetzt, „überschreitet“ nicht die „Grenzen der Notwehr“.⁷¹⁶

709 „Überschreitet der Täter die zeitlichen Grenzen der Notwehr, handelt er also, bevor der Angriff begonnen hat oder nachdem er bereits beendet ist (sogenannter „extensiver“ Notwehrexzess), so ist er nach herrschender Ansicht nicht nach § 33 StGB entschuldigt. Siehe näher dazu Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 45 I.

710 Im konkreten Fall ist Vorliegen und Ausmaß eines Affekts zur Tatzeit festzustellen und einmal mehr wird möglicherweise dem Gutachten des psychowissenschaftlichen Sachverständigen in dieser Frage maßgebliche Bedeutung zukommen. Siehe dazu Zwihehoff, Recht auf den Sachverständigen, S. 189 ff. Unter Beachtung des auch insoweit geltenden Zweifelsgrundsatzes (Spendel, LK 11 § 33 Rn. 83) dürften die Chancen der Täterin, wenigstens auf diesem Weg Strafflosigkeit zu erlangen, recht hoch einzuschätzen sein: Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 164.

711 Aschermann, Die Rechtsnatur des § 33 StGB, Diss. Hamburg 1990, S. 134; Haft, AT, S. 137; Kühl, Strafrecht AT, § 12 Rn. 139, S. 421; Lenckner, Sch/Sch 24 § 33 Rn. 1; Otto, GK Strafrecht AT, S. 210 Rn. 23; Roxin, AT I, S. 862 Rn. 85; Rudolphi, SK § 33 Rn. 2; Spindel, LK 11 § 33 Rn. 4.

712 Bockelmann/Volk, AT, S. 130; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, S. 1.37; Frister, Voluntatives Schuldelement, S. 233 Fn. 233; Geilen, Jura 1981, 370 [379]; Gropp, AT, S. 245 Rn. 86; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 493; Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, S. 451 Rn. 27; Rudolphi, SK § 33 Rn. 2; Sauren, Jura 1988, 567 [571]; Tröndle, Tröndle/Fischer, § 33 Rn. 2; Weil, Putativnotwehrexzess, S. 52; RGSt 21, 189; RGSt 62, 76 [77]; RGSt 54, 36; 61, 216; Jäger, AT, Rn 196; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 45 II 4; Fischer, § 33 Rn. 5.

713 Wessels/Beulke, AT, § 10 VII 2 Rn. 447.

714 Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses, Berlin 2001, S. 87. Fischer, Notwehrüberschreitung, Diss., Frankfurt a.M. 1971, S. 103; Müller-Christmann, JuS 1989, 717 [718]; Otto, GK Strafrecht AT, S. 210 Rn. 23; Roxin, AT I, S. 864 Rn. 90; Spindel, LK 11 § 33 Rn. 7. Der Täter darf folglich allenfalls mit der Abwehr nur um ein geringes zu früh beginnen oder darf sie lediglich unmittelbar nach Abschluss des Angriffs noch fortsetzen. Roxin, AT I, S. 864 Rn. 90; Fischer, Notwehrüberschreitung, S. 103 es muss also ein fast noch oder fast schon gegenwärtiger Angriff vorliegen, erforderlich ist ein enger bzw. unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zur Notwehrlage; Otto, Jura 1987, 604 [606].

715 Wessels/Beulke, AT, § 10 VII 2 Rn. 447. Siehe eingehend zum Ausschluss des vorzeitigen extensiven Exzesses aus dem Anwendungsbereich des § 33 StGB Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses, S. 92 ff.

716 Kühl, Strafrecht AT, § 12 Rn. 141.

Ist hingegen die zunächst gerechtfertigte Gegenwehr nunmehr rechtswidrig, da der Angriff bereits abgeschlossen ist (sog. nachzeitiger extensiver Notwehrexzess)⁷¹⁷, entspricht die psychische Situation der des intensiven Notwehrexzesses, und auch der Wortlaut des § 33 StGB steht nunmehr einer Anwendbarkeit auf diese Fallgruppe nicht entgegen.⁷¹⁸ Bei engem zeitlichem Zusammenhang zur Notwehrlage kann deshalb auch ein nachzeitig extensiver Exzess gemäß § 33 StGB entschuldigt werden, falls er auf einem asthenischen Affekt beruht.⁷¹⁹

III. Relevante Schuldausschließungsgründe

1. Schuldunfähig wegen seelischer Störungen (§ 20 StGB)

In subjektiver Hinsicht ist einmal mehr daran zu denken, dass die Täterin möglicherweise aus einem Affekt oder einem Gefühl der Verzweiflung⁷²⁰ heraus gehandelt hat.⁷²¹ Je nach Umfang kann die seelische Verfassung der Täterin bei der Tat einen mehr oder weniger zentralen Entlastungsfaktor auf der Schuldebene darstellen.

Schuldunfähig wegen seelischer Störungen ist nach § 20 StGB⁷²², wem bei seiner Tat die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit fehlt. Nach § 20 StGB kann die Schuldfähigkeit u.a. deswegen ausgeschlossen sein, weil der Täter im hochgradigen Affekt gehandelt und ihm deshalb die Steuerungsfähigkeit gefehlt hat. Insbesondere bei Partnertötungen liegt die Annahme eines Affektzustandes durchaus nahe.⁷²³ Selbst wenn sich die psychische Ausnahmesituation in einer Notlage durchaus auf die Schuldfähigkeit auswirken kann, wird diese allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen ein solches Ausmaß erreichen, dass sie vollkommen ausgeschlossen wird, aber sie wird möglicherweise vermindert.

Die Rechtsprechung wendet jedenfalls § 20 StGB so restriktiv an,⁷²⁴ dass diese Norm bei

717 Ebenso Beulke, Jura 88, 643; Motsch, Der Straflöse Notwehrexzess, 2003, S. 92; Coester-Waltjen-Noak, Zwischenprüfung, S. 22; Otto, GK Strafrecht AT, § 14 Rn 23; Rengier, AT, § 27 Rn. 18 f.; Trüg, Wentzell, Jura 01, 30, 33 f.; aA BGH NSTZ 02, 141; Rogall, SK, § 33 Rn 4.

718 Wessels/Beulke, AT, § 10 VII 2 Rn. 447. Siehe eingehend zur Anwendbarkeit des § 33 StGB auf den nachzeitig-extensiven Notwehrexzess, Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses, S. 94 ff.

719 Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses, S. 97.

720 Siehe zur strafmildernden Wirkung derselben Gribbohm, LK 11 § 46 Rn. 76; Theune, LK 12 § 46 Rn. 206; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, Rn. 330 ff.

721 Vgl. Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 101.

722 § 20 StGB Schuldunfähig wegen seelischer Störungen: Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

723 Rasch, Die Tötung des Intimparters (1964), 98; Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, S. 270; siehe auch Salger, Zur forensischen Beurteilung einer Affekttat im Hinblick auf eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit, in: Tröndle-FS, S. 201 (204).

724 Grundlegend BGHSt 11, 20; weitere Rechtsprechungsnachweise bei Jähnke, LK 11 § 20 Rn. 58; Schöch, LK 12 § 20 Rn. 137. Typisch etwa die Entscheidung BGHR § 20 Affekt Nr. 3 Indizien: Der BGH hob das Urteil des Landgerichts auf, das der Täterin einen Zustand der Schuldunfähigkeit attestiert hatte.

Affekttaten in der Praxis nahezu keine Rolle spielt.⁷²⁵ Somit dürfte sich die Täterin bei der Haustyrannentötung nicht auf Schuldunfähigkeit berufen können.⁷²⁶

IV. Weitere Straffreistellungsgründe

1. Erlaubnistatbestandsirrtum

Als Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet man den Irrtum über die sachlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Er liegt vor, wenn der Täter irrig Umstände für gegeben hält, die im Fall ihres wirklichen Gegebenseins die Tat rechtfertigen würden.⁷²⁷

Die rechtliche Behandlung eines Erlaubnistatbestandsirrtums ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Heute wird er ganz überwiegend in Analogie zu den Regeln des Tatbestandsirrtums (§ 16 I 1 StGB) behandelt.⁷²⁸ Danach entfällt der Vorsatz, wenn der Täter das tatsächliche Vorliegen von Umständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, verkennt.⁷²⁹ So rechtfertigt ein Erlaubnistatbestandsirrtum den Täter nicht, sondern er stellt ihn bezüglich des Vorsatzdelikts straffrei.⁷³⁰ Bei Vermeidbarkeit des Irrtums bleibt im Rahmen des § 16 I 2 StGB zu prüfen, ob dem Täter ein Fahrlässigkeitsschuldvorwurf entgegensteht.⁷³¹ Beruht der Irrtum des Täters auf Fahrlässigkeit, kommt gegebenenfalls eine Bestrafung wegen des entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts in Betracht.⁷³²

725 Jähnke, LK 11 § 20 Rn. 58; Krümpelmann, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 (1987), 191 (212); Salger, in: Tröndle-FS, S. 201 (204); vgl. auch Fischer, StGB, § 20 Rn. 30.

726 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 88 f.

727 Wessels/Beulke, AT, § 11 I 3 Rn. 457, § 11 III Rn. 467 ff.

728 Wessels/Beulke, AT, § 11 I 3 Rn. 457, § 11 III Rn. 467 ff. Ein Tatbestandsirrtum (§ 16 I) liegt vor, wenn jemand bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Der Tatbestandsirrtum ist die Kehrseite des Tatbestandsvorsatzes: Der Handelnde weiß nicht, was er in tatbestandlicher Hinsicht tut. Der Täter handelt also ohne Vorsatz (§ 16 I 1). Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt (§ 16 I 2), sofern das Gesetz einen einschlägigen Fahrlässigkeitstatbestand enthält. Wessels/Beulke, AT, § 11 I 1 Rn. 455. Die gegenwärtige Rechtslage lässt sich zwar ohne Weiteres mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbaren, weil der Erlaubnistatbestandsirrtum den Täter begünstigt und nicht belastet. Gleichwohl würde eine Kodifizierung der Rechtsklarheit dienen, zumal die wissenschaftliche Diskussion in dieser Frage inzwischen weitgehend einen Abschluss gefunden haben dürfte. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 181, der dabei eine Ergänzung des § 16 StGB um einen weiteren Absatz 3 vorschlägt.

729 § 16 Irrtum über Tatumstände: (1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.

730 Streitig ist aber, in welchem Maß auch die Rechtsfolgen des § 16 StGB entsprechend Anwendung finden: Während die einen eine vollkommene Analogie vornehmen und auch das Vorsatzunrecht entfallen lassen (eingeschränkte Schuldtheorie), wollen die anderen den Erlaubnistatbestandsirrtum nur auf der Ebene der Schuld berücksichtigen (rechtsfolgenverweisende Variante der eingeschränkten Schuldtheorie). Vgl. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 38; eingehend zum Erlaubnistatbestandsirrtum Wessels/Beulke, AT, § 11 III Rn. 467 ff.

731 Wessels/Beulke, AT, § 10 Rn. 448.

732 Siehe zum Erlaubnistatbestand eingehend Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 41 IV; Roxin, AT I, § 14 Rn. 52 ff.; siehe des Weiteren zur Rechtsprechung BGHSt 45, 378 (383 ff).

2. Putativnotwehr (§ 16 StGB analog)

Das bekannteste Beispiel für das Erlaubnistatbestandsirrtum ist die Putativnotwehr, bei der sich der Täter von einem Menschen rechtswidrig angegriffen wähnt und zu dem vermeintlich erforderlichen und gebotenen Verteidigungsmittel greift.⁷³³

Entscheidend für das Vorliegen einer Notwehrlage ist nach ganz herrschender Meinung⁷³⁴ nicht die subjektive Vorstellung des Sichbedroht-Fühlenden, sondern die objektive Situation. Beim „Scheinangriff“ ist damit kein Angriff im Sinn des § 32 StGB gegeben.⁷³⁵ Allerdings ist in diesem Fall ein Erlaubnistatbestandsirrtum auf Seiten die Täterin in Erwägung zu ziehen, der ebenfalls zur Straffreiheit führen kann.⁷³⁶

Geht man daraus, dass das Opfer nicht angreifen wollte, scheidet eine Rechtfertigung nach § 32 StGB mangels Notwehrlage aus. Allerdings kann die Vorstellung die Täterin, dass ihr ein Angriff drohe, in der Form der sogenannten Putativnotwehr Berücksichtigung finden.

Vorzunehmen ist nun eine hypothetische Prüfung, bei der der von dem Täter irrtümlich angenommene Sachverhalt als wahr unterstellt und auf dieser tatsächlichen Basis einer normativen Bewertung aller Notwehrvoraussetzungen unterzogen wird.⁷³⁷

In Literatur wie Rechtsprechung⁷³⁸ hat sich fast einhellig⁷³⁹ die Meinung durchgesetzt, dass solche Fälle über § 16 StGB zu lösen sind.⁷⁴⁰

Nach § 16 Abs. 1 StGB (analog) kann die Täterin nicht wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestraft werden. Möglich bleibt dagegen bei Vermeidbarkeit des Irrtums eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach einem Fahrlässigkeitstatbestand (konkret wegen fahrlässiger Tötung § 222 StGB), wenn ihr vorgeworfen werden kann, sich über die friedlichen Absichten des Opfers getäuscht zu haben.⁷⁴¹

733 Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 38.

734 Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 27 m.w.N.

735 Anders aber Jakobs, AT, II. Abschn. Rn. 9, wenn das Eingriffsoffer in zurechenbarer Weise den Schein einer Notsituation geschaffen hat.

736 Vgl. Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 160 f., Fallvariante IV.

737 Hätte sich - aus der Sicht des Täters(in) - die Verteidigungshandlung im Rahmen des Erforderlichen gehalten, hätten alle Voraussetzungen der Notwehr vorgelegen. Der Täter(in) hätte sich also in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befunden. Welche Rechtsfolge an einen solchen Fall zu knüpfen ist und insbesondere wie er sich dogmatisch in das System des Verbrechensaufbaus einfügen lässt, zählt zu den umstrittensten und meist erörterten Fragen der deutschen Strafrechtswissenschaft. Vgl. Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 165. Siehe etwa die Urteilsbegründung im Fall BGH, NStZ 1987, 322, in dem die Ehefrau irriterweise einen Angriff ihres Ehemanns annahm.

738 Vgl. nur BGHSt 45, 378 (384) m.w.N.

739 Anders nur die Vertreter der heute kaum noch vertretenen sogenannten strengen Schuldtheorie; Nachweise dazu bei Paefffgen, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: Kaufmann-GS, Köln u.a. 1989, S. 399.

740 Die Diskussion beschränkt sich im Wesentlichen auf die Frage, ob diese Norm direkt (so die Vertreter der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen) oder analog (so die eingeschränkte Schuldtheorie, die wiederum zwei Unterformen kennt) anzuwenden ist. Trotzdem treffen sich die divergierenden Ansätze - jedenfalls in dem hier zu behandelnden Regelfall - im Ergebnis. Daher wird im Folgenden auf eine genauere Darstellung der verschiedenen Meinungen verzichtet. Siehe dazu etwa Wessels Beulke, AT, § 11 I 3 Rn. 457 f., § 11 III Rn. 467 ff.; Roxin, AT I, § 14 Rn. 52 ff. m.w.N.

741 Beim Erlaubnistatbestandsirrtum bezieht sich der Fahrlässigkeitsschuldvorwurf allein auf das Nichterkennen der

3. Putativnotwehrexzess

Geht man nun davon aus, dass die Täterin selbst im Fall eines tatsächlichen Angriffs nicht sofort zum lebensgefährlichen Gewalteinsetz hätte greifen dürfen, stößt man auf das Problem des sogenannten „Putativnotwehrexzesses“,⁷⁴² bei dem die irrtümliche Annahme einer rechtfertigenden Notwehrlage mit der Überschreitung des in Wirklichkeit nicht bestehenden Verteidigungsrechtes zusammentrifft.⁷⁴³

Die Lösung der Fallkonstellationen erstreckt sich von der generellen direkten Anwendbarkeit des § 33 StGB⁷⁴⁴ und damit Entschuldigung des Putativnotwehrexzedenten, über die analoge Anwendung von § 33 StGB bei nicht fahrlässigen/unvermeidbaren Irrtümern⁷⁴⁵ über das Bestehen eines Notwehrrechts,⁷⁴⁶ bis zur Verneinung der Anwendbarkeit des § 33 StGB beim Verweis auf die Irrtumsregeln.⁷⁴⁷ Andere befürworten eine analoge Anwendung des vermeidbaren Irrtums über den entschuldigenden Notstand gemäß § 35 Abs. 2 StGB.^{748 749}

Wenn der Täter nicht nur irrtümlich vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines

wahren Sachlage; siehe z.B. BGHSt 20, 342 (372); Lackner/Kühl 27 § 16 Rn. 8. Als deutliche Anhaltspunkte dafür, dass das Opfer tatsächlich mit seinen Misshandlungen fortfahren wollte, werden das Geschehen im unmittelbaren Vorfeld der Tat und die weiter zurückliegenden leidvollen Erfahrungen der Täterin berücksichtigt. Auch dürfen in derartigen Lagen, die aus der Sicht des Handelnden eine schnelle Entscheidung verlangen, die Anforderungen an die individuelle Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden. Somit bliebe - vorbehaltlich eines anderen Ergebnisses der Beweisaufnahme - Täterin auch in diesem Fall straflos. Vgl. zu falschen Reaktionen auf plötzlich und unerwartet auftretende Gefahrenlagen, bei denen gleichwohl kein Schuldvorwurf gegen den Täter erhoben werden kann, Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 57 II 2, mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

742 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 165.

743 Die Gemeinsamkeit der Fallgestaltungen liegt darin, dass sich jemand über das Vorliegen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs irrt und das Maß der vermeintlich berechtigten Verteidigung überschreitet. Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses, S. 134 u. 136 f.

744 Aschermann, Die Rechtsnatur, S. 139; Köhler, AT, S. 424; Frister, Voluntatives Schuldelement, S. 233.

745 Oder bei Fällen, in denen das spätere Opfer des Exzesses den Irrtum aß. durch ein Täuschungsmanöver veranlaßt hat. Roxin, AT I, S. 866-867 Rn. 96; Herzog, NK § 33 Rn. 16; Otto, Jura 1987, 604 [607]; Fischer, Notwehrüberschreitung, S. 97; Jakobs, AT, S. 585 (§ 33 wird direkt angewendet); ihm folgend Timpe, JuS 1985, 117 [122].

746 Herrschender Auffassung in der Literatur: Blei, Strafrecht AT I, S. 189; Haft, AT, S. 137; Lenckner, Sch/Sch 24 § 33 Rn. 8; Rudolphi, JuS 1969, 461 [464]; ders., SK § 33 Rn. 6; Tröndle, Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 27; Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 515, Rn. 48.

747 Herrschender Auffassung in der Rechtsprechung: BGH NJW 1962 308 [309]; NJW 1968, 1885; MDR 1975, 366; NSTZ 1983, 453; StV 1997, 291 (292); LG München NJW 1988, 1860 [1862].

748 Gropp, AT, S. 456 Rn. 139; Klimsch, Irrtum über Entschuldigungsgründe, S. 169; Matt, AT, S. 263; Sauren, Jura 1988, 567 [572]; mit Einschränkungen und eigenem Formulierungsvorschlag Hardtung, ZStW 108 (1996), 26 [57].

749 [Der relevante Unterschied zwischen diesen verschiedenen Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung besteht in der strafrechtlichen Beurteilung dessen, was - bei Zugrundelegung der Tätervorstellung als wahr - über das erforderliche Maß hinausgeht. Während die Befürworter einer Analogie zu § 33 oder auch § 35 Abs. 2 bei Unvermeidbarkeit des Irrtums und gleichzeitigem Vorliegen eines asthenischen Affektes zur Straffreiheit auch der die Notwehrgrenzen überschreitenden Straftaten kommen, gelangt die Rechtsprechung zur Straffreiheit nur der Taten, die bei tatsächlichem Vorliegen dessen, was sich der Täter vorgestellt hatte, gerechtfertigt gewesen wären (Vorsatzausschluss gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 analog und - gegebenenfalls - Verneinung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, sofern der Irrtum nicht auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruht). Im Hinblick auf den exzessiven Anteil bliebe hingegen nach der Lösung der Rechtsprechung die strafrechtliche Verantwortung entweder als Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstat bestehen. Geht man davon aus, dass der Irrtum des jeweiligen Täters über das Bestehen einer Notwehrlage nicht auf Fahrlässigkeit beruht, käme jedenfalls nach der Lösung der Rechtsprechung für den Exzess eine Strafbarkeit in Frage, nach der Literatur Straffreiheit für den Putativnotwehrexzedenten. Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses, S. 137 f.]

Rechtfertigungsgrundes ausgeht sondern auch auf der Basis dieser Vorstellung sein vermeintliches Recht noch überschreitet, wird man herkömmlicherweise von einem Doppelirrtum gesprochen.⁷⁵⁰ Es wäre aber missverständlich⁷⁵¹ gleichzeitig von einem Erlaubnistatbestandsirrtum und einem Erlaubnisirrtum zu sprechen. Vielmehr liegt nur ein Erlaubnisirrtum vor.⁷⁵² Da die Rechtsordnung selbst bei einem wirklichen Angriff sofortige tödliche Gewalteinsatz mangels Erforderlichkeit auch nicht gestatten könnte, kann der Umstand, dass die Täterin nur irrtümlich von einem Angriff ausgeht und damit ein Merkmal des betreffenden Rechtfertigungsgrundes für gegeben hält, nicht schon deshalb zur Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums führen, weil die Rechtsordnung kein Notwehrrecht kennt, das so weit geht, wie es die Täterin glaubte.⁷⁵³ Man muss hier deshalb davon ausgehen, als wäre der Angriff tatsächlich gegeben, und dann läge wegen der Fehlvorstellungen bzgl. des Merkmals der Erforderlichkeit ein Erlaubnisirrtum⁷⁵⁴ vor, der als „indirekter Verbotsirrtum“ nach den in § 17 StGB normierten Regeln des direkten Verbotsirrtums behandelt wird.⁷⁵⁵ Er schließt also bei dessen Vermeidbarkeit die Vorsatzschuld nicht aus. Hier kommt allenfalls eine Schuldminderung und demgemäß eine ihr angepasste Milderung der Vorsatzstrafe in Betracht.⁷⁵⁶ Der Täter(in) wäre folglich wegen vorsätzlichen Tötungsdelikts, dann aber sicherlich in seiner schwächsten Form, also nach § 213 StGB zu bestrafen.⁷⁵⁷

4. Irrtum über den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 2 StGB)

Ein weiteren Sonderfall stellt der sog. Putativnotstand dar, bei dem der Täter über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes irrt. Dieser Irrtum hat in § 35 II StGB eine besondere Regelung erhalten, die auf die übrigen Entschuldigungsgründe analog anzuwenden ist.⁷⁵⁸ Danach ist der Täter nur entschuldigt, wenn der Irrtum für ihn unvermeidbar ist. Bei Vermeidbarkeit

750 Wessels/Beulke, AT, § 11 IV 3 Rn. 485.

751 Vogt, Jura 1981, 380 [384]; Haft, AT, S. 137.

752 Wessels/Beulke, AT, § 11 IV 3 Rn. 485 f.

753 Wessels/Beulke, AT, § 11 IV 3 Rn. 485.

754 Ein bloßer Erlaubnisirrtum ist gegeben, wenn der Täter die rechtlichen Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes verkennt oder an das Bestehen eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes glaubt (indirekte Verbotsirrtum). Dieser Irrtum wird als Verbotsirrtum (§ 17) behandelt. Wessels/Beulke, AT, § 11 I 3 Rn. 458, § 11 IV 1 Rn. 482.

755 Ein (direkter) Verbotsirrtum (§ 17) liegt vor, wenn der Täter die Verbotsnorm nicht kennt, er sie für ungültig hält oder sie in der Weise falsch auslegt, dass er sein in Wahrheit verbotenes Handeln als rechtlich zulässig ansieht. Der Täter irrt hier also über die Rechtswidrigkeit der Tat in ihrer tatbestandsspezifischen Gestalt; er „weiß, was er (tatbestandlich) tut, nimmt aber irrig an, es sei erlaubt“ (BGHSt GrS 2, 194, 197). Wessels/Beulke, AT, § 11 I 2 Rn. 456.

756 Wessels/Beulke, AT, § 11 IV 1 Rn. 483. Folglich muss bei der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen eines Merkmals eines Rechtfertigungsgrundes stets geprüft werden, ob auf der Basis dieser irrtümlich angenommenen Tatumstände auch alle sonstigen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes gegeben sind. Nur dann darf der Erlaubnistatbestandsirrtum bejaht werden. Im Übrigen ist von einem Erlaubnisirrtum auszugehen: Wessels/Beulke, AT, § 11 IV 3 Rn. 486. Siehe auch BGH NJW 78, 1206; Haft, JuS 30, 430, 5881, 659; Jäger, AT, Rn 219; Arthur Kaufmann, Schuld und Strafe, 2. Aufl., 1983, S. 96; Momsen/Sydow, JuS 01, 1197; Neubacher/Bachmann, JA 10, 711, 718 f.

757 Vgl. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, Fallvariante IV, S. 166.

758 Wessels/Beulke, AT, § 11 V 2 Rn. 489; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 23 Rn 11; Sternberg-Lieben, Sch/Sch § 16 Rn 31; diff. Walter, Roxin II-FS, S. 763, 774 ff.

des Irrtums wird der Täter bestraft; allerdings ist die Strafe nach § 49 Abs. I StGB zu mildern.⁷⁵⁹

V. Relevante Schuldmilderungsgründe bzw. Strafmilderungsgründe

1. Verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB)

Einer gesonderten Erwähnung bei der Bestimmung des Strafrahmens bedarf hier der fakultative Strafmilderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB. Denn Tötungen des Ehegatten werden häufig aus einem Affekt heraus begangen, der sich auf die Schuldfähigkeit auswirken und als tiefgreifende Bewusstseinsstörung die Steuerungsfähigkeit zumindest mindern kann.⁷⁶⁰ Eine Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit kann bei Haustyrannentötung gleichfalls zu einer Strafmilderung (§ 21 StGB)⁷⁶¹ führen.⁷⁶²

Um die Bedeutung des § 21 StGB⁷⁶³ in typischen Haustyrannenfällen zu verstehen, muss man sich vorstellen, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen ist (§ 211 StGB), die dem Gericht unangemessen hoch erscheinen wird,⁷⁶⁴ während ein Freispruch der Täterin (§ 20 oder § 35 StGB) unangemessen niedrig wäre.⁷⁶⁵ In dieser Situation eröffnet § 21 StGB dem Gericht einen gemilderten Strafrahmen,⁷⁶⁶ innerhalb dessen es die schuldangemessene Strafe bestimmen kann.⁷⁶⁷ So hätten die Strafgerichte bei möglicher Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe eine eventuelle Strafrahmenverschiebung nach § 21 StGB besonders sorgfältig zu prüfen.⁷⁶⁸

In solchen Fällen wird deshalb jedes Gericht der Frage der verminderten Schuldfähigkeit besondere

759 Anders als bei § 17 StGB (Verbotsirrtum), wo ebenfalls auf das Kriterium der Vermeidbarkeit abgestellt wird, ist die Strafrahmenverschiebung zugunsten des Täters bei § 35 Abs. 2 StGB also obligatorisch. Näher zum Irrtum über den entschuldigenden Notstand Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 44 V; Roxin, AT I, § 22 Rn. 59 ff.

760 Plate, Psyche, Unrecht und Schuld, München 2002, S. 417; Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie S. 270.

761 § 21 Verminderte Schuldfähigkeit: Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

762 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 107

763 § 21 Verminderte Schuldfähigkeit: Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

764 Mit den Worten von Hillenkamp, Miyazawa-FS, S. 141 (150): „ein Mißgriff in der Oktave“.

765 Krümpelmann, ZStW 99 (1987), 191 (212), weist darauf hin, dass das öffentliche Bewusstsein bei vorsätzlichen Tötungen jedenfalls keine regelmäßigen Freisprüche verträgt.

766 Mord bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes wie beispielsweise verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) oder von außergewöhnlichen Umständen im Sinn der Rechtsfolgenlösung: Freiheitsstrafe von drei bis fünfzehn Jahren nach § 49 I Nr. 1 StGB (An die Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren) in Verbindung mit § 38 II StGB (Das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe ist fünfzehn Jahre).

767 So verwundert es nicht, dass die Rechtsprechung bei Mord bezüglich der Annahme verminderter Schuldfähigkeit vergleichsweise großzügig ist; siehe die Untersuchung von Kreuzer, ZRP 1977, 51, sowie die Auswertung der Strafverfolgungsstatistik 1991 durch Streng, Psychowissenschaftler und Strafrjuristen. Verständigungsebenen und Kompetenzkonflikte bei der Schuldfähigkeitsentscheidung, 1. Teil, NSZ 1995, 12. Nach letzterer Quelle ist in 45,7 % aller Verurteilungen wegen Mordes bzw. Totschlags dem Täter verminderte Schuldfähigkeit zuerkannt worden. Weitere Zahlen bei Streng, MK § 21 Rn. 4 f., wonach die Zahlen für eine Anwendung des § 21 StGB bei Verurteilungen wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte wieder gesunken sind, aber immer noch über 30 % liegen.

768 BGHSt 49, 239 (247 f.) = NJW 2004, 3350 (3353).

Aufmerksamkeit schenken,⁷⁶⁹ auch wenn die tatsächlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen eines hinreichend gravierenden Affekts dünn sind.⁷⁷⁰ Dabei ist es zu beachten, dass nicht jeder Affekt, sondern nur einer von solcher Intensität, dass er zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung geführt hat, die Annahme verminderter Schuldfähigkeit rechtfertigt.⁷⁷¹

Wann ein Affekt das Bewusstsein tiefgreifend stört und damit zu verminderter Schuldfähigkeit führt, ist nach der Rechtsprechung unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.⁷⁷² Ganz allgemein für Tötungen bei Partnerschaftskonflikten dürfte charakteristisch sein, dass die Tat eine spezifische Tatvorgeschichte, verbunden mit einer charakteristischen Täter-Opfer-Beziehung und chronischen Affektspannungen,⁷⁷³ aufweist.⁷⁷⁴ Vorbereitungshandlungen können auf der anderen Seite sogar auf ungeschmälerte Schuldfähigkeit die Täterin hindeuten und somit eher gegen das Vorliegen eines Affekts sprechen.⁷⁷⁵ Abgesehen von diesem Umstand dürfte sich daher die Tendenz zur Annahme einer Strafmilderung aufgrund verminderter Schuldfähigkeit bei diesen Fällen in hohem Maß damit erklären lassen, dass § 21 StGB eine Lückenbüßerfunktion einnimmt für die grundsätzlich fehlende Möglichkeit, bei Mord eine zeitige Freiheitsstrafe auszusprechen.⁷⁷⁶

Letztlich wird es von den Ergebnissen der Beweisaufnahme und -würdigung abhängen, ob die Tatumstände die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit stützen oder zumindest Zweifel in

769 In tatsächlicher Hinsicht liefern die kriminologischen Erkenntnisse über die Häufigkeit von Affekten bei Partnerschaftskonflikten die notwendige Basis für die oft zu beobachtende Anwendung des § 21 StGB: Allgemein stellen Beziehungstaten, denen ein meist lang andauernder Konflikt zwischen den Partnern zugrunde liegt, die bei Weitem wichtigste Untergruppe der Affekttaten dar (Ziegert, Die Affekttat zwischen Wertung und Willkür, in: Saß [Hrsg.], Affektdelikte, 43 [49]). Letztlich kommen die Gerichte damit einem Gebot des Bundesverfassungsgerichts nach, das die besondere Bedeutung der Strafmilderungsmöglichkeit wegen verminderter Schuldfähigkeit namentlich bei Konflikttaten herausstreicht (BVerfGE 45, 187 [262]).

770 Siehe Rode/Scheld, Sozialprognose bei Tötungsdelikten, S. 15, wonach der psychiatrische Sachverständige in 54 % aller untersuchten Strafverfahren wegen Tötungsdelikten verminderte Schuldfähigkeit annahm.

771 Vgl. BGH, StV 1987, 341; Roxin, AT I, § 20 Rn. 34; Salger, in: Tröndle-FS, 201 (212). Zudem kann die Schuld der Täterin neben dem Affekt auch wegen einer krankhaften seelischen Störung gemindert sein. Im Haustyranenmord-Fall des LG Offenburg hatte so das über zwölf Jahre andauernde Martyrium der Ehefrau zu einer „tiefgreifenden seelischen Erstarrung“ und „einer über die Jahre sich verschlimmernden psychischen Destabilisierung“ geführt, die nach den Erkenntnissen des psychiatrischen Sachverständigen in ihren Auswirkungen einer Psychose gleichkamen. LG Offenburg StV 2003, 672.

772 Lackner/Kühl 27 § 20 Rn. 7 m.w.N. Feste Maßstäbe fehlen freilich [Krümpelmann, ZStW 99 (1987), 191 (217)]; immerhin haben sich Wissenschaft und Rechtsprechung diesbezüglich im Wesentlichen auf einen Katalog von positiven bzw. negativen Kriterien einigen können. Grundlegend Saß, Nervenarzt 54 (1983), 557; der BGH spricht inzwischen sogar schon von den „Saß-Kriterien“ (BGH, NStZ 2005, 149 [150]). Aus der juristischen Literatur siehe BGH, StV 1990, 493; Jähnke, LK 11 § 20 Rn. 57; Schöch, LK 12 § 20 Rn. 133 ff.; Plate, Psyche, Unrecht und Schuld, S. 420 und 445 ff.; Salger, in: Tröndle-FS, S. 201 (208 f.); Ziegert, Die Affekttat zwischen Wertung und Willkür, S. 43 (46 f.) jeweils m.w.N.; kritisch zu diesem Kriterienkatalog Bernsmann, Affekt und Opferverhalten, NStZ 1989, 160 (161); Eisenberg, NStZ 2005, 304 ff.; Rasch, NJW 1993, 757 ff.; Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, S. 271 f.; Steller, in: Saß (Hrsg.), Affektdelikte, S. 132 (133 ff.).

773 Positives Kriterium Nr. 1 bei Salger, in: Tröndle-F S, S. 201 (208).

774 Bernsmann, NStZ 1989, 60 ff.

775 Negatives Kriterium Nr. 2 bei Salger, in: Tröndle-FS, S.201 (209); vgl. auch BGHSt 44, 26 (34); BGHR § 20 Affekt Nr. 3 Indizien; siehe daneben die Angaben oben Anm. 525. Jedoch wäre aber dieser Schluss freilich nicht zwingend: Vgl. BGH NStZ 2005, 384.

776 Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 107 f.

diese Richtung aufkommen lassen was - in dubio pro reo - für eine Anwendung des § 21 StGB ausreichen würde.⁷⁷⁷

Als Rechtsfolge sieht § 21 StGB allerdings nur eine fakultative Strafmilderung vor;⁷⁷⁸ es bleibt damit dem Gericht überlassen, nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund einer Gesamtabwägung aller wesentlichen Tatumstände und der Täterpersönlichkeit über den maßgeblichen Strafraumen zu entscheiden.⁷⁷⁹ Regelmäßig wird es dabei zu einer Strafraumenmilderung kommen, es sei denn, dass andere schulderhöhende Umstände entgegenstehen.⁷⁸⁰

2. Vermeidbarer Irrtum über den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 2 StGB)

Ist die von ihrem Ehemann ausgehende Dauergefahr für die gequälte Frau zwar anders abwendbar gewesen, sie aber irrtümlich von einer ausweglosen Situation ausgegangen, in der sie keine Hilfe von dritter Seite erwarten konnte, dann steht den Weg über § 35 Abs. 2 StGB in den Mittelpunkt der Überlegungen über eine Strafmilderung.⁷⁸¹

Liegen die Voraussetzungen für einen Irrtum über den entschuldigenden Notstand vor, so kommt es entscheidend darauf an, ob dieser Irrtum vermeidbar gewesen wäre. Die Täterin treffe dabei eine Prüfungspflicht, an die „strenge Anforderungen“⁷⁸² zu stellen seien. Von Bedeutung seien u.a. die

777 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 92.

778 Zur Kritik an der gesetzlichen Regelung siehe Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 21 Rn. 14 m.w.N.

779 Siehe z.B. BGHSt 43, 66 (78); weitere Rechtsprechungsnachweise bei Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 21 Rn. 14; Fischer, StGB, § 21 Rn. 18. Wenn das Gericht allerdings vorher die Voraussetzungen des § 21 StGB bejaht hat, ist wiederum das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Die verminderte Schuldfähigkeit darf dann nicht noch einmal als solche strafmildernd berücksichtigt werden; wohl aber ist es dem Gericht nicht nur nicht versagt, sondern ist es sogar dazu verpflichtet, ihre konkreten Umstände, etwa ihr besonderes Ausmaß in die Gesamtwürdigung miteinzustellen. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 101; BGHSt 26, 311; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 138 f.; Hettinger, Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, S. 180 und 184 ff; Siehe zur nicht erheblichen Verminderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als Strafzumessungsfaktor näher Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, Rn. 330, Rn. 403; Stree, Sch/Sch, § 46 Rn. 49.

780 BGH, NStZ-RR 1996, 161 (162); BGH, NStZ-RR 1999, 170 (171). Etwa der Täter selbst in vorwerfbarer Weise den Ausnahmezustand herbeigeführt hat (z.B. BGHSt 43, 66 [78]; BGH, NStZ-RR 1996, 161 [162]; BGH, NStZ-RR 2003, 39 ff). Die Tatsache, dass die Täterin ihre Tat geplant hat, dürfte kaum ausreichen, eine Strafmilderung abzulehnen. Zudem würde Dieser belastende Umstand die Bemühungen, die Voraussetzungen des § 21 StGB überhaupt erst zu begründen, vollkommen konterkarieren. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 93. Es ist zudem zu vermuten, dass das Gericht seine Entscheidung über § 21 StGB im Kontext mit seiner Einstufung des Falls in das System der Tötungsdelikte fällen wird. Bejaht es den Tatbestand des Mordes (§ 211 StGB), ist das Gericht wiederum auf § 21 StGB fast angewiesen, um die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe zu vermeiden und stattdessen eine zeitige Freiheitsstrafe aussprechen zu können. Hat das Gericht sich für den Grundtatbestand des Totschlags (§ 212 StGB) entschieden, kann § 21 StGB immerhin den Strafraumen mit seiner Untergrenze von fünf Jahren weiter nach unten öffnen. Ist dagegen das Gericht von den Voraussetzungen eines sonstigen minder schweren Falls des Totschlags mit seiner Mindeststrafe von sechs Monaten (§ 213 StGB, 2. Alt. a.F.) überzeugt, „braucht“ es den § 21 StGB nicht, um zu einem adäquaten Strafraumen zu kommen. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 134.

781 Vgl. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, Fallvariante 1, S. 93. Grundlegend BGHSt 48, 255 (261 f.) = NJW 2003, 2464 (2467), wobei der BGH allerdings als Revisionsgericht seine Ansicht, die Täterin habe in einem vermeidbaren Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands gehandelt, nur zwischen den Zeilen andeuten und nicht verbindlich feststellen konnte. Siehe eingehend zur Argumentation des BGH Rotsch, JuS 2005, 12 (17). Eindeutig für eine Anwendung des § 35 Abs. 2 StGB dagegen das Tatgericht LG Offenburg, StV 2003, 672 (675).

782 BGHSt 48, 255 (262) = NJW 2003, 2464 (2467).

Schwere der Tat und die Zeitspanne, welche dem Täterin zur Verfügung stand, über andere mögliche Auswege nachzudenken.⁷⁸³

VI. Die Behandlung der “Haustyrannentötung” auf der Schuldebene

Als Musterbeispiel der Präventivnotwehr wurde hier die Haustyrann-Konstellation im deutschen Rechtsordnung erforscht. Die Tötung des Haustyrannen in einer nicht konfrontativen Situation deutet auf eine Gefahrenlage, die keinen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff i.S. des Notwehrrechts begründet. Deshalb wird bei dieser Konstellation ganz überwiegend eine Notwehr abgelehnt, weil die Reaktion zwischen einem vergangenen und einem in der Zukunft (wenn auch in der näheren Zukunft) liegenden Angriff stattfindet. Eher kann diese Fallkonstellation als Dauergefahr im Rahmen eines Notstandes eingeordnet werden. In diesem Sinne ist die Tötung des Haustyrannen vom rechtfertigenden Notstand auch nicht gedeckt, weil bei der Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter i.S. des § 34 StGB das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte nicht wesentlich überwiegt.

So greift das deutsche Recht auf die Schuldebene zurück. Dabei ist eine klare Tendenz festzustellen, diese Konstellation auf der subjektiven Ebene des Täters zu behandeln.

Scheidet auch die Möglichkeit einer Entschuldigung⁷⁸⁴ aus, so wird durch Annahme eines Schuldminderungs- bzw. Schuldausschließungsgrundes in solchen Fällen die Strafe gemildert oder es wird sogar ganz von der Strafe abgesehen.⁷⁸⁵

Im Allgemeinen dargelegt, kommt besondere Bedeutung in der wissenschaftlichen Diskussion zur Haustyrannentötung dem entschuldigenden Notstand gemäß § 35 I StGB und dem Entschuldigungsirrtum gemäß § 35 II StGB zu. Am Rande wird die Notwehrüberschreitung nach § 33 StGB erörtert. Auf der Ebene der Schuld ist prinzipiell eine Schuldausschließung wegen Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB bzw. Schuldmilderung aufgrund erheblich verminderter Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB möglich. Die Schuldfähigkeit wird allerdings nur in seltenen Fällen vollkommen ausgeschlossen, weshalb § 20 StGB bei Haustyrannentötungen kaum eine Rolle spielt.⁷⁸⁶ Doch sind hier insbesondere die individuellen Verhältnisse ausschlaggebend, so dass verallgemeinerungsfähige Aussagen sich nicht treffen lassen.⁷⁸⁷

783 Bei einer geplanten Tat dürfte ein Gericht damit kaum zu einem anderen Ergebnis kommen können, als die Vermeidbarkeit des Irrtums anzunehmen und gemäß § 35 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB die Strafe zu mildern. LG Offenburg, StV 2003, 672 (675). Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 93 f.

784 Der entschuldigende Notstand scheidet hier dadurch oft aus, weil die Gefahr im Einzelnen „anders abwendbar“ gewesen wäre, und zwar gerade deswegen, weil die Zeit vorhanden ist, staatliche Hilfe einzuschalten oder andere mildere Maßnahmen als die Tötung des Haustyrannen zu ergreifen.

785 BGHSt 48 255 bzw. LG Offenburg StV 2003, 672.

786 Jähnke, LK 11 § 20 Rn. 58; Krümpelmann, ZStW 99 (1987), 191 (212); Salger, in: Tröndle-FS, S. 201 (204); vgl. auch Fischer, StGB, § 20 Rn. 30; Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 88 f.

787 Hillenkamp, FS-Miyazawa, S. 158.

Bei der Tötungshandlung der misshandelten Frau kommt zunächst ein entschuldigender Notstand gemäß § 35 I StGB in Betracht. Das prügelnde Opfer stellt für die Täterin und ggf. für die gemeinsamen Kinder eine Dauergefahr dar. Es fragt sich aber, ob die Tötung entschuldigt sein kann. § 35 I StGB setzt voraus, dass die vom Familientyrannen ausgehende Dauergefahr nicht anders abwendbar ist. So muss die Tötung der einzige und letzte Ausweg aus der Notlage sein, d.h. zur Abwendung der Gefahr das geeignete und erforderliche Mittel darstellen.⁷⁸⁸ Als anderweitige Abwendungsalternativen gelten laut BGH nur Maßnahmen in Form von staatlichen und nichtstaatlichen Hilfen, die die Notstandslage wirksam beseitigen und die Gefahr nicht nur hinausschieben. Dabei wird es zumindest ein fehlgeschlagener Befreiungsversuch verlangt.⁷⁸⁹ Ausnahmsweise kann hiervon abgesehen werden, wenn die hinreichende Wirksamkeit der Handlungsalternativen von vornherein fragwürdig erscheint. Allerdings hält der BGH regelmäßig die von einem Familientyrannen drohende Dauergefahr für anderweitig abwendbar angesichts des hohen Rang des Rechtsguts Leben und der Verpflichtung staatlicher Einrichtungen zu effektivem Einschreiten.⁷⁹⁰

In einem Teil der Literatur ruft die zurückhaltende Position des BGH bezüglich der Anerkennung einer ausweglosen Lage Bedenken hervor.⁷⁹¹ Berechtigte Zweifel werden insbesondere an der Effektivität von staatlichen Stellen zum Schutz vor Familientyrannen geäußert.⁷⁹² Trotz rechtlicher Verbesserungen wie durch das Gewaltschutzgesetz bleibt ein nicht zu unterschätzendes Gefährdungspotenzial bei Beendigung einer gewalttätigen Beziehung bestehen.⁷⁹³

Angesichts der Auswegslosigkeit der Lage fragt es sich daher, ob die Inanspruchnahme staatlicher Stellen der Ehefrau noch dazu in ihrer psychischen Ausnahmesituation zumutbar war und ob

788 Wessels/Beulke AT § 10 Rn 438.

789 Vgl. Hechinger Tyrannenfall, BGH NJ W 2003, 2466 f. In BGH NStZ 2005, 154 verneinte die Kammer schon das Vorliegen einer Dauergefahr und wies zusätzlich auf die offensichtlich gegebene anderweitige Abwendbarkeit der Gefahr durch einen möglichen Auszug hin. Hinsichtlich der Annahme der anderweitigen Abwendbarkeit erfordert auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung eine sorgfältige Prüfung von fehlgeschlagenen bzw. von vornherein aussichtslosen Auswegen. S. LG Offenburg StV 2003, 674; das Urteil v. 24.7.2002 erging vor der Entscheidung des BGH (23.3.2003); vgl. Rengier, Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? - Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen, in NStZ 2004, 237.

790 Dieses Vorgehen würde der Linie der Rechtsprechung und von Teilen des Schrifttums entsprechen, die Erwägungen zur Zumutbarkeit bereits an dieser Stelle anstellen. Vgl. Roxin, AT I, § 22 Rn 18 f. Anders Rengier NStZ 2004, 238, für den nicht deutlich wird, ob die vom BGH genannten Erforderlichkeitsmaßstäbe enger sind als das Zumutbarkeitskriterium.

791 Diederich, STREIT 1/2004, 33 f; Otto, NStZ 2004, 144; Rengier, NStZ 2004, 238; Rotsch, JuS 2005, 16.

792 Im BGH-Urteil zum Hechinger Familientyrannen lehnte das Schwurgericht einen entschuldigenden Notstand wegen anderweitiger Abwendbarkeit ab. Die ernstzunehmenden Drohungen des Mannes, der mit seiner Motorradclub als äußerst gewalttätig gerichtsbekannt gewesen war, geben Anhaltspunkte für die Gewährung vorübergehender Hilfen aber nicht aufdauerhaften Schutz vor Gewalttätigkeiten. Daher bestehen erhebliche Zweifel an der nachhaltigen Effektivität behördlicher und karitativer Unterstützung und somit an der anderweitigen Abwendbarkeit. Vgl. Haverkamp, GA (2006) 598; Rengier, NStZ 2004, 239.

793 Leuze-Mohr, Häusliche Gewalt gegen Frauen - eine straffreie Zone?, Baden-Baden 2001, S. 103 ff. Gerade in der Trennungsphase ist eine Steigerung von Gewalt und Drohungen zu verzeichnen: Diederich, STREIT 1/2004, 33; Lenze-Mohr (Fn 101) 1061. m.w. N. Desgleichen nimmt bei einer Rückkehr zum Ehemann erfahrungsgemäß die häusliche Gewalt zu: Haverkamp, GA (2006) 597.

polizeiliche Hilfe die Zwangslage endgültig beseitigt hätte.⁷⁹⁴

Der Haustyrannenfall des LG Offenburg⁷⁹⁵ führt das Versagen staatlicher »Hilfe« eindringlich vor. Im Rahmen des entschuldigenden Notstands gemäß § 35 I StGB sah die Kammer in dem unberechenbaren, brutalen Opfer eine gegenwärtige Dauergefahr für die Täterin und ihr Kind. Doch bejahte sie die anderweitige Abwendbarkeit dieser Gefahr mit Hinweis auf Einrichtungen zum Schutz misshandelter Frauen, verbunden mit einem straf- und familiengerichtlichen Verfahren, obwohl der prügelnde Ehemann zuvor erfolgreich obrigkeitliche Hilfe angefordert hatte, um seine Frau bei einem Befreiungsversuch zur Rückkehr zu bewegen. Unter diesen Umständen war die Tat zur Abwehr der vom Ehemann ausgehenden Gefahr erforderlich. Demnach war ein Entschuldigungsgrund gegeben, der zu einem Freispruch hätte führen müssen.⁷⁹⁶

Nach Ablehnung eines Entschuldigungsgrundes ermöglicht die Annahme eines entsprechenden Irrtums gemäß § 35 II StGB entweder einen Freispruch oder zumindest eine obligatorische Strafmilderung nach § 49 I StGB. Danach handelt die Frau im Putativnotstand, wenn sie zum Schutz vor weiteren Übergriffen als einziger Lösungsweg die Tötung des Wüterichs sieht. Folglich gründet die Tötung des Haustyrannen auf der Vorstellung der Frau, die vom Opfer ausgehende Dauergefahr für ihr Leben und das der Kinder sei nicht anders abwendbar.

Sodann stellt sich die Frage nach der Vermeidbarkeit dieses Irrtums. Hierfür kommt es darauf an, ob auch bei einer gewissenhaften Prüfung von denkbaren Auswegen das Nichtvorliegen des Notstands nicht zu erkennen war.⁷⁹⁷ Dabei ergibt sich somit eine Tendenz zur Bejahung der Vermeidbarkeit des Entschuldigungsirrtums.⁷⁹⁸ Laut BGH⁷⁹⁹ richten sich die Anforderungen an diese Prüfungspflicht nach den konkreten Tatumständen wie der Schwere der Tat⁸⁰⁰ und den Umständen in der Überlegungsphase. Dabei ist die Dauer der Überlegungsfrist von Bedeutung: Eine längere Zeitspanne zur Erkundigung anderer Möglichkeiten deutet jedoch auf die Vermeidbarkeit des

794 Diederich, STREIT 1/2004, 33; Rengier, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 2.8.1983 – 5. StR 503/83, = BGH NSTZ 1984, 22; ders., NSTZ 2004, 239; Rotsch, JuS 2005, 16.

795 LG Offenburg StV 2003, 672 ff. Das Schwurgericht verurteilte die Täterin wegen Heimtückemordes zu einer Bewährungsstrafe mittels einer doppelten Strafmilderung. Der Strafrahmenschiebung liegen eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB und ein vermeidbarer Entschuldigungsirrtum gemäß § 35 II StGB zugrunde.

796 Vgl. Haverkamp, S. 599.

797 Vgl. Hirsch, LK 11 § 35 Rn 78; BGH NJW 2003, 2467.

798 Vgl. BGH NJW 2003, 2464 f. In diesem Rahmen wird es darauf hingewiesen, dass die zwingende Strafmilderung nach § 35 II 2, § 49 I Nr. 1 StGB zu einem für die Angeklagte günstigeren Strafrahmen führt als die subsidiäre Rechtsfolgenlösung. Da der vermeidbare Entschuldigungsirrtum allein auf die anderweitige Abwendbarkeit der Gefahr in einer Notstandslage abhebt, können bei der Strafzumessung weitere Umstände wie Demütigungen, Misshandlungen und das schlechte Allgemeinbefinden strafmildernde Berücksichtigung finden. Hieraus geht deutlich hervor, dass dem BGH die vom Tatgericht verhängte Freiheitsstrafe von neun Jahren als zu hoch erschien: so auch Rotsch, JuS 2005, 17. Vgl. auch LG Offenburg StV 2003, 675, das trotz gewissenhafter Prüfung von anderen Auswegen durch die Frau ebenfalls die Vermeidbarkeit des Entschuldigungsirrtums annahm.

799 Vgl. BGH NJW 2003, 2464 f.

800 Bei einem Angriff auf das höchste Individualrechtsgut Leben und damit einer der schwersten Straftaten sei eine besonders strenge Prüfung anzustellen.

Entschuldigungsirrtums hin. Es stellt sich dabei die Frage, ob eine lange Überlegungsfrist der Frau zum Nachteil gereichen sollte.⁸⁰¹

Dieses Vorgehen zeigt erneut deutlich die Zurückhaltung der Rechtsprechung, Unvermeidbarkeit zu bejahen und damit auf Freispruch zu erkennen.⁸⁰² Gerade die hier besprochenen Fälle weisen auf Extremfälle häuslicher Gewalt hin, in der die Tötung nach einer gewalttätigen Eskalation geschieht, um sich und ggf. die Kinder zu schützen. Auch wenn beim entschuldigenden Notstand die Erforderlichkeit der Notstandshandlung abgelehnt wird, ließe sich die Unvermeidbarkeit des Irrtums über die Ausweglosigkeit mit dem jahrelang ertragenen Ehemartyrium, den gescheiterten Fluchtversuchen und der besonderen Verzweiflung vor der Tat infolge vorhergegangener Übergriffe begründen. In diesem Rahmen spielen die äußeren und inneren Umstände vor der Tat eine gewichtige Rolle, so dass nicht leichtfertig Unvermeidbarkeit angenommen werden sollte.⁸⁰³

Die Tötungshandlung der verängstigten Frau könnte darüber hinaus als Notwehrüberschreitung i. S. von § 33 StGB bewertet werden. Nach h.M. erfasst der Entschuldigungsgrund des § 33 StGB die Überschreitung der Notwehr in einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage (sog. intensiver Notwehrexzess), wobei der Angegriffene das Maß der erforderlichen Verteidigung unbewusst oder bewusst aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken (sog. Asthenische Affekte) überschreitet.⁸⁰⁴ Bei der Tötung von Schlafenden fehlt es an der Gegenwärtigkeit. Eine Mindermeinung möchte die Vorschrift des § 33 StGB auch auf die Überschreitung der zeitlichen Grenzen der Notwehr (sog. extensiver Notwehrexzess) ausdehnen.⁸⁰⁵ Während nach einer Ansicht⁸⁰⁶ die Notwehrüberschreitung sowohl den nachzeitigen als auch den vorzeitigen extensiven Notwehrexzess umfasst, beschränkt eine andere Meinung⁸⁰⁷ die Anwendbarkeit auf den nachzeitigen extensiven Notwehrexzess. Gleichwohl scheidet eine Entschuldigung der tötenden Ehefrau nach beiden Auffassungen wohl aus.⁸⁰⁸ Zwar mag die Täterin aus Furcht oder Schrecken handeln, doch gibt es keinen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem beendeten bzw. bevorstehenden Angriff.⁸⁰⁹ Von einem „fließenden Übergang“ kann keine Rede sein, vielmehr bildet der Schlaf des Opfers eine zeitliche Zäsur.

Beim Scheitern aller oben genannten Straffreistellungsgründe lässt sich gleichzeitig in der

801 Möglicherweise drückt eine solche Grübeleien die innere Zerrissenheit und die hohe Hemmschwelle vor einer Tötung aus: Haverkamp, GA (2006) 600.

802 Neumann, FS-Eser, 2005, S. 433, hält die Annahme eines Entschuldigungsirrtums für verfehlt, weil der Sachverhalt keine Anhaltspunkte hierfür enthalte. Die oben angeführte Fallschilderung steht im Widerspruch zu dieser Aussage.

803 Haverkamp, GA (2006) 600.

804 Überblick bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht: Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, 77 n. m.w.N.

805 Zum Ganzen Hillenkamp, 32 Probleme AT, 78 ff.

806 U. a. Roxin, AT I, § 22 Rn 88 ff.

807 U. a. Wessels/Beulke, AT, § 10 Rn 447.

808 Rengier, NSTZ 1984, 22, Rotsch, JuS 2005, 16 f. halten eine Strafbefreiung für denkbar.

809 Roxin, AT I, § 22 Rn 90.

Rechtsprechung insbesondere die überragende Bedeutung des Strafmilderungsgrundes der verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB bei der Tötung von schlafenden Haustyrannen feststellen.⁸¹⁰ Mit der Annahme von § 21 StGB kann somit die innere Tatseite der Heimtücke entfallen, wodurch eine Verurteilung wegen Totschlags gemäß § 212 StGB ermöglicht wird.⁸¹¹ In der Literatur reicht es die Annahme von § 21 StGB zum Wegfall der Heimtücke jedoch nicht aus.⁸¹² Allenfalls kann die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit sowohl beim Totschlag als auch beim Mord zu einer erheblichen Strafmilderung führen.⁸¹³ Inwieweit infolge einer Strafmilderung das Ausnutzungsbewusstsein und damit Heimtücke entfallen kann, bleibt aber offen.⁸¹⁴

KAP. 4 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER STRAFZUMESSUNG

Schließlich soll es bei der Strafzumessungsebene auf die Möglichkeit einer Strafmilderung nach der Rechtsfolgenlösung und ihrer praktische Bedeutung in den Fällen der „Haustyrannentötung“ eingegangen werden.

I. Rechtsfolgenlösung

Bei Zumessung der konkreten Strafe kann zuletzt nach h.M.⁸¹⁵ eine Strafmilderung auf den

810 In jüngerer Zeit verurteilte das LG Offenburg eine Angeklagte wegen Mordes an ihrem schlafenden Mann im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit, LG Offenburg StV 2003, 67. Nach einer älteren Entscheidung des LG Oldenburg entfiel die Heimtücke infolge eines schuld mindernden affektiven Erregungszustandes, weil sich das erforderliche Ausnutzungsbewusstsein nicht feststellen ließ, LG Oldenburg, Urteil v. 21. 2. 1985 STREIT 1/86, 10, nach Beschluss von BGH NSTZ 1984, 21.

811 Der Affekt spielt schon vorher auf der Ebene des Tatbestands eine entscheidende Rolle, indem er die Basis dafür bildet, den objektiv gegebenen Mord wegen fehlenden Ausnutzungsbewusstseins zum Totschlag herabzustufen. Zudem kann der Affekt mehr oder weniger „versteckt“ in eine Gesamtwürdigung einfließen, wie sie die Rechtsfolgenlösung beim Mord einerseits und vor allem der unbenannte minder schwere Fall des Totschlags nach § 213 StGB, 2. Alt., andererseits verlangen. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 142.

812 Im vorherige Beschluss von BGH NSTZ 1984, 21 hatte die Angeklagte ihren schlafenden Mann nach mehrstündiger Grübeleien getötet: Rengier, NSTZ 1984, 21. Das LG Offenburg betont, dass die Ehefrau trotz erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit den arg- und wehrlosen Zustand des schlafenden Opfers erfasst hatte: LG Offenburg StV 2003, 674.

813 LG Offenburg StV 2003, 672, allerdings mit einer doppelten Strafrahmenschiebung; LG Oldenburg, STREIT 1/1986, 9, mit einfacher Strafrahmenschiebung; Rengier, NSTZ 2004, 236, empfindet die Strafrahmenschiebung über § 21 StGB durch die mögliche Kopplung von objektivem Tatbestandsmerkmal und Fragen der Schuldfähigkeit als unbefriedigend. Dies ist jedoch nicht der Fall im jüngsten Haustyrannen-Urteil des LG Bremen, das eine achtjährige Freiheitsstrafe wegen Mordes im Zustand verminderter Schuldfähigkeit verhängte, siehe Az 21 Ks 210 Js 48273/04. Dort löste eine Provokation des später im Schlaf getöteten Familientyrannen eine Explosivreaktion mit Impulsdurchbruch bei der Angeklagten aus. Trotz dieses Erregungszustands sah das Gericht das Mordmerkmal der Heimtücke als erfüllt an. Die heftige Gemütsbewegung hinderte danach die Frau nicht, die Arg- und Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers zu erfassen. So taz v.24. 3. 2005.

814 Eine nähere Erörterung des Sachverhalts bzgl. dieser Frage ist vorliegend nicht möglich, da nur die rechtliche Bewertung des Urteils zum Bremer Haustyrannen zur Verfügung stand. Der BGH tendiert dahin, das Ausnutzungsbewusstsein zu bejahen. vgl. BGH 2 StR 248/04, 5 StR 457/03.

815 Gösse/Dölling BT 1 § 4 Rn 18; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, § 2 Rn 46 m.w. N.; bekräftigt durch den Beschluss des BGH v. 23. 11. 2004, NSTZ 2005. 154 f.

„außergewöhnlichen Umständen“ im Sinne der Rechtsfolgenlösung beruhen.

Sollte eine Vermeidung der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe beim Mord (§ 211 StGB) nicht schon auf anderem rechtlichem Weg (§ 21,⁸¹⁶ § 35 Abs. 2 StGB⁸¹⁷) eingetreten sein,⁸¹⁸ so ist das letzte dogmatische Hindernis⁸¹⁹ aus dem Weg geräumt, in die Prüfung der Voraussetzungen des vom BGH⁸²⁰ entwickelten Strafmilderungsgrundes der sog. „Rechtsfolgenlösung“⁸²¹ einzutreten.⁸²²

Danach kann in Fällen von heimtückischem Mord⁸²³ (also von Mord) der nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB herabgesetzte Strafraumen⁸²⁴ Anwendung finden, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, welche die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen.⁸²⁵ Die Tat muss also „durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motiviert“ sein oder „in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt ihren Grund gehabt haben.“⁸²⁶ Welche inhaltlichen Anforderungen an diese

816 Unter ausdrücklichem Hinweis auf § 21 StGB; BGH, NStZ 1984, 20. Weitere gesetzliche Milderungsgründe sind z.B. § 13 StGB (BGH, NStZ 1994, 581) oder § 23 StGB (BGHSt 41, 358 [363]).

817 Vgl. BGHSt 48, 255 (263) z NJW 2003, 2464 (2467); Widmaier, NJW 2003, 2788 (2789).

818 Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 96. Der BGH streicht wiederum die Subsidiarität der Strafzumessungslösung heraus und mahnt eine sorgfältige Prüfung der gesetzlichen Möglichkeiten zur Vermeidung der lebenslangen Freiheitsstrafe an. Nur vereinzelt wird ein Nebeneinander von gesetzlichen Milderungsgründen und Rechtsfolgenlösung vertreten: Hillenkamp, JZ 2004, 52. Siehe Haverkamp, GA 2006, S. 601.

819 Die Rechtsfolgenlösung darf nach der Rechtsprechung (BGH, NJW 1983, 54; BGH, NStZ 1984, 20; BGH, NStZ 1994, 581; BGHSt 41, 358 [363]; BGHSt 48, 255 [263] NJW 2003, 2464 [2467]) nur subsidiär angewandt werden; ebenso Haverkamp, GA 2006, 586 (601); a.A. aber Hillenkamp, JZ 2004, 48 (52).

820 BGH-GSSSt 30, 105 (119 f.); auch „Strafzumessungslösung“ genannt (BGH NStZ 1984, 20 [21]); grundsätzlich zustimmend etwa Schneider. in: Münchener Kommentar. § 211 Rn. 44 ff. Diese wurde vom BGH im Jahr 1981 in Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 45. 187 praeter, wenn nicht sogar contra legem (so Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, S. 137), entwickelt.

§ 49 Abs. 1 StGB enthält ausschließlich eine technische Regelung für die Milderung von Strafen. Dass die Strafe überhaupt gemildert werden muss oder kann, wird von § 49 StGB vorausgesetzt und muss sich deshalb aus einer anderen Bestimmung ergeben, an der es im Fall des Mordes gerade fehlt. Ablehnend zur Entscheidung des Großen Senats z. B. Günther, NJW 1982, 353 ff.; weitere Nachweise zur Kritik bei Jähnke, in: Spendel-FS, S. 537 (S38). Siehe schließlich auch den Arbeitsentwurf des Bundesjustizministeriums vom 21.3.2001 (Text bei Otto, Neue Entwicklungen im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte, Jura 2003, 612 [622]). welcher den formalen Mangel der Rechtsfolgenlösung heilen könnte. Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 32.

821 Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 136.

822 Unter Wertungsgesichtspunkten entspricht der vom BGH entwickelte Strafmilderungsgrund durchaus einem im geltenden Recht nicht vorgesehenen „minder schweren Fall“ des Mordes: Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 137.

823 Die Entscheidung des BGH betrifft ausdrücklich nur das Mordmerkmal „heimtückisch“. Über eine nach der Argumentation des Gerichts denkbare Verallgemeinerung hat der BGH bisher dahingehend entschieden, dass die Rechtsfolgenlösung jedenfalls nicht auf das Mordmerkmal „Habgier“ übertragen werden kann (BGHSt 42. 301); bezüglich des Mordmerkmals der „Verdeckungsabsicht“ hat er dagegen die Frage einer entsprechenden Anwendbarkeit ausdrücklich offen gelassen (BGHSt 35. 116 [127 f.]). Für eine prinzipielle Anwendung der Rechtsfolgenlösung über das Mordmerkmal „Heimtücke“ hinaus auf alle Tatbestandsvarianten Schneider, in: Münchener Kommentar, § 211 Rn. 40 m.w.N.

824 Also ein Strafraumen von drei bis fünfzehn Jahren (§ 38 Abs. 2 StGB).

825 192 BGH-GSSSt 30, 105 (119). Auf diesem Weg bleibt insgesamt gesehen einem nicht unbeträchtlichen Teil der wegen Mordes Verurteilten die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe erspart. Allerdings ist der Prozentsatz der zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Mörder in den letzten Jahren kontinuierlich und drastisch gestiegen. Beispielsweise von 51 % im Jahr 1990 auf 77% im Jahr 2001 (Angaben nach Dünkel, NK § 57a Rn. 53; Rauhaus, NStZ 2005, 482); siehe dazu auch Morgenstern, KrimPäd 32 (2004), 41 ff.

826 BGH-GSSSt 30, 105 (119).

„außergewöhnlichen Umstände“ zu stellen sind, bleibt freilich im Einzelnen offen.⁸²⁷

Allerdings hat der BGH in mehreren Entscheidungen betont, dass nur in „Grenzfällen“⁸²⁸ die Strafe wegen außergewöhnlicher Umstände gemildert werden kann.⁸²⁹ Steht dem Gericht ein anderer, gesetzlich normierter Strafmilderungsgrund⁸³⁰ zur Verfügung,⁸³¹ entfällt die Notwendigkeit einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe, so ist eine Anwendung der Rechtsfolgenlösung und damit eine weitere Strafmilderung von vornherein ausgeschlossen.⁸³²

Die Haustyrannenfälle dürften geradezu die „typischen Beispiele“⁸³³ für die Anwendung der Rechtsfolgenlösung liefern.⁸³⁴ Sollte das Gericht den Heimtückeversatz und damit den Tatbestand des Mordes (§ 211 StGB) bejahen, steht es wieder vor der Entscheidung für oder gegen den

827 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 32. Eine Strafmilderung aufgrund außerordentlicher Umstände ist lediglich als Ausnahme für wenige Grenzfälle vorgesehen, in denen die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig wäre. Vgl. BGH NStZ 2005, 154 f., nach dem für die Anwendung eines gemilderten Strafrahmens schlichte Milderungsfaktoren i.S. von § 213 StGB nicht ausreichen, sondern außergewöhnliche Umstände vorliegen müssen, die eben den Grenzfall begründen, in welchem die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig wäre. Damit wird es auch eine Absage erteilt, § 213 StGB auf Fälle des § 211 StGB anzuwenden [Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, § 2 Rn 28 f.; Neumann, FS-Eser, 442]. Nach einer Mindermeinung gilt dies uneingeschränkt für die 1. Alternative des § 213 StGB, welcher entgegen der h.M. Tatbestandsqualität zukomme [Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, § 2 Rn 28]. Die für Haustyranntötungen relevante 2. Alternative des § 213 StGB gilt nach dieser Auffassung als Strafzumessungsregel. Aber auch in diesem Rahmen sei dessen Berücksichtigung möglich, wenn ein Exklusivitätsverhältnis in der Weise bestehe, dass der entlastende Umstand den belastenden Umstand ausschließe. Dies treffe gerade für das Mordmerkmal Heimtücke zu, bei der dann nach der Privilegierung zu entscheiden sei. Ein neuer Ansatz bejaht eine Anwendung des § 213 StGB auf alle Fälle von Totschlag und Mord, was mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz von 1998 begründet wird [Neumann, FS-Eser, 439 ff.]. Zunächst wird dies mit der Streichung der Kindestötung in § 217 StGB begründet, die nun unter § 213 StGB fällt. Darüber hinaus habe die Anhebung der Höchststrafe bei § 213 StGB eine Überschneidung mit dem Strafrahmen des § 212 StGB zur Folge. Demgemäß könne in einem minder schweren Fall eine Verurteilung wegen Mordes zu einer zeitigen Freiheitsstrafe oberhalb des Normalfalls bei einem Totschlag denkbar sein. Gegen eine solche Ausweitung spricht allerdings der klare Wortlaut von § 213 StGB („Totschläger“) [LK-Jähne § 213 Nr. 1 f.; Eser, Sch/Sch § 213 Rn 3]. Vgl. dazu Haverkamp, GA 2006, 601 f.

828 BGH-GSSSt 30, 105 (119); BGH, NStZ 1983, 553 (554); BGH 3 StR 107/04 – Urteil vom 1.7. 2004, S. 5; BGH, NStZ 2005, 154 (155).

829 Die Tatgerichte haben sich dementsprechend weitgehend in Zurückhaltung geübt. Wie restriktiv die Praxis ist, zeigt am besten die verschiedentlich in der Literatur vorgenommene Bewertung, die Rechtsfolgenlösung habe keine große praktische Bedeutung; siehe Eser, Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung seit BGH-GSSSt 1/81 bis ende Juni 1983, NStZ 1983, 433 (438); Rengier, Strafrecht BT II, 9. Aufl., § 4 Rn. 40.

830 BGH, NJW 1983, 54.

831 Das eigentliche Problem liegt aber in der Frage, ob die Rechtsfolgenlösung überhaupt neben § 21 StGB Anwendung finden kann. Sollte die genaue Sachverhaltsaufklärung in der Hauptverhandlung ergeben, dass beide Strafmilderungsgründe eine selbstständige sachliche Grundlage aufweisen, könnte die Strafe eigentlich doppelt gemildert werden. Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 137.

832 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 137.

833 Rengier, NStZ 1984, 21 (22), in seiner Besprechung des Haustyrannenfalls = BGH NStZ 1984, 20 f.; entsprechend die Einschätzung von Kargl, „Heimtücke“ und „Putativnotstand“ bei Tötung eines schlafenden Familientyrannen, Jura 2004, 189, für den Rocker-Fall BGHSt 48, 255: „Die trichterlichen Feststellungen zur Vorgeschichte der Tötung des schlafenden Ehemanns fügen sich nahtlos in die Beschreibung der ‚außergewöhnlichen Umstände‘ ein.“ Eine Analyse der einschlägigen Rechtsprechung mag diese Einschätzung belegen: BGH, NStZ 1984, 20 mit Anmerkung Rengier, NStZ 1984, 21; BGH NJW 1990, 2896; BGH NStZ 1996, 434; LG Offenburg, StV 2003, 672 ff.; BGHSt 48, 255 = NJW 2003, 2464. Vgl. dazu Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 95.

834 Zudem wurde auf diesem Weg in vielen Fällen ausländischen Tätern bzw. Täterinnen wegen ihrer Bindungen an fremdkulturelle Anschauungen und Wertvorstellungen eine Strafmilderung zugebilligt. So schon die Leitentscheidung BGH-GSSSt 30, 105. BGH, NJW 1983, 55 (56), betont zu Recht, dass es insofern auf die Umstände des Einzelfalls ankomme.

Strafmilderungsgrund der „Rechtsfolgenlösung“.⁸³⁵

Sollte eine Vermeidung der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe nicht schon auf anderem rechtlichem Weg (§ 21, § 35 Abs. 2 StGB) geglückt sein, dann liegt angesichts der Rechtsprechung eine Anwendung der Rechtsfolgenlösung nahe,⁸³⁶ wenn die Tat durch das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände charakterisiert ist, welche die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen. Im Ergebnis dürfte man somit zumindest mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer Strafmilderung kommen. So tritt nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe ein Strafraum von drei bis fünfzehn Jahren, aus dem der konkrete Strafausspruch zu entnehmen ist.⁸³⁷

KAP. 5 FAZIT

Auf der Grundlage der oben dargestellten Überlegungen kann abschließend festgehalten werden, dass die Behandlung der so genannten Präventivnotwehr im deutschen Rechtsordnung sehr uneinheitlich ist. Als Musterbeispiel wurde hier die „Haustyrannen“-Konstellation erforscht. Auf der einen Seite möchte die Situation der Frau beachtet werden, auf der anderen Seite sieht das StGB, insbesondere der Mordparagraph, dies nicht vor.

§ 34 StGB wird in diesen Fällen aus den unterschiedlichsten Gründen nicht angewendet. Indem die Anwendung von § 34 StGB in Fällen präventiven Gefahrenabwehr grundsätzlich möglich wäre,⁸³⁸ scheitert § 34 in jedem Fall immer dann, wenn ein Mensch getötet wurde. Eine Abwägung von Leben gegen Leben sei nicht möglich, womit auch eine gerechtfertigte Tötung nach § 34 StGB ausgeschlossen sei.

Auch eine Entschuldigung nach § 35 StGB sei höchstwahrscheinlich nicht gegeben, da der Frau andere Mittel zur Verfügung gestanden hätte und zumindest hätte sie versuchen müssen staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Vielmehr hat die Täterin mit der Verwirklichung eines Mordmerkmals ein vom Gesetz als besonders verwerfliches bewertetes Tötungsdelikt begangen und steht auf sozialetisch niedrigster Stufe, so dass sich eine Verurteilung wegen heimtückisches Mordes kaum vermeiden lässt.⁸³⁹ Unter diesen

835 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 136.

836 So BGH-GSS 30, 105 (119).

837 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 96. Mord bei Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes wie beispielsweise § 21 StGB oder von außergewöhnlicher Umständen i. S. der Rechtsfolgenlösung: Freiheitsstrafe von drei bis fünfzehn (§ 49 StGB in Verbindung mit § 38 II StGB) Jahren. Dazu Gropengießer, S. 51.

838 In der Literatur gibt es zwar viele Stimmen, die der Anwendung von § 34 auf den „präventiven Defensivnotstand bei pflichtwidrigem Verhalten des Eingriffsopfers“ zustimmen. Die Rechtfertigungsreichweite des § 34 ist indes unklar. Die Literatur kommt bei Tötungsdelikten wie anhand der Haustyrannenmordfälle gezeigt zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 89, der in Fällen präventiver Verteidigung von „präventiven Defensivnotstand bei pflichtwidrigem Verhalten des Eingriffsopfers“ spricht.

839 Unter diesem Gesichtspunkt bekräftigt die Problematik der Haustyrannentötung eindringlich die Forderung nach einer seit langem angemahnten Reform der Tötungsdelikte. Haverkamp, GA 2006, 603; Gropengießer, Der

Erwägungen sind insbesondere bei einer Verurteilung wegen Mordes, für den das Gesetz eine lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht, Freiheitsstrafen nur schwer begreiflich zu machen.

Um den Konflikt der Frau dennoch berücksichtigen zu können, wird entweder die Heimtücke so restriktiv ausgelegt, bis sie verneint werden kann, oder, mittels § 21, § 35 Abs. 2 S. 2 StGB oder der Rechtsfolgenlösung, der Strafraumen des § 49 StGB angewendet.⁸⁴⁰

Somit ist es die positive Entwicklung festzustellen, die Vorgeschichte der Frau bei Bestimmung des Strafmaßes zu berücksichtigen. Damit wird dem Grundsatz der schuldangemessenen Strafe des StGB, sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen muss,⁸⁴¹ Rechnung getragen.

Allerdings muss die bisherige Rechtsprechungspraxis auch kritisiert werden.⁸⁴² Einerseits tritt die Rechtsfolgenlösung zunehmend in den Hintergrund, andererseits bleiben die Anwendung von § 21 StGB und auch die neue Tendenz § 35 Abs. 2 S. 2 StGB heranzuziehen zur Verfügung. Beides führt dazu, dass die Strafe gemäß § 49 StGB gemildert werden kann. § 21 und § 35 Abs. 2 S. 2 StGB kommen jedoch zur Anwendung, wenn entweder der Täter in seiner Fähigkeit erheblich gemindert ist, das Unrecht der Tat einzusehen, oder irrig Umstände annimmt, die ihn entschuldigen würden. Es muss also ein Defizit des Täters vorliegen, um die Strafe mildern zu können.⁸⁴³

Es stellt sich somit die Frage, ob dabei das pflichtwidrige Verhalten des Mannes berücksichtigt wird.⁸⁴⁴ Es scheint also vom Zufall abzuhängen, inwieweit das Gericht bei einem Haustyrannenmordfall die besondere Situation der Frau berücksichtigt oder nicht.⁸⁴⁵

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung Scheu, die aussichtslose Lage tyrannisierter Ehefrauen im Rahmen der Erforderlichkeit der Notstandshandlung oder der Vermeidbarkeit des Irrtums anzuerkennen.⁸⁴⁶ Obgleich es die Verpflichtung zur Hilfe durch staatliche Stellen und Fortschritte in Gesetzgebung und Praxis zum Schutz vor häuslicher Gewalt gibt, sollten ihre tatsächlichen Einflüsse bei sorgfältiger Feststellung der anderweitigen Abwendbarkeit und Vermeidbarkeit nicht überschätzt werden.⁸⁴⁷ Im Rahmen häuslicher Gewalt müsste die Rechtsprechung die

Haustyrannenmord, S. 177, 182.

840 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 88.

841 BVerfGE 20, 323 (331); 25, 269 (285f.); 45, 187 (228).

842 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 88.

843 Anders gesagt: um die besondere Situation der Frau, welche durch den Haustyrann verursacht wurde, zu berücksichtigen und die Strafe zu mildern, wird bei der Frau ein Mangel festgestellt. Nicht nur, dass die Frau ein Martyrium durchleben musste, letztlich entkommt sie der Strafe nur, wenn das Martyrium ausreichend schwerwiegende Schäden hinterlassen hat. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 88.

844 § 34 böte dies bei der Interessenabwägung an, aber diese Möglichkeit wird von der Rechtsprechung abgelehnt. Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 88.

845 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 88.

846 Haverkamp, GA 2006, 602.

847 Für die Zukunft gilt nach wie vor, dass der Gegensatz zwischen rechtlicher Verpflichtung und den Unzulänglichkeiten in der Umsetzung bestehen bleibt. Spindel, Der BGH und das Mordmerkmal „Heimtücke“, in StV

Unzulänglichkeiten und das tatsächliche Vermögen staatlicher Institutionen erkennen und in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen, was sich im Rahmen der Erforderlichkeit der Notstandshandlung mit der Zumutbarkeit, aber auch bei der Vermeidbarkeit zu Gunsten der geschundenen Täterin niederschlagen würde.⁸⁴⁸

Auch den Versuch, das Vorliegen eines Mordes bei Verneinung des Heimtückeversatzes auszuschließen, bereitet Probleme. Dafür muss die Frau ebenfalls als sehr beschränkt wahrnehmungsfähig dargestellt werden. Denn ansonsten lässt sich nicht erklären, wie jemandem, der einen anderen im Schlaf tötet, entgehen kann, dass er dessen Arg- und Wehrlosigkeit bewusst ausnutzt.⁸⁴⁹

Auf der einen Seite muss ein Mord nach § 211 StGB mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden. Andererseits wird die Verantwortlichkeit des Haustyrannen für die eskalierte Situation und die Zerstörung des Lebens anderer durch seine Herrschaft kaum berücksichtigt. Zwar ist die Tendenz der Rechtsprechung, die Vorgeschichte der Frau zu berücksichtigen positiv. Allerdings findet die durch den Mann pflichtwidrig verursachte Vorgeschichte nur dort Berücksichtigung, wo ein Defizit bei der Frau festzustellen ist, anstatt daraus ein Gewicht zu Lasten des Mannes bei der Beurteilung der Tat abzuleiten. Dogmatisch richtig wäre es stattdessen, das pflichtwidrige Verhalten des Mannes schon bei Feststellung, ob überhaupt ein Mord vorliegt, zu berücksichtigen.⁸⁵⁰

Angesichts dieser Lage lässt sich festhalten, dass es hier Hauptziel ist, die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe zu vermeiden und zu einem der Tat angemessenen Strafraumen zu kommen. Dabei besteht ganz allgemein die Tendenz, auf subjektive Merkmale auszuweichen.⁸⁵¹

Im Bereich der Haustyrannenmorde sind die überragende Bedeutung des Strafmilderungsgrundes der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB),⁸⁵² § 213, 2. Alt. StGB und die sog. Rechtsfolgenlösung anzuführen. Aber auch die Rechtsprechung des BGH zum Heimtückeversatz bzw. Ausnutzungsbewusstsein⁸⁵³ ist in diesem Zusammenhang zu nennen.

1984, 45, 47.

848 Doch sollte sich die Rechtsprechung von ihrer allzu restriktiven Haltung verabschieden und nicht die Augen vor der Realität verschließen. Vgl. Haverkamp, GA 2006, 602.

849 Siehe LG Oldenburg, STREIT 1986, 9 (10), nach Revision beim BGH, der die Heimtücke anzweifelte.

850 Buchkremer, Präventive Verteidigung, S. 89.

851 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 190 ff.

852 Die Rechtsprechung bei Mord ist bezüglich der Annahme verminderter Schuldfähigkeit vergleichsweise großzügig. So soll nach einer Untersuchung für das Jahr 1974 in jedem dritten Fall an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe eine zeitige gemäß §§ 21, 49 StGB getreten sein (Kreuzer, ZRP 1977, 51. Noch deutlich höher die Zahlen bei Rode/Scheld, Sozialprognose bei Tötungsdelikten, S. 15, allerdings allgemein zu vorsätzlichen Tötungsdelikten: In 54 % aller Fälle hat danach der psychiatrische Sachverständige eine verminderte Schuldfähigkeit des Angeklagten angenommen). In der Praxis hat § 21 StGB damit in hohem Maß die Funktion für die bei Mord fehlende Regelung über „mildernde Umstände“ übernommen (Sessar, MschrKrim 63 (1980). 193 (204)).

853 Auf der Ebene des subjektiven Tatbestands hat der BGH in einer langen Reihe von Entscheidungen betont, dass der Täter sich des Vorliegens der Mordmerkmale „bewusst“ gewesen sein muss. Insbesondere verlangt der BGH für „Heimtücke“, dass der Täter nicht nur die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers in äußerlicher Weise wahrgenommen, sondern in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen erfasst und dies bewusst für die Tatbegehung

Subjektive Kriterien entziehen sich ihrer Natur nach der Feststellung durch Dritte leicht. Damit bereiten sie häufig große Beweisschwierigkeiten.⁸⁵⁴ Gleichwohl eröffnen sie Spielräume, den Sachverhalt soweit zu biegen, bis er sich unter die Norm mit dem gewünschten Rechtsfolgen subsumieren lässt.⁸⁵⁵ Damit wird eine flexible Handhabung des Rechts erlaubt und Räume eröffnet, das gewünschte Ergebnis auf eine juristisch tragfähige Grundlage zu stellen.⁸⁵⁶

Darüber hinaus wird es auf diesen Weg eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls ermöglicht.

Damit verfolgen alle diese Methoden das gemeinsame Ziel, die starren Strukturen des deutschen Strafrechts aufzuweichen und auf flexiblerem Weg zu überzeugenderen Ergebnissen⁸⁵⁷ bei der Behandlung der Präventivnotwehr in der „Haustyrannentötung“-Konstellation zu gelangen.

ausgenutzt hat. An einem solchen Ausnutzungsbewusstsein kann es nach der Rechtsprechung beispielsweise fehlen, wenn der Täter den Tatentschluss spontan gefasst oder aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung gehandelt hat. Rechtsprechungsnachweise bei Eser, Sch/Sch, § 211 Rn. 25; Fischer, StGB, § 211 Rn. 44. Rengier, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.11.1985 – 3. StR 273/85 = BGH NStZ 1986, 504 f., in NStZ 1986, 505 bezeichnet den Ansatz des BGH als „super-Vermeidungsstrategie“. Schneider, in: Münchener Kommentar, § 211 Rn. 143, spricht von einem „Notanker“.

854 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 179.

855 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 179, 192.

856 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 192.

857 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 191.

DIE ITALIENISCHE RECHTSORDNUNG

TEIL 1 DIE NOTWEHR IM ITALIENISCHEN RECHTSSYSTEM

Die Regelung des Notwehrrechts in Italien ist deswegen von Interesse für die vorliegende Untersuchung, weil im Unterschied zu anderen kontinentalen Rechtsordnungen die Notwehrlage im Art. 52 c.p. nicht durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, sondern durch die gegenwärtige Gefahr einer unrechten Rechtsgutsverletzung bestimmt wird. Daher bietet es sich hier die Möglichkeit, zu untersuchen, inwieweit die Bestimmung der Notwehrlage durch einen Gefahrenbegriff das Gegenwärtigkeitserfordernis beeinflussen kann.

Darüber hinaus verfügt die italienische Strafrechtswissenschaft, genauso wie die deutsche, über großes Ansehen im kontinentalen Rechtssystem, was konkret auch in der Debatte über die präventive Notwehr festzustellen ist.

KAP. 1 DAS NOTWEHRRECHT NACH ART. 52 C.P.

I. Allgemein

Das italienische Strafgesetzbuch regelt die Notwehr unter Art. 52 Abs. I c.p. wie folgt:

Straflos ist, wer die Tat begangen hat, weil er dazu durch die Notwendigkeit gezwungen war, ein eigenes Recht oder das eines anderen gegen die gegenwärtige Gefahr eines rechtswidrigen Angriffs zu verteidigen, sofern die Verteidigung im Verhältnis zu dem Angriff steht.⁸⁵⁸

Nach dem Reformgesetz N° 59 vom 13. Februar 2006 wurde in einem zweiten und dritten Absatz ein besonderer Fall von Notwehr hinzugefügt. Danach ist das Verhältnismäßigkeitserfordernis des ersten Absatzes des Art. 52 c.p. in den von Art. 614 c.p. („*Violazione di domicilio*“), erstem und zweitem Absatz, vorgesehenen Fällen gegeben, wenn jemand an einem der dort genannten Orte rechtmäßig anwesend ist und eine Waffe, die er rechtmäßig besitzt, oder ein anderes taugliches Mittel benutzt, um zu verteidigen: a) die eigene Unversehrtheit oder die Unversehrtheit von anderen; b) die eigenen oder fremden Güter, wenn es keinen Rückzug gibt und eine Aggressionsgefahr besteht. Die Bestimmung des zweiten Absatzes findet Anwendung auch in den

858 Der italienische Originaltext lautet: 52. *Difesa legittima.*- (1)“*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*“ Übersetzung nach Riz/Bosch, Italienisches Strafgesetzbuch, Bozen 1995, S. 63; weitere Übersetzungsmöglichkeit bei Riz, Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher Nr. 90, Berlin 1969, S. 49; Gesetzestext Art. 52 (Notwehr). Falls es nicht ausdrücklich anders gesagt wird, stammen alle Übersetzungen aus dem Italienischen vom Verfasser dieser Arbeit.

Fällen, wo die Tat innerhalb eines Raumes stattfindet, in welchem eine wirtschaftliche, berufliche oder unternehmerische Tätigkeit ausgeübt wird.⁸⁵⁹

Voraussetzung für die Anwendung der Notwehrvorschrift ist zunächst die Existenz einer Notwehrlage, welche nach Art. 52 c.p verlangt, dass ein eigenes Recht oder das eines anderen einer „gegenwärtigen Gefahr eines rechtswidrigen Angriffs“ ausgesetzt ist.⁸⁶⁰

Wie es im Gesetz mit den Worten verlangt wird, dass man „durch die Notwendigkeit gezwungen war“, das Recht zu verteidigen, und dass „die Verteidigung im Verhältnis zu dem Angriff steht“, muss sich die Notwehrhandlung an den beiden Maßstäben der Notwendigkeit der Verteidigung und der Verhältnismäßigkeit zwischen Verteidigung und Angriff messen lassen.⁸⁶¹

Trotz des Satzes „es wird nicht bestraft...“, welcher die Idee verleihen kann, die Notwehr sei als ein Schuld- oder sogar Strafausschließungsgrund zu bezeichnen,⁸⁶² ist die einhellige Meinung sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung, dass Art. 52 c.p. einen Rechtfertigungsgrund enthält, aufgrund dessen die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung ausgeschlossen wird.⁸⁶³ Ist eine Handlung durch Notwehr gerechtfertigt, so ist sie dann rechtmäßig für das gesamte Rechtssystem.⁸⁶⁴

Auch in Italien wird überwiegend an einer dualistischen Begründung des Notwehrrechts festgehalten: Der Verteidigende übt auf der einen Seite eine Selbsthilfe zum Schutz seiner eigenen Rechtsgüter aus und tritt mit dem Kampf gegen das Unrecht zugleich für den Schutz der Rechtsordnung im Allgemeinen ein.⁸⁶⁵

In Italien dürfen alle geschützten Interessen im Wege der Notwehr verteidigt werden. Bei der Prüfung, ob man durch die Notwendigkeit zur Verteidigung gezwungen war, sind alle Umstände des

859 Der italienische Originaltext lautet: 52. *Difesa legittima.* (2) *“Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. (3) La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.“* Die Übersetzung stammt vom Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 291 f.

860 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 198.

861 So die Einteilung der h.M.: Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, Parte generale, 5. ed., Bologna, 2007, S. 216 f.; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 2. Vol., 5. ed., Torino 1987, Rn. 407, S. 401 u. Rn. 408, S. 413; Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, 12. ed., Padova 1986, S. 383 f.; Pagliaro, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, 3. ed., Milano 1987, S. 428 ff.; a.A. mit einer Einteilung nach Gezwungenheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit Padovani, *Diritto penale*, 2. ed., Milano 1993, S. 200 ff; nach Notwendigkeit, Unabwendbarkeit und Verhältnismäßigkeit gegliedert bei Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 3. ed., Padova 1992, Nr. 80, S. 270 f. und Grosso, *Legittima difesa*, in *Enciclopedia del diritto* XXIV, Milano 1970, S. 27 (28).

862 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 292.

863 Lattanzi, *Codice Penale. Annotato con la Giurisprudenza*, Milano 2007, Art. 52 Rn. 1. Padovani, *Difesa Legittima*, in *Digesto delle Discipline Penali*, 3. Vol., Torino 1989, S. 497 ff.

864 Boscarelli, *Legittima Difesa*, in: *Enciclopedia Giuridica*, Tomo II, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 1990, 8. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, Milano 2003, S. 37.

865 Padovani, *Difesa Legittima*, S.497 ff. Del Corso, *Commentario all'Art. 52 c.p.*, in: *Codice Penale*, Padovani (ed.), Tomo I, Milano 2007, Art. 52 Rn. 1.

konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Dabei stellt man beispielsweise auf die zur Verfügung stehenden Mittel, die Kräfte der Beteiligten sowie die zeitliche und örtliche Situation ab. Das Gesetz verlangt eine Verhältnismäßigkeit zwischen Angriff und Verteidigung. Nach neuerer Ansicht ist dabei die Verhältnismäßigkeit zwischen den Mitteln des Verteidigers und des Angreifers sowie zwischen den betroffenen Gütern oder Interessen maßgebend.⁸⁶⁶

Mit Verweis auf die deutsche Lehre werden sozialetische Einschränkungen bei unzurechnungsfähigen, minderjährigen und berauschten Angreifern, innerhalb von engen Beziehungen⁸⁶⁷ sowie bei provozierten Angriffen vorgeschlagen. Die Rechtsprechung schließt Notwehr bei verschuldeten und bei verursachten Angriffen grundsätzlich aus.

Es wird grundsätzlich angenommen, dass Art. 2 Abs. 2 a EMRK nicht nur das Verhältnis zwischen Hoheitsträgern und Privatpersonen, sondern auch das Verhältnis zwischen einzelnen Privatpersonen betreffe.⁸⁶⁸ Danach verbietet Art. 2 Abs. 2 a EMRK auch für Privatpersonen die Tötung in Notwehr, solange nicht Angriffe gegen die Person abgewehrt werden.⁸⁶⁹

II. Struktur der Notwehr

Im italienischen Rechtssystem wird das Rechtsinstitut der Notwehr sowohl von der Rechtslehre⁸⁷⁰ als auch von der Rechtsprechung⁸⁷¹ dadurch bestimmt, dass es zwischen einem Angriff

866 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 209.

867 Entsprechend den Angriffen von unzurechnungsfähigen, minderjährigen und berauschten Angreifern verlangt Romano sozialetische Grenzen, wenn Angreifer und Verteidiger in enger Beziehung stehen. Genannt werden hierfür Beziehungen innerhalb der Familie, zwischen Kollegen und in anderweitigen Gemeinschaften. Romano, Commentario sistematico del codice penale, 1. Vol., Milano 1987, Art. 52, Rn. 19 mit Verweisen auf die deutsche Literatur; zur Rechtswidrigkeit von Angriffen zwischen Eltern und Kindern sowie zwischen Eheleuten vgl. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, 2. Vol., 5. ed., Torino 1981, Nr. 405, S. 395.

868 Chiavario, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale, Milano 1969, S. 145 ff.

869 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 209 u. 206 ff. Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 a EMRK verlange zur Tötung des Angreifers einen Angriff gegen die Person. Dies gehe aus der französischen Fassung "*pour assurer la defense de toute personne*" und der englischen Fassung "*in defence of any person*" unmißverständlich hervor (Chiavario, Convenzione Europea, S. 152, Fn. 50). Wenn aber zur Tötung des Angreifers ein Vorgehen gegen die Person zwingend verlangt sei, könne im Umkehrschluß gefolgert werden, dass es nicht erlaubt sei, reine Vermögenswerte mit lebensgefährdender Notwehr zu verteidigen. Entsprechend wird diese Beschränkung für die Verteidigung anderer Rechtsgüter angenommen, die dem Range nach unter dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit stehen [Fiandaca/Musco, Diritto penale, 2. ed., Bologna 1989, S. 217 f; Fiandaca, in: Crespi/Stella/Zuccalà (a cura di), Commentario breve al codice penale, 2. ed., Padova 1992, Art. 52, Anm. VIII 4; Padovani, G. it. 1975, II, 609 (612 f.); Gamberini, in: Bricola/Zagrebel'sky, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale, 2. Vol., Torino 1984, S. 515. Vereinzelt wird die Tötung bei einem Angriff auf Sachwerte zugelassen, wenn kulturellen Werten unwiederbringlich die Zerstörung droht. Die Verletzung des Angreifers soll dieser Auffassung nach möglich sein, wenn Vermögen von riesigem Wert oder - so das Beispiel - die hart erarbeiteten Ersparnisse eines Pensionärs bedroht werden. Vgl. Mantovani, Diritto penale, S. 272].

870 So, z.B.: Palazzo, Corso di Diritto Penale. Parte Generale, 2. ed., Torino 2006, S. 392, der dort sagt: „Es gibt keinen Zweifel, dass der charakteristischere Aspekt dieses Rechtfertigungsgrundes die Existenz eines rechtswidrigen Angriffs ist, auf den das Subjekt reagiert.“ Auf S. 394 ordnet er die verschiedenen strukturellen Elemente der Notwehr nach zwei Polen: Dem Angriff (*aggressione*) auf der einen Seite und der Verteidigungsreaktion auf der anderen.

871 So Corte Suprema di Cassazione, sez. IV, in Urteil n° 32282 vom 4.7.2006 „Dieser Oberste Gerichtshof hat schon mehrmals erklärt, dass die wesentliche Voraussetzung der Notwehr von einem ungerechtfertigten Angriff und einer gerechtfertigten Verteidigung gebildet werden.“ Der Corte selbst gibt als weiteren Hinweis Entscheidungen seiner

(Notwehrlage) und einer Verteidigung (Verteidigungshandlung) unterschiedet wird.⁸⁷²

A. Die Notwehrlage

Die Notwehrlage ist nach Art. 52 c.p. durch die gegenwärtige Gefahr einer ungerechtfertigten Verletzung eines eigenen oder fremden Rechts (*pericolo attuale di un'offesa ingiusta*) charakterisiert.

1. Der Angriff

Das italienische Strafgesetzbuch definiert die Notwehrlage nicht durch den Begriff „Angriff“, wie es etwa beim § 32 StGB ist, sondern durch den Begriff „Gefahr“. Trotz der anderslautenden gesetzlichen Wortwahl charakterisiert die Rechtslehre durch den Angriffsbegriff die Notwehrlage bei deren Behandlung.⁸⁷³

Mit dem Begriff „ungerechtfertigte Verletzung“ meint Art. 52 c.p. nicht jede Verletzung, sondern nur die Verletzungen, die von einer menschlichen Handlung herbeigebracht werden,⁸⁷⁴ denn nur auf solche Verletzungen trifft die Qualifikation „rechtswidrig“ zu.⁸⁷⁵ Aus diesem Grund können Angriffe von Tieren die Notwehr nicht begründen.⁸⁷⁶ Dagegen kann im Notstand vorgegangen werden.⁸⁷⁷ Weder Tiere noch die Kräfte der Natur können als Zurechnungszentren gesehen werden.⁸⁷⁸ In dem Fall, dass diese von einem Menschen mit dem Zweck ausgenutzt wurden, die geschützten Interesse eines anderen Menschen zu verletzen, wird der Mensch selbst als Angreifer angesehen.⁸⁷⁹

2. Die Rechtswidrigkeit

Die bedrohende Verletzung (*offesa*) soll rechtswidrig sein.⁸⁸⁰ Ferner soll aber auch die verletzende Handlung selbst (*condotta offensiva*) rechtswidrig sein.⁸⁸¹ Im Folgenden werden sowohl die eine als

eigenen Rechtsprechung.

872 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 293.

873 So bemerkt Antolisei, dass die Notwehr einen Angriff auf der einen Seite und eine Reaktion auf der anderen mit einschließt. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 16. ed., Milano 2003, S. 300.

874 Pagliaro, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, 8. ed., Milano 2003, S. 441. Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 2. In dem Sinne, dass die Rechtswidrigkeit der Verletzung (*offesa*) eine menschliche bzw. verantwortliche Handlung einschließt: Lattanzi, C.P. Art. 52 Rn. 1, in Einklang mit Cass., sez. II, 5 maggio 1971 - 25 giugno 1971, n. 1124, GP 72, II 602. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 39 ff. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 277.

875 Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 382. Grosso, *Enciclopedia del diritto*, S. 40.

876 Lattanzi, C.P. Art. 52 Rn. 1, in Einklang mit Cass., sez. II, 5 maggio 1971 - 25 giugno 1971, n. 1124, GP 72, II 602.

877 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 39 ff.

878 Grosso, *Enciclopedia del diritto*, S.40

879 Grosso, *Enciclopedia del diritto*, S.40. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 75. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 277. Die Gegenansicht spricht sich für die Anwendung der Notwehr gegen von Tieren oder Sachen ausgehende Angriffe aus, wenn es in rechtlicher Hinsicht ein zur Überwachung des Tieres oder der Sache verpflichtetes Subjekt gebe. Dabei dürfe der Angegriffene sowohl gegen das Tier oder die Sache als auch gegen den zur Bewachung Verpflichteten vorgehen. Fiandaca, in: Crespi/Stella/Zuccalà, C.P. Art. 52, Anm. VII 1; Grosso, *Enciclopedia del diritto* XXIV, S. 27 (41); Mantovani, *Diritto penale*, 3. ed., S. 268; Gamberini, in: Bricola/Zagrebelsky, C.P., *Parte generale* II, S. 515. Vgl. Witteman, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 200.

880 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 60. Boscarelli, *Legittima Difesa*, 3.3.

881 Boscarelli, *Legittima Difesa*, 3.3. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278.

auch die andere näher betrachtet und ihre mögliche Beziehung zum Gegenwärtigkeitserfordernis aufgezeigt.

Der Begriff "Verletzung" (*offesa*) wurde als Beschädigung eines rechtsgeschützten Interesses definiert.⁸⁸² Da aber der Begriff "Verletzung" im strafrechtlichen Sinne nicht nur eine tatsächliche Beschädigung sondern ferner auch das Herbeibringen einer Gefahrenlage umfassen kann, bezieht sich der Verletzungsbegriff des Art. 52 c.p. notwendigerweise nur auf die tatsächliche Beschädigung: Wenn der Verletzungsbegriff des Art. 52 c.p. auch das Herbeibringen einer Gefahrenlage bedeuten würde, wäre Notwehr gegen die Gefahr einer Gefahr zulässig, was gegen die ratio des Rechtfertigungsgrundes selbst stehen würde.⁸⁸³ Nur eine nah liegende Verletzung kann eine Verteidigungslage rechtfertigen.⁸⁸⁴

Vereinzelt wird in der Rechtslehre aber die Auffassung vertreten, dass im Falle eines Fahrendeliktens, wo schon das Herbeibringen der Gefahrenlage die Verletzung ausmacht, sogar die Gefahr des Herbeibringens einer solchen tatbestandsmäßigen Gefahr als gegenwärtige Gefahr einer ungerechten Verletzung i.S.d. Art. 52 c.p. zu sehen ist.⁸⁸⁵

Eine Handlung wird als „rechtswidrig“ angesehen, wenn sie gegen eine Rechtsnorm verstößt und von keiner anderen Rechtsnorm Zugelassen wird. Im deutschen Rechtssystem wird darunter der Begriff „rechtswidrig“ nach § 32 StGB verstanden. In Art. 52 des italienischen Codice Penale werden die zwei verschiedenen Momente der Rechtswidrigkeit getrennt erläutert: Dass die Verletzung *contra jus* sein soll, d.h. dass die Verletzungshandlung objektiv gegen die gesamte Rechtsordnung stehen soll, die sog. objektive Rechtswidrigkeit,⁸⁸⁶ wird von der Tatsache her abgeleitet, dass nach Art. 52 c.p. die notwehrbegründende Verletzung (*offesa*) gegen ein Recht (*diritto*) gerichtet werden soll, sei dieses Recht das eigene des Verteidigers oder das eines Dritten.⁸⁸⁷ Über das Fehlen einer Zulassungsnorm, d.h. das zweite Moment, spricht die Bezeichnung der Verletzung als ungerechtfertigt (*ingiusta*) i.S.d. Art. 52 c.p.⁸⁸⁸ Hier geht es um eine Verletzung, die *sine jure* durchgeführt wird, das bedeutet, sie wird weder in Erfüllung einer Pflicht noch in Ausübung eines Rechtes durchgeführt.⁸⁸⁹

882 Penso, *La Difesa Legittima*, Milano 1939, S. 59.

883 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 505, der dies mit der Tatsache begründet, dass gegen die Gefahr einer Gefahr die Obrigkeit sorgen kann. Vgl. Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 2.

884 Man spricht von einer *lesione incumbente*, d.h. einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung. Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 5. ed., S. 278.

885 Penso, *Difesa Legittima*, S. 68.

886 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 506. Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 2. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278, sie sprechen dort über eine „Handlung, welche gegen die gesamte Rechtsordnung als Ganzes steht.“

887 Rechtswidrigkeit als Verletzung einer Rechtsnorm, welche gerade das bedrohte Rechtsgut schützt. Fiandaca/Musco. *Diritto penale*, 5. ed., S. 280 ff. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano 1964, S. 114-115. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 61 f.

888 Man merkt, dass der hier benutzte Begriff „*ingiusta*“, d.h. ‚ungerecht‘ ist und nicht „*illicita*“, was eher als „rechtswidrig“ zu übersetzen wäre.

889 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 506. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 281. Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 2.

Die Rechtswidrigkeit ist objektiv festzustellen.⁸⁹⁰ Wie gerade gesehen erfordert Art. 52 c.p., um die Verteidigungshandlung zuzulassen, dass die Angriffshandlung *contra jus* und *sine jus* ausgeführt sein muss. Das etabliert gerade einen grundlegenden Unterschied zwischen Notwehr und Notstand: Während beim Notstand die Reaktion gegen eine Gefahr gerichtet ist, die sowohl von einer rechtswidrigen als auch von einer rechtmäßigen Handlung entstehen kann, fordert die Notwehr stets die Existenz einer rechtswidrigen Handlung als Angriff.⁸⁹¹

3. Die Gegenwärtigkeit

Das Gesetz verlangt das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr (*pericolo attuale*). Nach der Rechtsprechung ist dazu ein drohendes Risiko im Augenblick der Handlung erforderlich. Dies bedeutet, dass die Verteidigungshandlung weder vorgezogen noch nachfolgend sein darf.⁸⁹² Ebenso geht die herrschende Lehre davon aus, dass die Gefahr nicht zukünftig oder vergangen sein darf, sondern als "*pericolo presente*"⁸⁹³ oder "*pericolo imminente*"⁸⁹⁴ gegenwärtig zum Zeitpunkt der Handlung vorliegen muss.⁸⁹⁵ Eine Gegenwärtigkeit der Gefahr ist nicht mehr anzunehmen, wenn der Angreifer waffenlos wird oder die Waffe in die Hände des Angegriffenen übergeht.⁸⁹⁶ Das selbe gilt, wenn sich der Angreifer entfernt und dem Angegriffenen den Rücken kehrt.⁸⁹⁷

Bei Dauerdelikten verlangt man von der Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht nur, dass ein bevorstehender Angriff droht, sondern auch, dass die gefährliche Situation noch im Moment der Reaktion besteht, welcher sich hinzieht, solange die schädigende Handlung gegen das zu verteidigende Gut andauert.⁸⁹⁸ Die Furcht vor einem zukünftigen Angriff, welche nur darauf beruht, dass es sich beim Gegenüber um eine gefährliche Person handelt, begründet ebenfalls keine Gegenwärtigkeit.⁸⁹⁹

Unter dem Gesichtspunkt der gegenwärtigen Gefahr wird unter anderem auch die Konstellation der antizipierten Notwehr durch selbsttätige Schutzvorrichtungen (*offendicula*) diskutiert.⁹⁰⁰

Ingiusto bedeutet für Grosso im Rahmen des Art. 52 c.p. - die Abwesenheit einer Rechtsnorm, welche die Handlung tatbestandsmäßig zulässt. Grosso, *Difesa legittima*, S. 128. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 62. Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 5. ed., S. 281.

890 Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278.

891 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 73.

892 Cass. 6. April 1964, Cass. pen. Mass. 1965, 682; Cass. 22. Januar 1964, Cass. pen. Mass. 1964, 711.

893 Romano, C.P. I, Art. 52, Rn. 5; Gamberini, in: Bricola/Zagrebel'sky, C.P., *Parte generale II*, S. 513.

894 Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380.

895 Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380; Antolisei, *Diritto penale*, 13. ed., Milano 1994, Nr. 112, S. 273; Pagliaro, *Principi*, 3. ed., S. 427; Mantovani, *Diritto penale*, Nr. 80, S. 267.

896 Cass. 15. November 1972, *Giust. pen.*, 1974, II, 7 mit Anm. Miranda.

897 Cass. 13. Juli 1982, *Rep. F. it.* 1984, 360; Cass. 28. September 1978, *R. pen.* 1979, 622.

898 Cass. 15. Dezember 1976, *Giust. pen.* 1977, II 485; Cass. 15. Oktober 1968, *Giust. pen.* 1969, II, 698; Fiandaca, in: Crespi/Stella/Zuccalà, C.P. Art. 52, Anm. IV 1.

899 Cass. 13. Dezember 1979, *Giust. pen.* 1980, II, 483; Cass. 28. November 1972, *G. it.* 1974, II, 190.

900 Grosso, *Enciclopedia del diritto*, S. 27 (55 f.); Fiandaca, in: Crespi/Stella/Zuccalà, C.P. Art. 52, Anm. IV 5; ausführliche Nachweise zur älteren Literatur bei Focke, *Notwehr in Lehre und Rechtsprechung - Zum Strafgesetz in Deutschland und Italien*, Breslau-Neukirch, 1939, S. 73 f.

B. Die Verteidigungshandlung

Art. 52 c.p. nennt zwei Voraussetzungen der Verteidigungshandlung, und zwar sie muss zunächst erforderlich und darüber hinaus verhältnismäßig sein.

Diese Reihenfolge besitzt einen logischen Sinn: Wenn die Verteidigungshandlung nicht erforderlich ist, braucht man keine weitere Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit durchzuführen.

1. Die Erforderlichkeit

In der Rechtslehre ist die Verteidigungshandlung erforderlich, wenn sie das einzige oder von mehreren möglichen das mildere taugliche Mittel zur Abwehr ist.⁹⁰¹

Dabei geht es um die Frage der zur Verfügung stehenden Mittel.⁹⁰² Im Erforderlichkeitsurteil der Verteidigungshandlung werden alle Umstände des konkreten Falles berücksichtigt. Zu solchen zählt man auch die zeitlichen bzw. räumlichen Umstände, unter denen sich Angriff und Verteidigung abspielen.⁹⁰³ So kann dieselbe Verteidigungshandlung, welche unter bestimmten zeitlichen bzw. räumlichen Umständen als erforderlich zu beurteilen ist, unter anderen zeitlichen bzw. räumlichen Umständen als „nicht erforderlich“ beurteilt werden.⁹⁰⁴

Die Frage nach der Erforderlichkeit schließt sowohl das Kriterium der Unabwendbarkeit, als auch die Prüfung der Gegenwärtigkeit der Gefahr ein, gegen welche die Verteidigungshandlung sich richtet.⁹⁰⁵ Die italienische Rechtslehre äußert sich in diesem Sinne oft über die enge Beziehung, welche zwischen der Voraussetzung der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung und jener der Gegenwärtigkeit des Angriffs besteht.⁹⁰⁶ Ist die Gefahr noch nicht gegenwärtig, so liegt auch keine „Erforderlichkeit“ der Selbstverteidigung vor, weil genügend Zeit vorhanden ist, um andere Maßnahmen - z.B. polizeiliche Hilfe – zu ergreifen, und genauso wenig besteht ein durch die Erforderlichkeit gegebener „Zwang“ zur Selbstverteidigung.⁹⁰⁷

So wird im konkreten Fall die Erforderlichkeitsvoraussetzung stets geleugnet, wenn die Gefahr künftig ist. Denn hier verfügt der Verteidiger über genügend Zeit, die entsprechenden Staatsorgane einzuschalten.⁹⁰⁸

Was die sog. Selbsthilfe im eigenem Haus, Art. 52 Abs. 2 c.p. betrifft, besteht Einigkeit seitens der

901 Lattanzi, C.P. Art. 52 Rn. 1. Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 3. Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 71 f. Boscarelli, Legittima Difesa, 4.2. Padovani, Difesa Legittima, S. 511 f. Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 281. Siehe zu diesem Thema unten, Die antizipierte Notwehr, S. 161.

902 Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 281 f.

903 Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 72. Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 281.

904 Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 281. Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 72.

905 Zaina, La nuova legittima difesa, San Marino 2006, S. 90.

906 So nach dem Wortlaut des Art. 52 I c.p.: „...wenn er (der Verteidiger) von der Erforderlichkeit zur Verteidigung...gezwungen war“/per esservi stato costretto dalla necessità di difendere).

907 Caraccioli, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2. ed., Padova 2005, S. 403.

908 Pagliaro, Principi, 8. ed., S. 440. Grosso, Enciclopedia del Diritto, S. 27 ff. (S. 29). Zaina, Legittima difesa, S. 90.

Rechtslehre, dass die Notwehrhandlung dort nur bei der „gegenwärtigen Gefahr einer Verletzung“ zugelassen ist, denn diese Befugnis wird nur bei Abwesenheit der Möglichkeit sofortiger bzw. effektiver Hilfe seitens der Obrigkeit anerkannt.⁹⁰⁹

Eine weitere Beziehung zwischen der Gegenwärtigkeit des Angriffs und der Erforderlichkeit der Verteidigung kann auch aufgrund der Notwendigkeit erfolgen, die tatsächliche Gegebenheit des Angriffs bei der Erforderlichkeitsprüfung zu erkennen. Dabei müssen alle kennzeichnenden Umstände der Tat berücksichtigt werden: Die Richtung der Angriffshandlung, die Art und Weise, in welcher diese sich ergibt, die dem Angegriffenen und dem Angreifer zur Verfügung stehenden Mittel sowie deren Fähigkeit, sie zu benutzen.⁹¹⁰

Nach der Rechtsprechung ist die Verteidigungsreaktion erforderlich, insofern die Möglichkeit anderer Lösungen nicht vorhanden ist.⁹¹¹ In diesem Sinne ist die Erforderlichkeit gegeben, wenn die Verteidigungshandlung durch keine andere mildere, ebenso wirksame Handlung zum Schutz des Angegriffenen ersetzbar ist.⁹¹²

2. Die Verhältnismäßigkeit

Art. 52 c.p. verlangt, dass die Verteidigung verhältnismäßig (*proporzionata*) zum Angriff ist.

Es gab in der italienischen Rechtslehre einen Streit über die Frage, ob sich die Verhältnismäßigkeit entweder auf die betreffenden Rechtsgüter oder die bei Angriff und Verteidigung eingesetzten Mittel oder eigentlich auf beide Elemente gemeinsam bezieht.

Die herrschende Ansicht in der älteren Literatur und Rechtsprechung folgte einer Verhältnismäßigkeit zwischen Verteidigung und Angriff aus einer Gegenüberstellung zwischen den zur Verfügung stehenden und den konkret eingesetzten Verteidigungsmitteln. Mit diesem Ansatz ist es bei der Wahl des richtigen Mittels ohne Belang, welcher Schaden dem Angegriffenen durch den Angriff überhaupt droht.⁹¹³ In diesem Sinne ist die Handlung immer dann verhältnismäßig, wenn es sich ergibt, dass sie das einzige zur Verfügung stehende Mittel war.⁹¹⁴ Diese Ansicht wurde abgeschwächt, indem betont wurde, dass die Art der durch den Angriff drohenden Gefahr nicht außer Acht bleiben könne.⁹¹⁵ So ist es in den letzten Jahren eine Entwicklung zu beobachten, in der

909 Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 3, m.w.N.

910 Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 81.

911 Cass. pen., sez. I, 14.11.1990, Zanini.

912 Cass. pen., sez. IV, 25.5.1993, Baracca.

913 Maggiore, Principi di diritto penale, Parte generale, 1. Vol., 5 ed., Bologna 1949, S. 315; Manzini, Trattato II, S. 414; Cass. 23. Mai 1965, G. it. 1966, II, 356. In der Rechtsprechung ist die Frage nach der Verhältnismäßigkeit immer eine Frage nach den eingesetzten Mitteln gewesen, Grosso, Enciclopedia del diritto, S. 29. Von Vannini stammt das Beispiel, dass, sobald kein anderes milderes Mittel vorhanden ist, vom Fenster aus auf denjenigen geschossen werden darf, der seinerseits versucht, einen Hund des Notwehrübenden zu erschießen. Vannini, Manuale di diritto penale, Parte generale, 1939, S. 153; dagegen Bettiol/Pettoello Mantovani, Diritto Penale, S. 385.

914 Corte d'Assise d'Appello di Milano, Urteil vom 19. April 1977, in: L'Indice Penale (1079), 135.

915 Cass. 10. März 1978, Rep. F. it. 1979, 326.

Prüfung der Verhältnismäßigkeit sowohl die widerstreitenden Rechtsgüter als auch die entgegenstehenden Mittel einzubeziehen.⁹¹⁶

Mittlerweile geht man überwiegend davon aus, dass die Verhältnismäßigkeit einerseits im Vergleich zwischen den Mitteln des Verteidigers und des Angreifers zu bestimmen ist. Andererseits wird der Wert der in der Auseinandersetzung betroffenen Güter oder Interessen berücksichtigt.⁹¹⁷ Die Überprüfung soll aber nicht in statischer oder abstrakter Weise erfolgen, sondern den Grad des Einsatzes in der Gefahr oder die Verletzung der betroffenen Güter in der konkreten Situation berücksichtigen.⁹¹⁸ Dies ist einfach zu klären bei gleichartigen Rechtsgütern, wenn z.B. auf beiden Seiten die körperliche Unversehrtheit betroffen ist.⁹¹⁹

Dem Wert nach wird zwischen homogenen und heterogenen Rechtsgütern unterschieden: Bei gleichartigen widerstreitenden Rechtsgütern (wenn z.B. auf beiden Seiten die körperliche Unversehrtheit betroffen ist) wird die Verletzungsgrad der Angriffshandlung und der Verteidigungshandlung berücksichtigt.⁹²⁰

Bei unterschiedlichen widerstreitenden Rechtsgütern (z.B. dem Eigentum geringwertiger Sache gegenüber dem Leben des Angreifers) wird der mehr oder minder große Wert des jeweiligen Rechtsgutes berücksichtigt.⁹²¹ Daher wird dem Verteidiger nicht zugelassen, einen Rechtsgut des Angreifers zu verletzen, dessen Wert weit höher als der Wert des durch den ursprünglichen rechtswidrigen Angriff bedrohten Rechtsguts ist.⁹²² Die Verteidigung ist verhältnismäßig, wenn der Schaden, welcher dem Angreifer zugefügt wird, entweder minderer, gleicher oder erträglich höher als die durch den Angriff drohende Rechtsgutsverletzung ist.⁹²³ Der durch die Verteidigung verursachte Schaden soll also nicht übermäßig sein.⁹²⁴

Dabei wird es vorgeschlagen, auf die herrschenden ethischen Auffassungen Bezug zu nehmen.⁹²⁵ Andere Autoren stellen fest, dass bei zahlreichen Fällen eine Rangfolge der Rechtsgüter evident sein wird, wenn beispielsweise Leben und Vermögensrechte gegenüberstehen. In den übrigen Fällen müsse hilfsweise auf bestimmte Indikatoren zurückgegriffen werden. Genannt werden dazu die verfassungsmäßige Bedeutung des Rechtsgutes,⁹²⁶ der vom strafrechtlichen Gesetzgeber

916 Szegő, *Ai confini della legittima difesa - Un'analisi comparata*, Padova 2003, S. 338. Siehe auch Aussprache Corte Cass., sez. I, 20.06.1997, n. 6979, in: *Cassazione Penale* (1998), 2325.

917 Pagliaro, *Principi*, 3. ed., S. 430 f.; Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, S. 385; Cass. 13. April 1987, R. Pen. 1988, 159; Cass. 27. November 1984, R pen 1985, 1142.

918 Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 2. ed., S. 218; Mantovani, *Diritto penale*, S. 272; Romano, C.P. 1, Art. 52, Rn. 17.

919 Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 2. ed., S. 218.

920 Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 2. ed., S. 218.

921 Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 3.

922 Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 5. ed., S. 283.

923 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 85.

924 Boscarelli, *Legittima Difesa*, 6.1. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 283.

925 Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, S. 385.

926 Die Werthierarchie der Verfassung fordert, dass die widerstreitenden Rechtsgüter einer Verhältnismäßigkeitsprüfung untergezogen werden müssen. So betonen Fiandaca/Musco, dass nicht nur die italienische

vorgegebene Wert bezüglich der vorgesehenen Strafe bei Verletzung des Gutes sowie durch andere Gesetze vorgegebene Gewichtungen.⁹²⁷

Diese Überprüfung soll aber nicht in statischer oder abstrakter Weise erfolgen, sondern den Grad des Einsatzes in der Gefahr oder die Verletzung der betroffenen Güter in der konkreten Situation, in welchem die dynamisch widerstreitenden Rechtsgüter sich befinden, berücksichtigen.⁹²⁸

So soll im konkreten Fall die Bestimmung des bedrohten Rechtsgutes und der Intensität der Gefahr (d.h. wie stark das bedrohte Rechtsgut verletzt sein kann) auf der Basis bestimmter Angaben durchgeführt werden,⁹²⁹ die nicht durch eine hypothetische, wenn auch vielleicht sogar logische Annahme ersetzt werden kann.⁹³⁰ Das Gegenteil führe dazu, eine fiktive Verhältnismäßigkeitsabwägung durchzuführen: Auf einer Seite müsste eine tatsächlich gegebene Handlung, d.h. die vermutlich gerechtfertigte Verteidigungshandlung, und auf der anderen Seite ein nie geschehenen Angriff untersucht werden.⁹³¹

In diesem Zusammenhang stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Gegenwärtigkeit des Angriffs noch die Frage, ob eine künftige Gefahr gleichwohl des Lebens bzw. der körperlicher Unversehrtheit eine Verteidigungshandlung zulässt, welche gegenwärtig das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit anderer verletzt. Denn der Umfang der Gefahr und die Bestimmung des bedrohten Rechtsgutes werden immer verschwommener, je weiter der „nicht gegenwärtige“ Angriff in der Zukunft liegt.⁹³²

Schließlich findet sich eine Auffassung in der Rechtsprechung, die nur auf die einander gegenüberstehenden Rechtsgüter abstellt.⁹³³ Anders als Art. 49 des früheren Codice Zanardelli erstreckt Art. 52 c. p. das Recht auf Notwehr mit dem Ausdruck „eines eigenen Rechts oder das

Verfassung, sonder auch die Europäische Menschenrechtskonvention die „unveräußerlichen Rechte“ der Menschen an erster Stelle der geschützten Rechtsgüter festlegt. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 283.

927 Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 2. ed., S. 218; Grosso, *Enciclopedia del diritto*, S. 27 (31); Mantovani, *Diritto penale*, S. 272.

928 Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 2. ed., S. 218 u. S. 283; Mantovani, *Diritto penale*, S. 272; Romano, *C.P. 1*, Art. 52, Rn. 17.

929 Grosso, *Enciclopedia del diritto*, S. 30. Nach Grosso müssen alle die Eigenarten, die die Situation de facto auszeichnen, berücksichtigt werden. So sind neben der Richtung der Handlung (Angriff gegen ein persönliches Gut, gegen ein Vermögensgut, usw.), die Weise, in der die Handlung sich zeigt, die Mittel, die dem Angreifer zur Verfügung stehen, sowie seine Fähigkeit, sie zu gebrauchen, usw. einzubeziehen. Es gibt folgende Beispiele: Wenn ein großer und starker Mann außer sich mit einem Stock ein Kind angreift, kann man leicht erkennen, dass eine Lebensgefahr für das Kind besteht. Wenn aber ein schwacher junger Mann sich auf einen außerordentlich starken Mann stürzt, ist die Gefahr offensichtlich anders. Grosso gibt ebendort weitere Beispiele, wodurch klar wird, dass die konkreten Gegebenheiten der konkreten Angriffshandlung bzw. der konkreten Verteidigungshandlung die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter bestimmen, die die Verhältnismäßigkeitsprüfung ermöglichen. Zugleich zeigt er, wie eng Erforderlichkeitsprüfung und Verhältnismäßigkeitsprüfung miteinander in Verbindung stehen.

930 Pintore, *Das präventive Selbstverteidigungsrecht*, S. 318.

931 Zaina, *Legittima difesa*, S. 38.

932 Consorte, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cassazione Penale* (2006) 2653 (2655 f.).

933 Corte d'Assise d'Appello di Milano, Urteil vom 19. April 1977, in: *L'indice Penale* (1079) 135; Cass. 18. April 1977, *Rep. Fit.* 1978, 300; Cass. 16. Oktober 1968, *Giust. pen.* 1969, II, 698.

Recht eines anderen“ nicht nur auf persönliche, sondern auch auf Vermögensrechte. Aus diesem Grund sei es notwendig, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, welche die Voraussetzung der Notwehr dort ausschließt, wo das bedrohte Rechtsgut weit weniger Wert besitzt als das durch die Verteidigungshandlung geschädigte Rechtsgut des Angreifers.⁹³⁴

Sollte die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die zur Verfügung stehenden Mittel berühren, wäre eine „Verhältnismäßigkeit“ dort anzuerkennen, wo das Einsetzen des einzig vorhandenen Mittels Rechtsgüter höheren Wertes zur Verteidigung geringwertiger Rechtsgüter vernichtet.⁹³⁵ Die Abwägung der bei Angriff und Verteidigung eingesetzten Mittel komme jedoch erst bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung in Betracht.⁹³⁶

Nach der Meinung eines Teils der Rechtslehre verordnet Abs. 2 und 3 des Art. 52 c.p. nach der Reform vom 13. Februar 2006 eine juris et de jure Vermutung über das Vorliegen der Verhältnismäßigkeit bei den dort vorgesehenen Fällen, wodurch eine Güterabwägung bei diesen Fälle ausgeschlossen sei.⁹³⁷ Dies bleibt nicht ohne Wirkung über die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit der Gefahr gemäß Abs. 1 des Art. 52 c.p.: Der 2. Absatz des Art. 52 c.p. schließt in seine Abschnitt b) die Möglichkeit ein, Güter durch Tötung bzw. schwere Körperverletzung des Angreifers zu verteidigen, „wenn es keinen Rückzug gibt und eine Aggressionsgefahr besteht“. Diese „Aggressionsgefahr“ ist als Gefahr gegen die persönliche Unversehrtheit zu verstehen. Nun ist in der Rechtslehre die Fragen entstanden, ob diese „Aggressionsgefahr“ (*pericolo di aggressione*) auch gegenwärtig i.S.d. „gegenwärtigen Gefahr“ (*pericolo attuale*) des ersten Absatzes sein muss, oder ob es hier um eine bloße Gefahr für die persönliche Unversehrtheit der Angegriffenen geht, die auch eine vielleicht nahe, aber künftige Rechtsgutsverletzung einschließen kann.

Damit 2. Absatz des Art. 52 c.p. Abschnitt b) weder gegen die italienische Verfassung noch die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt, ist die erste Lösung zu bejahen (verfassungskonforme Auslegung). Denn es geht bei Art. 52 Abs. 2 Abschnitt b) c.p. nur um die Verteidigung von Sachwerten. Hier wird wieder eine enge Beziehung zwischen den Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit des Angriffs und der Verhältnismäßigkeit der Verteidigung deutlich: Die Gefahr gegen die persönliche Unversehrtheit des Angegriffenen muss gegenwärtig sein, um das Verhältnismäßigkeitserfordernis erfüllen zu können.

Ist diese Gefahr „künftig“, dann ist die Verteidigungshandlung gegen die persönliche Unversehrtheit

934 Z.B. wenn der Angegriffene den Angreifer tötet, um ein Eigentumsrecht geringeren Wertes zu verteidigen Szegö, Ai confini, S. 338. In diesem Sinne siehe Aussprache des Corte Cass. Sez. I, 20. Juni 1997, n° 6979 in: Cassazione Penale (1998) 2325.

935 Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 282.

936 Pagliaro, Principi, 8. ed., S. 444. Vgl. Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 3.

937 Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 285.

des „Angreifers“ nicht „verhältnismäßig“. Es ist anzunehmen, dass Hintergrund dieser Lösung die nicht-Austauschbarkeit höchster Rechtsgüter gegen bloß künftige Verletzungsmöglichkeiten genauso hoher Rechtsgüter ist.

3. Das subjektive Rechtfertigungselement

Nach der Rechtsprechung soll die Verteidigungshandlung vom Verteidigungswillen getragen werden, braucht aber nicht der einzige Beweggrund zu sein. So ist Notwehr nicht gegeben, wenn das Subjekt nicht in der Überzeugung, wenngleich irrtümlich, handelt, sich zu verteidigen, abgesehen davon, dass andere Beweggründe wie Hass oder Rache gegen den Angriffsträger vorhanden sein können.⁹³⁸

Die Voraussetzung des „*animus defendendi*“, kommt insbesondere bei den Absätzen 2 und 3 des Art. 52 c.p. in Betracht, welche erfordern, dass die Handlung „zum Zweck der Verteidigung“ (*al fine di difendere*) geführt werden muss. Dies bedeutet, dass der Täter mit Verteidigungswillen handeln und die Notwehrlage subjektiv wahrnehmen muss (*si rappresenti soggettivamente*).⁹³⁹

Wenn der Täter die Gefahr absichtlich herbeigeführt hat, um den Angreifer unbestraft beschädigen zu können,⁹⁴⁰ ist die Verteidigungshandlung nicht mehr von Notwehr gedeckt, denn das Handeln ist freiwillig und somit fehlt es hier auch an der Erforderlichkeit der Verteidigung.⁹⁴¹ Da Art. 52 c.p. ausdrücklich vorsieht, dass die Verteidigung erforderlich sein muss, kann man daraus schließen, dass die Voraussetzung der nicht absichtliche Verursachung der Gefahrenlage seitens des Täters vom Gesetz implizit vorausgesetzt wird.⁹⁴² So wird sie als ungeschriebene Voraussetzung der Notwehr auch von der Rechtsprechung anerkannt.⁹⁴³

Dasselbe gilt für den Fall, dass der Verteidiger zu einem Zweikampf ruft oder ihn annimmt, um eine Streitigkeit zu entscheiden oder Wutgefühlen freien Lauf zu lassen, denn hier handelt er selbst rechtswidrig und kann sich daher nicht auf Notwehr berufen.⁹⁴⁴

Auch die Überschreitung der Grenzen der erforderlichen Verteidigung kann das Fehlen des

938 Cass. Sez. I, Urteil vom 18 Februar 2000.

939 Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 287.

940 Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 59, die eine Analogie zur Lehre der *actiones liberae in causa* sehen. Vgl. Boscarelli, Legittima Difesa, 4.3.

941 Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 56: „...*se il pericolo viene causato volontariamente dalla stessa persona che reagisce, la conseguente condotta difensiva non è più "necessaria", ma „liberamente voluta“*“.

942 So Pettoello/Mantovani, Volontarietà del pericolo e legittima difesa, in Riv. pen., II, 1955, 866.

943 Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 280; Cass. Sez. II, Urteil vom 2. Juli 1982, Giorgetti; Cass. Sez. I, Urteil vom 8. Januar 1985, Pasqua. Vgl. Cass. Sez. I, Urteil vom 4. März 1992, Filopati und Cass. Sez. I, Urteil vom 2. April 1992, Pellini; Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 56; Grosso, Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella legittima difesa, Studi F. Antolsei, 2. Vol., Milano, 1965, 37.

944 Cass. Sez. I, Urteil vom 1. Mai 1992, Mancarella. Vgl. Cass. Sez. I, Urteil vom 31 Oktober 1995, Figlia. Cass. Sez. V, Urteil vom 10 Oktober 1995, Cicconi; Cass. Sez. I, Urteil vom 22 März 1991, Cacciavillani; Cass. Sez. I, Urteil vom 2 Januar 1991, Marelli; Cass. Sez. I, Urteil vom 9. Februar 1988, Deledda. Siehe: Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 59.

Verteidigungswillens bzw. das Vorliegen anderer Beweggründe anzeigen: So z. B. wenn die Gefahr durch andere wenig schwerwiegende Mittel hätte abgewehrt werden können.⁹⁴⁵ Dabei muss ferner unterschieden werden, ob sie fahrlässig oder vorsätzlich ist: Im ersten Fall ist eine schuldhaftige Überschreitung gegeben. Im zweiten Fall soll eine vorsätzliche Straftat anerkannt werden, denn die Überschreitung war vorgesehen und gewollt.⁹⁴⁶

Bei irrtümlicher Annahme einer Notwehrlage wird eine Putativnotwehr gemäß Art. 59 c.p. anerkannt, welche nicht die Rechtswidrigkeit, sondern nur die Schuld der Handlung ausschließt oder mindert. Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn rechtfertigen würden, so wird er wegen Fahrlässigkeitsdelikts nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte.⁹⁴⁷

Voraussetzung für die Annahme einer Putativnotwehr ist, dass sich die irrtümliche Wahrnehmung der Notwehrlage seitens des Täters nicht auf bloß befürchtete oder subjektive Umstände, sondern auf Tatsachen bezieht, welche die vernünftige Meinung, sich gegen das unmittelbare Bestehen einer nicht anders abwendbaren Gefahr für das eigene oder fremde Recht zu verteidigen, objektiv annehmen lassen.⁹⁴⁸

KAP. 2 DIE BEGRÜNDUNG DES NOTWEHRRECHTS

I. Allgemein

Eine eindeutige Klassifizierung der theoretischen Ansätze zur Begründung der Notwehr ist in der italienischen Rechtsordnung alles anders als einfach, da sich nicht alle in der Literatur vorgeschlagenen Theorien durch ein spezifisches Profil kennzeichnen lassen. Entweder ist die Theorie das Ergebnis des Zusammentreffens zweier oder mehrerer Theorien miteinander, oder sie entsteht durch die Annahme eines der herrschenden Modelle mit mehr oder weniger wesentlichen Änderungen, wenngleich rein formal.⁹⁴⁹

In diesem Zusammenhang wird auf die historische Entwicklung der Erklärungsmodelle von - zumindest offensichtlich - linearen monistischen Strukturen zu immer komplexeren pluralistischen Konstruktionen hingewiesen.⁹⁵⁰

945 „Der offenbar schwer alkoholisierte Angreifer hätte mittels Muskelkraft neutralisiert werden können...da er durch acht Schüsse in den Rücken getroffen wurde...all dies konstituiert Sichere bzw. symptomatische Elemente eines erbitterten sowie mörderischen Entschlusses, was die Anwendung einer Notwehr ausschließt.“ Cass. Sez. I, Urteil Nr. 7151 vom 18 Juli 1981, in: *Rivista Penale* (1982) 243.

946 Cass. pen., Sez. I, 16.6.1992, Muggironi.

947 Brocca/Mingrone, *Legittima difesa*, S. 76.

948 Cass. Sez. I, Urteil vom 8. Juni 1983, Marinelli.

949 Penso, *Difesa legittima*, S. 15-16.

950 In der Tat lassen sich jedoch die monistischen Konzeptionen paradoxerweise durch ihre Komplexität kennzeichnen, Szegö, *Ai confini*, S. 83 f.

Mehrere Ansätze stehen zur Zeit zur Verfügung. Durch Aufnahme des für das deutsche Notwehrrecht verwendeten Erklärungsmodelles, ist es in einem ersten Schritt möglich, zwischen monistischen und pluralistischen Notwehrlehren zu unterscheiden. Unter monistischen Lehren versteht man die Notwehrlehren, die allein auf eines Prinzip zur Begründung der Notwehr abstellen. Als dualistische Notwehrlehre versteht man hingegen das Zusammenkommen von mehreren Grundgedanken. Im folgenden werden zunächst die monistischen Notwehrlehren, d. h. die sog. „individualistischen“ und die „überindividualistischen“ Theorien analysiert. Nachfolgend werden die pluralistischen Notwehrlehren dargestellt.

II. Die individualistischen Theorien

Zum ersten werden die monistischen individualistischen Theorien analysiert, und zwar: die Lehre der „*coazione morale*“, die Lehre der „*motivi determinanti*“, und die Lehre der „*difesa pubblica sussidiaria*“.

Nach einem ersten Erklärungsmodell entstehen die monistischen Notwehrlehren aus der Entwicklung des Verständnisses der Beziehung zwischen Individuum und Staat. Am Anfang stand im Zentrum des Interesses der Angegriffenen und seine psychische Anreize. Die Handlung des Angegriffenen wird hier entweder als „Zwangsreaktion“⁹⁵¹, welche auf das Fehlen eines freien Willens und somit des Vorsatzes hindeutet,⁹⁵² oder als Ausdruck des „Selbsterhaltungstriebes“,⁹⁵³ oder als „typisches Naturrecht“⁹⁵⁴, „das der Staat nicht verkennen kann“,⁹⁵⁵ oder als „in hohem Masse sozial-rechtlich motivierte Handlung“, „auf der Ebene des subjektiven Elementes“⁹⁵⁶ angesehen.

Nach einigen Stimmen ist die Abwehrreaktion die unvermeidliche und unkontrollierbare Antwort eines Menschen, der einem „moralischen Zwang“ ausgesetzt ist.⁹⁵⁷ Nach anderen Autoren ist sie

951 Carmignani, Teoria della leggi della sicurezza sociale, 2. Vol., Firenze 1843, S. 134.

952 Pessina, Elementi di diritto penale, 1. Vol., Napoli 1882, S. 187-188.

953 Lanza, Istituzioni di diritto penale, 1. Vol., 1924, S. 259; ähnlich Peverati, Considerazioni su la difesa legittima, 1942, S. 75.

954 Altavilla, voce Difesa legittima, in: Novissimo Digesto Italiano, V, Torino 1960, S. 621.

955 Bettiol, Diritto penale, Padova 1976, S. 318-319.

956 Florian, Parte generale del diritto penale, 1. Vol., Milano 1926, S. 497.

957 La teoria della „coazione morale“ fu sostenuta da Carmignani, Teoria delle leggi della sicurezza sociale, S. 130 ff.; l'A. definisce la reazione difensiva „azione coatta“, in quanto su di essa agiscono, come „cause che sopprimono la volontà“, il „timore“ e lo „sdegno“, e da Pessina, Elementi di diritto penale, S. 187 ff., l'A. colloca la legittima difesa nel titolo III, dedicato alla „forza maggiore come negazione del dolo“, affermando che „vi ha due casi che a priori possono essere considerati come tali da escludere la libertà del volere... Il primo di questi casi è la necessità della difesa contro ingiusta aggressione - *moderamen inculpatae tutelae*. La teoria della „coazione morale“ fu vivamente criticata da Carrara, Diritto della difesa pubblica e privata, in Opuscoli, 1. Vol., 1878, S. 139 ff. und S. 142, da Alimena, Principi di Diritto penale, 1. Vol., Napoli 1910, S. 549, ders., I limiti ed i modificatori dell'imputabilità, 3. Vol., Torino 1899, S. 40 ff. u. S. 70, ders., Principi di diritto penale, 1. Vol., Napoli 1910, e da Ferri, Sociologia criminale, 2. Vol., Torino 1930, S. 270-271, e, con osservazioni basate sul diritto positivo, da Penso, Difesa legittima, S. 21 ff.

Ausdruck eines Erhaltungsinстинkts, dem die Natur eines ursprüngliches Rechts zukommt.⁹⁵⁸

Bei den individualistischen Erklärungsmodellen unterscheidet man also Ansätze zweier verschiedenen Richtungen:

Der erste Ansatz betont die psychischen Gründe der Verteidigungsreaktion des Angegriffenen unter materiellem Gesichtspunkt. Daraus entwickelt sich die Lehre der “entscheidenden Motive”, wonach bei der Rechtfertigung der Verteidigungshandlung durch Notwehr die subjektiven Motive des Täters für die Begehung der Straftat entscheidend sind.

Der zweite gründet die Abwehrreaktion unter formell-rechtlichem Gesichtspunkt auf ein natürliches Recht jedes Menschen, welches der Staat anerkennen muss.⁹⁵⁹ Im Zentrum steht daher nicht mehr der Einzelne und seine Leidenschaften, sondern der Mensch als Rechtsinhaber und sein Verhältnis zum Staat. Die defensive Reaktion gegen einen ungerechten Angriff wird als Übung eines originären Naturrechtes verstanden, welches vor der Entstehung des staatlichen Gewaltmonopoles dem Individuum als einziger Inhaber zustand. So ist die öffentliche Verteidigung nur subsidiär.⁹⁶⁰

958 Alla teoria dell’ “istinto di conservazione” hanno aderito Autori numerosi in epoche diverse. Tale concezione, le cui origini si fanno risalire a Cicerone, “*non scripta, sed nata lex: quam non dicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus*”: Pro Milone, trad. 1951, 10 ff., trova una prima espressione, a livello filosofico, nelle teorie di Grozio, *De iure belli ac pacis*, sul quale v. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, II, 1968, 92 ff., e di Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, in Fassò, 173 ff. e specialmente 181-185, secondo cui l’esercizio della legittima difesa risponde ad una legge naturale di conservazione; nel diritto italiano, concetti analoghi si rinvencono, successivamente, in Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 1. Vol., 1877, 228, § 292, in Impallomeni, *L’omicidio nel diritto penale*, 1899, S. 493-494, in Lanza, *Istituzioni di diritto penale*, 259, in Peverati, *Considerazioni su la difesa legittima*, 75 ff.; più di recente, in Altavilla, voce *Difesa legittima*, S. 621, ed in Bettiol, *Diritto penale*, S. 318 ff.: “Essa” - la legittima difesa - “risponde ad un’erigenza naturale, ad un istinto cioè che porta l’agredito a respingere l’aggressione ad un suo bene tutelato mediante lesione di uno dell’aggressore. Come tale è stata sempre riconosciuta da tutte le legislazioni in quanto rappresenta la forma primitiva di reazione contro il torto... Lo Stato non può misconoscere una esigenza naturale che porta l’individuo a difendersi quando dagli organi pubblici non possa sperare di avere un aiuto...”. Le critiche che colpiscono questa teoria si riferiscono, per lo più, all’aspetto istintivo della reazione, che presenta punti di contatto con la tesi della “coazione morale”, mentre il carattere di diritto naturale attribuito alla difesa sembra suscitare minori obiezioni. In sostanza, le critiche mosse alla teoria dell’ “istinto di conservazione” corrispondono sostanzialmente alle argomentazioni con cui si attacca la teoria della „coazione morale“, vgl. Penso, *Difesa legittima*, S. 19.

959 “La giustificazione della legittima difesa...(deve) ricercarsi nei motivi determinanti al reato“, ossia „nell’orbita dell’elemento soggettivo“, Florian, *Parte generale*, S. 496-497. Si veda, inoltre, Ferri, *La teorica dell’imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, 1878, S. 555 ff. u. 562: “L’agredito che uccide l’aggressore non è effettivamente imputabile, cioè colpevole, se fu spinto all’omicidio da motivi legittimi, la difesa propria e l’altrui vita: è imputabile più o meno...secondo che più o meno legittimi sono i motivi determinanti”. Ders., *Principi di diritto criminale*, 1928, S. 467 ff.: “La legittima difesa è il più frequente dei casi di collisione giuridica ed è il più naturale: essa risponde all’istinto di conservazione dell’individuo e della specie, da cui proviene l’istinto di difesa-offesa, in ogni essere vivente ed è quindi un impulso naturale ed incoercibile. Essa, per ciò, fu riconosciuta, come causa di giustificazione, fin dalle più antiche legislazioni...perché (l’agredito) agisce per motivi legittimi di propria od altrui conservazione di fronte a chi, contro il diritto, ha determinato una collisione, nella quale sarebbe immorale, invece, ed illegittimo e nocivo alla convivenza sociale, che il sopravvento spettasse all’ingiusto aggressore”. La teoria dei “motivi determinanti” non sfugge, tuttavia, alle critiche, addirittura, di altri esponenti della medesima corrente di pensiero cui appartengono Florian e Ferri. Fioretti/Zerboglio, *Su la legittima difesa*, 1894, S. 55 ff., pur aderendo in generale alle idee espresse dalla Scuola positiva, rilevano che „il criterio della giuridicità dei motivi, valido a dar ragione della esenzione della pena, nei singoli casi, ricorrendo al sentimento giuridico dei giudici, è troppo vacillante ed indeterminato per poter dare appiglio ad una definizione esatta dei limiti del moderame”.

960 „... (Infatti) quando la difesa privata poté essere efficace, mentre era inefficace la difesa pubblica, quella ha ripreso il suo diritto e questa l’ha perduto”, Carrara, *Diritto della difesa pubblica e privata*, S. 143: “La difesa pubblica si ordinò dalla Legge eterna e per supplire alla insufficienza della difesa privata e per frenarne gli eccessi. Ma quando invece,

Im Mittelpunkt der Theorie der “Subsidiarität des staatlichen Schutzes” steht nicht mehr der Angegriffene sondern der Verteidiger. Dabei werden die formell-rechtlichen Gründe seiner Handlung und ihr Verhältnis zu dem staatlichen Gewaltmonopol auf allgemeiner Ebene berücksichtigt. Die Vertreter dieser Ansicht führen die Verteidigungsreaktion auf die Ausübung eines Rechts zurück.⁹⁶¹ Aus dieser gemeinsamen Grundlage entwickeln sich die späteren Auffassungen,⁹⁶² welche sich nur durch das Verständnis des Verhältnisses von Notwehrrecht und staatlichem Gewaltmonopol unterscheiden.

Dieser Theorie legt der Kontraktualismus zugrunde. Der Einzelne, der seine ursprünglichen Rechte dem Staat überlassen habe, um im Rahmen der Gesetze geschützt zu werden, nimmt diese wieder in die Hand, wenn der Staat ihn nicht schützen kann.⁹⁶³

Eben die jusnaturalistische Grundlage dieser Konzeption stößt gegen den Rechtspositivismus, welcher den Staat als einzigen Souverän des Rechtes sieht. Die Reaktion des Angegriffenen soll straffrei bleiben, nicht weil sie nicht der staatlichen Hoheit unterliegt, sondern weil der Staat hier auf sein Gewaltmonopol verzichtet.⁹⁶⁴

III. Die überindividualistischen Theorien

Unter dieser Prämisse haben sich die Machtverhältnisse zwischen Bürger und Staat verändert. Zu diesem Zeitpunkt obliegt die Anwendung von Gewalt nur der staatlichen Hoheit.

nella inoperosità momentanea della pubblica difesa, la difesa privata era sola sufficiente, né può redarguirsi di eccesso, la difesa pubblica non ha più fondamento di legittima sussistenza, né come forza moderatrice”; ders., Programma, § 291, 227. L’A. colloca la legittima difesa nel settore dedicato alla “Coazione”, da lui definita, al § 284, 220 del Programma, “il costringimento che l’aspetto di un male imminente esercita sull’animo dell’uomo”. Egli distingue inoltre, nell’istituto, un “fondamento di fatto”, consistente nel „timore...di un male non ancora patito“ (Programma, § 289, 225), ed un “fondamento giuridico“ (§ 290, 225), rappresentato (ex § 291, 227 del Programma) dalla “cessazione del diritto di punire nella società. Il gius di punire nell’autorità sociale emana dalla legge eterna dell’ordine, che esige si dia al precetto morale una pronta ed efficace sanzione, la quale completi la legge naturale col garantire validamente quei diritti che la legge medesima comparte, e col soccorrere mediante la difesa pubblica alla umanità impotente a difendersi dai malvagi con le forze private”.

961 “Quando io ho difeso la mia vita o l’altrui dal pericolo di un male ingiusto grave e non altrimenti evitabile che minacciava l’umana persona, non ho bisogno di scusa: ho esercitato un diritto: vero e sacro diritto”. Carrara, Programma, § 294, 229.

962 La prima eccezione in questo elenco è rappresentata dagli Autori di scuola kantiana (s. Geyer, Die Lehre von der Notwehr, Eine strafrechtliche Abhandlung, Jena 1857, S. 6 ff.), che ritengono la reazione difensiva un’azione colpevole, sebbene determinata dalla necessità (vgl. Kant, Metafisica dei costumi. Introduzione alla dottrina del diritto, trad. 1923, S. 39). Anche Lanza, Istituzioni di diritto penale, S. 187, per il quale la legittima difesa sarebbe una delle “scusanti obiettive, per le quali la azione non perde mai il suo carattere criminoso...; ma il delitto è ‘scusato’ per le particolari condizioni obiettive in cui l’agente era stretto durante la commissione del fatto (Istituzioni di diritto penale, S. 252).

963 Peverati, Considerazioni su la difesa legittima, S. 61.

964 Penso, Difesa legittima, S. 27. Per una critica all’attribuzione di un’origine naturale al diritto di legittima difesa anche Civoli, Trattato di diritto penale. Parte generale, 1. Vol., 1912, S. 472-473. Tra gli esponenti della Scuola positiva: Florian, Parte generale, S. 495-496: „La ...teorica va respinta... Logicamente. alla stregua di essa, una volta esercitata la legittima difesa, non dovrebbe più applicarsi la repressione statale dell’aggressore, la quale invece si applica; né la legittima difesa potrebbe concorrere insieme con la protezione degli organi dello Stato; il che, invece, può accadere senza sforzo“. Fioretti/Zerboglio, Su la legittima difesa, S. 48, S. 49 criticano altresì la posizione sistematica riservata da Carrara alla legittima difesa sotto la rubrica: Coazione.

Diese Ansicht begründet sich auf das Verständnis der Notwehr als durch die Rechtsordnung anerkanntes Mittel für die Lösung von Konflikten,⁹⁶⁵ die entweder real, zwischen Angegriffenem und Angreifer, oder abstrakt, zwischen Recht und Unrecht, oder zwischen subjektiven Rechten dargestellt werden können.

Die Ursprung dieser Konzeption steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Philosophie Hegels, welche aufgrund der Analogie zwischen privater Verteidigung und Strafe⁹⁶⁶ zur Annahme der Nichtigkeit des Unrechts im Falle der Notwehr führt.⁹⁶⁷ Daraus lassen sich zwei verschiedene Ansichten entnehmen: Die erste betont den konfliktualen Aspekt der Notwehr und versteht sie entweder als „Konflikt zwischen subjektiven Rechten bzw. Ämtern“,⁹⁶⁸ oder als „Ausgleich der widerstreitenden Interessen“⁹⁶⁹, welcher zum Vorrang des Interesses des Angegriffenen führt. Die zweite versteht die Notwehr als Instrument zum Schutz der ganzen Rechtsordnung unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Verteidigungshandlung, eben Nichtigkeit des Unrechts, auf überindividualistischer Ebene.

Unter diesen Voraussetzungen erkannte Jhering die Doppelfunktion der Verteidigungsreaktion, die

965 Padovani, *Difesa legittima*, S. 498.

966 Vgl. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. 1954, § 127, 124.

967 Alimena, *I limiti*, S. 44.

968 “Collisione di diritti o di uffici”. La teoria risale a Von Buri, *Stato di necessità e legittima difesa*, in *Riv. Pen.* 1880, S. 433 ff.), secondo cui “fra due suoi interessi, i quali sieno siffattamente in collisione fra loro che l'uno non può conservarsi senza la distruzione dell'altro, lo Stato sacrificherà il meno importante”, cosicché, „quando vi è un aggredito e un aggressore, il diritto di questo, per il fatto stesso dell'aggressione, viene a decadere e, trovandosi in collisione col diritto dell'aggredito, che (essendo intatto) diventa un diritto maggiore, sarà ad esso sacrificato“.

969 Nach der Theorie des „überwiegenden Interesses“ liegt allen Rechtfertigungsgründen das Prinzip des überwiegenden Interesses zugrunde. Vereinzelt wird diese Theorie auch zur Begründung der Notwehr verwendet. Dabei wird das Prinzip des überwiegenden Interesses von Nuvolone, *Sistema del diritto penale*, Padova 1982, S. 206 ff.: L'istituto „ha la sua radice nel principio della prevalenza dell'interesse qualificato. E' interesse qualificato l'interesse di quello tra i soggetti in conflitto che subisce, per primo, l'azione contraria alla norma“; Bettiol, *Diritto penale*, S. 321: “In un conflitto di interessi protetti deve ammettersi la prevalenza dell'interesse di colui che non ha dato motivo al sorgere della situazione di conflitto quando certe condizioni siano rispettate... In una ipotesi di collisione di due interessi, o beni giuridici, quello di maggior rilievo sociale deve trovare riconoscimento su quello di minore importanza. La legittima difesa è una specificazione di questo principio che troviamo alla base di molte circostanze di giustificazione... Non si tratta...di una prevalenza quantitativa... ma di una prevalenza qualitativa, e sotto questo angolo visuale il bene dell'aggredito, solo perché tale, acquista un rilievo e un significato positivo tutto particolare rispetto al bene dell'aggressore“; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 1991, S. 262: “La reazione è autorizzata dall'ordinamento giuridico perché l'offesa all'aggressore è indispensabile per salvare l'interesse dell'aggredito. Siccome questo interesse per la comunità ha un valore superiore a quello dell'aggressore, manca nel fatto quel danno sociale che giustifica l'intervento dello Stato con la sanzione punitiva“; Mantovani, *Diritto penale*, S. 249: “Tutte le altre scriminanti” - diverse, cioè, dal consenso dell'avente diritto - “postulano un conflitto di interessi, il cui bilanciamento si risolve con la prevalenza dell'interesse, attuabile mediante l'esercizio del diritto, ...ingiustamente aggredito nella legittima difesa”, S. 265-266: “Nella legittima difesa...all'interesse di chi si è posto contro la legge, esso” - l'ordinamento - “preferisce quello dell'aggredito, il quale, contrastando l'altrui aggressione, può anche contribuire alla riaffermazione del diritto“; Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 2. ed., S. 212; “Il fondamento sostanziale dell'esimente” - della legittima difesa - “è oggi quasi unanimemente ravvisato nella prevalenza attribuita all'interesse di chi sia ingiustamente aggredito rispetto all'interesse di chi si è posto fuori dalla legge” und von Boscarelli, *Legittima difesa*, 1: “Onde un'istanza reclamante, in linea di principio, che nell'incombere del pericolo di un'offesa giuridicamente ingiusta, e così dato il conflitto fra un interesse di chi sia ingiusto aggressore e uno di chi sia ingiustamente aggredito, questi abbia il potere giuridico di sventare il pericolo a spese dell'aggressore. Istanza in cui risiede la fondamentale ratio di ogni norma che autorizzi una difesa legittima” vertreten.

gleichzeitig den Angegriffenen und das Recht im objektiven Sinne schütze.⁹⁷⁰ Daraus hat sich die Ansicht entwickelt, dass die Ausübung der hoheitlichen Aufgaben beim Schutz von subjektiven Rechtslagen dem Verteidiger als Vertreter des Staates subsidiär obliege.⁹⁷¹

Nach dem jusnaturalistischen Ansatz nahm der Bürger die originären Rechte, die er dem Staat übertragen hat, wieder selbst in die Hand, wo die „staatliche Verteidigung“ nicht „wirksam“ sein kann.⁹⁷² Im Gegensatz dazu ist nun der Staat der einzige legitime Souverän des Rechtes, während der einzelne Bürger nur unter bestimmten Umständen zur Ausübung staatlicher Gewalt durch den Staat berechtigt wird. So stellt die private Verteidigung eine Form von hypothetischen Delegation von staatlichen Polizeibefugnissen durch den Staat dem Privat dar, für den Fall, dass der erstere nicht in der Lage ist, seine Bürger vor rechtswidrigen Angriffen gegen Rechte oder andere geschützte Interesse wirksam zu schützen. In diesem Sinne ist die Notwehr berechtigte Anwendung staatlicher Gewalt durch den Privat zum Zweck der Angriffsabwehr.⁹⁷³

Die letzte Etappe bei der Entwicklung der überindividualistischen Notwehrlehren bildet die sog. Theorie der „Notwehr als Sanktion“. Danach greift der Angegriffene als legitimierter Vertreter der staatlicher Gewalt bei Abwehr eines unrechten Angriffs nicht nur auf Polizeibefugnisse, sondern auch auf die Sanktionierungsbefugnisse des Staates. Wenngleich die Verteidigungsreaktion ungerecht sei, denn die Strafverfolgung unterliege allein der staatlichen Hoheit, bleibe sie bereits nach einigen Vertretern von Kants Ansicht straffrei, da sie den bedrohten Schaden mit Zufügung eines gleichwertigen Schaden ausgleiche.⁹⁷⁴ Somit wäre die Verhängung der Strafe vergeblich.⁹⁷⁵

970 „... Ciascuno nel diritto proprio difende il Diritto. Difende anzi l'ordinamento della vita socievole. E coopera in fondo all'attuazione dell'idea del diritto": Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. di Mariano, Bari 1960, 62 ff.

971 Alcuni indizi in questo senso si colgono già nelle ultime espressioni del positivismo criminologico. "Nei casi di legittima difesa...l'interesse dell'agredito coincide con l'interesse sociale... Chi respinge l'ingiusto aggressore compie un atto di giustizia sociale", Fioretti/Zerboglio, *Su la legittima difesa*, S. 68-69. "Giustizia penale, nella Stato, e legittima difesa, nel cittadino, sono due forme concordi di lotta contro il delitto", Ferri, *Principi di diritto criminale*, S. 468).

972 Carrara, *Programma*, § 291, 227.

973 Manzini, *Trattato II*, S. 378-379. Nello stesso senso Maggiore, *Principi di diritto penale*, I, 1937, S. 286 e Vannini, *Istituzioni di diritto penale*, S. 182). Una concezione simile è quella espressa da Massari, *Le dottrine generali del diritto penale: corso di lezioni universitarie*, 1930, 81, 58, secondo cui l'essenza della legittima difesa consisterebbe in un diritto soggettivo di carattere pubblico. Per una critica a questa impostazione, v. Penso, *Difesa legittima*, S. 32 e Manzini, *Trattato II*, S. 378. Per una critica alla teoria dell'"esercizio di una pubblica funzione", Penso, *Difesa legittima*, S. 30-31: "l'anima del privato che reagisce all'offesa e l'attività da lui all'uopo posta in essere, non sono intesi a tutelare il diritto oggettivo o a difendere pubblici interessi, bensì a tutelare il diritto soggettivo proprio od altrui, e a difendere interessi particolari... Quindi, considerare ... principalmente questo aspetto squisitamente pubblicistico, ci sembra non colga l'essenza vera della difesa legittima, nella quale l'agredito opera esclusivamente per realizzare la tutela d'un proprio diritto, e non per realizzare l'osservanza di un obbligo altrui. Quest'ultima può, al più, considerarsi solo come una conseguenza incidentale...e quasi sempre involontaria dell'attività svolta dall'offeso, ma non come il contenuto intenzionale e peculiare della medesima".

974 Geyer, *Die Lehre von der Notwehr*, S. 6, dazu s. Penso, *Difesa legittima*, S. 28, Fn. 39bis.

975 Alimena, *I limiti*, S. 42 "Questa teorica del Geyer...ci potrebbe spiegare solo come l'aggressore, già retribuito dalla reazione dell'agredito, non debba venire assoggettato ad una nuova pena... Invece, bisogna spiegare come mai l'agredito, che reagisce, non debba andare punito, una volta che l'azione sua si stima antiggiuridica. ...La teoria del Geyer, dopo aver ammesso che l'aggressione è retribuita dalla reazione, ...è condotta fatalmente a riconoscere che la reazione dell'agredito sia retribuita dalla prima aggressione subita; onde... la retribuzione è anteriore al fatto che si

Dieser überindividualistische Ansatz erklärt die Straflosigkeit des Angegriffenen bei der Verteidigungsreaktion mit dem Zusammenhang zwischen Notwehr und Strafe, der an ein absolutes Verständnis der strafrechtlichen Sanktion und den Grundsatz der Gleichwertigkeit der angedrohten Strafen anknüpft.

Dahingegen weisen die späteren Sanktionslehren einen starken überindividualistischen Charakter auf. Im Zentrum des Interesses stehen nun die allgemeinen Wirkungen der Verteidigungsreaktion auf das gesamte Rechtssystem.

So verstanden, ist die Notwehr eine Form der öffentlichen Verteidigung, welche subsidiär durch Delegation der staatlichen Aufgaben zur Verhinderung von Straftaten in Betracht kommt. Folglich ist die Verteidigungsreaktion eine besondere Form der Sanktion.⁹⁷⁶

Diese Einordnung der Notwehr als Sanktionierungsbefugnis, die der Staat dem Privaten ausnahmsweise zuteilt, gibt jedoch Anlass zu Zweifeln an ihrer Begründung. Das gilt um so mehr, als Voraussetzung der Verteidigungshandlung kein strafbarer Angriff ist und die notwehrfähigen Rechtsgüter grundsätzlich geringer sind als diejenige, die durch Strafe geschützt werden.

Anderenfalls gäbe es keinen Grund, warum die Rechtsgüter der Allgemeinheit und des Staates keine notwehrfähige Rechtsgüter sind.⁹⁷⁷

Zudem würde diese Ansicht schlechthin nicht nur die Befugnisse des einzelnen in heillosen Widerspruch zu den sorgfältig differenzierten behördlichen Rechten bringen, sondern durch die Freisetzung privaten Übereifers mehr zur Störung als zur Bewahrung des allgemeinen Friedens beitragen, indem sie zur Ernennung des Bürgers zu einem freiwilligen Hilfspolizisten für „das Recht“ führt.⁹⁷⁸

Trotz vieler Kritiken ist die Sanktionierungstheorie der vollkommenste Ausdruck der überindividualistischen Notwehrlehren, welche den großen Verdienst hat, in den Fokus des

deve retribuire!“. Secondo Fioretti/Zerboglio, Su la legittima difesa, S. 41, non riesce molto più facile al Geyer “trovare un criterio distintivo fra pena e legittima difesa. ...Crede il Geyer sia precipua quella (differenza) che la pena segue, la legittima difesa precede il delitto. Ma qui si cade in un antilogismo; perché la difesa non può precedere un avvenimento che essa stessa scongiura. ...Qui il criterio della retribuzione si appalesa insufficiente a spiegare tutti e due gli istituti, o, se sufficiente, tale da confonderli in una sola idea...”

976 “La reazione in difesa legittima è una sanzione”, classificabile „quale ipotesi della sanzione amministrativa della impedibilità”, Frosali, Sistema penale italiano, II, 1958, S. 317. Ähnliches vgl. Grosso, Enciclopedia del diritto, S. 46, che ivi, in Fn. 111, ammette espressamente il debito della concezione “sanzionatoria” nei confronti della teoria della „delegazione della potestà di polizia“; vgl. auch Grosso, Difesa legittima, S. 134 ff.

977 “Beni giuridici dello Stato o della comunità possono essere tutelati con la legittima difesa solo se viene aggredito un bene giuridico individuale dello Stato..., o nel caso in cui con la norma dovrebbe essere tutelato da pregiudizi anche il singolo”, Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione - Problemi di teoria dell'illecito penale, Moccia (a cura di), Napoli, 1996, S. 250-251.

978 Auch hier sei also eine Parallelisierung mit der Strafe verfehlt: Während diese ggf. Allein durch generalpräventive Notwendigkeiten getragen werden könne, sei das bei der Notwehr gerade nicht der Fall, Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione, S. 252. Damit erkläre sich nach Roxin, warum “Das Allgemeininteresse an der Wahrung der Rechtsordnung (tritt) also allein durch das Medium des Einzelrechtsschutzes in Erscheinung”, Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, S. 270.

Interesses die Situation der Rechtsordnung gestellt zu haben.

Nach dieser Ansicht bekommt die Notwehr nun endlich eine positive Funktion auf die Ebene der Generalprävention bei der Bekämpfung des Unrechts „für das Recht“.⁹⁷⁹ So verstanden, bewirkt die Notwehr nicht nur das bloße Fehlen des strafrechtlichen Sanktionbedürfnisses: auf der einen Seite trägt sie bei, den Schutz des bedrohten Rechtsgutes durch Verhinderung des Angriffs zu stärken; auf der anderen Seite erhöht sie die abschreckende Wirkung bzw. die Orientierungsfunktion der Rechtsordnung, denn die Annahme der Rechtfertigung macht der Allgemeinheit bekannt, dass das rechtswidrig bedrohte Rechtsgut von jedermann geschützt werden kann, wenn nicht sofort ein aktueller Schutz durch den Staat bereit stehen kann.⁹⁸⁰

IV. Die pluralistischen Theorien

Die späteren pluralistischen Theorien, welche die Notwehr auf zwei Grundgedanken zurückführen, und zwar das individuelle Rechtsgüterschutz- und das überindividualistische Rechtsbewährungsprinzip, kommen auf die Beziehung zwischen Notwehr und Strafe zurück. Sie ersetzen aber eine „absolute“ Auffassung der Strafe durch eine „relative“.

Diese Theorien haben gerade die Multifunktionalität der Notwehr mit dem Rückgriff nicht auf ein einziges Prinzip, sondern auf zwei autonome Grundsätze, welche sich gleichzeitig aufeinander beziehen, hervorgehoben. Dieser Rechtfertigungsgrund dient nämlich dem Selbstschutz bzw. dem Schutz von privaten Interessen, einerseits, der Rechtsbewahrung bzw. dem Schutz der gesamten Rechtsordnung, andererseits.

Dabei wird die Beziehung zwischen Notwehr und Strafe immerhin anerkannt, diese beruht allerdings nicht mehr nur auf der Grundlage der Gleichwertigkeit, sondern sie verfolgt auch den Zweck der Prävention.

Der Ausgangspunkt ist hier der individuelle Rechtsgüterschutz des Verteidigers,⁹⁸¹ welcher der originäre Grundgedanke der Notwehr ist. Die positive Rolle des Instituts ergibt sich aber daraus, dass der Selbstschutz zugleich die Stabilität und Sicherheit der Rechtsordnung bewirkt,⁹⁸² so dass das Notwehrrecht Spezial- und Generalprävention betreibt.⁹⁸³ Der individuelle Rechtsgüterschutz dient zum einen der Generalprävention, indem durch die Abwehr des Angriffs potentiellen anderen Rechtsbrechern gezeigt wird, dass man nicht ohne Risiko jemanden rechtswidrig angreift, und die Rechtstreue der Bürger gestärkt wird. Zum anderen dient die Verteidigung des Angegriffenen der

979 “Nel diritto mio è violato e negato il Diritto stesso; ed in quello è poi anche questo riaffermato e reintegrato”, Jhering, *La lotta per il diritto*, S. 105.

980 Padovani, *Difesa legittima*, S. 499.

981 Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, S. 251.

982 Padovani, *Difesa legittima*, S. 499.

983 Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, S. 249. Vgl. Roxin, *ZStW* 93 (1981), S. 73 f.

Spezialprävention indem Sinne, dass dadurch der Angreifer selbst an der Verwirklichung der rechtswidrigen Handlung gehindert werden soll.⁹⁸⁴

Der Rückgriff auf zwei Prinzipien ermöglicht es, die Vorteile beider Ansichten - individualistisch und überindividualistisch- bei Begründung der Notwehr zu nutzen: Einerseits die selbstständige Bedeutung des Notwehrrechts als Instrument des Individualschutzes gegenüber dem staatlichen Gewaltmonopol.⁹⁸⁵ Andererseits die Unterwerfung dieses Rechts unter den Schutz der gesamten Rechtsordnung.

Zudem mildert das Zusammenkommens beider Grundgedanken - der Rechtsgüterschutz und die Rechtsbewährung, die sich aufeinander beziehen, die Rigidität einer Ansicht durch Rückgriff auf die andere. In diesem Sinne verhindert das Rechtsgüterschutzprinzip die Überschreitung der Grenzen der zwischenmenschlichen Konflikte, welche sich aus der reinen Annahme des Rechtsbewährungsprinzips ergäbe.

Die reine Annahme des Rechtsgüterschutzprinzips würde wiederum zu einem durch das Konfliktmodell des *fur nocturnus*⁹⁸⁶ geprägten uneingeschränkten Notwehrrecht führen, was die

984 Padovani, *Difesa legittima*, S. 499. In termini simili si esprime Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, S. 249: "Genauere Folgerungen ermöglicht die Einsicht, dass der Gesetzgeber, mit dem Notwehrrecht Spezial- und Generalprävention treibt. Il principio di tutela è funzionale alla prevenzione speciale nel senso che il singolo aggressore, con la difesa dell'agredito, potrebbe essere ostacolato nella realizzazione di un'azione antiggiuridica. Il principio di difesa del diritto è funzionale alla prevenzione generale in quanto, con la difesa dall'aggressione, viene dimostrato ad altri potenziali violatori del diritto che non si aggredisce qualcuno in modo antiggiuridico senza rischio". Tra la ricostruzione della ratio effettuata da Padovani e quella operata da Roxin vi è, tuttavia, una leggera differenza. Per Padovani il valore positivo sarebbe invece interamente collegato alla seconda delle due rationes, ossia al principio di difesa dell'ordinamento. Sotto questo aspetto, la reazione difensiva realizzerebbe, contemporaneamente, funzioni e di prevenzione generale e di prevenzione speciale. Per Roxin, invece, il principio di autotutela svolge una funzione di prevenzione speciale perché l'agredito, nel difendersi, punisce il singolo aggressore; mentre al principio di difesa dell'ordinamento si riconosce una funzione general preventiva, perché la difesa dall'aggressione mostra a tutti i consociati che i beni altrui non sono impunemente attaccabili. Nella ricostruzione di Roxin, dunque, un valore positivo viene attribuito ad entrambe le rationes.

Una visione pluralistica del fondamento della legittima difesa si ritrova, peraltro, già in Penso, *La difesa legittima*, S. 33 ff.; in questo A. manca però ogni riferimento alle implicazioni general e specialpreventive connesse all'idea di difesa del diritto oggettivo. Tra gli Autori più recenti, si veda Santamaria, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, 1961, in *Scritti di diritto penale*, 1996, S. 248 ff.: "Nella legittima difesa si vede...chiaramente come la giustificazione viene dalla rilevanza che essa assume per la tutela, al di là dell'integrità del bene giuridico aggredito e dell'integrità dell'ambito di signoria dell'offeso, dello stesso elementare principio di ordinamento su cui si fonda la delimitazione delle sfere giuridiche aggredite... L'autotutela, in aderenza ai valori dell'ordinamento, costituisce dunque il principio informatore delle esimenti che giustificano l'azione... La necessità di agire che si pone al soggetto coincide con l'interesse della comunità al mantenimento di un bene la cui tutela rappresenta non soltanto una caratteristica dell'ordinamento, ma una manifestazione del rispetto per l'autonomia del singolo. Proprio per il valore di questo principio, ...viene concesso al soggetto di assumere una posizione di prevalenza rispetto al bene di colui che insidia o minaccia la sua situazione giuridica. Per questo egli può sorpassare il criterio di un rigido bilanciamento dei beni che vengono in conflitto", e Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, 1. Vol., Milano 1995, S. 519-520: „Il suo fondamento - della legittima difesa - è dato da un'esigenza insopprimibile dell'uomo di conservare se stesso e i propri beni opponendosi alle aggressioni altrui - autodifesa -; a tale esigenza, cui l'ordinamento concede spazio solo entro limiti determinati e nei casi in cui non sia possibile il ricorso alla protezione dello Stato, va aggiunta anche una - a sua volta limitata - funzione di stabilizzazione dell'ordinamento: contrastando l'aggressione del terzo, il privato, almeno in alcune ipotesi, riafferma la validità e il primato del diritto“.

985 Padovani, *Difesa legittima*, S. 498.

986 Dieses Konfliktmodell "orientiert sich am Bilde des schuldhaft mutwilligen, gefährlichen und ohne spezielle Beziehung zum Angegriffenen von außen in die Rechtssphäre des Opfers einbrechenden Angreifers". Roxin,

Rechtbewahrung und die daran angeknüpfte generalpräventiven Bedürfnisse verhindert, indem sie die Intensität der Verteidigungsreaktion verringert. Denn der in jedem Falle zu gewährende Individualschutz kann nicht der Pflicht zu sozialer Rücksichtnahme enthoben sein, solange nicht eine besonders energische Wahrung der eigenen Rechtssphäre durch überindividuelle Präventionsbedürfnisse legitimiert wird.⁹⁸⁷

Sind das Rechtbewährungsinteresse und somit die generalpräventiven Bedürfnisse gering (wenn etwa der Angriff schuldlos erfolgt oder provoziert war, oder geringfügig ist oder im Rahmen einer Notlage stattfindet), so entspreche es der Gemeinschaftsgebundenheit der Person, dem Angegriffenen das Risiko geringfügiger Beeinträchtigungen aufzubürden, wenn es nur um den Preis einer schweren Beeinträchtigung des Angreifers auszuschließen sei.⁹⁸⁸

Unter diesen Umständen wird die Verteidigungsreaktion nur innerhalb der Grenzen der notwendigen Verteidigung legitimiert. In diesem Sinne könne hier von dem Angegriffenen eine höhere Duldungspflicht gefordert werden.⁹⁸⁹

KAP. 3 DAS GEGENWÄRTIGKEITSMERKMAL ALS ANLASS ZUR DISKUSSION ÜBER DIE PRÄVENTIVNOTWEHR

Wie oben bereits erwähnt, ist eines der beiden Tatbestandsmerkmale, die eine Situation zu einer notwehrrelevanten Lage i.S. von Art. 52 c.p. macht, dessen Gegenwartigkeit. Die vorliegende Untersuchung behandelt eben die Frage, ab wann eine Gefahr schon gegenwärtig i.S. der Notwehr ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die Abgrenzung der Vorfeldmaßnahmen, die bereits in der Entwicklungsphase des Angriffs vor dessen „Gegenwärtigkeit“ im Rechtssinne ergriffen werden, die also gerade verhindern sollen, dass es überhaupt zu einem gegenwärtigen Angriff kommt, von den frühestmöglichen Notwehrhandlungen als ein der klassischen Rechtsprobleme im Rahmen der Notwehr dar.

Antigiuridicità e cause di giustificazione, S. 252. Ders., ZStW 93 (1981), S. 77.

987 Für eine allgemein zustimmende Ansicht vgl. Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione, S. 252.

988 Vgl. Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione, S. 252. Ders., ZStW 93 (1981), S. 77.

989 Romano, Commentario sistematico, S. 525; vgl. Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione, S. 253 ff. La teoria delle „limitazioni etico-sociali“ nasce in Germania, per ovviare all'assenza, nel § 32 StGB (dedicato alla legittima difesa) dell'elemento della proporzione (che l'art. 52 c.p., invece, prevede). Essa non è necessariamente correlata all'adozione di una spiegazione pluralistica del fondamento sostanziale della legittima difesa, posto che la sua validità è pacificamente ammessa anche dai sostenitori di una concezione „puramente individualistica“ (e, quindi, monistica) della scriminante (vgl., für alle Günther, SK 7 § 32, Rn. 105) e viene ricavata dal fatto che la legittima difesa ex § 32 StGB è „imposta“, dalla ratio dell'esimente, dal divieto generale dell'abuso del diritto e da „superiori principi di giustizia, in particolare dal principio di proporzione“, ritenuto „manifestazione del sistema di valori espresso dalla Costituzione“, Günther, SK 7 § 32 Rn. 103.

Um die Problematik der sog. Präventivnotwehr in der italienischen Rechtsordnung umfassend aufzeigen können, bedarf es zunächst einer näheren Erläuterung des Gegenwärtigkeitsmerkmals.

I. Das Merkmal der Gegenwärtigkeit im italienischen Notwehrrecht

Die Rechtslehre beschreibt die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit nach Art. 52 c.p. durch zwei darin enthaltener Begriffe: „Gefahr“ (*pericolo*) und „gegenwärtig“ (*attuale*).

1. Die Gefahr

Der Begriff „Gefahr“ (*pericolo*) wurde als ein Verbindungsbegriff definiert, der sich aus dem Verhältnis zwischen dem Zusammentreffen materieller Umstände und einem weiteren Vorkommnis begründet, wobei das zweite mit dem ersten durch ein Wahrscheinlichkeitsurteil in Verbindung gesetzt wird.⁹⁹⁰

Es wurde in der italienischen Rechtslehre viel diskutiert, ob die Beziehung zwischen den „materiellen Umständen“ und dem folgenden „Vorkommnis“ nur eine „wahrscheinliche“ oder auch eine „mögliche“ sein kann. Dies bleibt natürlich nicht ohne Auswirkungen auf die Feststellung der Gegenwärtigkeit des Angriffs.

Es herrscht Einigkeit, dass der Gefahrenbegriff i.S.d. Art. 52 c.p. weder eine bloße Schadensmöglichkeit noch eine Schadenswahrscheinlichkeit im mathematisch-statistischen Sinne bedeutet.⁹⁹¹ Die bloße Möglichkeit wird abgelehnt, da es unlogisch erscheint, als gefährlich i.S.d. Art. 52 c.p. eine Handlung anzunehmen, die von einer entfernten Schadenseventualität charakterisiert wird.⁹⁹² Die Gefahr soll als Wahrscheinlichkeit und nicht als bloße Möglichkeit verstanden werden.⁹⁹³ Aber eine mathematisch-statistische Schadenswahrscheinlichkeit wird abgelehnt, denn es würde bedeuten, dass stets dann keine gefährliche Handlung zu erkennen wäre, wo die günstigeren Möglichkeiten zum Schadenseintritt quantitativ weniger als die ungünstigen Möglichkeiten sind.⁹⁹⁴

So entspricht der Gefahrenbegriff des Art. 52 c.p. der allgemeinen Nutzung des Begriffs, die für das gesamte Strafrechtssystem gültig ist,⁹⁹⁵ d.h. er definiert die Gefahr als eine ernsthafte, erhebliche Möglichkeit eines Verletzungsvorkommnisses.⁹⁹⁶ Es handelt sich um die Möglichkeit einer Verletzung und ,das ist nicht eine bloße Möglichkeit, sondern diese Möglichkeit muss qualifiziert

990 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 501.

991 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 50.

992 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 62.

993 Petrocelli, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova 1940, S. 3.

994 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 50.

995 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 60. Szegö, *Ai confini*, S. 348.

996 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 66. Er definiert Gefahr ebendort als „*seria*“, „*rilevante*“ *possibilità di un evento nocivo*“. Vgl. Petrocelli, *La pericolosità*, S. 7.

sein.⁹⁹⁷ Andere Autoren sprechen von einem „erheblichen Wahrscheinlichkeitsgrad“.⁹⁹⁸

Auf der anderen Seite wird zugleich bemerkt, dass es sich bei der Feststellung der Gefahr, um eine Möglichkeit handelt, welche nach dem Kriterium des normalen Menschen Befürchtung oder Besorgnis verursachen kann.⁹⁹⁹ Der Befürchtungsbegriff bezieht sich auf das normale Kriterium des herkömmlichen Menschenverstandes, welcher den objektiven Charakter der Gefahr nicht ausschließt.¹⁰⁰⁰ So ist die Gefahr kein psychologischer Zustand, sondern ein tatsächlicher Zustand. Denn die objektive Natur der Gefahrenlage wird fast einstimmig von der Rechtslehre bestätigt.¹⁰⁰¹ Deshalb wird die Gefahrendefinition in der Rechtslehre als objektive bzw. tatsächliche Gegebenheit gekennzeichnet.¹⁰⁰²

So wird unumstritten angenommen, dass die Gefahr keine bloße subjektive Annahme, im Sinne einer bloßen „Vorstellung“, sondern Realität ist.¹⁰⁰³ Denn die Gefahr beruht auf einem objektiven Aspekt, und zwar auf der qualifizierten Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, dass sich ein unerwünschtes Ereignis verwirklichen wird: „Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, die von einem Komplex von objektiven Umständen oder Bedingungen erzeugt wird, welcher ihre Verwirklichung als möglich oder wahrscheinlich erweist.“¹⁰⁰⁴ Dies legt den Schluss nahe, dass Notwehr umso mehr vorliegen wird, als die Gefahr schon begonnen hat, tatsächlichen Schaden zuzufügen.¹⁰⁰⁵

2. Die Gegenwärtigkeit

Die Gefahr soll nach Art. 52 c.p. zugleich gegenwärtig sein. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr ist eine unumgängliche Voraussetzung der Notwehr.¹⁰⁰⁶

Allgemein wird unbestritten angenommen, dass *pericolo attuale* i.S.d. Art. 52 c.p. *pericolo presente*¹⁰⁰⁷ „im Augenblick der Verteidigungshandlung“ bedeutet, d.h. dass die Gefahr weder

997 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 62. Auch Pagliaro definiert die Gefahr i.S. Art. 52, c.p. als Möglichkeit einer Verletzung, fordert aber, dass die Verletzung unmittelbar bevorstehend sein muss. Siehe: Pagliaro, *Principi*, 8. ed., S. 440, ff. Bettiol spricht von einer „*elevata possibilità di verificarsi di una lesione*“, d.h.: einer erhöhten Möglichkeit zur Schadensverwirklichung, siehe Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380.

998 So Padovani, *Difesa Legittima*, S. 501.

999 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 66: „*E' quella possibilità di danno, cioè, che è idonea a preoccupare, ad incutere timore secondo il criterio dell'uomo medio.*“ Auch: Petrocelli, *La pericolosità*, S. 10.

1000 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 65.

1001 Szegö, *Ai confini*, S. 349, m.w.N. Petrocelli, *La pericolosità*, S. 9. In diesem Sinne ist „die Gefahr keine Sache der Meinung, sondern sie ist, als materielle Gegebenheit, in der Natur der Sache verwurzelt“: Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380. Vgl. Petrocelli, *La pericolosità*, S. 9.

1002 So charakterisiert Grosso die Gefahrenlage als einen Komplex von Objektiven Umständen (*complesso di condizioni oggettive*), die die Verwirklichung der Verletzung als möglich oder wahrscheinlich bezeugen. Grosso, *Difesa Legittima*. S. 61. Padovani charakterisiert, wie oben gezeigt wurde, die Gefahrenlage durch einen „*insieme di circostanze materiali*“, d.h. eine Zusammensetzung von materiellen Umständen. Padovani, *Difesa Legittima*, S. 501.

1003 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 61.

1004 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 61.

1005 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 61.

1006 Mantovani, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (2006) 432 (439).

1007 Antolisei, *Diritto Penale*, 16. ed., S. 303. Pagliaro, *Principi*, 8. ed., S. 440, der in Folge des Begriffes *attuale* betont, die Gefahr soll in atto, d.h. in der Tat, bestehen. Sowohl den Begriff *attuale* als auch den Begriff *presente* kann

künftig noch abgeschlossen sein darf.¹⁰⁰⁸ Andere Autoren definieren die gegenwärtige Gefahr als „unmittelbar bevorstehende Gefahr“ (*pericolo imminente*).¹⁰⁰⁹

Die Unmittelbarkeit könnte aber den Moment des Beginns „nach hinten“ verschieben, denn eine unmittelbar bevorstehende Gefahr kann als eine noch nicht eingetretene Gefahr verstanden werden.¹⁰¹⁰ Was diese Frage angeht, wird bemerkt, dass das unmittelbare Bevorstehen (*imminenza*) sich sowohl auf die Gefahr selbst als auch auf ihr Objekt, d.h. die ungerechtfertigte Verletzung, beziehen kann.¹⁰¹¹ Dies kann daraus abgeleitet werden, dass eine unmittelbar bevorstehende Gefahr eine noch nicht eingetretene Gefahr bedeutet, und Art. 52 c.p. zugleich fordert, dass die Gefahr *attuale*, d.h. gegenwärtig sein soll.¹⁰¹² Man spricht daher zu Recht vom unmittelbaren Bevorstehen der Verletzung (*imminenza dell'offesa*),¹⁰¹³ welche auf die gesteigerte Stufe der Gegenwärtigkeit einer Gefahr hindeutet.¹⁰¹⁴

Die Voraussetzung des unmittelbaren Bevorstehens einer Verletzung wird nicht ausdrücklich von Art. 52 c.p. genannt. Einige Autoren entnehmen sie aus der Struktur des Rechtfertigungsgrundes selbst in Verbindung mit der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung. In diesem Sinne entsteht diese Voraussetzung aus der „inneren Grenze der Notwehr“: Da Notwehr eine Selbsthilfeform ist, die dem Individuum durch den Staat zuerkannt wird, kann sie nur in Situationen, wo die staatlichen Organe nicht effektiv einwirken können, ausgeübt werden, nicht aber in Fällen, wo die Staatsorgane einbezogen werden könnten. Steht die Verwirklichung der ungerechten Verletzung nicht unmittelbar bevor, können staatliche Organe in Anspruch genommen werden.¹⁰¹⁵

Daraus ergibt sich, dass die Gegenwärtigkeit der Gefahr von der Bedrohung einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung (*lesione incombente*) im Augenblick der Verteidigungshandlung ausgeht, so dass die Verteidigungshandlung selbst das einzige Mittel zum Schutz des bedrohten Rechtsguts wird.¹⁰¹⁶

man als gegenwärtig übersetzen, trotzdem besteht ein feiner Unterschied. *Attuale* bedeutet eher gegenwärtig im zeitlichen Sinne. *Presente* dagegen wird als gegenwärtig sowohl im zeitlichen als auch im räumlichen Sinne verstanden. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 54.

1008 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 77 ff. m.w.N. Pagliaro, *Principi*, 8. ed., S. 440. Antolisei, *Diritto Penale*, 16. ed., S. 303. Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 5. ed., S. 278. Del Corso, *C.P. Art. 52 Rn. 2*. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 54.

1009 Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380 f. Petrocelli, *La pericolosità*, S. 20.

1010 Siehe Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380 ff.

1011 Grosso, *Difesa legittima*, S. 79 f.

1012 Siehe Grosso, *Difesa Legittima*, S. 79 f. Vgl. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278.

1013 Palazzo, *Corso*, S. 396. Pagliaro, *Principi*, 8. ed., S. 441.

1014 Petrocelli, *La pericolosità*, S. 21. Er illustriert dies auf S. 22 mit dem Bild eines sich in voller Fahrt befindlichen Zuges. Während der Zug also bereits auf dem Weg ist, repariert eine Gruppe von Arbeitern die Gleise der Strecke, die der Zug befahren wird. Braucht der Zug noch einige Zeit bis zum Ort der Reparaturen. So besteht eine gegenwärtige Gefahr“ (*pericolo attuale*). Diese Gefahr wird aber unmittelbar bevorstehend (*imminente*) sein, sobald der Zug so nah ist, dass keine Zeit mehr ist, um den Bremsvorgang einzuleiten.

1015 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 80, der sagt: „*il requisito in parole deve per necessità di cose sempre sussistere quando la scriminante viene applicata*“.

1016 Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 5. ed., S. 278. Vgl. Boscarelli, *Legittima difesa* 3.1.

Die Möglichkeit in einer gegebenen Gefahrenlage, den staatlichen Schutz in Anspruch nehmen zu können, sei als entscheidendes Kriterium, dass die Gefahr nicht gegenwärtig i.S.d. Art. 52 c.p, sondern künftig ist.¹⁰¹⁷

Unter dem Auslegungsprofil ist der Schwerpunkt nicht die Gegenwartigkeit der Gefahr, sondern eher die Beziehung, welche die Gefahr einer befürchteten Rechtsgutsverletzung mit der Verteidigungsreaktion verbinden soll.¹⁰¹⁸ Da das Gegenwartigkeitserfordernis nur in Bezug auf die Erforderlichkeit der Verteidigung ausgelegt werden kann, gibt es eine wesentliche Einstimmigkeit, dass die Verteidigung in all den Fällen gerechtfertigt sein soll, wo die Beziehung zwischen der befürchteten Rechtsgutsverletzung und der Verteidigungsreaktion entweder chronologisch in unmittelbarer Nähe zu dieser Rechtsgutsverletzung besteht oder sich aus dem Zusammenhang heraus ergibt oder durch die unmittelbaren Folgen der Verteidigungshandlung gekennzeichnet ist.¹⁰¹⁹

Was die erste Konstellation betrifft, so ist klar, dass das unmittelbare Bevorstehen der Rechtsgutsverletzung ganz im Sinne der Logik der Notwehr ist, welche eine Bedrohung einschließt, die auf dem Weg zur Verletzungsverwirklichung ist. Die zweite Konstellation, die sog. Kontextualität, betrifft die Fälle, wo die Rechtsgutsverletzungen sich erneuern oder sich hinziehen. Dabei ist die Reaktion als gerechtfertigt anzusehen, welche bis zum vollständigen Ende der Rechtsverletzung erfolgt.¹⁰²⁰ Die dritte Fallkonstellation ist zu sehen, wo die defensive Reaktion unmittelbar auf die Rechtsgutsverletzung folgt, um die Festigung eines rechtswidrigen Zustandes zu verhindern.¹⁰²¹ Daraus ergibt sich, dass die Nähe einer Rechtsgutsverletzung entscheidend ist, um die Gegenwartigkeit der Gefahr i.S. Art. 52 c.p. in allen ihren verschiedenen Erscheinungsformen zu begründen.

Danach ist die Gefahr in zwei Konstellationen gegenwärtig: wenn sie unmittelbar bevorstehend (*incombente*) ist, d.h. sie ist in einer Situation auslösend, welche, wenn sie nicht unterbrochen wird, in die sofortige Verletzung eines Rechtsguts einmünden wird. Zweitens, wenn sie fortdauernd ist, d.h. wenn die Verletzung des Rechtsguts im gegenwärtigen Moment geschieht und die weitere Entwicklung der Verletzung noch abgewendet werden kann oder wenn sie noch nicht gefestigt ist, so dass die Gefahrensituation noch nicht in eine Schadenssituation übergegangen ist.¹⁰²² In diesem Sinne wird die Situation als Dauergefahr bezeichnet.¹⁰²³

1017 Antolisei, Diritto Penale, 16. ed., S. 303.

1018 Palazzo, Corso, S. 396. Beziehung, die „mehr oder weniger eng sein kann“.

1019 Palazzo, Corso, S. 396.

1020 Dies wäre dann der Fall, wenn sich jemand gegen eine Serie von Faustschlägen und Tritten oder gegen das Dauerdelikt der Freiheitsberaubung verteidigt.

1021 Z.B. im Fall eines gerade Beraubten, welcher sich vom Räuber durch Gewalt die *res furtiva* zurückholt. Palazzo, Corso, S. 396 ff. Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 278 f.

1022 Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 2. Die letzte Konstellation bei Del Corso enthält die beiden letzten Konstellationen bei Palazzo.

1023 Szegö, Ai confini, S. 378.

Die erste Konstellation der Dauergefahr ist das Dauerdelikt, wobei der Tatbestand vom Fortdauern der Gefahr geprägt ist. Die zweite typische Konstellation ist der Diebstahl, wobei die Gefahr fort dauert und die Reaktion des Bestohlenen durch Notwehr gedeckt ist, solange sie der Unterbrechung der Verletzungshandlung dient oder die Möglichkeit besteht, den Besitz der gestohlenen Sache wieder zu erlangen.¹⁰²⁴ Eigentlich ist hier die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung schon verwirklicht worden, so dass eine Verteidigungshandlung nicht mehr zulässig wäre. Man hat den Eindruck, dass in diesem Fall die Kategorie der Dauergefahr zur Rechtfertigung einer Verteidigungshandlung zum Schutz des Vermögens führt, welche sowohl in keinem Verhältnis zu dem bedrohten Rechtsgut steht, als auch erst spät eingetreten ist, wenn keine Gefahr mehr besteht und die Rechtsgutsverletzung durch Gegenwehr nicht mehr abgewendet werden kann.¹⁰²⁵

Im Vergleich dazu wird bei der anderen typischen Konfliktslage des Zweikampfes im offenen Feld zwischen annähernd gleichen Gegnern das Gegenwärtigkeitserfordernis enger ausgelegt, denn hier die Verteidigungsreaktion zur Verhütung weiterer Verletzungen dienen soll.¹⁰²⁶

Die hier vorgestellten Konfliktmodelle des Angriffs des Diebes und der Zweikampf sind daher paradigmatisch für die Bedeutung und die Auslegung des Gegenwärtigkeitsmerkmal innerhalb der Notwehr. Im ersteren Fall kann die Verteidigungsreaktion des Bestohlenen ausnahmsweise über die Grenze der Gegenwärtigkeit hinaus ausgeübt werden, indem sie eine Art außerordentlicher Verteidigung darstellt. Im zweiten Fall wird hingegen die Verteidigungsreaktion nur unter engeren Voraussetzungen zulässig. Danach ist die Gefahr erst dann gegenwärtig, wenn sie schon vorhanden ist, wenn eine Verletzung unmittelbar bevorsteht.¹⁰²⁷

Wenn man sich an der Rechtsgutsverletzung zur Feststellung der Gegenwärtigkeit des Angriffs orientiert, bedeutet das Gegenwärtig-Sein der Gefahr, dass in der Gegebenheit der realen Situation der kausale Verlauf zur Verwirklichung der Verletzung schon in Gang ist oder kurz davor ist einzutreten.¹⁰²⁸ Es ist gerade das Gegenwärtigkeitserfordernis der Gefahr, auf welcher der Sinn der Verteidigungshandlung selbst beruht: Die Verteidigungshandlung ist überhaupt nur dann eine Verteidigung, insoweit sie vor dem vollständigen Abschluss der Rechtsgutsverletzung, andererseits aber auch nicht vor dem Zeitpunkt an welchem die Rechtsgutsverletzung zu einem erheblichen Wahrscheinlichkeitsgrad bevorsteht, ausgeübt wird.¹⁰²⁹

Der Art. 52 c.p. erfordert aber auch nicht notwendigerweise, dass die Verletzung selbst schon in

1024 Szegö, *Ai confini*, S. 378 f.

1025 So Szegö, *Ai confini*, S. 379 f.

1026 Szegö, *Ai confini*, S. 381.

1027 Szegö, *Ai confini*, S. 382.

1028 Padovani, *La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, S. 691.

1029 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 501.

Gang sein muss, indem er von der Gefahr einer Verletzung spricht.¹⁰³⁰ So ist es nicht erforderlich, dass die Gefahr die Schwelle des Versuchs erreicht hat.¹⁰³¹ Wodurch Ähnlichkeiten mit der Feststellung des Angriffsbeginns bei der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung zu sehen sind. Auch in Bezug auf die Frage, wie lange ein Angriff noch „gegenwärtig“ bleibt, wird betont, dass sich die Gegenwärtigkeit des Angriffs i.S.d. Art. 52 c.p. auf die Rechtsgutsverletzung bezieht: Die Gefahr ist vergangen, wenn die Rechtsgutsverletzung entweder eingetreten ist oder die Gefahr ihres Eintretens nicht mehr vorhanden ist.¹⁰³²

So, wenn die Gefahr abgeschlossen ist, etwa wenn die Verletzung irreversibel und vollkommen eingetreten ist, gilt die Reaktion nicht mehr als Verteidigung, sondern hat eher den Charakter einer privaten Bestrafung oder sogar einer Rache, denn in diesem Fall fehlt es an der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung.¹⁰³³ Aus diesem Grund begründen vorangegangene Gefahren keine Notwehr mehr.¹⁰³⁴

Schließlich ist die Gegenwärtigkeit der Gefahr nach objektiven Maßstäben festzustellen: So lässt sich die Gegenwärtigkeit aus den objektiven Bedingungen der gegebenen Lage, nämlich Raum, Zeit und den dem Angreifer und dem Angegriffenen zur Verfügung stehenden Mitteln entnehmen.¹⁰³⁵

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Gefahr des Angriffs nicht nur gegenwärtig, wenn die Rechtsgutsverletzung gerade stattfindet, sondern auch, wenn sie unmittelbar bevorsteht: „Die „gegenwärtige Gefahr einer Verletzung“ als Voraussetzung der Notwehr und deren schuldhaftes Überschreiten erfordert nicht notwendigerweise den Beginn der Verletzung (was manchmal eine Verteidigung unmöglich machen würde), sondern sie besteht bereits in der Beziehung zwischen einer drohenden Handlung und einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung.“¹⁰³⁶

In diesem Sinne braucht man zur Begründung einer Notwehrlage nicht, dass die Verletzung schon eingetreten ist, sondern es genügt das Fortdauern der gegenwärtigen Gefahr einer rechtswidrigen Verletzung. Da, wenn der Verletzungsanfang erfordert würde, dies oft und größtenteils die Effektivität der Verteidigung verringern würde.¹⁰³⁷

Damit die Gefahr als gegenwärtig i.S. der Notwehr gesehen werden kann, muss sich aber die Rechtsgutsverletzung in unmittelbarer Nähe zu ihrer Verwirklichung befinden: Das bedeutet, dass zur Zeit der Verteidigung die Gefahr entweder aus einer Bedrohung bestehen muss, die im Begriff

1030 Boscarelli, *Legittima Difesa*, 3.1.

1031 Antolisei, *Diritto Penale*, 16. ed., S. 301.

1032 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 55.

1033 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502. Es wird auch bemerkt, dass, wenn der Angriff schon abgeschlossen ist, es keine Erforderlichkeit gibt, einer Verletzung vorzubeugen. So Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278. Also fehlt es, wenn der Angriff bereits abgeschlossen ist, an der Voraussetzung der „Erforderlichkeit“ der Verteidigung.

1034 Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278.

1035 Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 55-56. Vgl. Del Corso, *C.P. Art. 52 Rn. 2*.

1036 Cass. Sez. I, Urteil Nr. 590 vom 15.2.1954, in: *Massimario Penale* (1954) 300.

1037 Cass. Sez. I, Urteil Nr. 1117 vom 21.11.1949, in: *Massimario Penale* (1954) 73.

ist, sich zu verwirklichen, oder sie muss aus einer unmittelbar bevorstehenden Gefährdung oder Verletzung bestehen.¹⁰³⁸

Wenn der Angriff abgeschlossen ist, besteht keine gegenwärtige Gefahr i.S. des Art. 52 c.p. mehr.¹⁰³⁹ Der *Corte di Cassazione* hat anerkannt, dass die Formel der „gegenwärtigen Gefahr“ auch Situationen einschließt, in welchen sich die Gefahrensituation über einen längeren Zeitraum erstrecken kann. Allerdings muss die Handlung des Angreifers offensichtlich, und nicht zweideutig, seinen Entschluss zur Verletzung zeigen und soll sich mit anhaltend bedrohlichem Verhalten ohne das Auftreten harmloser Zeitspannen fortsetzen. Die gegenwärtige Gefahr sei nicht nur als Einheit zu verstehen, sondern sie könne auch aus mehreren Handlungen bestehen.¹⁰⁴⁰

Nach dem Vorbringen des Verteidigers habe sich der Verteidiger in diesem Fall¹⁰⁴¹ zur Zeit des Tatgeschehens in einer gegenwärtigen Gefahr i.S. von Art. 52 c.p. befunden. Dabei habe sich die Gefahrenlage über einen längeren Zeitraum erstreckt und habe damit auch Handlungen eingeschlossen, welche dem Anschein nach als ungefährlich zu bewerten seien. Der Verteidiger habe sich der Lebensgefahr für ihn selbst und seine Familie durch Flucht nicht entziehen können und auch die Einschaltung der obrigkeitlichen Hilfe hätte ihm keinen effektiven Schutz bieten können. Dass die Verteidigungshandlung aus Mangel an Effektivität des polizeilichen Schutzes erforderlich war, lehnte das Gericht trotzdem ab. Im Ergebnis wurde die Berufung auf Notwehr von Gericht mangels eines dauerhaften Angriffs abgelehnt. Denn es sei nicht möglich den Begriff der Gegenwärtigkeit der Gefahr zu erweitern, ohne die ratio des Art. 52 c.p. zu entstellen, die Gefahr aufzuheben...und zwar wenn die Gefahr gegenwärtig, „im Gang“ (*in atto*) ist, sich durch menschliche Handlungen zu verwirklichen, die ihr Fortdauern ausdrücken.“

3. Die Auswirkungen der Reform vom Gesetz 13 Februar 2006, n. 59 auf das Merkmal der Gegenwärtigkeit und die Fälle der Präventivnotwehr

Angesichts der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs ist eine interessante Debatte zusammen mit der Reform des Jahres 2006¹⁰⁴² entstanden: Im neuen Absatz 2 und 3 des Art. 52 wird die sog. „spezielle Notwehr“ (*legittima difesa speciale*¹⁰⁴³) im häuslichen Bereich geregelt,¹⁰⁴⁴

1038 Cass. Sez. I, Urteil Nr. 1210 vom 8.2.1954, in: *Massimario Penale* (1954) 301.

1039 Deswegen wurden, in einem durch den Corte di Cassazione entschiedenen Fall, die fünf Schüsse, die der Täter auf den ursprünglichen Angreifer abgab, als dieser dem Schützen beim Verlassen des Tatorts den Rücken zukehrte, nicht durch Notwehr gerechtfertigt. Cass. Sez. I Urteil Nr. 1439 vom 12 Januar 1979, in: *Rivista Penale* (1979) 622.

1040 Cass. Sez. I, Urteil Nr. 5429 vom 9. Mai 1992, in: *Rivista Penale* (1993) 47.

1041 Cass. Sez. I, Urteil Nr. 5429 vom 9. Mai 1992, in: *Rivista Penale* (1993) 47. un *La Giustizia Penale* (1993) 21.

1042 L. 13 febbraio 2006, n.59.

1043 So Mantovani, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2006, 432.

1044 Art. 52, Abs. 2): „*Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. Abs. 3) La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività*

wonach das im Abs. 1 vorgesehene Proportionalitätsverhältnis besteht, wenn eine Person in ihrer Behausung eine legitim erworbene Waffe oder andere geeignete Mittel gegen den Eindringling benutzt, um ihre Unversehrtheit oder die eines anderen (Abs. 2, lit. a)) bzw. eigene oder fremde Güter (lit. b)) zu verteidigen. Im Fall des Güterschutzes (Abs. 2, lit. b)) muss aber kein Rückzug des Eindringlings (*desistenza*) und die Aggressionsgefahr für die persönliche Unversehrtheit des Verteidigers (*pericolo di aggressione*) bestehen.

In solchen Fällen wird das Vorliegen der Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung als gegeben betrachtet. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung scheidet aber nicht aus, wenn die anderen gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Nach Abs. 3 gilt dies auch dann, wenn sich der Verteidiger legitim in einem Raum befindet, wo ein Gewerbe ausgeübt wird.

Aus der Situation selbst, welche die neue Norm vorsieht, ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr anzunehmen. Zum einen setzt Art. 52 Abs. 2 c.p. einen schon in Gang gesetzten bzw. noch fortdauernden Hausfriedensbruch i.S.d. Art. 614 c.p. voraus, zum anderen die Gefahr für das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit der anwesenden Personen, wobei es anzuerkennen ist, dass auch bei diesen Fälle das Gegenwartigkeitserfordernis im Zusammenhang sowohl mit der Gefahr für die Vermögenswerte als auch mit der Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen zu setzen ist.

Gerade angesichts des Gegenwartigkeitserfordernisses des Art. 52, Abs. 1 c.p. stellt sich in der Rechtslehre die Frage, ob die „Aggressionsgefahr“ im Art. 52, Abs. 2 lit. b) c.p etwas anderes als „*pericolo attuale*“ (Art.52, Abs. 1 c.p.) bedeuten kann.

Es wird bemerkt, dass sowohl die Gegenwartigkeit der Gefahr als auch die Erforderlichkeit der Verteidigung i.S. von Art. 52 Abs. 1 c.p., welche bei der neuen Regelung nicht ausdrücklich genannt werden, auch in Fällen der speziellen Notwehr vorliegen müssen, indem sie von der speziellen Regelung nicht ausdrücklich aufgehoben werden.¹⁰⁴⁵

Somit habe der Gesetzgeber im Art. 52, Abs. 2 c.p. lediglich die Differenzelemente der neuen Regelung und zwar das Proportionalitätsverhältnis zwischen Aggressionsgefahr und Reaktion geregelt. Aufgrund der Besonderheit der Situation bei der Verteidigung im häuslichen Rahmen statuiert Art. 52, Abs. 2 c.p. hierfür eine Vermutung *ex lege* ohne Möglichkeit der Gegenbeweis beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Notwehr,¹⁰⁴⁶ um zu vermeiden, dass diejenigen, die gegen eine Aggression in ihrer Wohnung reagieren, wegen fahrlässiger oder sogar vorsätzlicher

commerciale, professionale o imprenditoriale“.

1045 So Pisani, La legittima difesa, in: Ronco (a cura di), Commentario sistematico al Codice Penale, Il Reato, 2. Vol., 2. ed., Bologna 2011, S. 753.

1046 Vgl. Cadoppi, La legittima difesa domiciliare (c.d. «sproporzionata» o «allargata»): molto fumo e poco arrosto, in Dir. pen. proc., 2006, 436.

Tat verurteilt werden, weil sie dem Angreifer größere Schäden als die drohenden Gefahr verursacht haben.¹⁰⁴⁷

Die weiteren Elementen der speziellen Notwehr werden implizit durch den im Abs. 2 enthaltenen Rückgriff auf die allgemeine Regelung im Art. 52 Abs. 1 c.p. geregelt,¹⁰⁴⁸ so dass die Elemente der Notwendigkeit der Verteidigung und der aktuellen Gefahr auch bei der neuen Notwehr vorliegen müssen, wenngleich unter unterschiedlichen Umständen.¹⁰⁴⁹

So kann die Konstellation in Art. 52, Abs. 2, lett. a) c.p. vom Vorliegen der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Verletzung, die als konstitutives Element der allgemeinen Notwehrregelung gilt und in der speziellen Konstellation von Abs. 2 eingebaut ist, nicht unabhängig gemacht werden.

Danach bezieht sich die Vermutung der Proportionalität allein auf die Geeignetheit des Mittel, insoweit im Einzelfall die Reaktion zur Gefahr gegen die körperliche Unversehrtheit nicht außer Verhältnis steht.¹⁰⁵⁰ So sei der Richter beim Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit von der Beurteilung des Verhältnisses zwischen Grad der drohenden Gefahr und Schwere des angerichteten Schadens nicht befreit.¹⁰⁵¹

Bei der Konstellation in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. bezieht sich die Aggressionsgefahr auf das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit, denn das Vorliegen einer aktuellen Gefahr für Vermögenswerte lässt sich schon aus Art. 52, Abs. 1 c.p. durch die Formulierung der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Verletzung (*pericolo attuale di un'offesa ingiusta*) entnehmen.¹⁰⁵²

Zur Bestimmung der Verhältnis zwischen der Aggressionsgefahr in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. und der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Verletzung in Art. 52, Abs. 1 c.p. bietet es sich eine kritische Auslegung, welche die zeitlichen Grenzen der im häuslichen Raum ausgeübten Notwehr ausdehnen will. In diesem Sinne wird es bemerkt, dass Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. nur das Bestehen einer bloßen Aggressionsgefahr und nicht auch einer gegenwärtigen Aggressionsgefahr verlange,¹⁰⁵³ so dass in diesen Fällen die defensive Reaktion

auch bei Nichtvorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen gerechtfertigt werden könne.¹⁰⁵⁴ Dies kann allerdings zu einer antizipierten Verteidigungsreaktion führen, die bei einer gegenwärtigen Gefahr für die Vermögenswerte erfolgt, welche eine zukünftige Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen aufgrund der

1047 Palazzo, Corso di diritto penale, Parte generale, Torino 2011, S. 416.

1048 Pisani, La legittima difesa, S. 749.

1049 Pisani, La legittima difesa, S. 752.

1050 Vgl. dazu Cadoppi, Dir. pen. proc., 2006, S. 436.

1051 So Pierdonati, La proporzione nella legittima difesa: il momento e la base del giudizio, in: Indice Penale, 2003, S. 587 ff.

1052 Viganò, Sulla nuova legittima difesa, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, S. 210.

1053 Semeraro, Riflessioni sulla riforma della legittima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio, in Cass.pen., 2006, 848.

1054 Padovani, Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità ed incertezze, in Guida dir., 2006, fasc. 13, 52.

konkreten Umstände im Einzelfall vernünftig erwarten lässt.¹⁰⁵⁵

Diese Auffassung ist jedoch ganz oder teilweise abzulehnen,¹⁰⁵⁶ denn dadurch bei Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. eine vorbeugende Reaktion gegen erst in Zukunft erwartete Angriffe bzw. bloße Bedrohungen erlaubt würde.¹⁰⁵⁷

Ferner schließt schon der „Aggressionsgefahr“ in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit nicht aus: Diese wird nämlich bereits in Art. 52, Abs. 1 c.p. als grundlegendes Element der Notwehr vorausgesetzt, so dass eine Wiederholung in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. überflüssig wäre.¹⁰⁵⁸ Darüber hinaus deutet der Aggressionsbegriff auf einen konkreten Angriff gegen die körperliche Unversehrtheit hin.¹⁰⁵⁹

Unter dieser Prämisse bietet es sich, die Formulierung der „Aggressionsgefahr“ in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. so auszulegen, dass sie einen solchen Zeitraum kennzeichnet, welcher der Verwirklichung eines Angriffs gegen die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen oder eines anderen unmittelbar bevorsteht.¹⁰⁶⁰ So hat Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. die Funktion, die zeitlichen Grenzen der Notwehr bei Fällen auszudehnen, in denen sich die Gefahr gegen die körperliche Unversehrtheit in der Rechtsgutsverletzung noch nicht verwirklicht hat, sondern unmittelbar bevorstehend ist, obwohl hier die Möglichkeit des Angegriffenen besteht, alternative Maßnahmen zu ergreifen.¹⁰⁶¹ So ist die Gefahr hier schon gegenwärtig, sie hat sich aber in der Sphäre des Angegriffenen noch nicht objektiv verwirklicht.

In diesem Zusammenhang setzt der Verteidigungszweck („*al fine di difendere*“) die subjektive Vorstellung der Aggressionsgefahr seitens des Angegriffenen, welcher sich angesichts der eskalierenden Konfliktlage dazu gezwungen fühlt, sich gegen einen unmittelbar bevorstehenden Angriff gegen die körperliche Unversehrtheit sofort zu verteidigen.¹⁰⁶² Dabei müssen einerseits die objektiven Umstände, welche die Entwicklung der Gefahr in der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit mit Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, andererseits das Kausalverhältnis zwischen der subjektiven Vorstellung der Aggressionsgefahr seitens des Angegriffenen und Verteidigungsreaktion.¹⁰⁶³

1055 Viganò, Riv. it. dir. proc. pen., 2006, S. 217 u. 219. Vgl. auch Gargani, Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n. 59), in Studium Iuris, 2006, S. 973.

1056 Dazu eingehend Pisani, La legittima difesa, S. 764. ff.

1057 Gargani, Studium Iuris, 2006, S. 973.

1058 Pisani, La legittima difesa, S. 765.

1059 Marra, Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere, in Dir. e Giust., 2006, fasc. 5, 97.

1060 Von unmittelbarem Vorliegen der Gefahr (*imminenza del pericolo*) spricht Palazzo, Corso, 2011, 406 f.; vgl. dazu Grosso, voce «Legittima difesa», in Cassese (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, IV, Milano 2006, 3476.

1061 Pisani, La legittima difesa, S. 766.

1062 Vgl. dazu Gamberini, Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa, in La legislazione penale, in: Insolera (a cura di), La legislazione penale compulsiva, Padova 2006, S. 77.

1063 Pisani, La legittima difesa, S. 767. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die neue Regelung eine sofortige Verteidigungsreaktion erlaubt, obwohl eine aktuelle Aggressionsgefahr für die körperliche Unversehrtheit

Zusammenfassend wird es in Art. 52, Abs. 2, lett. a) c.p. das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Rechtsgutsverletzung gegen das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen oder eines anderen verlangt; in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. müssen hingegen eine gegenwärtige Gefahr für die Vermögenswerte, welche sich schon beim Rückzug des Eindringlings (*desistenza*) ausschließen lässt, und eine unmittelbar bevorstehende Aggressionsgefahr gegen die körperliche Unversehrtheit zusammenkommen. Dabei muss die Beurteilung der Verteidigungsreaktion auf den Grad der Gefahr für die körperliche Unversehrtheit unter Berücksichtigung des Angriffspotentials des angewendeten Mittels, das aufgrund der gesetzlichen Vermutung in Art. 52, Abs. 2 c.p. immer als angemessen zu betrachten ist, bezieht werden. So ist die Reaktion auch dann verhältnismäßig, wenn - angesichts des Grads der drohenden Gefahr und der geringere Schutzwürdigkeit des Angreifers - das beeinträchtigte Interesse das geschützte Interesse in angemessener Weise überwiegt.¹⁰⁶⁴

Dieses Verständnis der „Aggressionsgefahr“ in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p., wonach der Gefahrbegriff das unmittelbares Bevorstehen einer Angriff gegen die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen kennzeichnet, ist für die vorliegende Untersuchung wertvoll.

Durch Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. wird in der Struktur des Notwehrtatbestandes ein subjektives Element eingefügt, das bei der Lösung der hier erforschten Fällen der „Haustyrannen-Tötung“ eine Rolle spielen kann. Gerade die subjektive Wahrnehmung des Angegriffenen, einem unmittelbaren Verletzung gegen seine körperliche Unversehrtheit ausgesetzt zu sein, begründet hier seine Reaktion angesichts der hoher Wahrscheinlichkeit der Entwicklung der aktuellen Konfliktlage, welche ihn dazu zwingt, sich sofort zu verteidigen.

Ein solcher Perspektivwechsel wäre gerade auch bei der „Haustyrannen-Tötung“ zweckmäßig aufgrund der besonderen Einschätzungsmöglichkeit des Konfliktverhaltens des Partners seitens der Täterin. Die spezifische Besonderheit dieser Fällen besteht darin, dass es vor der Tatsituation immer wieder zu tätlichen Auseinandersetzungen zwischen den Partnern gekommen ist. Hier stellen sich die Auseinandersetzungen meist nicht als Einzelfall dar, sondern verlaufen in einer gewaltgeprägten Partnerschaft immer wieder nach denselben Grundmustern, welches die Täterin aufgrund einer Vielzahl von Einzelerlebnissen kennt und einzuschätzen vermag. Unter dem Eindruck der früher bei Tötlichkeiten ihres Mannes erlittenen erheblichen Verletzungen und Bedrohungen und angesichts der Persönlichkeitsstruktur des Partners fühlt sich die Frau unter gleichen Bedingungen einer unmittelbar bevorstehenden Aggressionsgefahr gegen ihr Leben ausgesetzt, welche ihr dazu zwingt,

noch nicht vorliegt, wenn die Reaktion des Angegriffene zur Verteidigung von Vermögenswerte eine gewaltsame Gegenreaktion seitens des Angreifers mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lässt: vgl. Viganò, Riv. it. dir. proc. pen., 2006, S. 221. Hier wird es aber bemerkt, dass in diesem Fall Vermögenswerte im Rahmen von Art. 52, Abs. 1, c.p. verteidigt werden können.

1064 Dazu Pagliaro, Principi, 8. ed., S. 417; Grosso, Dizionario di diritto pubblico, S. 3480.

sich präventiv zu verteidigen.

Dies kann allerdings zur Ausdehnung der zeitlichen Grenzen der Notwehr führen, indem hier eine vorbeugende Abwehr bei bloßer Möglichkeit der Verwirklichung einer erst subjektiv wahrgenommenen Angriffsfahr für Leben bzw. körperliche Unversehrtheit zugelassen würde.¹⁰⁶⁵

So wird betont, wie wichtig ist es anzuerkennen, dass die Beurteilung über das unmittelbare Bestehen einer Angriffsfahr immerhin von der Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände im Einzelfall vom Standpunkt einer durchschnittlich vernünftiger Person nicht ganz unabhängig gemacht werden kann.¹⁰⁶⁶

Im Lichte des oben gesagten kann das weites Verständnis der „Agressionsfahr“ in Art. 52, Abs. 2, lett. b) c.p. die Auslegung der Fahr Begriff in Art. 52, Abs. 1 c.p. nicht ganz unberührt lassen.¹⁰⁶⁷

Es kann jedoch die Einordnung des Notwehrtatbestandes als Entschuldigungsgrund überhaupt nicht legitimieren.

II. Die Funktion des Gegenwärtigkeitsmerkmals innerhalb der Notwehrvorschrift und das Verhältnis zur Präventivnotwehr

Nach einer Deutung spielt die Notlage die zentrale Rolle innerhalb der Notwehrvorschrift. Daneben befinden sich die Sekundärelemente der Gegenwärtigkeit und der Verhältnismäßigkeit.¹⁰⁶⁸

Die Berufung auf eine bestimmte Theorie zur Begründung der Notwehr, und somit der Rückgriff auf ein bestimmtes Konfliktmodell,¹⁰⁶⁹ schlägt sich nicht nur in der dogmatischen Einordnung des Instituts, sondern auch in der Bedeutung und Stellung der Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit und der Proportionalität innerhalb der Notwehr nieder.¹⁰⁷⁰

Während die Bedeutung der Proportionalität in den vergangenen Jahren große Veränderungen erfahren hat, hat sich der Gegenstand des Gegenwärtigkeitsmerkmals gegenüber der Entwicklungen der Notwehrlehren allzeit beständig gehalten.¹⁰⁷¹ Dies wird häufig damit erklärt, dass die Gegenwärtigkeit die innere Grenze des Notwehrrechts bezeichnet,¹⁰⁷² welche in enger Verbindung mit dem zentralen Element der Notwehr, d.h. die Notwendigkeit der Verteidigungsreaktion, steht.¹⁰⁷³

Daraus ergibt sich die Garantiefunktion des Gegenwärtigkeitsmerkmals bei bereits abgeschlossenen Angriffe, wobei die Verteidigungsreaktion nicht mehr notwendig ist und außerhalb der

1065 Vgl. Gargani, *Studium Iuris*, 2006, S. 973; Viganò, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, S. 217.

1066 Viganò, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, S. 219.

1067 So auch Pisani, *La legittima difesa*, S. 769.

1068 Szegö, *Ai confini*, S. 369 u. 406.

1069 Szegö, *Ai confini*, S. 369 f.

1070 Szegö, *Ai confini*, S. 406.

1071 Szegö, *Ai confini*, S. 370.

1072 Szegö, *Ai confini*, S. 370.

1073 Szegö, *Ai confini*, S. 370 u. 407.

Anwendungsbereichs der Notwehr bleiben soll.¹⁰⁷⁴

Dahingegen bereitet das Gegenwärtigkeitsmerkmal bei erst künftigen Gefahren, welche sich aber mit genügender Sicherheit erwarten lassen, vor allem Schwierigkeiten, weil die Forderung nach einer gegenwärtigen Gefahr die letzte oder sichere Abwehrmöglichkeit beeinträchtigt.¹⁰⁷⁵ In diesem Zusammenhang wird zudem betont, dass zur Zeit der Verteidigungshandlung die Gefahr in Gang sein soll.¹⁰⁷⁶

Während sich die Unanwendbarkeit der Notwehrregelung bei schon beendeten Angriffen bereits aus ihrer Schutzfunktion entnehmen lässt, beruht die Ablehnung von präventiven Verteidigungsreaktionen, welche im Vorfeld eines Angriffs ergriffen werden, um die Gefahr wirksam abwehren zu können, offensichtlich auf einem auf überindividualistische Deutungsweisen der Notwehr bezogenen Verständnis des Verhältnisses von privater Verteidigung und staatlichem Gewaltmonopol,¹⁰⁷⁷ wobei der Staat der einzige Besitzer der Verteidigungsbefugnisse ist. So verstanden, soll das Notwehrrecht nur ausnahmsweise in solchen Fällen in Betracht kommen, in denen der Staat nicht rechtzeitig eingreifen¹⁰⁷⁸ und eine Privatperson deshalb das staatliche Handeln ersetzen kann.¹⁰⁷⁹

Unter praktischen Gesichtspunkten ist bei künftigen Gefahren die Herbeiholung staatlicher Hilfe, welche insofern die bessere Verteidigungsmöglichkeit für Privatpersonen ist,¹⁰⁸⁰ noch möglich.¹⁰⁸¹ An dieser Stelle muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass bei Vorliegen einer unmittelbaren bevorstehenden Gefahr, welche nur durch sofortigen Gewalteinsetz präventiv abgewehrt werden kann, die Pflicht zur Herbeiholung staatlicher Hilfe¹⁰⁸² nicht mehr in Betracht kommt, denn hier könnte der Staat nicht rechtzeitig eingreifen.¹⁰⁸³ Die Ablehnung einer Notwehrlage in diesen Fällen erklärt sich daher nur durch eine überindividualistische Deutungsweise der Notwehr, wonach die Verteidigungsreaktion der Privatperson eine Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol in bestimmten Grenzfällen bildet.¹⁰⁸⁴

III. Die Beurteilung über das Vorliegen der Gefahr

In Folge des objektiven Charakters der Gefahr beruht das Urteil über das Vorliegen und die

1074 Szegö, *Ai confini*, S. 371 u. 407.

1075 Szegö, *Ai confini*, S. 407.

1076 Für alle Manzini, *Trattato II*, S. 388.

1077 Szegö, *Ai confini*, S. 372 ff.

1078 Grosso, *Enciclopedia del diritto*, S. 46.

1079 Penso, *Difesa legittima*, S. 27; Szegö, S. 373.

1080 Szegö, *Ai confini*, S. 374.

1081 Grosso, *Difesa legittima*, S. 80.

1082 Grosso, *Difesa legittima*, S. 80.

1083 Szegö, *Ai confini*, S. 375 f.

1084 Szegö, *Ai confini*, S. 376.

Intensität der Gefahr nach h.L. auf einer ex-post-Sichtweise.¹⁰⁸⁵ Dieser Prüfung legt nicht eine persönliche Bewertung der Lage zugrunde, welche von Subjekt zu Subjekt unterschiedlich ist,¹⁰⁸⁶ sondern sie basiert auf der herkömmlichen Erfahrung, „auf der allgemeinen Erfahrung der Ursachenwerte“,¹⁰⁸⁷ welche die Tauglichkeit der Lage zur Erbringung einer Verletzung festlegt.¹⁰⁸⁸ Dies bezieht sich auf die Funktion des Erlaubnissatzes, welcher aus der objektiven Entscheidung über dem Vorrang zweier widerstreitender Interessen entsteht.¹⁰⁸⁹ So scheint es schwierig sowohl die Absage einer der beiden Interesse aufgrund ihrer „Rechtswidrigkeit“ als auch die Zuordnung des anderen als „rechtmäßig“ für das gesamte Rechtssystem zu begründen, wenn die Effektivität der bestimmenden Lage und dadurch der gesamten Umstände, welche vor, während und nach der Angriffshandlung bekannt waren, bei Seite gelassen würden.¹⁰⁹⁰

Die ex-ante-Sichtweise, der das hypothetische Urteil eines vernünftigen oder einsichtigen Menschen in der Situation des Täters zugrunde legt, kann zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Notwehr und Putativnotwehr führen.¹⁰⁹¹ Ist nach dem Urteil eines vernünftigen Menschen in der Situation des Täters eine Notwehr zu erkennen, obwohl tatsächlich keine vorhanden war (ex-ante-Betrachtung), dann müsste auch eine Notwehrlage auf der Seite des vermeintlichen Angreifers erkannt werden, denn in seiner Situation hätte ein vernünftiger Menschen auch eine Notwehrlage wahrgenommen. Dies würde aber zu einer „Notwehr gegen Notwehr-Situation“ führen.¹⁰⁹²

Daher wurde nur vereinzelt in der Rechtsprechung eine ex-ante-Betrachtung der Notwehrlage , sowohl in ihrer realen als auch in ihrer putativen Form sowie bei ihrer schuldhaften Überschreitung durchgeführt.¹⁰⁹³

1085 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 69. Da sowohl Notwehr als auch Notstand objektiv wirken, d.h. Unabhängig von der Vorstellung des Verteidigers, soll die Feststellung der tatsächlichen Gefahr durch alle Elemente der Lage durchgeführt werden, d.h. auch durch die Elemente, die nach der Tatverwirklichung zur Kenntnis kamen. Vgl. Del Corso, C.P. Art 52 Rn. 2. Zaina, *Legittima Difesa*, S. 94. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 52. Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502.

1086 Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, S. 166.

1087 Petrocelli, *La pericolosità*, S. 11.

1088 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 61.

1089 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502. Er bemerkt, dass Notwehr nicht die nicht-Strafbarkeit des Täters, sondern die Rechtmäßigkeit der Tat für die gesamte Rechtsordnung erklärt.

1090 Del Corso, C.P. Art. 52 Rn. 2.

1091 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502.

1092 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502.

1093 So z.B.: Cass. Sez. I, 17.2.2000, Tripodi, CP 2001, 479. Vgl. dazu Corte Suprema di Cassazione, Sez. I, Urteil n° 4456 v. 17. Februar 2000. „*L'accertamento relativo alla scriminante della legittima difesa reale o putativa e dell'eccesso colposo deve essere effettuato con un giudizio ex ante...*“ Der Corte di Cassazione zitiert zugleich seine eigene Rechtsprechung: Cass., Sez. I, v. 5 gennaio 1999. Wortwörtlich wird es auch von untergeordneten Gerichten bestätigt, wie z.B. im Urteil v. 4. März 2005 des Ass. App. Catania, in: *Massimario.it* - 28/2011.

IV. Das Gegenwärtigkeitsmerkmal im Notwehr- und Notstandsrecht und die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr

Die Notwehrlage wird von Art. 52 c.p. durch den Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ (*pericolo attuale*) gekennzeichnet. Unter diesem Aspekt besteht kein Unterschied zum Begriff des Notstands, welcher im Art. 54 c.p. ebenfalls eine gegenwärtige, nicht willentlich verursachte und nicht vermeidbare Gefahr eines schweren Schadens für eine Person voraussetzt.

Die italienische Rechtslehre macht im Allgemeinen auch keinen Unterschied zwischen dem Gegenwärtigkeitserfordernis des einen oder des anderen Rechtsinstituts.¹⁰⁹⁴ Es wird auch beim Notstand das unmittelbare Bestehen einer Gefahr gefordert und die „nicht anders Abwendbarkeit“ dieser Gefahr, welche nicht gegeben ist, wenn genügend Zeit besteht, andere Maßnahmen einzugreifen.¹⁰⁹⁵

Der Unterschied zwischen Notwehr und Notstand kommt in Bezug auf den Inhalt der Gefahr zum Ausdruck, was zugleich erklärt, warum die Notwehrhandlung gegen die Rechtsgüter des Angreifers gerichtet sein soll: Auf der einen Seite setzt Art. 52 c.p. die gegenwärtige Gefahr einer „ungerechten Verletzung“ als notwehrbegründend voraus. Auf der anderen Seite erfordert Art. 54 c.p. die gegenwärtige Gefahr eines „schweren Schadenseintritts“ als notstands begründend. Das bedeutet, dass Notwehr nur bei einer Gefahrenlage zugelassen wird, die aus einer rechtswidrigen Handlung hervorgeht. Dahingegen wird Notstand bei einer Gefahrenlage zugelassen, die sowohl aus einer rechtswidrigen als auch einer rechtmäßigen Handlung hervorgeht.¹⁰⁹⁶ Aus diesem Grund darf die Verteidigungshandlung bei der Notwehr nur gegen den Angreifer selbst gerichtet sein,¹⁰⁹⁷ während im Notstand nur Abwehrmaßnahmen gegen rechtmäßig handelnde Dritte ausgeübt werden dürfen.

Daraus ergibt sich, dass, bei Präventivnotwehr-Fällen eine Anwendung des Notstandes Art. 54 c.p. nicht in Betracht kommt. Obwohl in dem italienischen Recht grundsätzlich kein Unterschied zwischen dem Gegenwärtigkeitserfordernis des Notwehr- und des Notstandsrechts besteht, denn sowohl das eine als auch das andere Rechtsinstitut sich durch den Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ (*pericolo attuale*) kennzeichnen, rechtfertigt Art. 54 c.p. nur Abwehrhandlungen gegen unbeteiligte Dritte.

Schon hier soll darauf hingewiesen werden, dass im italienischen System der Notstand nach Art 54 c.p. nur als Rechtfertigungsgrund vorkommt, und zwar auf der Grundlage einer im wesentlichen objektiven Abwägung der Interessen und Rechtsgüter nach einem umfassenden" Kriterium von

1094 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 80. Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*. S. 393.

1095 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 80.

1096 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 73.

1097 Zaina, *Legittima difesa*, S. 87. Del Corso, *C.P. Art. 52 Rn. 3*. Padovani, *Difesa Legittima*, S. 511.

Verhältnismäßigkeit zwischen Tat und Gefahr.¹⁰⁹⁸ Daher kommt im Unterschied zum deutschen Recht eine Entschuldigung durch Notstand bei Präventivnotwehr-Fällen nicht in Betracht.

TEIL 2 DIE PRÄVENTIVE VERTEIDIGUNG NACH ITALIENISCHER ANSICHT

Der folgende Teil widmet sich der Konstellation der sogenannten „Präventivnotwehr“. In einem ersten Schritt werden die Fallgruppen der „Präventivnotwehr“ dargestellt. Danach bietet die Arbeit einen Überblick über die verschiedenen Lösungen für die rechtliche Behandlung der Präventivnotwehr.

KAP. 1 DIE KONSTELLATION DER „PRÄVENTIVNOTWEHR“

Für die vorliegende Untersuchung interessiert besonders die Frage, wie Konstellationen zu behandeln sind, die zeitlich aus dem Rahmen des Art. 52 c.p. fallen, da der Angriff noch nicht gegenwärtig sondern erst bevorstehend ist. In diesem Zusammenhang sollen die Konstellationen der sogenannten „Präventivnotwehr“ eingehend behandelt werden.

I. Allgemein

Die Verteidigungsmaßnahmen, die im Vorfeld eines Angriffs ergriffen werden, obwohl eine akute Bedrohung von Rechtsgütern noch nicht vorliegt, was für die Notwehr in der Regel erforderlich ist, werden unter dem Oberbegriff der Präventivnotwehr behandelt. Dabei wehrt der Verteidiger eine Gefahr ab, die noch nicht das Stadium der Gegenwärtigkeit i.S. des Notwehrrechts erreicht hat.

II. Die Fallgruppen der „Präventivnotwehr“

Im Sinne einer klaren Strukturierung der Fälle der präventiven Abwehr eines noch zukünftigen Angriffs lässt sich eine weitere Unterteilung vornehmen: Zum einen werden Fälle zu betrachten sein, in denen der rechtswidrige Angriff noch im Stadium der Vorbereitung steckengeblieben ist, aber in näherer Zukunft erfolgen soll (Präventivnotwehr im engeren Sinne bei künftigem Angriff) und zum anderen sind die sog. Dauergefahren am Beispiel der immer wiederkehrenden Angriffe darzustellen, also Sachverhalte in denen ein gefahrdrohender Zustand über einen längeren Zeitraum

¹⁰⁹⁸ Romano, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Freiburg 1991, S. 121.

andauert und jederzeit (unter Umständen sogar mehrmals) in ein Schadensereignis umschlagen kann. Davon zu unterscheiden sind die Konstellationen der antizipierten Notwehr beziehungsweise des Dauerangriffs.

1. Die „Präventivnotwehr“ bei zukünftigen Angriffen

In der Rechtslehre wird einhellig verneint, dass die Gefahr künftiger Angriffe durch die Notwehr erfasst wird.¹⁰⁹⁹ Die Gefahr soll gegenwärtig sein, da die „Verteidigung“ immer einen Angriff voraussetzt.¹¹⁰⁰ Darüber hinaus ist in der Regel bei Gefahr künftiger Angriffe die Hilfe der entsprechenden Staatsorgane einzuholen.¹¹⁰¹

Es wird bemerkt, dass gerade in der Gegenwartigkeit einer Gefahr einer der Gründe der Notwehr zu finden ist, denn bei Gefahr künftiger Angriffe ist die Hilfe der entsprechenden Staatsorgane einzuholen.¹¹⁰² Es sei die tatsächliche Unverfügbarkeit des „präventiven öffentlichen Schutzes des Staates“, welche das Notwehrrecht begründet.¹¹⁰³

Auch die ständige Rechtsprechung verneint die Möglichkeit der Ausübung von Notwehrhandlungen gegenüber künftigen Angriffen. Zur Anerkennung der Notwehr sowie ihrer schuldhaften Überschreitung ist es immer erforderlich, dass die Gefahr nicht nur als eventuell oder möglich, sondern gegenwärtig und konkret auftritt.¹¹⁰⁴

Entscheidend für eine Rechtfertigung wegen Notwehr ist nur die gegenwärtige Gefahr, die entweder aus einer konkreten, schon im Verwirklichungslauf befindlichen Bedrohung oder aus der Bedrohung einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsgutsverletzung entsteht. Zur Begründung einer Notwehrlage reicht daher nicht aus, dass jemand zur Zeit des Tatgeschehens eine Waffe bei sich trug. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass bei der Nutzung oder bei der Bedrohung der unmittelbar bevorstehenden Nutzung dieser Waffe eine unmittelbar bevorstehende Gefahrensituation mit nachfolgender Verteidigungserforderlichkeit gegen den Täter entsteht oder, dass beim Bedrohten die vernünftig begründete Meinung verursacht wird, sich in einer Lage zu befinden, in der die Erforderlichkeit einer Verteidigung besteht.¹¹⁰⁵ Hierbei ist auch das Verhältnis zwischen Gegenwartigkeitserfordernis und Erforderlichkeit der Notwehrhandlung zu sehen.

2. Die antizipierte Notwehr

Als *offendicula* werden im italienischen Strafrecht selbstständig wirkende Präventivmaßnahmen zur

1099 So Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278.

1100 Boscarelli, *Legittima Difesa*, 3.1.

1101 Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278.

1102 Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278; Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380.

1103 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502.

1104 Cass. Sez. IV, Urteil Nr. 1 von 13. Januar 1963, in: *Rivista Penale* II (1964) 1029.

1105 Cass. pen., Sez. I, 28.1.1991, Manti; in Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 55.

Abwehr möglicherweise bevorstehender Angriffe gegen Vermögenswerte bzw. andere Rechtsgüter. Geradezu ein Klassiker in diesem Bereich sind auf einer Mauer einbetonierte Glasscherben, Metallspitzen auf Toren, Wachhunde, elektrisch geladene Zäune und Schrotflinten, die beim Öffnen der Tür auslösen.¹¹⁰⁶

Nach einer Teil der Literatur bezieht sich die Begründung derartigen Schutzanlagen auf Art. 51 c.p. (*esercizio del diritto*). Demnach wird bemerkt, dass jedes Recht dem Besitzer entsprechende Verteidigungsbefugnisse verleiht.¹¹⁰⁷ Allerdings ist die Selbstverteidigung durch Schutzanlagen einerseits durch den Grundsatz des Schutzes unbeteiligter Dritten eingeschränkt. Von diesem Standpunkt aus ist wesentlich darauf abzustellen, ob der Angreifer ausreichend auf die Abwehranlage hingewiesen wurde. Andererseits wird eine gewisse Proportionalität zwischen Angriffs- und Verteidigungsintensität erfordert.¹¹⁰⁸

Diese Ansicht wird jedoch von der herrschenden Lehre abgelehnt, indem sie die Rechtfertigung durch Notwehr der durch mittels einer Selbstschutzanlage verursachten Rechtsgüterverletzungen eines Angreifers bejaht. Dabei ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Notwehrvoraussetzungen nicht der Moment der Installation der Anlage, denn dadurch kein Straftatbestand erfüllt wird, sondern der des Wirksamwerdens der Anlage beim Eintritt einer strafrechtlich relevanten Rechtsgutsverletzung.¹¹⁰⁹

Beim Anbringen von Selbstschutzanlagen geht es nicht um die Frage nach der Gegenwärtigkeit der Gefahr, denn diese Anlagen werden in dem Moment eingeschaltet, im welchen die Gefahr einer rechtswidrigen Verletzung ohne Zweifel „gegenwärtig“ ist.¹¹¹⁰ Die Schwierigkeiten bestehen vielmehr auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit der Verteidigung aufgrund der unmöglichen genauen Messung der Verteidigung in Bezug auf den konkreten Angriff.¹¹¹¹

Die dadurch verursachten Rechtsgüterverletzungen werden dann nach Notwehr gerechtfertigt, sofern sie gegen den Angreifer gerichtet sind und die Grenze der Verhältnismäßigkeit nicht überschreiten. Zeigt sich hingegen, dass die durch das Medium der Schutzanlage ausgeübte Verteidigung die soeben erwähnten Bedingungen nicht erfüllt, d.h. dass durch den Einsatz derartiger Anlagen eine Person geschädigt wird, die tatsächlich keine kriminelle Absicht hat, bzw. dass auch ein milderer Mittel zur zuverlässigen Angriffsabwehr ausgereicht hätte, so scheidet eine

1106 Dolcini/Marinucci, Codice Penale Commentato, 2. ed., Milano 2006, Art. 52, Rn. 111. Weitere allgemeine Hinweise zu diesem Thema finden sich im deutschen Teil bei der Behandlung der antizipierten Notwehr. Siehe oben.

1107 So Manzini, Trattato II, S. 422. Vgl. Teilweise auch Mantovani, Diritto penale. Parte generale, 4. ed., 2001, S. 261.

1108 So Antolisei, Diritto penale, 16 ed., S. 287; Bettiol/Pettoello Mantovani, Diritto penale, S. 281; Romano, in Commentario Sistematico, 1. Vol., 3. ed., Milano 2004, Art. 51, 546; in der Rechtsprechung, C. 24.1.1990, Borretti, CED 183949.

1109 Vgl. Dolcini/Marinucci, C.P., Art. 52, Rn. 112.

1110 Padovani, Difesa Legittima, S. 503.

1111 Szegö, Ai confini, S. 364.

Notwehrrechtfertigung aus. Die Straflosigkeit des Verwenders der Anlage wird dann auf der Ebene der Schuld zu überprüfen sein.¹¹¹²

Um die Verantwortlichkeit des Anlagenverwenders für den eingetretenen Verletzungserfolg einzuschränken wird zunächst auf den Grundsatz des erlaubten Risikos hingewiesen. So wird bereits durch die Errichtung von Schutzanlagen kein unerlaubtes Risiko geschaffen. Eine Verantwortlichkeit des Verursachers kommt dann nicht in Betracht, wenn er mit ausreichender Sorgfalt auf Vorhandensein der Anlage und deren Wirkung durch Warnhinweise hingewiesen hat und das Verhalten des Eindringlings unvorhersehbar war.¹¹¹³

In diesem Zusammenhang kann sich eine Beschränkung der Verantwortlichkeit des Anlagenverwenders für den eingetretenen Verletzungserfolg unter dem Gesichtspunkt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ergeben. Dabei kommt es maßgeblich auf die Erkennbarkeit der Anlage an. Trotzdem wird das bloße sinnliche Erfassen des Warnhinweises in der Regel nicht als Indiz dafür ausreichen, dass sich der Angreifer tatsächlich der Gefahr in ihrer ganzen Tragweite bewusst war. Von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Angreifers wird aber grundsätzlich dann ausgegangen werden können, wenn die Schutzanlage selbst offensichtlich zu Tage liegt und ihre Wirkungsweise eindeutig durchschaubar ist.¹¹¹⁴

Für den Fall, dass die durch mittels einer Selbstschutzanlage verursachten Rechtsgüterverletzungen eines Angreifers außer Verhältnis zum Angriff steht, ist eine Überschreitung der zulässigen Verteidigung anzuerkennen.¹¹¹⁵ Hier wird wiederum zwischen fahrlässiger, unvermeidbarer und vorsätzlicher Überschreitung differenziert, je nachdem, ob der Anwender auf die Errichtung der Anlage ausreichend hingewiesen hatte bzw. ob er bewusst unverhältnismäßige Maßnahmen vorgenommen hat¹¹¹⁶ oder zumindest die Verwirklichung unangemessener Rechtsgutsverletzungen des Angreifers ernstlich für möglich hält und sich mit diesem Risiko abfindet (*dolus eventualis*).¹¹¹⁷

3. Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr am Beispiel der „Haustyrannen-Tötung“

In der italienischen Rechtslehre wird die Frage nach dem Gegenwärtigkeitserfordernis bei der „Haustyrannen“-Konstellation kaum thematisiert. Dies begründet sich in der Eindeutigkeit der Lösung für die hier aufgeworfene Frage: Im italienischen Rechtssystem werden immer wiederkehrende Angriffe als entweder schon abgeschlossene oder in der Zukunft noch kommende

1112 Frosali, Sistema penale italiano, S. 296; Padovani, Diritto penale, 7. ed., Padova 2004, (13) 503.

1113 Vgl. Dolcini/Marinucci, C.P., Art. 52, Rn. 114.

1114 Vgl. dazu Dolcini/Marinucci, C.P., Art. 52, Rn. 114.

1115 Dolcini/Marinucci, C.P., Art. 52, Rn. 113.

1116 Vgl. etwa C. Ass. Latina 16.12.1986, Cimini, Giurisprudenza di merito 1988, II, 132 mit Anmerkung Barbalinardo.

1117 Vgl. Dolcini/Marinucci, C.P., Art. 52, Rn. 113.

einzelne Angriffe und nicht kumulativ als ein einziger Dauerangriff bewertet.¹¹¹⁸

Die hier analysierte Konstellation wird durch den Begriff der „gewöhnheitsmäßigen“ bzw. „immer wiederkehrenden“ Angriffe (*offese abituali*) beschrieben. Dabei kann die Gefahr als gegenwärtig angesehen werden, immer dann, wenn die Bedingungen, welche die wiederkehrende schädliche Handlung bestimmen, auftreten.¹¹¹⁹ Ein Beispiel dafür ist gerade der Fall des „Haustyrannen“, der die Familienangehörigen misshandelt, wenn immer er spät in der Nacht betrunken nach Hause zurückkehrt. Nach dieser Auffassung stelle der Mann in diesem Fall einen gegenwärtigen Angriff immer dann dar, wenn er in betrunkenem Zustand die Türschwelle überschreitet.¹¹²⁰ Dabei wird aber von der Rechtsprechung in den Zeiträumen zwischen den verschiedenen Angriffen keine gegenwärtige Gefahr i.S.d. Art. 52 c.p. anerkannt.¹¹²¹

Innerhalb dieser Konstellation wird der Fall einer Frau als Beispiel gegeben, welche von einem Straftäter entführt und danach immer wieder sexuell missbraucht wurde. In diesem Fall habe die Frau nach Art. 52 c.p. das Recht, den Angreifer im Schlaf zu töten, obwohl der nächste Angriff noch nicht unmittelbar bevorsteht, weil die Verteidigung „erforderlich“ sei.¹¹²² Es handelt sich um eine sog. „jetzt oder nie“-Konstellation.¹¹²³ Dabei handelt es sich um zwei verschiedene Angriffe: zunächst die immer wiederkehrenden Angriffe in Form des sexuellen Missbrauchs einer Person mit begrenzter Bewegungsfreiheit i.S.d. Art. 609 ter, 1, 4 c.p. und außerdem den Dauerangriff nämlich der Freiheitsberaubung i.S.d. Art. 605 c.p.¹¹²⁴ Da dem Opfer die Handlungsfreiheit bereits fast vollständig entzogen und dadurch die Handlungsalternativen stark eingeschränkt wurde, sei die Hilfe von Staatsorganen ihm versperrt. So bildet die Tötung des Peinigers das einzige Mittel, den Angriff abzuwenden. Hier ist also bereits ein gegenwärtiger Angriff vorhanden und die Verteidigungshandlung ist als letztes und einziges Mittel erforderlich.¹¹²⁵

Die Rechtsprechung verneint hingegen, dass immer wiederkehrende Angriffe bei einer

1118 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 311, der auf Szegö, *Ai confini*, hinweist.

1119 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502. Szegö, *Ai confini*, S. 366.

1120 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502. Dies wäre aber in Einklang mit der von Padovani selbst bemerkten äußeren Grenze des *pericolo attuale* zu verstehen, derzufolge es keine unmittelbar bevorstehende Gefahr gibt, bis das Eintreten der bedrohten Verletzung „mit einem erheblichen Wahrscheinlichkeitsgrad“ erscheint. Padovani, ebendort, S. 501.

1121 Szegö, *Ai confini*, S. 366.

1122 So Palazzo, *Corso*, S. 397. Er behauptet dies dort mit der Begründung, dass die Beziehung zwischen Gefahr und Verteidigung durch die *ratio* des Notwehrrecht, d.h. die Erforderlichkeit der Verteidigung, bestimmt wird. Obwohl sich diese Beziehung im Allgemeinen durch eine chronologische Nähe ergibt, steht nichts dagegen, niemals der Text des Art. 52 c.p., dass es Fälle gibt, wo diese chronologische Nähe abwesend ist und trotzdem dieselbe Verteidigungserfordlichkeit besteht.

1123 Auf Italienisch: „*Ora o mai più*“.

1124 Caraccioli, *Diritto Penale*, S. 403. Mantovani, *Principi di Diritto Penale, Parte generale*, Padova 2002, S. 116.

1125 Man bemerkt gleich den Unterschied zum „Spanner-Fall“ von der deutschen Rechtsprechung: Dort hat der Angreifer durch die Nötigung auf keinen Fall der betroffenen Familie jede Handlungsfreiheit entzogen. Sie ist tatsächlich mehrere Male zur Polizei gegangen und hat auch andere Maßnahmen ergriffen. Die Verletzung des Angreifers galt deswegen nicht als Notwehr, sondern die immer wiederkehrenden Angriffe haben eine Gefahrenlage i.S. eines Notstandes begründet.

„Haustyrannen“-Konstellation einen Dauerangriff darstellen.¹¹²⁶ Es wird abgelehnt, dass in den Zeitabständen zwischen zwei Angriffen eine „gegenwärtige Gefahr“ i.S.d. Art. 52 c.p. besteht. Präventive Maßnahmen, welche in dieser Zwischenzeit (etwa während des Schlaf des Haustyrannen) unternommen werden, sind daher nicht durch Notwehr rechtfertigt.¹¹²⁷

Es gibt nur wenige in der Rechtslehre zitierte Fälle, wo ein gegenwärtiger Angriff bei der „Haustyrannen“-Konstellation dem Anschein nach angenommen wurde. Im Folgenden werden sie analysiert.

Beim Urteil des Jugendstrafgerichts von Potenza vom 5. März 1953¹¹²⁸ ging es um einen Fall immer wiederkehrender Angriffe im Zusammenhang mit einem Dauerangriff.¹¹²⁹ Es geht in dem Fall um eine Minderjährige, die ihren schlafenden Vater durch einen Kopfschuss tötete. Er hatte das Mädchen jahrelang sexuell missbraucht.

Das Gericht entschied i.S. der Anerkennung einer Notwehrlage aufgrund eines gegenwärtigen dauerhaften Angriffs. Das Gericht erkannte die Konkurrenz von zwei Straftaten, die gegen die Minderjährige selbst begangen wurden: auf der einer Seite der Zustandsdelikt des sexuellen Missbrauches, das mit der Handlung selbst beendet. Auf der anderen Seite das sog. „plagio-Delikt“¹¹³⁰ (Hörigmachen), das die persönliche Freiheit ständig verletzt und als Dauerdelikt angesehen wurde und einen Zustand totaler psychischer Unterwerfung des Opfers infolge der sexuellen Misshandlungen voraussetzte.¹¹³¹ Somit war eine gegenwärtige Gefahr i.S. d. Art. 52 c.p. gegeben, denn die Verletzungslage war nach der Erfüllung des „plagio“-Tatbestandes weiterhin permanent.¹¹³² Während das Gericht die immer wiederkehrenden sexuellen Misshandlungen nicht

1126 Szegö, Ai confini, S.366.

1127 Szegö, Ai confmi, S. 366.

1128 Urteil des Jugendstrafgerichts von Potenza (Tribunale per i Minori di Potenza) vom 5. März 1953 in: La Giustizia Penale, Parte seconda: Diritto Penale, (1953) 755.

1129 Der Fall selbst wird in der Rechtslehre als Beispiel-Fall häuslicher Gewalt behandelt Siehe: Szegö, Ai confini, S. 214 ff.

1130 Das plagio-Delikt existiert seit dem Jahr 1981 nicht mehr im italienischen Rechtssystem. Das plagio-Delikt war im Art. 603 c.p. geregelt, welcher lautete: „Plagio. Wer eine Person unter die eigene Macht unterordnet, so dass sie sich in einem Zustand totaler Unterwerfung befindet, wird mit fünf bis fünfzehn Jahren Haft bestraft.“ Der Art. 603 c.p. lautete im Original: „*Plagio. Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni.*“ Im Jahre 1981 wurde das „plagio-Delikt“ vom Verfassungsgericht (Corte Costituzionale) für verfassungswidrig erklärt, denn die Tätigkeiten, welche zum Zustand der totalen Unterwerfung führen sollten, waren weder vom Gesetz noch von der Rechtsprechung bzw. der Rechtslehre genauer festgelegt. So stand das „plagio-Delikt“ gegen das Bestimmtheitsgebot der strafrechtlichen Norm nach Art. 25 der italienischen Verfassung. Siehe das Urteil des Corte Costituzionale Nr. 96 vom 9. April 1981.

1131 Nachdem die sexuellen Misshandlungen abgeschlossen sind, ist das Opfer immer noch nicht in der Lage, sich der Macht des Täters zu entziehen und bleibt weiter unter dessen Verfügung. Das subjektive Element ist der bewusste Wille seitens des Täters das Opfer seiner eigenen Macht zu unterwerfen. Jugendstrafgericht von Potenza, Urteil v. 5. März 1953, in La Giustizia Penale, (1953) 755 (758 f.). Der Täter hatte um Tochter und Ehefrau herum eine Terrorumwelt aufgebaut, die jede Aufstandserwägung unterdrücken konnte. Die Tochter wandte sich erst an die Mutter, als sie erfuhr, dass sie von ihrem eigenen Vater schwanger war und Angst hatte, dass das künftige Kind auch Opfer der Grausamkeit des Vaters sein würde. Die Mutter schwieg aus Angst. Der Vater hatte seine Tochter auch von ihren Freundinnen isoliert, um zu verhindern, dass sie mit anderen über ihr Unglück sprechen könnte.

1132 Jugendstrafgericht von Potenza, Urteil v. 5. März 1953, in La Giustizia Penale, (1953) 760.

als Teilakt eines Dauerangriffs betrachtete, sondern als einzelne und jedes Mal für abgeschlossene Handlungen, wodurch sie - zusammen betrachtet - keine andauernde gegenwärtige Gefahr i.S.d. Art. 52 c.p. begründen konnten, stufte es den „plagio“-Tatbestand als gegenwärtiger Dauerangriff gegen die Täterin i.S. der Notwehrvorschrift ein.

Im konkreten Fall bestand auch die dringende und unaufschiebbare Erforderlichkeit der Verteidigung durch gewaltsame Mittel, denn alle anderen milderen Mittel, die das Opfer hätte ergreifen können, waren erschöpft. Für die Tochter war es nicht daran zu denken, den Vater anzuzeigen, denn sie war sich dessen sicher, dass sich der Vater früher oder später dafür gerächt hätte.¹¹³³

Eine weitere „Haustyrann“-Konstellation bildet der Fall Sacchinello,¹¹³⁴ der von der neueren Literatur als vergleichbar mit der „*battered-woman*-Konstellation“ aus den Vereinigten Staaten bezeichnet wird und deswegen auch von großem Interesse für die vorliegende Arbeit ist.¹¹³⁵ Die Täterin war jahrelang immer wieder Opfer der Gewaltakte ihres Mannes. In der Nacht vor dem Tatgeschehen lud er seinen Revolver und drohte der Frau, sie am nächsten Tag damit zu erschießen. Am Morgen als der Mann noch schlief, nahm die Täterin den Revolver und erschoss ihren Mann.

Die erste Instanz erkannte eine Notwehr aufgrund der psychischen Unterwerfung der Täterin unter ihren Mann und der Auswegslosigkeit ihrer Lage an. Sie erwähnte dabei sowohl die Schwierigkeiten, das Haus an dem Morgen des Tatgeschehens zu verlassen als auch die mehrmals unternommenen erfolglosen Versuche, die Beziehung zu beenden.¹¹³⁶

Auf der anderen Seite schloss der *Corte d'Assise di Como* bei der Behandlung des Sachverhalts die irrtümliche Annahme der Gegebenheit eines Rechtfertigungsgrundes im Rahmen des Art. 59 c.p. ausdrücklich aus, obwohl dies seiner Meinung nach die „schnellste Straße“ zur Ausschließung einer Strafe gewesen wäre.¹¹³⁷

Die zweite Instanz bestätigte die Entscheidung der Ersten dadurch, dass die Täterin ihren Ehemann tötete, als sie von der Erforderlichkeit gezwungen war, das eigene Leben und das ihrer Kinder vor der gegenwärtigen Gefahr einer rechtswidrigen Verletzung i.S. des Art. 52 c.p. zu schützen. Die Misshandlungen in der Nacht vor dem Tatgeschehen, die tödliche Bedrohung, welche er vor dem zu-Bett-Gehen äußerte, in Verbindung mit dem Einschlafen des Mannes mit dem geladenen

1133 Die Verhältnismäßigkeit war ebenfalls anzuerkennen, denn die Rechtsgutsverletzung welche die Täterin erleiden musste, war zugleich die denkbar schwerwiegendste, und die Nutzung der Waffe war das einzige Mittel, sie abzuwenden. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 308.

1134 Urteil des Corte d'Assise di Como vom 7. April 1976 bzw. Urteil des Corte d'Assise d'Appello di Milano vom 19. April 1977. Beide Urteile wurden teilweise publiziert in: L'indice penale (1979) 135.

1135 Siehe Szegö, Ai confini, S. 220. Dort wird aber zugleich mit Recht bemerkt, dass die Richter in Italien, wie es auch in diesem Fall geschieht, ein „*battered-woman-syndrome*“ als solches nicht anwenden.

1136 Dabei nennt das Gericht nicht nur, dass das Hilfesuch an ihre Familie erfolglos blieb, sondern sogar dasjenige an die Justiz durch eine vorangegangene Anzeige gegen ihren Mann.

1137 Corte d'Assise di Como vom 7. April 1976, in: L'indice penale (1979) 135.

Revolver greifbar unter dem Kopfkissen, ließen eine „fürchterliche, gegenwärtige und konkrete Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung und Tod“ eindeutig annehmen.

Zudem ist es gerade die objektive Tatsache, „dass die Täterin keine einzige Fluchtmöglichkeit hatte, ohne die Gefahr auszuschließen, dass diese in einen Angriff übergehen konnte, welcher sie nicht hätte widerstehen können und die gewiss in groben Misshandlungen und sogar im Tod geendet wäre“, ¹¹³⁸ welche die Erforderlichkeit der Verteidigung begründet.

Dies begründet zugleich die subjektive Haltung der Täterin, welche nicht schon aufgrund einer bloß putativen, sondern durch eine aus der konkreten Umstände des Falles begründete objektive Betrachtung bewertet wird. Die Bedeutung, welche die konkreten Umstände des Tatgeschehens bei dieser Entscheidung zukommen, wird von Teilen der Rechtslehre nicht genügend berücksichtigt, wodurch man zu dem Ergebnis kommt, dass der Fall wie eine „*battered-woman*-Konstellation“ aus der US-Rechtsprechung mit vergleichbarem Ergebnis zu bewerten sei. ¹¹³⁹

4. Die Dauergefahr

Das Haupthindernis für die Anwendung der Notwehr auf die Fälle der „Haustyrannen-Tötung“ ergibt sich aus der Schwierigkeit, eine Gefahrenquelle bei einem passiven Angreifer anzusehen, denn zur Zeit der Verteidigungshandlung liegt noch kein Angriff bzw. keine Bedrohung vor. Bevor sich die Frage nach dem Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr stellt, bestehen Zweifel, ob hier tatsächlich eine Gefahr besteht.

Der einzig gangbare Weg auf der Tatbestandsebene scheint hier zu sein, das Gegenwärtigkeitserfordernis nicht nur mit dem Gefahrbegriff sondern auch mit der Notwendigkeit der Verteidigungshandlung zu verbinden, wie es sich am Beispiel der ausländischen Rechtsordnungen gezeigt hat, welche bei der Prüfung der Gegenwärtigkeit der Gefahr auch die Notwendigkeit der Abwehrhandlung in Betracht ziehen. ¹¹⁴⁰

In diesem Sinne ist die Anwendung von Gewalt nach § 3.04 (1) *Model Penal Code* zulässig, wenn der Angegriffene vernünftig glaubt, dass eine unmittelbare Reaktion erforderlich ist („*immediately necessary*“), um einen ungerechten Angriff abzuwehren, der „*on the present occasion*“ vorhanden ist.

Aus den gleichen Gründen nimmt ein Teil der deutschen Lehre und Rechtsprechung mit Rückgriff auf die Kategorie der Dauergefahr das Gegenwärtigkeitserfordernis im Sinne des Notstands bei der Tötung des „Haustyrannen“ an. ¹¹⁴¹ Danach liegt die Dauergefahr nicht nur bei Zustandsgefahren

1138 Corte d'Assise d'Appello di Milano, Urteil vom 19. April 1977.

1139 Siehe Szegö, *Ai confini*, S. 219 ff.

1140 Szegö, *Ai confini*, S. 485.

1141 „Die Tötung des schlafenden Haustyrannen“: so Günther, SK 7 § 32 Rn. 66. Dazu vgl., ders., Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR 1985, S. 268; Spindel, LK, 10. Aufl., 1982, § 32, Rn. 126.

sondern auch bei andauernden Gefahrenlagen vor, wenn die Bedrohung jederzeit in Schaden umschlagen kann, auch wenn die Möglichkeit besteht, dass der Schadenseintritt noch eine Weile auf sich warten lässt, also nicht unmittelbar bevorsteht, aber sofortiges Handeln notwendig ist, um sie wirksam abwehren zu können.¹¹⁴² Daraus ergibt sich, dass bei der Prüfung der Gegenwärtigkeit, welche die zeitliche Nähe der Rechtsgutsverletzung betrifft, auch die Notwendigkeit der Verteidigungshandlung berücksichtigt wird, obwohl es in §§ 34 und 35 StGB keinerlei Hinweis auf die Beziehung zwischen den beiden Elementen gibt.¹¹⁴³

Unter besonderer Berücksichtigung des Art. 49 Abs. 1, n. 2, Codice Zanardelli erkennt ein Teil der italienischen Lehre das Verhältnis zwischen Gegenwärtigkeit und Notwendigkeit an. So ist der Angriff gegenwärtig, wenn er gerade stattfindet oder auch unmittelbar bevorsteht, sofern die Verteidigungshandlung notwendig ist.¹¹⁴⁴ Gemäß Art. 52 c.p. ist nach jüngster Lehre die Verteidigung notwendig, wenn sie unabhängig von der Beurteilung über die Gegenwärtigkeit der Gefahr zum Schutz des bedrohten Rechtsgutes erforderlich ist.¹¹⁴⁵

In diesem Zusammenhang berücksichtigt die italienische Rechtsprechung bei der Prüfung der Notwendigkeit der Verteidigungshandlung in Grenzfällen die selben Umstände, die zur Prüfung der Gegenwärtigkeit verwendet werden. So wird das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr besonders bei der „Haustyrannen“-Konstellation aufgrund einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, sowohl vergangene (etwa die Wiederholung früherer Gewaltereignisse) als auch zukünftige (z.B. die Wahrscheinlichkeit der Bedrohung), des Einzelfalles beurteilt.¹¹⁴⁶

Aufgrund des Verhältnisses zwischen Gegenwärtigkeit und Notwendigkeit, ist die Verteidigung dann zulässig, wenn sie zur Zeit der Tat notwendig ist (*attualmente necessaria*), die gegenwärtige Gefahr (*pericolo presente*) einer ungerechten Verletzung abzuwehren. Somit wird die Voraussetzung der Notwendigkeit durch ein weiteres Merkmal gekennzeichnet.¹¹⁴⁷

Dahingegen wird vereinzelt sogar die Abschaffung des sekundären Voraussetzung der Gegenwärtigkeit gefordert, wenn ihre strenge Anwendung die Funktion des wesentlichen Elements der Notwendigkeit beeinträchtigen könne.¹¹⁴⁸

Dabei kann festgehalten werden, dass offensichtlich der einzig gangbare Weg auf der objektiven

1142 Hirsch, LK 11 § 34 Rn. 37.

1143 Szegö, Ai confini, S. 485 f.

1144 Massari, Le dottrine generali del diritto penale, S. 85.

1145 Gallo, Appunti di diritto penale, I. Vol. - Il reato. Parte I - La fattispecie oggettiva, 2000, S. 216.

1146 Corte Assise Appello Milano, 19 aprile 1977, cit., S. 137.

1147 Szegö, Ai confini, S. 488.

1148 So Rosen, On self-defence, imminence and woman who kill their batterers, in: North Carolina Law Review Vol. 71. (1993), S. 376 ff.; siehe auch Schulhofer, The gender question in criminal law, Society, Philosophy, Policy, 1990, 105 ff.; Robinson, Criminal Law Defenses, Criminal Practice Series, Volume 2, St. Paul, Minnesota 1984, § 131(b)(3).

Ebene des Tatbestandes, um das Problem der Gegenwärtigkeit der Gefahr bei den hier betrachteten Grenzfällen der „Haustyrannen-Tötung“ zu lösen, die Veränderung des Wortlauts des Art. 52 c.p. ist.¹¹⁴⁹

5. Der Dauerangriff

Wenn der Tatbestand eines Dauerdeliktes erfüllt ist, ist die Gefahr i.S.d. Art. 52 c.p. für die Dauer der tatbestandsmäßigen Handlung gegenwärtig.¹¹⁵⁰ Man spricht auch von einer Dauerverletzung, i.S. einer Rechtsgutsverletzung, bei der die Gefahr in ihrer Gegenwärtigkeit nach Art. 52 c.p. fortbesteht, solange die Verletzung selbst fort dauert.¹¹⁵¹

Das bedeutet, dass die Tatbestandsmäßigkeit ein entscheidender Faktor ist. Dort, wo die Erfordernisse des Tatbestandes sich fort dauernd erfüllen, existiert ein dauerhaftes Delikt. Dagegen reicht die bloße Gefahr der Erfüllung eines Tatbestandes hingegen nicht.

TEIL 3 DIE „PRÄVENTIVNOTWEHR“ AM BEISPIEL DER „HAUSTYRANNENTÖTUNG“

Besonders umstritten in italienischer Literatur und Rechtsprechung ist die so genannte „Haustyrannen“-Konstellation, wobei die Tötung oder Verletzung des lebensbedrohenden potentiellen Angreifers als typischer Fall der Präventiv-Notwehr bezeichnet wird.

Bevor auf die rechtliche Behandlung der „Präventivnotwehr“ im italienischen Rechtssystem am Beispiel des „Haustyrannenfalles“ umfassend eingegangen wird, soll im Folgenden Überblick die besondere Ausgangssituation dieser Konstellation und der daran anknüpfende rechtliche Rahmen aufgezeigt werden. In einem zweiten Schritt werden die verschiedene Lösungen im Besonderen dargestellt, wobei es je nach Ebene zwischen Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung unterschieden wird.

KAP. 1 DIE „HAUSTYRANNENTÖTUNG“

I. Ausgangslage

Bei der Haustyrann-Konstellation handelt es sich um immer wiederkehrende Angriffe seitens eines gewalttätigen Menschen innerhalb familiärer Beziehungen. Die andauernde Serie von gewaltsamen Rechtsgutsverletzungen, in der Regel vom Familienvater, lässt neuere künftige Verletzungen mit

1149 Szegö, *Ai confini*, S. 488 f.

1150 Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278. Dem ist sogar auch so bei den dauerhaften Unterlassungsdelikten, wo die ungerechte Rechtsgutsverletzung so lange andauert, wie die Unterlassung weiter die Voraussetzungen des Tatbestandes erfüllt. Zaina, *Legittima difesa*, S. 43.

1151 Padovani, *Difesa Legittima*, S. 502.

„an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ erwarten.

Da die Abwehrhandlungen in Ausnutzung einer momentanen Schwäche, in der Regel dem Schlaf, des gerade nicht angreifenden Tatopfers ausgeübt werden, scheidet nach hL beim Töten des schlafenden Tyrannen die Berufung auf Notwehr gemäß Art. 52 c.p. mangels einer gegenwärtigen Gefahr aus. Zum einen stellen die vor dem Schlaf erfolgten Ausschreitungen einen vergangenen, abgeschlossenen Vorgang dar und zum anderen liegen die nach dem Aufwachen angedrohten Gewalttätigkeiten erst in der Zukunft. Eine akute Augenblicksgefahr ist demzufolge nicht gegeben. Vielmehr muss jeder einzelne Angriffsakt für sich den Voraussetzungen einer Notwehrlage genügen und damit gegenwärtig sein. Ist ein Angriffsakt bereits abgeschlossen, steht der nächste aber erst noch bevor, lassen sich Verteidigungsmaßnahmen gegen den Angreifer daher nicht auf Notwehr stützen.

Aus den oben genannten Gründen geht die Lehre bei der Tötung des Haustyrannen von einer Dauergefahr aus, welche aber nach herrschender Ansicht bei der Tötung des schlafenden Tyrannen nicht gegeben sei. Das Haupthindernis für die Anwendung der Notwehr auf die Fälle der „Haustyrannen-Tötung“ ergibt sich aus der Schwierigkeit, eine Gefahrenquelle bei einem passiven Angreifer anzuerkennen, denn zur Zeit der Verteidigungshandlung liegt noch kein Angriff bzw. Bedrohung vor. Bevor sich die Frage nach dem Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr stellt, bestehen Zweifel, ob hier überhaupt eine Gefahr besteht.

Die andere Möglichkeit, immer wiederkehrende Angriffe in Art. 52 c.p. zu erfassen, wurde durch Zugriff auf die Kriterien des „*battered-woman-Syndrome*“, entworfen.

So wird auf eine historische als auch auf eine aktuelle Schwäche der Notwehr aufmerksam gemacht: Da die Notwehr auf tödliche oder äußerst gefährliche „Mann-gegen-Mann“ Situationen zugeschnitten ist, ist es gerade die „körperliche Unterlegenheit“ der Frau gegenüber dem Haustyrannen, die sie zwingt, ihre Verteidigungshandlung in nicht konfrontativen Situationen durchzuführen. Darüber hinaus bestehe aufgrund dieser „physischen Unterlegenheit“ kaum eine Möglichkeit, sich ohne Verwendung eines lebensgefährlichen Mittels effektiv zu wehren. Das unterschiedliche Kräfteverhältnis zwischen Frauen und Männern in der Notwehrsituation findet somit im zeitlichen Moment der Notwehrvorschrift kaum Berücksichtigung. Durch Annahme des „*battered-woman-Syndrome*“ würde hingegen der besonderen Situation der „*battered woman*“, und „die diskriminierende Basis der Notwehr“ Rechnung getragen und so der gepeinigten Frau der Notwehrbereich eröffnet.

Auf der anderen Seite würde die Annahme des „*battered-woman-Syndrome*“ den Anwendungsbereich des Notwehrrechts zu sehr ausweiten und bringe den „Haustyrann“ in einer je nach Stadium des „Kreises der Gewalt“ permanenten Angriffssituation, in der er seinerseits kein

Notwehrrecht hat.

II. Rechtliche Vorgaben im Allgemeinen

Bei der rechtlichen Erfassung und Einordnung der „Haustyrannentötung“ steht nach italienischer Lehre und Rechtsprechung die Ebene der Rechtfertigung und diejenige der Schuld im Fokus. Kernfrage ist, ob diejenige Person, die für den Tod des Tyrannen verantwortlich gemacht wird, trotz unbestrittener Begehung einer Tötungshandlung rechtmäßig oder gegebenenfalls schuldlos gehandelt hat.

Allgemein stellt man sich unter einer „Haustyrannentötung“ vor, dass ein gewalttätiger Mann sein familiäres Umfeld über Jahre tyrannisiert und letztlich von seiner Partnerin aus Furcht vor dem nächsten Anfall und weiter andauernder Tyrannei getötet wird. Da die Täterin körperlich schwächer ist, erfolgt diese Tötung häufig, wenn der Tyrann schläft. Das Problem besteht darin, eine gegenwärtige Gefahrenquelle in einem passiven Angreifer zu sehen, denn zur Zeit der Verteidigungshandlung liegt noch kein Angriff bzw. Bedrohung vor.

Mehrere Straffreistellungsgründe des italienischen Rechts betreffen Taten, die aus einer Notlage heraus bzw. in einer psychischen Ausnahmesituation begangen wurden.

Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit kommt zunächst eine Rechtfertigung durch Notwehr in Betracht. Nach ganz h.M. scheidet eine Berufung auf Notwehr nach Art. 52 c.p. mangels einer gegenwärtigen Gefahr aus. Eine Rechtfertigung über Notstand (Art. 54 c.p.) scheidet jedenfalls, da diese Norm nur Abwehrhandlungen gegen unbeteiligte Dritte erlaubt.

Daher wird die Ebene der Schuld erörtert. Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das italienische Recht eine Entschuldigung durch Notstand nicht, denn der Notstand kommt nach Art 54 c.p. hier nur als Rechtfertigungsgrund vor. Daher ist ein rechtlich einfacherer und gangbarer Lösungsweg für einen Freispruch - oder zumindest für eine Verurteilung wegen fahrlässiger Handlung - nur über den Erlaubnistatbestandsirrtum (Art. 59, Abs. 4, c.p.) bzw. den fahrlässige Exzess (Art. 55 c.p.) möglich.

Danach soll sich die irrtümliche Annahme der Notwehrlage auf konkreten Tatsachen beruhen, welche die vernünftige Vorstellung des Täters, der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Verletzung ausgesetzt zu sein, rechtfertigen.¹¹⁵²

Auf der einen Seite wird die Beurteilung über die Putativnotwehr nicht auf die subjektive Lage des Täters, sondern auf objektive Kriterien zurückgeführt, mit der Folge, dass es bei Anerkennung der

¹¹⁵² So Assise Belluno, 11 giugno 1999, in Riv. Pen., 1999, 1118; Cass, Sez. IV, 15 novembre 1990, in Mass. Cass. Pen., 1991, 6, m. 10; Cass., Sez. I, 7 ottobre 1991, Giust. Pen., 1992, II, 200; Cass., Sez. I, 18 febbraio 1997, in Ced. Cass., 207376 (corsivi nostri). Auf die objektive Bewertung aller konkreten Umstände der gegebenen Sachlage wird hingegen von Cass., Sez. I, 17 febbraio 2000, in Ced. Cass., 215808 hingewiesen.

Unvermeidbarkeit des Irrtums der Täterin einer „Haustyrannentötung“ erhebliche Probleme geben kann. Auf der anderen Seite bereitet die Anwendung von Art. 55 c.p. Schwierigkeiten, indem diese Norm die Überschreitung der Grenzen der Notwehr bei einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage erfasst, was hier nicht der Fall ist.

Auf der subjektiven Ebene kommt allerdings eine besondere Bedeutung hinsichtlich der besonderen individuellen Lage der Täterin bei der „Haustyrannen-Tötung“ entweder einer Exkulpation wegen Schuldunfähigkeit gemäß Art. 88 cp. oder vielmehr einer Dekulpation - und folglich einer Strafmilderung - wegen verminderter Schuldfähigkeit nach Art. 89 c.p. zu.¹¹⁵³

KAP. 2 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER RECHTSWIDRIGKEIT

Der dreiteilige Verbrechensaufbau beweist sich als Instrument, das in hinreichend überzeugender Weise die Physiognomie des italienischen Strafrechts widerspiegeln kann.¹¹⁵⁴

Dieses System - „erst“ der Tatbestand, „dann“ die Rechtswidrigkeit, „schließlich“ die Schuld - ist eine Ordnung des säkularisierten Strafrechts, das vom Objektiven zum Subjektiven fortschreitet: vom rechtswidrigen Angriff auf Rechtsgüter zur Person des Angreifers.¹¹⁵⁵

Wie im deutschen Recht kommt der dreistufigen Deliktaufbau im italienischen Recht gleichfalls bei den Straffreistellungen zum Tragen, wobei es je nach Ebene zwischen Rechtfertigungsgründen (Rechtswidrigkeit), Schuldausschließungs- bzw. Entschuldigungsgründen (Schuld) unterscheidet wird.

Im Folgenden werden die Ebene der Rechtswidrigkeit und die für die vorliegende Untersuchung relevanten Rechtfertigungsgründen erläutert. Abschließend soll es auf die Frage der Rechtfertigung von Tötungshandlungen in Präventivnotwehr am Beispiel der „Haustyrannentötung“ näher eingegangen werden.

I. Die Rechtswidrigkeit im Allgemeinen

Eine Handlung ist rechtswidrig, wenn sie einen Unrechtstatbestand verwirklicht und nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt wird.

Die Rechtswidrigkeit bezeichnet den Widerspruch der Tat zur gesamten Rechtsordnung und ist Ausdruck der Einheit der Rechtsordnung in einem Rechtsstaat. Den einzelnen Zweigen der Rechtsordnung steht die selbständige Entscheidung zu, welche Umstände zu den Voraussetzungen

1153 Vgl. Haverkamp, GA 2006, 595.

1154 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, in Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Freiburg i. Br. 1991, S. 67.

1155 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 60.

einer Sanktion gehören sollen; dagegen steht es der gesamten Rechtsordnung zu, im Rahmen der Verfassung darüber zu entscheiden, ob eine Tat unrechtmäßig oder rechtmäßig ist.¹¹⁵⁶

Die Rechtswidrigkeit der Tat ist nach italienischem Recht nicht gegeben, wenn nur eine einzige Vorschrift irgendeines Zweiges der Rechtsordnung, die Begehung der Tat als „Ausübung einer rechtlichen Befugnis“ oder auch als „Erfüllung einer Pflicht“ vorgesehen hat. Die Tat ist deshalb rechtmäßig nicht nur „im Sinne des Strafrechts“, sondern „im absoluten Sinne“, für die gesamte Rechtsordnung. Folglich kann sie keinerlei staatliche Sanktion nach sich ziehen.

Die Rechtfertigungsgründe bezeichnen die Gesamtheit der aus selbständigen Normen der Rechtsordnung abgeleiteten rechtlichen Befugnisse und Pflichten, die die Begehung der Tat erlauben oder gebieten.¹¹⁵⁷

Als Ausdruck der Einheit der Rechtsordnung im Rahmen der Verfassung werden die Rechtfertigungsgründe auf der Grundlage der Vorschriften der gesamten Rechtsordnung aufgebaut und auf der Grundlage von Verfassungsnonnen näher bestimmt.¹¹⁵⁸

Da sie den Charakter des Staates kennzeichnet, ist die Notwehr im italienischen Recht zur Verteidigung persönlicher Rechtsgüter - nicht aber der Rechtsgüter der Allgemeinheit oder von staatlichen Rechtsgütern - erlaubt und nur innerhalb der Grenzen der Verhältnismäßigkeit zwischen den kollidierenden Rechtsgütern, entsprechend den Grenzen, die der unmittelbar vom Staat ausgeübten Verteidigung gesetzt sind.¹¹⁵⁹

In einem Strafrecht zum Schutze von Rechtsgütern sind die spezifischen Formen strafrechtlich relevanter Rechtsgutsverletzungen im Tatbestand systematisch eingeordnet. Vorstellungen und Absichten des Täters bleiben außerhalb dieser Kategorie und kommen nur dann in Betracht, wenn sie sich mindestens in einer für das betreffende Rechtsgut abstrakt gefährlichen Handlung äußern.

Entsprechend ist jeder Rechtfertigungsgrund schon beim Vorliegen der Umstände, die ihn bilden, objektiv gegeben, auch wenn diese dem Täter nicht bekannt sind oder sogar irrtümlich von ihm als nicht vorliegend angenommen werden (Art. 59 Abs. 1 c.p.¹¹⁶⁰). So erklärt sich, warum im italienischen Strafrecht die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes unabhängig von der Kenntnis

1156 Ein Rechtsstaat kann im Interesse der Sicherheit seiner Bürger nicht sich widersprechende Beurteilungen der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit derselben Tat durch verschiedene Zweige der Rechtsordnung zulassen und muss deshalb klare Grenzen zwischen beiden ziehen, indem er möglicherweise auftretende Normkollisionen auflöst. Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 56.

1157 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 56.

1158 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 56 f.

1159 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 56.

1160 Art. 59 Abs. 1 c.p.: „Die Umstände, die die Strafe ausschließen, werden dem Täter zu seinen Gunsten angerechnet, auch wenn sie ihm nicht bekannt sind oder von ihm irrtümlich als nicht vorliegend angenommen werden.“

oder Unkenntnis der Umstände ist, die ihn bilden.¹¹⁶¹

Auf die objektive Wirkung eines Rechtfertigungsgrundes lässt sich zudem die Regelung zurückführen, dass die gerechtfertigte Tat in der Regel für alle, die zu ihrer Begehung beigetragen haben, rechtmäßig ist.

Die Verletzung eines Rechtsguts bei Begehung einer Straftat kann nur durch das tatsächliche Vorliegen der objektiven Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt werden. Dieses Prinzip gilt auch für die Prognose über das Vorliegen der Merkmale, welche auf allen Umständen beruht, die im Augenblick der Tatbegehung vorliegen, und zwar aus der Sicht ex post, mit dem Maßstab aller verfügbaren Erkenntnisse. Auch wenn die Struktur des Rechtfertigungsgrundes unvermeidlich auf einem Urteil ex ante beruht, stellt die Rechtsordnung hinsichtlich der wirklichen Erlaubtheit des Handelns auf ein ex post-Urteil ab.¹¹⁶²

II. Relevante Rechtfertigungsgründe

Das Handeln aus einer Notlage heraus kann nach verschiedenen Normen ein tatbestandsmäßiges Verhalten rechtfertigen. Zu den für die vorliegende Untersuchung relevanten Rechtfertigungsgründen des italienischen Rechts zählt allein die Notwehr.

In der italienischen Rechtsordnung kommt nämlich bei Präventivnotwehr-Fällen eine Anwendung des Notstandes nach Art. 54 c.p. nicht in Betracht. Obwohl der italienische Strafgesetzbuch grundsätzlich keinen Unterschied zwischen dem Gegenwärtigkeitserfordernis des Notwehr- und des Notstandsrechts macht, denn sowohl das eine als auch das andere Rechtsinstitut sich durch den Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ (*pericolo attuale*) kennzeichnen, können durch Art. 54 c.p. nur Abwehrhandlungen gegen unbeteiligte Dritte gerechtfertigt werden.

Zur Definition und nähere Erläuterung der Notwehrvorschrift wird dabei auf den ersten Teil hingewiesen.

III. Die Behandlung der „Haustyrannentötung“ auf der Rechtswidrigkeitsebene

Im folgenden soll die Schwierigkeit einer Rechtfertigung von Tötungshandlungen in Präventivnotwehr am Beispiel bei der „Haustyrannentötung“¹¹⁶³ eingehend behandelt werden.

Als Rechtfertigungsgrund kommt hierbei die Notwehr gemäß Art. 52 c.p. in Betracht.

1161 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 58.

1162 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 59.

1163 Im *Common Law* wird die „Haustyrannentötung“ im Zusammenhang mit dem Begriff „*Battered Woman Syndrome*“ behandelt.

Art. 52 c.p. fordert zunächst eine Notwehrlage, die im Gesetz als gegenwärtige Gefahr eines rechtswidrigen Angriffs umschrieben ist.

Allgemein wird unbestritten angenommen, dass *pericolo attuale* i.S.d. Art. 52 c.p. *pericolo presente*¹¹⁶⁴ „im Augenblick der Verteidigungshandlung“ bedeutet, d.h. dass die Gefahr weder künftig noch abgeschlossen sein darf.¹¹⁶⁵ Andere Autoren bestimmen die gegenwärtige Gefahr als „unmittelbar bevorstehende Gefahr“ (*pericolo imminente*),¹¹⁶⁶ welche sich auch auf ihr Objekt, d.h. die ungerechtfertigte Verletzung, beziehen muss.¹¹⁶⁷ Dies kann daraus abgeleitet werden, dass Art. 52 zugleich fordert, dass die Gefahr gegenwärtig sein soll.¹¹⁶⁸ Man spricht daher zu Recht vom unmittelbaren Bevorstehen der Verletzung (*imminenza dell'offesa*),¹¹⁶⁹ welche auf die gesteigerte Stufe der Gegenwärtigkeit einer Gefahr hindeutet.¹¹⁷⁰

Als Musterbeispiel der Präventivnotwehr wurde hier die „Haustyrann“-Konstellation in der deutschen Rechtsordnung erforscht. Die Tötung des Haustyrannen in einer nicht konfrontativen Situation deutet auf eine Gefahrenlage hin, die das Stadium der Gegenwärtigkeit i. S. des Notwehrrechts nicht erreicht. Mangels der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechtfertigten Rechtsgutsverletzung wird bei dieser Konstellation ganz überwiegend eine Rechtfertigung durch Notwehr abgelehnt, weil die Reaktion zwischen einem vergangenen und einem in der Zukunft (wenn auch in der näheren Zukunft) liegenden Angriff stattfindet. Solange das Opfer schläft, haben eventuell vorangegangene Misshandlungen ein Ende gefunden und stehen neue angedrohte Gewalttätigkeiten noch nicht unmittelbar bevor. Eine akute Augenblicksgefahr ist demzufolge nicht gegeben.

Dass die Gegenwärtigkeit der Gefahr von der Bedrohung einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung (*lesione incombente*) im Augenblick der Verteidigungshandlung ausgeht, lässt sich zudem aus der Verbindung mit der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung entnehmen. Da Notwehr eine Selbsthilfeform ist, die dem Individuum durch den Staat zuerkannt wird, kann sie nur

1164 Antolisei, *Diritto Penale*, 16 ed., S. 303. Pagliaro, *Principi*, 8. ed., S. 440, der in Folge des Begriffes *attuale* betont, die Gefahr soll *in atto*, d.h. in der Tat, bestehen. Sowohl den Begriff *attuale* als auch den Begriff *presente* kann man als gegenwärtig übersetzen, trotzdem besteht ein feiner Unterschied. *Attuale* bedeutet eher gegenwärtig im zeitlichen Sinne. *Presente* dagegen wird als gegenwärtig sowohl im zeitlichen als auch im räumlichen Sinne verstanden. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 54.

1165 Grosso, *Difesa Legittima*, S. 77 ff. m.w.N. Pagliaro, *Principi*, 8. ed., S. 440. Antolisei, *Diritto Penale*, 16. ed., S. 303. Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 5. ed., S. 278. Del Corso, *C.P. Art. 52 Rn. 2*. Brocca/Mingrone, *Legittima Difesa*, S. 54.

1166 Bettiol/Pettoello Mantovani, *Diritto Penale*, S. 380 f. Petrocelli, *La pericolosità*, S. 20.

1167 Grosso, *Difesa legittima*, S. 79 f.

1168 Siehe Grosso, *Difesa Legittima*, S. 79 f. Vgl. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, 5. ed., S. 278.

1169 Palazzo, *Corso*, S. 396. Pagliaro, *Principi*, 8. ed., S. 441.

1170 Petrocelli, *La pericolosità*, S. 21. Er illustriert dies auf S. 22 mit dem Bild eines sich in voller Fahrt befindlichen Zuges. Während der Zug also bereits auf dem Weg ist, repariert eine Gruppe von Arbeitern die Gleise der Strecke, die der Zug befahren wird. Braucht der Zug noch einige Zeit bis zum Ort der Reparaturen. So besteht eine gegenwärtige Gefahr“ (*pericolo attuale*). Diese Gefahr wird aber unmittelbar bevorstehend (*imminente*) sein, sobald der Zug so nah ist, dass keine Zeit mehr ist, um den Bremsvorgang einzuleiten.

in Situationen, wo die staatlichen Organe nicht effektiv einwirken können, ausgeübt werden, d.h. wenn die Verteidigungshandlung selbst das einzige Mittel zum Schutz des bedrohten Rechtsguts ist.¹¹⁷¹ So muss bei den hier betrachteten Fällen die Tötung der einzige und letzte Ausweg aus der Notlage sein, d.h. zur Abwendung der Gefahr das geeignete und erforderliche Mittel darstellen. Ist die Gefahr noch nicht gegenwärtig, so liegt auch keine „Erforderlichkeit“ der Selbstverteidigung vor, weil genügend Zeit vorhanden ist, um andere Maßnahmen - z.B. polizeiliche Hilfe - zu ergreifen, und genauso wenig besteht ein durch die Erforderlichkeit gegebener „Zwang“ zur Selbstverteidigung.¹¹⁷²

Da man Scheu hat, die aussichtslose Lage tyrannisierter Ehefrau im Rahmen der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung anzuerkennen, wird es bei der „Haustyrannen“-Konstellation die Erforderlichkeitsvoraussetzung stets geleugnet, weil die Täterin über genügend Zeit verfüge, die entsprechenden Staatsorgane einzuschalten. Erst wenn die Täterin kein milderes Mittel zur Verfügung hat, das in gleicher Weise eine sofortige und endgültige Beendigung des Angriffs verspricht, ist ihre Verteidigungshandlung auch erforderlich.¹¹⁷³ Dieses Vorgehen zeigt deutlich die Zurückhaltung, die Erforderlichkeit der Reaktion der Täterin zu bejahen und damit auf Freispruch zu erkennen. Berechtigte Zweifel werden hier insbesondere an der Effektivität von staatlichen Stellen zum Schutz vor Familientyrannen geäußert. Auch wenn die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung abgelehnt wird, ließe sich die Ausweglosigkeit der Lage der misshandelten Frau mit dem jahrelang ertragenen Ehemartyrium, den gescheiterten Fluchtversuchen und der besonderen Verzweiflung vor der Tat infolge vorhergegangener Übergriffe begründen. In diesem Rahmen spielen die äußeren und inneren Umstände vor der Tat eine gewichtige Rolle, so dass nicht leichtfertig die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung in Fällen der „Haustyrannen-Tötung“ abgelehnt werden sollte.

Darüber hinaus lässt sich feststellen, dass bei der Konstellation der „Haustyrannen-Tötung“ die Verteidigungshandlung der misshandelten Frau aufgrund fehlender Gegenwärtigkeit auch an der notwendigen Proportionalität zwischen den widerstreitenden Rechtsgütern mangelt. Denn eine gegenseitige Abhängigkeit zwischen den beiden Elementen besteht.¹¹⁷⁴

Da die Rechtfertigung zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit nur dann führt, wenn eine Balance

1171 Fiandaca/Musco, Diritto penale, 5. ed., S. 278. Vgl. Boscarelli, Legittima difesa, 3.1.

1172 Caraccioli, Diritto Penale, S. 403; Grosso, Difesa Legittima, S. 80, der sagt: „il requisito in parole deve per necessità di cose sempre sussistere quando la scriminante viene applicata“; Pagliaro, Principi, 8. ed., S. 440. Grosso, Enciclopedia del Diritto, S. 27 ff. (S. 29). Zaina, Legittima difesa, S. 90.

1173 Nach der Rechtsprechung ist die Verteidigungsreaktion erforderlich, insofern die Möglichkeit anderer Lösungen nicht vorhanden ist. Cass. pen., Sez. I, 14.11.1990, Zanini. In diesem Sinne ist die Erforderlichkeit gegeben, wenn die Verteidigungshandlung durch keine andere mildere, ebenso wirksame Handlung zum Schutz des Angegriffenen ersetzbar ist. Cass. pen., Sez. IV, 25.5.1993, Baracca.

1174 Szegö, Ai confini, S. 424.

zwischen positivem Wert der Verteidigungshandlung und negativem Wert des Angriffs erreicht wird, werden umso höhere Anforderungen an die Verteidigungshandlung gestellt, je weiter die Gefahr in der Zukunft liegt. So wird es gefordert, dass vor einer noch nicht gegenwärtigen Gefahr die Verteidigungsreaktion mäßig ist,¹¹⁷⁵ um den verminderten Wert der Verteidigungshandlung auszugleichen.¹¹⁷⁶ Denn der Umfang der Gefahr und der positive Wert der Verteidigungsreaktion werden immer verschwommener, je weiter die „nicht gegenwärtige“ Gefahr in der Zukunft liegt.¹¹⁷⁷ Der weitere Vorschlag knüpft an die psychische Ausnahmesituation der gepeinigten Frau zur Beurteilung des Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr an und greift auf das US-amerikanische „*Battered Women Syndrome*“ zurück. Das Problem bei der „*battered woman*“-Konstellation ist nämlich, dass die Abwehrhandlungen in Ausnutzung einer momentanen Schwäche, in der Regel dem Schlaf, des gerade nicht angreifenden Hautyrannen, aus welchem, objektiv betrachtet, keine gegenwärtige Gefahr ausgehen kann, ausgeübt werden. Auf der Basis des „*Battered Women Syndrome*“ sei aber eine Rechtfertigung aus Notwehr plausibel. In den letzten beiden Jahrzehnten hat das „*Battered Women Syndrome*“ aber an Akzeptanz eingebüßt, denn sie bewirkt ein Stereotyp von viktimisierten Täterinnen, das die individuellen Erfahrungen und Reaktionen unzureichend berücksichtige. Es handele sich vielmehr um ein eher irreführendes soziales Konstrukt, das die Frau pathologisiere¹¹⁷⁸ und sich auf die Figur der Schuldunfähigkeit bzw. der verminderten Schuldfähigkeit zurückführen lasse.¹¹⁷⁹

Aufgrund der hohen Anforderungen an den Standard für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen einer Notwehrlage könnte in der italienischen Rechtsordnung das „*Battered Women Syndrome*“ keine Anwendung finden. Der Weg für eine Schuldausschließung bzw. Schuldumilderung wegen Schuldunfähigkeit bzw. verminderter Schuldfähigkeit bleibt aber immerhin offen.¹¹⁸⁰

KAP. 3 LÖSUNGSANSÄTZE AUF DER EBENE DER SCHULD

Die auf die Voraussetzungen der Notwehr bezogenen Lösungsvorschläge auf der objektiven Ebene des Tatbestandes haben sich als erfolglos erwiesen. Daher wird vorgeschlagen, die hier betrachteten Grenzfälle der Präventiv-Notwehr auf die subjektive Ebene zurückzuführen.¹¹⁸¹ Im Folgenden

1175 Zimmerl, L'art. 52 del codice penale italiano dal punto di vista sistematico, in Riv. it. dir. Pen., 1931, S. 360 ff.

1176 Szegö, Ai confini, S. 425.

1177 Zimmerl, Riv. it. dir. Pen., 1931, S. 364.

1178 Walus-Wigle/Meloy, Battered woman syndrome as a criminal defence, Journal of Psychiatry and Law, 1988, S. 392.

1179 Szegö, Ai confini, S. 514.

1180 Szegö, Ai confini, S. 514.

1181 Szegö, Ai confini, S. 489.

werden die Schuld und die für die vorliegende Untersuchung relevanten Straffreistellungs-
Strafmilderungsgründen auf der Schuldebene näher erläutert. Abschließend soll es ein Überblick
über die auf der Schuldebene in Betracht kommenden Möglichkeiten für die Behandlung der
Präventivnotwehr am Beispiel der „Haustyrannentötung“ gegeben werden.

I. Die Schuld im Allgemeinen

Die systematische Kategorie der Schuld ist überall ein Konglomerat von Merkmalen, die sich im
Laufe der Geschichte je nach Anzahl und Inhalt ändern.

Gegen die These, dass die Schuld inhaltlich Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht umfasse, wird darauf
hingewiesen, dass eine nicht wünschenswerte Rückkehr zur objektiven Verantwortlichkeit (oder
Erfolgshaftung) - d.h. die Verantwortlichkeit ohne Vorsatz und ohne Fahrlässigkeit - in Zukunft nur
durch einen Schuldbegriff verhindert werden kann, der nach wie vor Vorsatz und Fahrlässigkeit
umfasst.¹¹⁸² Die objektive Verantwortlichkeit ist in vielen Ländern im Namen des Schuldprinzips
beseitigt worden, entgegen der Lehre vom *versari in re illicita*, und ist dadurch ersetzt worden, dass
wenigstens fahrlässige Begehung verlangt wird.

In der italienischen Rechtsordnung hat der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit für Vorsatz und
Fahrlässigkeit der objektiven Verantwortlichkeit (Art. 42 c.p.) klar gegenübergestellt, und das
Verfassungsprinzip des Art. 27 „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist persönlich“ wird in dem
Sinne ausgelegt, dass das „persönliche“ strafrechtliche Unrecht ein Synonym für das „schuldhafte“
Unrecht ist und dass die Schuld wenigstens Fahrlässigkeit voraussetzt.

Im italienischen Strafrecht setzt die „*versari*-These“ dem Schuldgrundsatz noch einen starken
Widerstand entgegen. Im geltenden Strafgesetzbuch gibt es die objektive Verantwortlichkeit, die
offensichtlich im Widerspruch zu der Verantwortlichkeit für Vorsatz und Fahrlässigkeit steht.¹¹⁸³ Die
jüngste Entwicklung des italienischen Strafrechts zeigt trotzdem ein langsames Überwiegen des
Schuldprinzips über das „*versari*-Prinzip“. Der Verfassungsgerichtshof hat im Jahre 1988 dem
Schuldprinzip endlich Verfassungsrang eingeräumt, und auch wenn er nicht die gesamte Regelung
der objektiven Verantwortlichkeit beseitigt hat, hat er doch klar und unzweideutig den
Mindestgehalt des Schuldprinzips hervorgehoben, in dem Sinne, dass die am meisten

1182 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 60 f.

1183 In der Lehre wird der Forderung, die objektive Verantwortlichkeit zu beseitigen und durch die Verantwortlichkeit
aufgrund von Fahrlässigkeit zu ersetzen, von der anderen Seite dadurch entgegengetreten, dass man die Fahne des
„*versari*“ hochhält. Diese Fahne wurde auch von Baumann, Spindel und Lang-Hinrichsen geschwungen, als sie sich
gegen die Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte im Jahre 1953 und deren Ersetzung durch eine auf Fahrlässigkeit
beruhende Verantwortlichkeit gewendet haben. Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen
Strafrecht, S. 64.

bezeichnenden Merkmale des Tatbestandes mindestens von der Fahrlässigkeit des Täters „gedeckt“ sein müssen.¹¹⁸⁴

Die abschließende Aufzählung der Fälle, in denen die Schuld nicht gegeben ist, betrifft äußere oder innere von der Norm abweichende Umstände, deren objektives Vorliegen nach der Erfahrung in der Regel von einem psychologisch unerträglichen Druck begleitet ist.¹¹⁸⁵

Im italienischen Strafrecht kommt der Täter erst dann in Betracht, nachdem die Begehung einer rechtswidrigen Tat festgestellt worden ist, weil nun noch die Frage seiner persönlichen Verantwortlichkeit für die begangene rechtswidrige Tat zu prüfen ist.¹¹⁸⁶

In der Lehre nennt man dies die Schuld des Täters. Der italienische Gesetzgeber vermeidet aber vorsichtig diesen Ausdruck und auch in der Verfassung wird stets nur von (persönlicher) Verantwortlichkeit gesprochen. Der Gesetzgeber wird damit aufgefordert, die Tatsache ernst zu nehmen, dass es nicht möglich ist, dem Täter einen ethischen Vorwurf zu machen, weil der Beweis nicht geführt werden kann, dass er im Augenblick der Tat hätte anders handeln können, als er gehandelt hat.¹¹⁸⁷

In diesem Stadium der Prüfung sieht sich der Interpret einer Gesamtheit von Merkmalen gegenüber, von denen der persönliche Vorwurf gegenüber dem Täter abhängt, welcher vollständig rechtlich aufzufassen ist in dem doppelten Sinn, dass er an die Person gerichtet ist.

Auf die beschränkte Möglichkeit, gegenüber einer Person einen rechtlichen Vorwurf zu erheben, wird heute die These gestützt, dass im Strafrecht dieser nur dann möglich ist, wenn bestimmte Umstände (wie z.B. die Schuldunfähigkeit, die Minderjährigkeit oder besondere Formen des Zwangs) nicht verhindern, den Täter für verantwortlich zu halten. Die Verantwortlichkeit - oder wenn man so will die Schuld - bestünde deshalb nur in der Abwesenheit jener Gründe, nämlich den Schuldausschlussgründen. Dies ist die Folge einer Verarmung, die in der Ausschaltung der herkömmlichen positiven Merkmale, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Ursprung hat.¹¹⁸⁸

Diese Auffassung scheint aber ungerecht zu sein. Denn die persönliche Verantwortlichkeit des Täters hängt von einem Konglomerat von negativen und aber auch positiven Merkmalen - wie Vorsatz und Fahrlässigkeit bezüglich der rechtswidrigen Tat - ab,¹¹⁸⁹ deren Fehlen in der rechtlichen

1184 Corte Cost., sent. 24.03.1988, n. 364.

1185 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 61.

1186 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 61.

1187 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 62.

1188 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 62.

1189 Das beweist schon die gesetzliche Lösung von zwei Schlüsselproblemen, vor allem die Regelung der „irrtümlichen Annahme des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes“ (Art. 59, 4, c.p.) und die Regelung des Exzesses bei den Rechtfertigungsgründen (Art. 55 c.p.). Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen

Bewertung als Schuldausschließungsgrund angesehen wird, genauso wie das Vorliegen jener anderen Elemente, denen häufig diese Bezeichnung vorbehalten wird und sich durch ihre Eignung kennzeichnen, dem Täter gegenüber den rechtlichen Vorwurf, wenn auch aus verschiedenen Gründen, nur in beschränktem Maße zu erheben.¹¹⁹⁰

II. Relevante Schuldausschließungsgründe

Grenzen für die Erhebung eines persönlichen Vorwurfs gegenüber dem Täter gelten auch für die Gründe, die die Schuldfähigkeit ausschließen.¹¹⁹¹

Es handelt sich dabei um Grenzen, die der Gesetzgeber aufgrund kriminalpolitischer Erwägungen durch Abgrenzungsvorschriften gezogen hat. Öfters handelt es sich dagegen um Grenzen, die die Rechtsprechung aufgestellt hat in dem Bemühen, die vom Gesetzgeber verwendeten Leerformeln auszufüllen. Insbesondere hat es das Fehlen einer genauen gesetzlichen Regelung im Bereich der seelischen Störungen der Rechtsprechung erlaubt, ganze Gruppen solcher Störungen einzuschließen oder auszugrenzen, indem sie völlig unkontrolliert einander entgegengesetzte psychiatrische Maßstäbe anwendet.

1. Schuldunfähigkeit wegen vollständiger seelischer Störung (Art. 88 c.p.)

In subjektiver Hinsicht ist einmal mehr daran zu denken, dass die Täterin möglicherweise aus einem Affekt oder einem Gefühl der Verzweiflung¹¹⁹² heraus gehandelt hat.¹¹⁹³ Je nach Umfang kann die seelische Verfassung der Täterin bei der Tat einen mehr oder weniger zentralen Entlastungsfaktor auf der Schuldebene darstellen.¹¹⁹⁴

Nach Art. 85 c.p. ist nicht strafbar wer zur Zeit der Tat nicht schuldfähig ist. schuldfähig ist wer zur Zeit der Tat die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit hat, d.h. fähig ist, das Unrecht der Tat anzusehen bzw. nach dieser Einsicht zu handeln.

Schuldunfähig wegen seelischer Störungen ist nach Art. 88 c.p., wer bei Begehung der Tat wegen Störung in einem solchen psychischen Zustand ist, welcher die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Täters ausschließt.

Dabei ist es zu beachten, dass nur eine Krankheit von solcher Intensität, dass sie zum Fehlen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Täters geführt hat, die Annahme der Schuldunfähigkeit nach

Strafrecht, S. 62 f.

1190 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 64 f.

1191 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 66.

1192 Siehe zur strafmildernden Wirkung derselben Gribbohm, LK 11 § 46 Rn. 76; Theune, LK 12 § 46 Rn. 206; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., München 2008, Rn. 330 ff.

1193 Vgl. Gropengießer, Der Haustyranenmord, S. 101.

1194 Vgl. dazu Ronco, Codice Penale Ipertestuale Commentato, Ronco/Ardizzone/Romano (Hrsg.), 4. Aufl., Torino 2012, Art. 85, S. 648: „Die Schuldfähigkeit als grundlegendes Element des Schuldvorwurfs“.

Art. 88 c.p. rechtfertigt. Aufgrund der Entwicklung der psychoanalytischen bzw. psychologischen Wissenschaften ist es nicht möglich alle Fälle der Schuldunfähigkeit auf einen geschlossenen Katalog zurückzuführen.¹¹⁹⁵ Danach kann die Schuldfähigkeit u.a. deswegen ausgeschlossen sein, weil der Täter im hochgradigen Affekt gehandelt und ihm deshalb die Steuerungsfähigkeit gefehlt hat. Insbesondere bei Partnertötungen liegt die Annahme eines Affektzustandes durchaus nahe.¹¹⁹⁶ Selbst wenn sich die psychische Ausnahmesituation in einer Notlage durchaus auf die Schuldfähigkeit auswirken kann, wird diese allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen ein solches Ausmaß erreichen, dass sie vollkommen ausgeschlossen wird, sondern sie kann möglicherweise nach Art. 89 c.p. vermindert sein.

Somit dürfte sich die Täterin bei „Haustyrannen-Tötung“ nur selten auf Schuldunfähigkeit berufen können.¹¹⁹⁷

III. Weitere Straffreistellungsgründe

1. Erlaubnistatbestandsirrtum

Nach italienischem Recht handelt ohne Vorsatz, wer eine rechtswidrige Tat in der irrtümlichen Annahme des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes begeht. Der Vorsatz fehlt, weil der Täter aufgrund der irrtümlichen Annahme des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes sich vorgestellt hat, dass die Tat, die er begehen wollte, von der Rechtsordnung als erlaubt angesehen wird.¹¹⁹⁸

So bestimmt Art. 59 Abs. 4 c.p.: *„Nimmt der Täter irrtümlich das Vorliegen von Umständen an, die die Strafe ausschließen, so werden ihm diese immer zu seinen Gunsten angerechnet. Handelt es sich jedoch um einen durch Fahrlässigkeit bestimmten Irrtum, so ist die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist.“*

Diese Vorschrift bezieht sich auf die Rechtfertigungsgründe, welche eine Interessenabwägung (im weiteren Sinne) voraussetzen, die dazu führt, dass der Unwert der tatbestandsmäßigen Handlung aufgrund einer umfassenderen Wertung im Lichte der gesamten Rechtsordnung entfällt.

Ebenso wie der Tatbestandsirrtum kann sich der Irrtum nach Art. 59 Abs. 4 c.p. auf einen tatsächlichen Umstand beziehen, der Voraussetzung des Rechtfertigungsgrundes ist (z.B. den Angriff bei der Notwehr), oder auf eine rechtliche Frage. In letzterem Fall ist zu unterscheiden: Entsprechend der Regelung des Art. 47 Abs. 3 c.p. entschuldigt der Irrtum über ein

1195 Ronco, C.P., Art. 88, S. 654.

1196 Rasch, Tötung des Intimparters, S. 98; Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, S. 270; siehe auch Salger, in: Tröndle-FS, S. 201 (204).

1197 Gropengießer, Der Haustyrannenmord, S. 88 f.

1198 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 63.

außerstrafrechtliches Gesetz nur, wenn er zur irrigen Annahme eines echten Rechtfertigungsgrundes führt. Begeht der Täter dagegen eine Straftat in der Meinung, ein Recht auszuüben oder eine rechtliche Pflicht zu erfüllen, während das Recht bzw. die Pflicht nicht existiert, so kommt ihm der Irrtum nicht zugute: Seine Fehlvorstellungen beziehen sich nicht auf eine tatsächlich rechtfertigende Situation, sondern auf Bestehen und Grenzen von Rechtfertigungsgründe.

Es bestätigt sich daher, dass ein jedweder Irrtum beachtlich ist, sofern die irrig angenommene Situation die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt.

In der Regelung des Art. 59 Abs. 4 c.p. lässt sich unschwer die Parallele zu der des Art. 47 c.p. über den Tatbestandsirrtum erkennen.¹¹⁹⁹

Was die verbleibende Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit betrifft, sofern das Gesetz eine solche vorsieht, sind zwei Fälle zu unterscheiden: Zum einen kann die in der Annahme rechtfertigender Umstände begangene Tat vorsätzlich sein. Zum anderen kann es sich um eine echte Fahrlässigkeitstat (oder einen fahrlässigen Exzess, Art. 55) handeln.

Beruhet der Irrtum im ersten Fall - nach den allgemeinen Grundsätzen - auf Fahrlässigkeit, so stellt die tatbestandsmäßige Vorsatztat eine rechtswidrige Fahrlässigkeitstat dar: Es handelt sich hier weder um eine Gleichsetzung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt *quod poenam*, noch um eine Umwandlung der vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung in eine fahrlässige (außer man vertritt die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen).¹²⁰⁰

Im zweiten Fall, in dem von vornherein ein Verletzungswille fehlt, ist zunächst zu untersuchen, ob angesichts der konkreten, vom Täter irrig angenommenen Situation, tatsächlich fahrlässiges Handeln vorliegt. Die Prüfung der Fahrlässigkeit (nach einem objektiven Maßstab) ist unterschiedlich schwierig, je nachdem, um welchen der folgenden beiden Fälle es sich handelt. Zunächst ist zu fragen, ob das Handeln auch bei Vorliegen des irrig angenommenen Rechtfertigungsgrundes fahrlässig gewesen wäre. Bei Verneinung ist dann zu prüfen, ob nicht die irriige Annahme des Rechtfertigungsgrundes auf Fahrlässigkeit beruht.

2. Putativnotwehr (Art. 59 Abs. 4 c.p.)

Als Beispiel der Erlaubnistatbestandsirrtum kommt die Putativnotwehr in Betracht, bei der sich der Täter von einer unmittelbaren Gefahr bedroht wähnt und zu dem vermeintlich erforderlichen und gebotenen Verteidigungsmittel greift. So setzt die Putativnotwehr die Voraussetzungen der realen Notwehr, mit dem Unterschied, dass hier die Gefahrenlage nicht objektiv besteht, sonder sie wird

1199 Fiandaca/Musco, Diritto penale, 2. ed., (Anm. 34), S. 197; Romano, C.P. I, 1987, (Anm. 16), S. 565 f.

1200 Fiandaca/Musco, Diritto penale, 2. ed., (Anm. 34), S. 197; Romano, C.P. I, 1987, (Anm. 16), S. 568.

von dem Angegriffenen aufgrund einer Fehlvorstellung der rechtfertigenden Sachlage irrtümlich angenommen.¹²⁰¹

Die Putativnotwehr wird in Art. 59 Abs. 4 c.p. geregelt, welcher die Strafbarkeit des Täters ausschließt, wenn die irrtümliche Annahme einer Notwehrlage nicht durch Fahrlässigkeit bestimmt ist. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so ist die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist.

Zur Überprüfung der irrtümlichen Annahme der rechtfertigenden Sachlage verwendet die italienische Rechtsprechung ein ähnliches Kriterium wie in dem US-System zur Beurteilung der vernünftigen Vorstellung des Täters,¹²⁰² wobei zur Rechtfertigung der Verteidigungshandlung ein „*honest and reasonable belief*“ des Täters - wenngleich irrtümlich -¹²⁰³ angefordert wird, ohne grundsätzliche Unterscheidung zwischen real und putativ.¹²⁰⁴ Danach soll sich die irrtümliche Annahme der Notwehrlage auf konkreten Tatsachen beruhen, welche die vernünftigen Vorstellung des Täters, der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Verletzung ausgesetzt zu sein, rechtfertigen.¹²⁰⁵ Somit wird die Beurteilung über die Putativnotwehr nicht auf die subjektive Lage des Täters, sondern auf objektive Kriterien zurückgeführt,¹²⁰⁶ mit der Folge, dass nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums der Täter entschuldigt wird.¹²⁰⁷

Diese Lösung überzeugt allerdings nicht, wenn man die Regelung des fahrlässigen Exzesses bei den Rechtfertigungsgründen in Art. 55 c.p. berücksichtigt. Nach dem zur Beurteilung der Fahrlässigkeit verwendeten Doppelkriterium ist der Täter hier für fahrlässige Begehung verantwortlich, wenn sich aufgrund der Gesamtbewertung aller objektiven und subjektiven Umstände ergibt, dass der Täter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt den Exzess hätte vermeiden können.¹²⁰⁸

Unter diesen Prämissen schliesse die Annahme des oben genannten objektiven Kriterium zur Prüfung der Putativnotwehr nicht nur die verbleibende Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit aus, sondern könne schon zum Ausschluss einer Vorsatzstrafbarkeit führen. Ist die falsche Vorstellung

1201 Pisani, *La legittima difesa*, S. 746.

1202 Szegö, *Ai confini*, S. 490.

1203 “*When (the defendant) belief is reasonable, however, he may be mistaken in his belief and still have self defense*”, La Fave/Scott, *Criminal law*, St. Paul (Minn.)1986, S. 457; ähnlich das *Common Law* und der *Model Penal Code*.

1204 Szegö, *Ai confini*, S. 490.

1205 So Assise Belluno, 11 giugno 1999, in *Riv. pen.*, 1999, 1118; Cass., Sez. IV, 15 novembre 1990, in *Mass. Cass. Pen.*, 1991, 6, m. 10; Cass., Sez. I, 7 ottobre 1991, *Giust. Pen.*, 1992, II, 200; Cass., Sez. I, 18 febbraio 1997, in *Ced. Cass.*, 207376 (corsi nostri). Auf die objektive Bewertung aller konkreten Umstände der gegebenen Sachlage wird hingegen von Cass., Sez. I, 17 febbraio 2000, in *Ced. Cass.*, 215808 hingewiesen.

1206 Cass. 5 novembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 740; Cass., Sez. I, 23 gennaio 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, 132; Cass. 7 ottobre 1988, in *Cass. Pen.*, 1989, 2000.

1207 Hier ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Zweifel das Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 530 c.p.p. dem Täter zu seinen Gunsten angerechnet werden muss. So Cass., Sez. IV, 15 novembre 1990, in *Mass. Cass. Pen.*, 1991, 6, m. 10.

1208 Trib. Trapani, 19 luglio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 933.

des Täters unvermeidbar, dann scheidet die Verantwortlichkeit aus. Ist der Irrtum vermeidbar, dann bleibt eine verbleibende Verantwortlichkeit für fahrlässige Begehung der Tat unberührt. Der Täter ist wegen Vorsatz nur dann zu bestrafen, wenn die irrtümliche Annahme der rechtfertigenden Umstände unvernünftig war. Dahingegen gilt eine analoge Regelung über die vernünftige Annahme des Täters für den Tatbestandsirrtum, welcher die Strafbarkeit des Handelnden nach Art. 47 c.p. ausschließt, vorbehaltlich der Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit, sofern das Gesetz auch die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht (Abs. 1), nicht.¹²⁰⁹

Im Unterschied zum zusammenhängenden Thema der Prüfung der Fahrlässigkeit¹²¹⁰ hat in der Lehre der Maßstab für die Beurteilung des vernünftigen Glaubens des Täters bei irrtümlicher Annahme einer Notwehrlage keine nennenswerte Entwicklung erfahren.¹²¹¹

Mangels präzisere Hinweise hat sich die Lehre mit der Bestimmung eines objektiven Maßstabes für die Beurteilung des vernünftigen Glaubens des Täters bei irrtümlicher Annahme einer Notwehrlage beschäftigt.¹²¹²

Dabei wird vorgeschlagen, anstelle des Täters einen fachkundigen Beobachter in die Lage des Täters zu setzen, d.h. eines kompetenten Fachmanns mit den speziellen Kenntnissen des Täters, abgesehen von der Möglichkeit, die subjektiven Gesichtspunkte des Täters zu berücksichtigen.¹²¹³

Dies führt allerdings dazu, ein noch strengeres Kriterium für die Prüfung der Vernünftigkeit zu liefern.

Ein derart objektives Kriterium lässt sich aber auch nicht mit dem Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit des Täters in Einklang bringen, an welchem sich der für die Beurteilung der fahrlässige Verletzung einer objektiven Sorgfaltsnorm verwendete Maßstab des *homo eiusdem professionis ac condicionis* orientieren muss.¹²¹⁴ Danach müssen die individuellen Eigenschaften des Täters bei der Prüfung der Fahrlässigkeit berücksichtigt werden, was weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre betrachtet wird.¹²¹⁵

3. Exzess bei den Rechtfertigungsgründen. Notwehrüberschreitung (Art. 55 c.p.)

Zur Problematik des Irrtums über Rechtfertigungsgründe zählt auch der Fall der fahrlässigen Überschreitung der Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes.

1209 De Francesco, Il modello analitico fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato, in Riv. it. dir. proc. pen, 1991, S. 110; vgl. auch Donini, L'errore sulle scriminanti, in Bricola/Zagrebelski, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale, I, 1996, S. 747-748.

1210 Vgl. Forti, Colpa ed evento nel diritto penale, Milano 1990, S. 150 ff.; Giunta, Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa - I. La fattispecie, Padova 1993, S. 242 ff.

1211 Szegö, Ai confini, S. 494.

1212 De Vero, Le scriminanti putative, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, S. 794.

1213 De Vero, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, S. 804 f.

1214 Szegö, Ai confini, S. 497.

1215 Szegö, Ai confini, S. 497.

Zugrunde liegt dieselbe Logik wie bei der irrtümlichen Annahme der Umstände eines Rechtfertigungsgrundes, wobei der Vorsatz ausgeschlossen ist. Die „Tat“ ist rechtswidrig, wenn sie unter Überschreitung der „Grenzen“ der einzelnen Rechtfertigungsgründe begangen wird. Und wenn der Täter beschlossen hat, sie im Bewusstsein der Überschreitung zu begehen, haftet er für Vorsatz. Sind dagegen die gebotenen Grenzen fahrlässig überschritten worden, so wird der Täter wegen fahrlässiger Begehung des entsprechenden Delikts bestraft, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist.¹²¹⁶

Der italienischer Strafgesetzbuch enthält in Art. 55 c.p. eine ausdrückliche Vorschrift über den fahrlässigen Exzess: *“Werden bei der Begehung einer Tat nach Art. 51, 52, 53 und 54 fahrlässig die durch das Gesetz, die behördliche Anordnung oder die Notwendigkeit gesetzten Grenzen überschritten, so kommen die Vorschriften über Fahrlässigkeitsdelikte zur Anwendung, wenn das Gesetz auch die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht.”*

Auch hierbei handelt es sich um einen Irrtum: Im Gegensatz zum Fall des irrig angenommenen Rechtfertigungsgrundes (Art. 59 Abs. 4 c.p.) liegen hier die Voraussetzungen des Erlaubnistatbestands vor, doch werden fahrlässig dessen Grenzen überschritten.

Die fahrlässige Überschreitung der Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes kennzeichnet sich spezifisch durch das "Mehr" gegenüber dem Verhalten, das gerechtfertigt gewesen wäre.¹²¹⁷

Diese Regelung entspricht einer (nicht zwingenden) Anwendung allgemeiner Prinzipien der strafrechtlichen Verantwortlichkeit,¹²¹⁸ so kann er in gleicher Weise auch auf den Exzess im Bereich der Einwilligung wie auch anderer Rechtfertigungsgründe angewendet werden kann, die im Nebenstrafrecht oder in Spezialvorschriften vorgesehen sind.¹²¹⁹

Es gibt zwei Arten des fahrlässigen Exzesses nach Art. 55 c.p.:¹²²⁰ Im ersten Fall hat der Täter lediglich eine irrtümliche Vorstellung von der tatsächlichen Situation; sein Verhalten ist seiner Fehlvorstellung, nicht aber der Wirklichkeit angemessen (*“error in intelligendo”*¹²²¹ bzw. *“errore motivo”*).¹²²² Im zweiten Fall erkennt der Täter richtig die tatsächliche Situation, sein Irrtum betrifft jedoch die Ausführungsphase und führt zu einer Abweichung von dem gewollten Erfolg,¹²²³ indem

1216 Marinucci, Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, S. 60.

1217 Stile, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im italienischen Strafrecht, in: Eser/Perron (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Freiburg i. Br. 1991, S. 335.

1218 Romano, C.P. I, 1987, (Anm. 16), S. 502.

1219 Romano, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht, S. 123.

1220 Nuvolone, Le due forme dell'eccesso colposo, Giust. pen. 1949, II, 803; Azzali, L'eccesso colposo, Milano 1965, S. 34 ff.; Fiandaca/Musco, Diritto penale, 2. ed., (Anm. 34), S. 197. Dazu auch Romano, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht, S. 123 f.

1221 Nuvolone, Le due forme dell'eccesso colposo, in: Trent'anni di diritto e procedura penale, I, 1969, 614.

1222 A meint zum Beispiel, dass ihn seine Angreifer nicht nur schlagen, sondern töten wollen; er schießt daher auf sie und tötet einige von ihnen. Stile, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im italienischen Strafrecht, S. 335.

1223 A erkennt z.B., dass seine Angreifer ihn lediglich schlagen wollen; um sich zu verteidigen, zieht er einen Revolver in der Absicht, diese damit zu bedrohen; dabei löst sich ein Schuss und tötet einen Angreifer. Stile, Der Irrtum als

er die objektiven Grenzen des Rechtfertigungsgrundes überschreitet¹²²⁴ (*“error in agendo”*¹²²⁵ bzw. *“errore inabilità”*¹²²⁶).

Es sei hervorgehoben, dass der Exzess in der ersten Variante Parallelen zum Fall des Art. 59 Abs. 4 c.p. aufweist, da in beiden Fällen irrig rechtfertigende Umstände angenommen werden.

Die Funktion dieser Regelung besteht darin, jegliche rechtfertigende Relevanz des vorsätzlichen Exzesses auszuschließen.¹²²⁷

Hier soll es auf den Verweis auf die Verantwortlichkeit des Täters wegen Fahrlässigkeit, sofern auch die fahrlässige Begehungsweise der Tat mit Strafe bedroht ist und im konkreten Fall das Verhalten des Täters die Merkmale der Fahrlässigkeit aufweist, hingewiesen werden. Im Unterschied zur deutschen Rechtsordnung wird in der italienischen Rechtsordnung überhaupt nicht zwischen den verschiedenen Situationen unterschieden, in denen ein Exzess stattfinden kann, auch nicht zwischen den asthenischen Affekten (Verwirrung, Furcht, Schrecken) und den sthenischen Affekten (Wut, Zorn). Eine Tat, die wegen der objektiven Überschreitung der in der vorliegenden Situation der Rechtfertigung gezogenen Grenzen objektiv rechtswidrig ist, wird nur dann entschuldigt, wenn die irrtümliche Bewertung der Voraussetzungen der Rechtfertigung oder die Überschreitung der dem Täter bekannten Grenzen des Rechtfertigungsgrundes nicht im konkreten Fall verschuldet, weil vermeidbar und fahrlässig waren. In beiden Fällen¹²²⁸ des in Art. 55 c.p. geregelten nicht willentlichen (unbewussten) Exzesses, beruht die Straflosigkeit des Verhaltens niemals auf einer abstrakten Typologie seelischer Zustände, in denen die Tat begangen worden ist, sondern nur auf dem konkreten Fehlen der Merkmale der Fahrlässigkeit.¹²²⁹

Geht man davon aus, dass bei der Konstellation der *“Haustyrannen-Tötung”* die immer wiederkehrenden Angriffe eine Dauergefahr bilden,¹²³⁰ dann stellt sich die Frage, ob die Verteidigungshandlung der Frau trotz Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr mangels notwendiger

Unrechts- und/oder Schuldausschluß im italienischen Strafrecht, S. 335.

1224 Romano, C.P. I, 1995, S. 544.

1225 Nuvolone, *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, S. 614, siehe auch S. 613 ff.; Delitala, *Legittima difesa e reato colposo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 540 ff.; Piacenza, *L'errore sulle cause di giustificazione e sulle cause che escludono la punibilità*, in *Giust. pen.*, 1949, II, 389; Dall'Ora, *Legittima difesa e reato colposo*, in *Giust. pen.*, 1950, II, 1195 ff.; Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1961, S. 209; Azzali, *L'eccesso colposo*, S. 117 ff.; in der neueren Literatur vgl. Faranda, *L'eccesso colposo - Errore di giudizio ed errore modale nell'art. 55 c.p.*, 1988, S. 49 ff.; Mantovani, *voce Colpa*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, 1988, S. 304 ff.; ders., *Diritto penale*, 3. ed., S. 288 ff.; Siracusano, *voce Eccesso colposo*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990, S. 180 ff.; Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, S. 448-449; Romano, C.P. I, 1995, S. 541 ff.; Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, 2. ed., S. 197.

1226 Mantovani, *Diritto penale*, 3. ed., S. 289.

1227 Stile, *Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im italienischen Strafrecht*, S. 335 f.

1228 Darüber jetzt Siracusano, *voce Eccesso colposo*, in: *Dig. Disc. Pen.*, S. 9 des Sonderdrucks, m.w.N.

1229 Romano, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht*, S. 123 f.

1230 Padovani, *Difesa legittima*, S. 501-502.

Proportionalität auf den Exzess nach Art. 55 c.p. zurückführen lässt.¹²³¹

Nach herrschender Ansicht in Lehre und Rechtsprechung ist die Proportionalität nicht mehr als Verhältnis zwischen den zur Verfügung stehenden und eingesetzten Mitteln zu verstehen,¹²³² sondern die betreffende Abwägung der widerstreitenden Interessen ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller objektiven Umstände des Einzelfalls durchzuführen. Unter dieser Prämisse ist bei der Konstellation der “Haustyrannen-Tötung” eine exzessive Verteidigungsreaktion der Frau anzunehmen.¹²³³

Das italienische Strafgesetzbuch misst daher den psychologischen Gründen des Exzesses nach Art. 55 c.p. überhaupt keine Bedeutung, sondern es unterscheidet nur zwischen den verschiedenen Arten dieses Exzesses:¹²³⁴ der unvermeidbare Exzess, welcher nicht strafbar ist; der vermeidbare Exzess, wobei gemäß Art. 55 c.p. die Vorschriften über Fahrlässigkeitsdelikte zur Anwendung kommen; der vorsätzliche Exzess, welcher wegen Vorsatzes zu bestrafen ist.

Dahingegen wird der Täter nach deutschem Recht entschuldigt, wenn er die Grenzen der Notwehr aus einem der in § 33 StGB genannten asthenischen Affekten, hier also Verwirrung, Furcht oder Schrecken, überschreitet, welche sich erst auf den Inhalt der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite außerhalb des Tatbestandes auswirken können.¹²³⁵ Im konkreten Fall muss aber ein kausaler Zusammenhang zwischen Affekt und Exzesshandlung tatsächlich vorliegen, was nur selten feststellbar ist, denn die Überschreitung aus anderen Gründen, etwa einer überstürzten Reaktion, erfolgen kann.¹²³⁶

Wenn hingegen, wie in Art. 55 c.p., kein Automatismus zwischen asthenischem Affekt und Strafbefreiung postuliert wird, gilt die Regelung des Exzesses nur für den Fall der fahrlässigen Überschreitung der Grenzen des Rechtfertigungsgrundes.¹²³⁷ Somit wird der vorsätzliche Exzesshandlung von dem Anwendungsbereich des Art. 55 c.p. ausgeschlossen.

Infolge dieser Überlegungen liegt nun der Fokus der Diskussion auf der subjektiven Ebene der Schuld. Daraus ergibt sich nämlich, dass die Lösung zum Problem der präventiven Verteidigung nur sehr schwer auf objektiver Ebene zu finden sein wird. Hier bietet es sich am ehesten an, beide Ebene, subjektiv und objektiv, zu berücksichtigen.¹²³⁸

1231 Szegö, *Ai confini*, S. 445 u. 447 f.

1232 *Caso Sacchinello*, Corte Assise Appello Milano, Urteil vom 19. April 1977, in: *L'indice penale* (1979) 135, S. 138; *Caso Cerzeto*, Tribunale per i Minori di Potenza, 5 marzo 1953, in *Giust. pen.*, Parte II: *Diritto Penale*, (1953) S. 761.

1233 Szegö, *Ai confini*, S. 445.

1234 Vgl. Musotto, *Corso di diritto penale*. Parte generale, 1. Vol., Palermo 1964, S. 276.

1235 Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, S. 205.

1236 Altavilla, voce *Eccesso colposo*, in *Novissimo Dig. it.*, VI, 1957, S. 341. In diesem Sinne vgl. zu § 33 StGB Gropengießer, *Der Haustyrannenmord*, S. 164.

1237 Zum Automatismus zwischen asthenischem Affekt und Straffreiheit in § 33 StGB, Romano, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 48 ff.; vgl. auch Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, S. 92 ff.

1238 Szegö, *Ai confini*, S. 453.

4. Putativexzess (Artt. 55 c.p. und 59, 4 c.p.)

Schließlich kann man sich fragen, ob es auch eine fahrlässige Überschreitung der Grenzen eines irrig angenommenen Rechtfertigungsgrundes (sog. „Putativexzess“) gibt.¹²³⁹ Dabei trifft die berechnigte wenngleich irrümliche Annahme einer rechtfertigenden Sachlage mit der fahrlässigen Überschreitung des in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtfertigungsgrundes zusammen.¹²⁴⁰

Diese Figur liege außerhalb des Anwendungsbereichs des fahrlässigen Exzesses nach Art. 55 c.p. und wird auf die allgemeine Regelung des Art. 59, Abs. 4, Satz 2, c.p. über die irriqe Annahme eines Rechtfertigungsgrundes zurückgeführt, welcher implizit auch den Irrtum regelt.¹²⁴¹

Bei der berechtigten wenngleich irrümlichen Vorstellung der rechtfertigenden Sachlage überschreitet der Täter wegen Fahrlässigkeit die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes, so dass sich hier die Fahrlässigkeitprüfung sowohl auf die Fehlvorstellung wie auf den Fehler bei der Verteidigung bezieht.¹²⁴²

IV. Relevante Schuld milderungsgründe bzw. Strafmilderungsgründe

1. Verminderte Schuldfähigkeit wegen partieller seelischer Störung (Art. 89 c.p.)

Einer gesonderten Erwähnung bei der Behandlung der Schuld milderungsgründe als auch bei der Bestimmung des Strafrahmens bedarf hier der in der Person des Täters begründete Strafmilderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit nach Art. 89 c.p.¹²⁴³ Denn Tötungen des Ehegatten werden häufig aus einem Affekt heraus begangen, der sich auf die Schuldfähigkeit auswirken und als tiefgreifende Bewusstseinsstörung die Steuerungsfähigkeit zumindest mindern kann.¹²⁴⁴ Eine Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit kann bei „Haustyrannen-Tötung“ gleichfalls zu einer Strafmilderung führen.

Nach Art. 89 c.p. ist für die begangene Tat verantwortlich, wer bei Handlungsbegehung wegen Krankheit in einem psychischen Zustand ist, welcher die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Täters erheblich vermindert hat, ohne diese aber auszuschließen.

Um die Bedeutung der verminderten Schuldfähigkeit in typischen „Haustyrannen-Fällen“ zu verstehen, muss man sich vorstellen, dass hier eine Beurteilung wegen vorsätzlicher Tötung nach

1239 Bejahend die Rechtsprechung, zweifelnd Bettiol/PettoelloManrovani, Diritto penale, S. 397 ff. Z.B.: A glaubt, man drohe ihm mit einem - nicht gegen sein Leben gerichteten Angriff und tötet bei der Verteidigung durch ein Versehen den vermeintlichen Angreifer. Stile, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss im italienischen Strafrecht, S. 335.

1240 So Cass. Civ. 26.02.1971; Cass. Civ. 90/183097.

1241 Cass. Pen., Sez. I, 15 gennaio 1992, Riolo.

1242 „Die Verneinung im einen Fall zieht nicht die Verneinung im anderen Fall nach sich,...,so wäre die Straftat nicht deshalb nicht mehr fahrlässig“. Stile, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss im italienischen Strafrecht, S. 335.

1243 Romano, in Romano-Grasso (a cura di), Commentario del Codice Penale, 2. Vol., 3. ed., Milano 2005, Art. 89, 41.

1244 Vgl. Plate, Psyche, Unrecht und Schuld, S. 417; Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, S. 270.

Art. 575 c.p., welcher als Rechtsfolge die Verhängung einer Freiheitsstrafe nicht unter 21 Jahren vorsieht, wird dem Gericht unangemessen erscheint, ein Freispruch der Täterin bei vorsätzlicher Tötung wegen Rechtfertigung durch Notwehr, Entschuldigung oder andere Straffreistellungsgründe allerdings nicht begründbar ist.¹²⁴⁵ In dieser Situation eröffnet Art. 89 c.p. dem Gericht aufgrund der Verringerung des Schuldgehaltes der Tat einen gemilderten Straffrahmen,¹²⁴⁶ innerhalb dessen es unter Würdigung aller wesentlichen Tatumstände und der Täterpersönlichkeit die schuldangemessene Strafe bestimmen kann. So verwundert es nicht, dass die allgemeine Meinung bei vorsätzlicher Tötung bezüglich der Annahme verminderter Schuldfähigkeit vergleichsweise großzügig ist.¹²⁴⁷ So haben die Strafgerichte bei möglicher Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe nach Art. 575 c.p. die Voraussetzungen für eine Straffrahmenverschiebung nach Art. 89 c.p. besonders sorgfältig zu prüfen.

In solchen Fällen wird deshalb jedes Gericht der Frage der verminderten Schuldfähigkeit wegen partieller seelischer Störung besondere Aufmerksamkeit schenken,¹²⁴⁸ auch wenn die tatsächlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen eines hinreichend gravierenden Affekts dünn sind.¹²⁴⁹ Dabei ist zu beachten, dass nicht jeder Affekt, sondern nur einer von solcher Intensität, dass er zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung geführt hat, die Annahme verminderter Schuldfähigkeit nach Art. 89 c.p. rechtfertigt.¹²⁵⁰

Wann ein Affekt das Bewusstsein tiefgreifend stört und damit zu verminderter Schuldfähigkeit führt, ist nach der Rechtsprechung unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Ganz allgemein für Tötungen bei Partnerschaftskonflikten dürfte charakteristisch sein, dass die Tat eine spezifische Tatvorgeschichte, verbunden mit einer charakteristischen Täter-Opfer-Beziehung und chronischen Affektspannungen, aufweist. Wenn auch Vorbereitungshandlungen auf der anderen Seite sogar auf ungeschmälerte Schuldfähigkeit der Täterin hindeuten und somit eher gegen das Vorliegen eines Affekts sprechen können, dürfte die missliche Situation, in der sich sie befindet, eine große seelische Belastung darstellen, die viel für eine Strafmilderung aufgrund verminderter Schuldfähigkeit ausspricht, insofern sie unter funktioneller anatomischer Betrachtungsweise zu einer psychischen Störung geführt hat. Dahingegen kann Verhaltens- bzw. Persönlichkeitsstörungen keine Bedeutung zum Ausschluss oder zur Minderung der Schuldfähigkeit

1245 Vgl. Krümpelmann, ZStW 99 (1987), 191 (212), der darauf hinweist, dass das öffentliche Bewusstsein bei vorsätzlichen Tötungen jedenfalls keine regelmäßigen Freisprüche verträgt.

1246 Ronco, C.P., Art. 89, S. 657.

1247 Cass. Sez. I, 23.01.1997; Szegö, Ai confini, S. 508.

1248 In tatsächlicher Hinsicht liefert die Häufigkeit von Affekten bei Partnerschaftskonflikten die notwendige Basis für die oft zu beobachtende Anwendung der verminderten Schuldfähigkeit. Vgl. Ziegert, Die Affekttat zwischen Wertung und Willkür, S. 43 (49).

1249 Vgl. Rode/Scheld, Sozialprognose bei Tötungsdelikten, S. 15.

1250 Marinucci/Dolcini, Manuale di diritto penale, S. 297.

beigemessen werden, wenn sie sich auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der Täterin nicht ausgewirkt haben.¹²⁵¹

V. Die Behandlung der „Haustyrannentötung“ auf der Schuldebene

Die Tötung des Haustyrannen in einer nicht konfrontativen Situation deutet auf eine Gefahrenlage, die das Stadium der Gegenwärtigkeit i.S. des Notwehrrechts noch nicht erreicht. Deshalb wird bei dieser Konstellation ganz überwiegend eine Rechtfertigung durch Notwehr abgelehnt, weil die Reaktion zwischen einem vergangenen und einem in der Zukunft (wenn auch in der näheren Zukunft) liegenden Angriff stattfindet.

So greift das italienische Recht auf die Schuldebene zurück. Dabei ist eine klare Tendenz festzustellen, diese Konstellation auf der subjektiven Ebene des Täters zu behandeln.

Dabei wird in solchen Fällen durch Annahme eines Schuldminderungs- bzw. Schuldausschließungsgrundes die Strafe gemildert oder es wird sogar ganz von der Strafe abgesehen.

Im Allgemeinen dargelegt, werden in der wissenschaftlichen Diskussion zur „Haustyrannentötung“ die Putativnotwehr gemäß Art. 59, 4, c.p. und die fahrlässige Überschreitung der Grenzen der Notwehr nach Art. 55 c.p. erörtert. Auf der Ebene der Schuld ist allerdings prinzipiell eine Schuldausschließung wegen Schuldunfähigkeit gemäß Art. 88 c.p. bzw. Schuldmilderung aufgrund erheblich verminderter Schuldfähigkeit gemäß Art. 89 c.p. desgleichen möglich.

Dabei kommt als Erstes der Erlaubnistatbestandsirrtum in Form der Putativnotwehr in Betracht, bei der sich der Täter von einer unmittelbaren Gefahr bedroht wähnt und zu dem vermeintlich erforderlichen und gebotenen Verteidigungsmittel greift.

Die Putativnotwehr wird in Art. 59 Abs. 4 c.p. geregelt, welcher die Strafbarkeit des Täters ausschließt, wenn die irrtümliche Annahme einer Notwehrlage nicht durch Fahrlässigkeit bestimmt ist. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so ist die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist.

So ermöglicht die Annahme eines entsprechenden Irrtums bei der „Haustyrannentötung“ entweder einen Freispruch der Täterin oder zumindest eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung nach Art. 589 c.p.

Danach handelt die Frau im Putativnotwehr, wenn sie zum Schutz vor der Gefahr weiterer Übergriffen als einziger Lösungsweg die Tötung des Haustyrannen sieht. Folglich gründet die

¹²⁵¹ Cass., Sez. U., 21.1.2005; Tribunale Bologna, 21.9.2008; Cass., Sez. V, 19.11.1997. Vgl. Ronco, C.P., Art. 89, S. 654 f.

Tötung des Haustyranen auf der Vorstellung der Frau, die vom Opfer ausgehende Gefahr für ihr Leben - und gegebenenfalls das der Kinder - sei aktuell bzw. nicht anders abwendbar. Dabei ist zu beachten, dass bei der „Haustyranen“-Konstellation die Gefahr zwar nicht gegenwärtig ist, doch ist denkbar, dass hier die Bedrohung von der misshandelten Frau als unmittelbar bevorstehend angenommen wird.¹²⁵²

Sodann stellt sich die Frage nach der Vermeidbarkeit dieses Irrtums. Hierfür kommt es darauf an, ob auch bei einer gewissenhaften Prüfung von denkbaren Auswegen das Nichtvorliegen der Gefahr bzw. der Notwehrlage nicht zu erkennen war. Dabei ergibt sich eine Tendenz zur Bejahung der Vermeidbarkeit des Irrtums, so dass eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tatbegehung unberührt bleibt.¹²⁵³

Zur Überprüfung der irrtümlichen Annahme einer rechtfertigenden Sachlage soll sich der Irrtum über die Notwehrlage auf konkreten Tatsachen beruhen, welche die vernünftigen Vorstellung des Täters, der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Verletzung ausgesetzt zu sein, rechtfertigen.¹²⁵⁴ Somit wird die Beurteilung über die Putativnotwehr nicht auf die subjektive Lage des Täters, sondern auf objektive Kriterien zurückgeführt.¹²⁵⁵

Dieses Vorgehen zeigt deutlich die Zurückhaltung, Unvermeidbarkeit zu bejahen und damit auf Freispruch zu erkennen. Berechtigte Zweifel werden hier insbesondere an der Effektivität von staatlichen Stellen zum Schutz vor Familientyrannen geäußert. Auch wenn die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung abgelehnt wird, ließe sich die Unvermeidbarkeit des Irrtums über die Ausweglosigkeit mit dem jahrelang ertragenen Ehemartyrium, den gescheiterten Fluchtversuchen und der besonderen Verzweiflung vor der Tat infolge vorhergegangener Übergriffe begründen. In diesem Rahmen spielen die äußeren und inneren Umstände vor der Tat eine gewichtige Rolle, so dass nicht leichtfertig Unvermeidbarkeit angenommen werden sollte.

Die Tötungshandlung der verängstigten Frau könnte darüber hinaus als fahrlässige Überschreitung der Grenzen der Notwehr i.S. von Art. 55 c.p. bewertet werden. Danach wird der Täter wegen

¹²⁵² Szegö, *Ai confini*, S. 489.

¹²⁵³ Daneben besteht die Tendenz zur Anerkennung der Vernünftigkeit der irrtümlichen Annahme des Täters schon als Maßstab zum Ausschluss des Vorsatzes. Vgl. Szegö, *Ai confini*, S. 495 ff. Vgl. zum deutschen Recht auch BGH NJW 2003, 2464 f. Da der vermeidbare Entschuldigungsirrtum allein auf die anderweitige Abwendbarkeit der Gefahr in einer Notstandslage abhebt, können bei der Strafzumessung weitere Umstände wie Demütigungen, Misshandlungen und das schlechte Allgemeinbefinden strafmildernde Berücksichtigung finden.

¹²⁵⁴ Vgl. Pisani, *La legittima difesa*, S. 746. So Corte Assise Belluno, 11 giugno 1999, in *Riv. pen.*, 1999, 1118; Cass., Sez. IV, 15 novembre 1990, in *Mass. Cass. Pen.*, 1991, 6, m. 10; Cass., Sez. I, 7 ottobre 1991, *Giust. pen.*, 1992, II, 200; Cass., Sez. I, 18 febbraio 1997, in *Ced. Cass.*, 207376 (*corsivi nostri*). Auf die objektive Bewertung aller konkreten Umstände der gegebenen Sachlage wird hingegen von Cass., Sez. I, 17 febbraio 2000, in *Ced. Cass.*, 215808 hingewiesen. In diesem Sinne ist die Lösung der italienischen Rechtsprechung im wesentlichen ähnlich wie die des US-amerikanischen Systems, welche auf das vernünftige Glauben des Täters beruht. Szegö, *Ai confini*, S. 490.

¹²⁵⁵ Cass. 5 novembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 740; Cass., Sez. I, 23 gennaio 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, 132; Cass. 7 ottobre 1988, in *Cass. pen.*, 1989, 2000. Vgl. Szegö, *Ai confini*, S. 490 f.

Fahrlässigkeit verurteilt, sofern auch die fahrlässige Begehungsweise der Tat mit Strafe bedroht ist und im konkreten Fall das Verhalten des Täters die Merkmale der Fahrlässigkeit aufweist.

Art. 55 c.p. erfasst die Überschreitung der Notwehr in einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage, wobei der Angegriffene das Maß der erforderlichen Verteidigung unbewusst oder bewusst überschreitet. In Fällen der „Haustyrannen-Tötung“ ist eine exzessive Verteidigungsreaktion der Frau anzusehen. Bei der Tötung von Schlafenden fehlt es aber an einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage, weil die Gefahr noch nicht gegenwärtig ist. So scheidet eine Anwendung von Art. 55 c.p. zugunsten der tödenden Ehefrau wohl aus. Dabei kommt es aber auch in Frage, ob es auch eine fahrlässige Überschreitung der Grenzen einer irrig angenommenen Notwehrlage (sog. „Putativnotwehrexzess“) seitens der Täterin geben kann.

Beim Scheitern aller oben genannten Straffreistellungsgründe lässt sich gleichzeitig in der Rechtsprechung insbesondere die überragende Bedeutung des Schuld- bzw. Strafmilderungsgrundes der verminderten Schuldfähigkeit nach Art. 89 c.p. bei der Tötung von schlafenden Haustyrannen feststellen. Denn die psychische Lage der misshandelten Frau wird nur in seltenen Ausnahmefällen ein solches Ausmaß erreichen, dass die Schuldfähigkeit vollkommen ausgeschlossen wird, Art. 88 c.p. spielt bei „Haustyrannentötungen“ kaum eine Rolle. Vielmehr kann die Schuldfähigkeit möglicherweise nach Art. 89 c.p. vermindert sein. Doch sind hier insbesondere die individuellen Verhältnisse ausschlaggebend, so dass sich verallgemeinerungsfähige Aussagen nicht treffen lassen.

Die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit nach Art. 89 c.p. kann bei Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung gemäß Art. 575 c.p. zu einer erheblichen Strafmilderung führen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass nicht jeder Affekt, sondern nur einer von solcher Intensität, dass er zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung geführt hat, die Annahme verminderter Schuldfähigkeit nach Art. 89 c.p. rechtfertigt.

KAP. 5 FAZIT

Auf der Grundlage der oben dargestellten Überlegungen kann abschließend festgehalten werden, dass die Behandlung der so genannten Präventivnotwehr im italienischen Rechtsordnung sehr uneinheitlich ist. Als Musterbeispiel wurde hier die „Haustyrannen“-Konstellation erforscht. Auf der einen Seite möchte die Situation der Frau beachtet werden, auf der anderen Seite sieht das Strafgesetzbuch, insbesondere die Notwehrovorschrift, dies nicht vor.

Art. 52 c.p. wird in diesen Fällen grundsätzlich nicht angewendet, weil aufgrund des Gegenwärtigkeitserfordernisses künftige bzw. immer wiederkehrende Angriffe keine Notwehrlage begründen können. Diese Norm scheidet in jedem Fall immer dann, wenn durch präventiver

Gefahrenabwehr ein Mensch getötet wurde, denn der Frau hätte andere Mittel zur Verfügung gestanden und zumindest hätte sie versuchen müssen staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Berechtigte Zweifel werden hier an der Effektivität von staatlichen Stellen zum Schutz vor Familientyrannen geäußert. Auch wenn die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung abgelehnt wird, ließe sich die Ausweglosigkeit der Lage der misshandelten Frau mit dem jahrelang ertragenen Ehemartyrium, den gescheiterten Fluchtversuchen und der besonderen Verzweiflung vor der Tat infolge vorhergegangener Übergriffe begründen, so dass nicht leichtfertig die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung in Fällen der “Haustyrannen-Tötung” abgelehnt werden sollte.

Die Tötungshandlung der verängstigten Frau könnte als fahrlässige Überschreitung der Grenzen der Notwehr i.S. von Art. 55 c.p. bewertet werden. Danach würde die Täterin wegen fahrlässiger Tötung gemäß Art. 589 c.p. verurteilt, sofern sie im konkreten Fall das Maß der erforderlichen Verteidigung unbewusst überschreitet hat.

Art. 55 c.p. erfasst aber die Überschreitung der Notwehr in einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage. Bei der Tötung des schlafenden Haustyrannen fehlt es aber an einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage, weil die Gefahr noch nicht gegenwärtig i.S. des Art. 52 c.p. ist. So scheidet eine Anwendung von Art. 55 c.p. zugunsten der tötenden Ehefrau wohl aus.

Es ist sehr fraglich, ob es auch eine irrig angenommene Notwehrlage (sog. Putativnotwehr) seitens der Täterin geben kann, bei der sich die Täterin von einer unmittelbaren Gefahr bedroht wähnt und zum Schutz vor weiteren Übergriffen als einziger Lösungsweg die Tötung des Haustyrannen sieht. Nach Art. 59 Abs. 4 c.p. ist die Strafbarkeit des Täters in Fällen des Erlaubnistatbestandsirrtums ausgeschlossen. Beruht der Irrtum der Täterin auf Fahrlässigkeit, so ist ihre Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung nicht ausgeschlossen.

So würde die Annahme eines entsprechenden Irrtums bei der “Haustyrannen-Tötung” entweder einen Freispruch der Täterin, sofern der Irrtum über die Notwehrlage auf konkreten Tatsachen beruhen, welche ihre Vorstellung, der gegenwärtigen Gefahr einer ungerechten Verletzung ausgesetzt zu sein, rechtfertigen oder zumindest eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung nach Art. 589 c.p. ermöglichen.

Eine Anwendung des Notstandes kommt bei Präventivnotwehr-Fällen nicht in Betracht, denn Art. 54 c.p. rechtfertigt nur Abwehrhandlungen gegen unbeteiligte Dritte. Eine Entschuldigung durch Notstand ist im Unterschied zum deutschen Recht nicht möglich, weil der Notstand nach Art 54 c.p. nur als Rechtfertigungsgrund vorkommt.

Damit ist in den Fällen der “Haustyrannen-Tötung” einen Freispruch der Täterin höchstwahrscheinlich ausgeschlossen, so dass sich eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung

kaum vermeiden lässt. Um die besondere Lage der Frau berücksichtigen zu können, bleibt nur noch die Möglichkeit eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung oder einer Strafmilderung aufgrund erheblich verminderter Schuldfähigkeit nach Art. 89 c.p., sofern der Affekt von solcher Intensität ist, dass er zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung geführt hat.

Auf der einen Seite hat man Scheu, die aussichtslose Lage tyrannisierter Ehefrau im Rahmen der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung oder der Vermeidbarkeit des Irrtums anzuerkennen. Andererseits ist es jedoch die Entwicklung festzustellen, die Vorgeschichte der Frau bei Bestimmung des Strafmaßes zu berücksichtigen, wobei dem Grundsatz der schuldangemessenen Strafe, sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Strafe Rechnung getragen wird.

Um die Verhängung der Tat unangemessener Strafe zu vermeiden, bietet es sich an, auf subjektive Merkmale auszuweichen. Im Bereich der „Haustyrannenmorde“ sind insbesondere der Strafmilderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit (Art. 89 c.p.) und die Putativnotwehr (Art. 59 Abs. 4 c.p.) und die Notwehrüberschreitung (Art. 55 c.p.) zu nennen.

Zwar ist die Tendenz, die Vorgeschichte der Frau zu berücksichtigen positiv. Allerdings findet die durch den Mann pflichtwidrig verursachte Vorgeschichte nur dort Berücksichtigung, wo ein Defizit bei der Frau festzustellen ist, - deshalb, wenn entweder die Täterin in seiner Fähigkeit erheblich gemindert ist, das Unrecht der Tat einzusehen, oder irrig Umstände annimmt, die sie rechtfertigen würden - anstatt daraus ein Gewicht zu Lasten des Mannes bei der Beurteilung der Tat abzuleiten.

Erst durch eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls wird eine flexible Behandlung der Präventivnotwehr bei der „Haustyrannen-Tötung“ erlaubt und werden Räume eröffnet, die Verhängung einer der Tat angemessenen Strafraumen auf eine juristisch überzeugendere Grundlage zu stellen.

DAS COMMON LAW-SYSTEM

Das *Common Law* ist als drittes Rechtssystem zu erforschen. Dabei wird zwischen England und Schottland einerseits, und dem US-amerikanischen Recht andererseits unterschieden.

England und Schottland dienen als Wurzel des *Common Law*-Systems und wurden gewählt, um die Unterschiede zum kontinentaleuropäischen bzw. zum US-amerikanischen Notwehrrecht deutlich zu machen.

In der folgenden Analyse wird die Notwehr im *Common Law* für ein vertieftes Verständnis des Instituts bei diesem System untersucht, so dass sich in einem weiteren Schritt ein interessanter Vergleich mit den anderen hier untersuchten Rechtssystemen, nämlich Deutschland und Italien, ziehen lässt.

KAP. 1 DAS ENGLISCHE RECHTSSYSTEM

I. Allgemein zum englischen Rechtssystem

Bevor das englische Notwehrrecht im einzelnen dargestellt wird, soll zunächst kurz auf die Besonderheiten des englischen Rechts hingewiesen werden. Das englische Recht als Teil des angloamerikanischen Rechtskreises kennzeichnet sich durch einen zweiteiligen Aufbau. Eine „Säule“ der Rechtsquellen stellt das aus vielen einzelnen Gerichtsurteilen geschichtlich gewachsene „*Common Law*“ dar. Für das *Common Law* sind also die bereits ergangenen Gerichtsentscheidungen maßgebend. Auf der anderen Seite existiert das „*Statute Law*“, welches das Gesetzesrecht darstellt. Das *Statute Law* dient dazu, das durch die einzelnen Entscheidungen entstehende Recht (*Case Law*) zu ergänzen bzw. veränderten Zeitumständen anzupassen.¹²⁵⁶ Es kommt ihm damit gegenüber dem *Common Law* lediglich eine Hilfsfunktion zu. Dabei wird es mit lange gewachsenen Rechtstraditionen meist nur gebrochen, wenn die Ergebnisse des *Common Law* geradezu als untragbar erscheinen.¹²⁵⁷

II. Das Notwehrrecht im englischen Rechtssystem

1. Rechtliche Entwicklung und theoretische Begründung

Nach allgemeiner Überzeugung war in England die Tötung eines Menschen grundsätzlich mit dem Tod zu bestrafen.¹²⁵⁸

Straflos war eine Tötung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, in denen der Tod im Einklang mit

¹²⁵⁶ Blumenwitz, Einführung in das anglo-amerikanisches Recht, 7. Aufl., München 2003, S. 44.

¹²⁵⁷ Beck, Die vorsätzliche Tötung im englischen Strafrecht, Tübingen 1973, S. 3.

¹²⁵⁸ Kerrl, Das englische Notwehrrecht, Diss. jur., Freiburg i. Br., 1977, S. 8 f.

der Rechtsordnung stand. Hierbei sprach man von „*justifiable homicide*“.¹²⁵⁹ Die fahrlässige Tötung eines anderen (*by misadventure*) und die Tötung im Rahmen der Selbstverteidigung (*self-defence*) war nicht „*justifiable*“, sondern höchstens „*pardonable*“¹²⁶⁰ oder - später - „*excusable*“.¹²⁶¹ Erkannte ein Gericht auf Notwehr, so konnte lediglich ein königliches Begnadigungsverfahren eingeleitet werden. Wurde die Notwehrhandlung dabei als notwendig erachtet, so entging der Angeklagte der Todesstrafe, musste jedoch eine Freiheitsstrafe verbüßen.¹²⁶²

Definitiv für straflos wurde die Notwehrtat erst im 19. Jahrhundert erklärt.¹²⁶³ Eine Unterscheidung zwischen *justifiable* und *excusable homicide* war zu dieser Zeitpunkt hinfällig geworden.¹²⁶⁴

Die Notwehr entwickelte sich im englischen *Common Law* als Einwand im Rahmen der Tötungsdelikte, indem sich im Laufe der Zeit herauskristallisierte, in welchen Fällen die Tötung eines angreifenden Menschen als straflos zu betrachten ist.¹²⁶⁵

2. Gesetzliche Lage

Die Notwehr wird im englischen Recht als „*self-defence*“ bezeichnet und aus strafprozessualer Hinsicht als Verteidigungsmittel (*defence*) des Angeklagten berücksichtigt.

In England, wie in anderen Rechtsordnungen des common law, liegt nur die einzige Kategorie der *defences* vor, wo zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen nicht genau unterschieden wird.¹²⁶⁶ Das Zusammenfassen von realer und Putativnotwehr im englischen System bringt das negative Ergebnis mit sich, dass Notwehr oft nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern eher als Entschuldigungsgrund behandelt wird.¹²⁶⁷

Im englischen Recht ist die „*self-defence*“ von einer uneinheitlichen Entwicklung gekennzeichnet. Man kann unterscheiden zwischen „*private defence*“ und „*public defence*“. Die *private defence* umfasst Abwehrhandlungen zur Verteidigung von Individualrechtsgütern und zum Schutz der einzelnen Person. Demgegenüber versteht man unter *public defence* Maßnahmen zur Verhinderung einer Straftat, die von Privatpersonen oder von Seiten des Staates vorgenommen werden.¹²⁶⁸

1259 Pollock/Maitland, *The History of the English Law before the Time of Edward I.*, Bd. II, 2. Aufl., Cambridge, 1898, S. 479; Brown, *Self-Defence in Homicide, From Strict Liability to Complete Exculpation*, CrimLR 1958, 583 (584 f.). Es handelte sich dabei um die Hinrichtung aufgrund eines rechtmäßigen Urteils und die Festnahme von Unbefugten auf königlichem Grund und Vogelfreie, wenn diese Widerstand leisteten.

1260 Brown, CrimLR 1958, 583 (586).

1261 Pollock/Maitland, *History II*, S. 479; Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 10.

1262 Pollock/Maitland, *History II*, S. 477 f.

1263 Statute 9 Geo. IV c.31 S. 10.

1264 Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 13 f.

1265 Wittmann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 121.

1266 Welke, *Der „Haustyrannenmord“ im deutschen Straftatsystem. Diskutiert unter Einbeziehung neuerer Tendenzen im common law*, in ZRP 37 (2004) 15 (16). Vgl. Wittmann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 121, wo dies aus einem historischen Standpunkt erklärt wird.

1267 Sangero, *Self-Defence in Criminal Law*, Oxford/Portland 2006, S. 109 f.

1268 So die Einteilung nach den Standardlehrbüchern Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, 13. ed., London/Dublin/Edinburgh, 1995, 23.1, S. 525 und Smith/Hogan, *Criminal Law*, 7. ed., London/Dublin/Edinburgh, 1992, S. 252; ebenso

Während die Verteidigung von Eigentum durch den *Criminal Damage Act 1977* und die Befugnisse zur Festnahme und Vorbeugung von Straftaten in *Chapter 58 Section 3 Criminal Law Act 1967* geregelt sind,¹²⁶⁹ ist die Notwehr als „*private-self defence*„ in England grundsätzlich nur im common law enthalten.¹²⁷⁰ Zahlreiche Stimmen in der englischen Literatur sprechen sich dafür aus, dass *Section 3* die Regeln des *Common Law* zur *public defence* ersetzt. Die *private-defence*-Regeln des *Common Law* bleiben grundsätzlich erhalten.¹²⁷¹ Letztere werden nur dann berührt, wenn sie im Widerspruch zu *Section 3* stehen.¹²⁷² Dient die Handlung sowohl der Verteidigung als auch der Verbrechensverhinderung, so ist eine Berufung auf *Section 3* und daneben auf *Common Law* möglich.¹²⁷³ Bei Unvereinbarkeit des *Common Law* mit *Section 3* kommt man schließlich zu einer Anpassung des *Common Law* an das Gesetzesrecht. Dies kann dadurch geschehe, dass die Terminologie des *Statute Law* für das *Common Law* übernommen wird,¹²⁷⁴ oder indem veraltete *Common Law*-Regeln von den Gerichten nicht mehr angewendet werden.¹²⁷⁵

Von besonderem Interesse ist, dass im Rahmen einer geplanten Kodifizierung auch das Notwehrrecht legislatorisch geregelt werden soll. Unter anderem wird im *Draft Criminal Law Bill 1993* der Entwurf für eine gesetzliche Regelung der Notwehr festgelegt. Dabei werden in *Clause 27* unter Berücksichtigung der vorangegangenen Arbeiten¹²⁷⁶ „*justifiable use of force: protection of person or property, prevention of crime, & c.*“ behandelt.¹²⁷⁷ Hier wird festgelegt, dass die

Kerrl, Notwehrrecht, S. 16; andere Autoren verwenden die Begriffe abweichend und unterscheiden stattdessen zwischen *self-defence* und *prevention of crime* (Jefferson, *Criminal Law*, London 1992, S. 206 f; nicht ganz so eng, Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2. ed., Oxford 1995, S. 132) oder *private defence* und *prevention of crime* (Allen, *Textbook of Criminal Law*, 3. ed., London 1995, 6.1, S. 156 f; Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, London 1989, S. 99). Williams schlägt vor, den Begriff *self-defence* durch *private defence* zu ersetzen, da der Begriff der *self-defence* zu eng sei (Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2. ed., London 1983, § 23.1, S. 501).

1269 Die *Chapter 58, section 3 (1)* lautet: „(1) *A Person may use such force as is reasonable in the circumstances in the prevention of crime, or in effecting or assisting in the lawful arrest of offenders or suspected offenders or of person unlawfully at large.*“ Und der zweite Abschnitt (*subsection*) hebt das *common law* für alle die Fälle auf, welche unter den ersten Abschnitt fallen: „(2) *Subsection (1) above shall replace the rules of the common law on the question when the force used for a purpose mentioned in the subsection is justified by that purpose.*“

1270 Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, S. 701. Sangero, *Self-Defence*, S. 108, m.w.N. Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 14, m.w.N. Vgl. Ormerod/Smith/Hogan, *Criminal Law*, 11. ed., New York 2005, S. 329 und 335. Wittemann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 123 ff.

1271 Jefferson, *Criminal Law*, London, 1992, S. 206; Ashworth, *Criminal Law*, S. 135; Card/ Cross/ Jones, *Criminal Law*, 13. Aufl., London/ Dublin/ Edinburgh, 1995, 23.3, S. 526; Allen, *Criminal Law*, S. 17; Clarkson/ Keating, *Criminal Law*, S. 301.

1272 Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 255.

1273 Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, 23.3, S. 526: „*In such a case then..., the common law defence survives alongside the statutory one*“; Allen, *Criminal Law*, 6.5.1, S. 157 sieht eine Solche Tendenz bei den Gerichten.

1274 Smith/Hogan, *Criminal Law* S. 255

1275 Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, 23.3, S. 526.

1276 Vgl. *Draft Criminal Code Bill 1985*, *Draft Criminal Code Bill 1989*, *Consultation Paper No. 122*.

1277 Originaltext in *Law Com. No. 218*, S. 106, 108: „*Justifiable use of force: protection of person or property, prevention of crime, &c., 27. (1) The use of force by a person for any of the following purposes, if only such as is reasonable in the circumstances as he believes them to be, does not constitute an offence- (a) to protect himself or another from injury, assault or detention caused by a Criminal act; (b) to protect himself or (with the authority of that other) another from trespass to the person; (c) to protect his property from appropriation, destruction or damage caused by a Criminal act or from trespass or infringement; (d) to protect property belonging to another from appropriation, destruction or damage caused by a Criminal act or (with the authority of the other) from trespass or*

Anwendung von Gewalt für die im Gesetz genau bestimmten Zwecke keine Straftat darstellt, wenn sie aus Sicht des Gewaltübenden „reasonable in the circumstances“ ist.

III. Struktur der Notwehr

A. Die Notwehrlage

In England setzt die Notwehr voraus, dass der Verteidiger im Glauben handelt, sich gegen einen unmittelbar drohenden oder gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff zu schützen.¹²⁷⁸ Dies beeinflusst beträchtlich die Annahme einer Notwehrlage, und dadurch nicht zuletzt das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr.

Voraussetzung zur Ausübung des Notwehrrechts ist herkömmlich das Vorliegen einer „rechtswidrigen unmittelbar bevorstehenden Gefahr“ (*unjust immediate threat*), welche durch andere vernünftige Mittel nicht abgewendet werden kann.¹²⁷⁹

1. Der Angriff

Der die Notwehr auslösende Angriff muss rechtswidrig, gewaltsam und gegenwärtig sein.

Da die Notwehr im *Common Law* von den Tötungsdelikten entwickelt wurde, ist sie auf Angriffe bezogen, die von einem Menschen ausgehen. So können in England nach der jüngeren Rechtsprechung und Rechtslehre nur Menschen i.S. des Notwehrrechts angreifen, da nur sie rechtlich verantwortliche Person i.S. des Strafrechts sein können, so dass Angriffe von Tieren im Rahmen des Notstandes (*necessity*) behandelt werden,¹²⁸⁰ der dem strafrechtlichen Notstand

infringement; or (e) to prevent crime or a breach of the peace. (2) The expressions "use of force" and „property“ in subsection (1) are defined and extended by sections 29 and 30 respectively. (3) For the purposes of this section an act involves a "crime" or is "criminal" although the person committing it, if charged with an offence in respect of it, would be acquitted on the ground that- (a) he was under ten years of age, or (b) he acted under duress, whether by threats or of circumstances, or (c) his act was involuntary, or (d) he was in a state of intoxication, or (e) he was insane, so as not to be responsible, according to law, for the act. (4) The references in subsection (1) to protecting a person or property from anything include protecting him or it from its continuing; and the reference to preventing crime or a breach of the peace shall be similarly construed. (5) For the purposes of this Section the question whether the act against which force is used is of a kind mentioned in any of paragraphs (a) to (e) of subsection (1) shall be determined according to the circumstances as the person using the force ("D") believes them to be. In the following provisions of this Section references to unlawful or lawful acts are to acts which are or are not of such a kind. (6) Where an act is lawful by reason only of a belief or suspicion which is mistaken, the defence provided by this Section applies as in the case of an unlawful act, unless- (a) D knows or believes that the force is used against a constable or a person assisting a constable, and (b) the constable is acting in the execution of his duty, in which case the defence applies only if D believes the force to be immediately necessary to prevent injury to himself or another. (7) The defence provided by this section does not apply to a person who causes conduct or a state of affairs with a view to using force to resist or terminate it. But the defence may apply although the occasion for the use of force arises only because he does something he may lawfully do, knowing that such an occasion may arise.“

1278 Welke, ZRP 2004, S. 16. Vgl. dazu unten das schottische Rechtssystem.

1279 So wurde in bezug auf die Verteidigung des Lebens auf Kosten des Lebens des Angreifers gesagt: „It is acceptable to kill an aggressor because the aggressor, in becoming an unjust immediate threat to the life of another that cannot be avoided by any reasonable means, temporarily forfeits her right to life, at least as long as these conditions remain in force.“ Leverik, Killing in Self-Defence, New York 2006, S. 2.

1280 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 128, m.w.N. Sangero, Self-Defence, S. 128

entspricht.

Das englische Notwehrrecht hat sich aus Fällen entwickelt, in denen der Angreifer unmittelbar zur Tötung (*homicide*) ansetzt oder Leib und Leben des Opfers unmittelbar rechtswidrig bedrohte (*assault*). Hinzu kam oftmals eine Körperverletzung (*battery*). Daraus ergibt sich, dass der Angriff mit Gewalt erfolgen musste, um eine Notwehrlage begründen zu können. Die Ausführungsweise des Angriffs stand fest: „*The crime must be accompanied with force*“.¹²⁸¹ An diesem Erfordernis hält man auch in jüngerer Zeit fest. So ist nach englischem Rechtsverständnis mindestens ein *assault* erforderlich, um eine Notwehrsituation entstehen zu lassen.¹²⁸²

2. Notwehrfähige Rechtsgüter

Als wichtigstes notwehrfähiges Rechtsgut wird im englischen Rechtsordnung das Leben eines Menschen anerkannt. Außerdem können Leib, körperliche Unversehrtheit und Gesundheit im Wege der „*defence of the person*“ verteidigt werden.¹²⁸³

Schon früh wurde die Frage diskutiert, ob das Eigentum, der Besitz und die beweglichen Güter (*movables*) notwehrfähig sind¹²⁸⁴. Zum Teil wird die Verteidigung des Eigentums unter den Begriff der *self-defence* gefasst.¹²⁸⁵ Andere Autoren handeln diese unter dem Stichwort *defence of property* ab.¹²⁸⁶ Im Rahmen dieser *defence* wird einerseits zwischen der Verteidigung von beweglichen Gütern (*movable*)¹²⁸⁷ und andererseits von Haus, Hof, Wohnung, Grund und Boden (*home*,¹²⁸⁸ *dwelling*, *land*¹²⁸⁹) unterschieden.

Auch der denkbar weite Wortlaut des Gesetzes in *Section 3 des Criminal Law Act* von 1967 lässt eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsgüter vermissen, indem sie grundsätzlich Gewaltanwendung zur Verhinderung einer Straftat bzw. rechtmäßiger Festnahme zulässt.

3. Die Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit des Angriffs wird im *Common Law* stets vorausgesetzt.¹²⁹⁰

Erforderlich ist, dass der Angriff rechtswidrig (*unlawful*) ist. So ist gegen rechtmäßige Angriffe keine Notwehr erlaubt. Gegen Handlungen, die ihrerseits gerechtfertigt sind, besteht somit kein

m.w.N. So wohl *Gott v. Measures* (1848) 1 KB 239.

1281 Blackstone, *Commentaries on The Law of England*, Vol. 4., Neudruck der 1. Aufl., London 1966, S. 827.

1282 Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 43.

1283 Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 252, Williams, *Criminal Law*, § 23.1, S. 501; Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 27.

1284 Williams, *Criminal Law*, § 23.9, S. 521; *Green v. Goddard* (1704) 2 Salk. 641, 91 ER 540.

1285 Jefferson, *Criminal Law*, S. 207; Curzon, *Criminal Law*, 5. ed., London 1987, S. 85 Rn. 36.

1286 Clarkson/Keating, *Criminal Law: Text and Materials*, 3. ed., London 1994, S. 298, Fn. 93; Ashworth, *Criminal Law*, S. 132.

1287 Williams, *Criminal Law*, § 23.9, S. 521 f.

1288 Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 258; Ashworth, *Criminal Law*, S. 139.

1289 Williams, *Criminal Law*, § 23.6, S. 515 ff.; § 23.7, S. 519 f.

1290 Sangero, *Self-Defence*, S. 128 f. Witteman, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 128. Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, S. 700.

Notwehrrecht.¹²⁹¹

Eine besondere Rolle spielen hier die Fälle, in denen der Angriff keine Straftat entstehen lässt.¹²⁹² Obwohl hier keine Straftat vorliegt, wird ein solcher Angriff einhellig als nicht gerechtfertigt (*unjustified*) und rechtswidrig betrachtet. In diesen besonderen Fällen können jedoch die Angriffe eine Notwehrsituation durchaus begründen.¹²⁹³ Da es aber an einem Verbrechen fehlt, kommt hier nur die Anwendung des *Common Law* in Betracht.¹²⁹⁴

4. Die Gegenwärtigkeit

Das Gegenwärtigkeitserfordernis wird in der englischen Rechtslehre durch verschiedene Begriffe ausgedrückt. Dies wird vom Begriff „*imminent*“, „*present*“¹²⁹⁵ bzw. „*immediate*“¹²⁹⁶ *danger* umfasst.¹²⁹⁷

Die Begriffe *imminent* und *immediate* werden oft als synonym benutzt, denn beide bedeuten, dass zwischen der defensiven Antwort und der Zeit der Verwirklichung der bedrohten Verletzung kein bedeutender Abstand vorliegt.¹²⁹⁸ So müssen die Bedrohung bzw. der Angriff eine hinreichend akute Gefährdung entstehen lassen. Im Regelfall setzt eine akute Gefährdung zugleich voraus, dass der Angreifer sich schon in unmittelbarer Nähe des Opfers befindet.¹²⁹⁹

Die Notwehrlage besteht aber nur so lange, wie die Gefährdung andauert. Eine zeitliche Grenze ist somit erreicht, wenn der Angreifer die Flucht antritt¹³⁰⁰ oder niedergeschlagen auf dem Boden liegt.¹³⁰¹

Die Prüfung der Gegenwärtigkeit wird durch subjektive Kriterien beeinflusst, indem die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr einhellig von der Frage abhängt, ob der Verteidiger im Glauben handelt, sich gegen einen unmittelbar drohenden bzw. gegenwärtigen Angriff zu verteidigen.

1291 Kenny, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Turner (ed.), 19. ed., Cambridge 1966, S. 143; Clarkson/Keating, *Criminal Law*, S. 297; Wittemann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 128; Ormerod/Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 335.

1292 Z.B., weil der Angreifer noch nicht zehn Jahre alt ist, geisteskrank (*insane*) ist, reflexartig (*state of automatism*) handelt oder einem Tatsachenintum (*material mistake of fact*) unterliegt.

1293 Allen, *Criminal Law*, 6.5.1, S. 157; Williams, *Criminal Law*, § 23.1, S. 502, stellt fest, dass der Angriff eines Geisteskranken nicht vom Gesetz gebilligt wird.

1294 Vgl. dazu die bereits oben erfolgte Darstellung.

1295 Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 42.

1296 Williams, *Textbook of Criminal Law*. Siehe Wittemann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 129, m.w.N.

1297 Den Begriff „*imminent*“ verwenden: Clarkson/Keating, *Criminal Law*, S. 309; Ashworth, *Criminal Law*, S. 138; Smith, *Justification and Excuse*, S. 114 f.; Jefferson, *Criminal Law*, S. 207. Den Terminus „*present*“ bevorzugt Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 42. „*Immediate*“ bei Williams, *Criminal Law*, § 23.2, S. 503.

1298 Leverick, *Self-Defence*, S.87.

1299 Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 43. Wittemann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 129, m.w.N.

1300 Blackstone, *Commentaries*, S. 185.

1301 *Hudson v. Crane* (1607) Noy 115; 74 ER 1080.

4.1. Die „Präventivnotwehr“ („*pre-emptive strike*“)

Nach der im 19. Jahrhundert im *Common Law* geltenden Notwehrregelung, konnte der Verteidiger im Fall eines nächtlichen Hauseinbruches den Angreifer bereits im Stadium des Versuchs töten.¹³⁰²

Im Gegensatz zur älteren Literatur¹³⁰³ spricht man sich heute allgemein dafür aus, dass das Opfer bei hinreichender Gefahr den ersten Schlag ausführen kann (*right to strike first*), da man es nicht für zumutbar hält, dass es als erstes den drohenden Angriff erdulden muss.¹³⁰⁴ So braucht der Angegriffene nicht auf den ersten Schlag zu warten, um sich verteidigen zu können.

Hier geht es um die Annahme präventiver Maßnahmen (*pre-emptive action*), wobei ein Recht zur Vorbeugung (*to strike first*) anerkannt wird.¹³⁰⁵ Der Angriff, welcher abgewendet wird, muss aber unmittelbar bevorstehen.¹³⁰⁶ So wird diese Aussage durch die Entscheidung im Fall *Devlin v. Armstrong* unterstützt, wo das Tribunal forderte, dass der abzuwehrende Angriff unmittelbar bevorstehen muss, um Notwehr begründen zu können.¹³⁰⁷ In diesem Sinne wird in der Literatur von einem „*imminent apprehended attack*“ gesprochen.¹³⁰⁸

Wenn nämlich die angedrohte Verletzung nicht unmittelbar bevorsteht (*imminent*), ist es weniger wahrscheinlich, dass sie sich nach Eintreten weiterer Umstände überhaupt verwirklicht bzw. der drohende seine Drohung in die Tat umsetzt.¹³⁰⁹

4.2. Die „*battered-woman*“-Konstellation

Als Beispiel der Präventivnotwehr bei immer wiederkehrenden Angriffen wird in der vorliegenden Arbeit die „*battered-woman*“-Konstellation angeführt.

Im Gegensatz zur US-amerikanischen Tradition kennt die englische Rechtsordnung das „*battered-woman-syndrome*“ zur Begründung einer Notwehrlage nicht.¹³¹⁰ Die „Haustyrannen“-Fälle werden in England nicht als Notwehrfall, sondern durch die Prozessverteidigung der Provokation (*provocation*) bzw. der verminderten Schuldfähigkeit (*diminished responsibility*) behandelt.¹³¹¹

1302 Blackstone, *Commentaries*, S. 827. Das englische Original lautet: „*and shall be killed in such attempt*“. Diese Voraussetzung war schon sowohl im antiken Griechenland als auch im antiken Rom gefordert worden.

1303 Bei Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 42 m.w.N.

1304 Smith, *Justification and Excuse*, S. 114 f.; Ashworth, *Criminal Law*, S. 141; Williams, *Criminal Law*, § 23.2, S. 503 f.; Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, 18. ed., New York 2008, 23.4, S. 526 f.; ferner Giles, *Criminal Law in a Nutshell*, London 1987, S. 54.

1305 Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, 13. ed., S. 702.

1306 Ormerod/Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 336.

1307 Siehe: *Devlin v. Armstrong* [1971] NI 13, Das oberste Gericht von Nordirland betonte dort: „*(The) plea of self-defence may afford a defence not merely to counter an actual attack, but to ward off or prevent an attack which he honestly anticipated. In that case, however, the anticipated attack must be imminent.*“

1308 Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, S. 702.

1309 Leverick, *Self-Defence*, S. 88.

1310 Vgl. Leverick, *Self-Defence*, S. 90. Bestätigend aber unzufrieden darüber: McColgan, *In defence of battered women who kill*, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13 (1993) 508 (522).

1311 Ormerod/Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 336 f.

Im R. v. Thornton¹³¹² nahm der *Court of Appeal* auf dem Hintergrund einer gewaltvollen Beziehung eine Provokation bei einer Situation an, in welcher die Täterin die Kontrolle verloren hatte.¹³¹³

Im R. v. Ahluwalia¹³¹⁴ erwog der *Trial* die Möglichkeit, das Gutachten über das „*battered-woman-syndrome*“ anzunehmen, um dies für die Annahme einer Provokation zu bewerten.¹³¹⁵ Der *Court of Appeals* erkannte allerdings aufgrund neuer Beweise die verminderte Schuldfähigkeit der Täterin (*diminished responsibility*) an, obwohl in der ersten Instanz diese Prozessverteidigung nicht angebracht wurde.¹³¹⁶

B. Die Verteidigungshandlung

1. Die Erforderlichkeit

Im englischen Rechtssystem muss die Verteidigungshandlung erforderlich sein, um Notwehr rechtfertigen zu können.¹³¹⁷

Hier wird oft die Beziehung zwischen den Voraussetzungen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit erörtert, indem diese unter dem Begriff „*reasonability of the defensive force*“ zusammengefasst werden.¹³¹⁸ Dies führt in Verbindung mit der Gleichstellung von realer und Putativnotwehr zum Ergebnis, dass die „Vernünftigkeitprüfung“ (*reasonability-test*) nicht nach einer rein objektiven Vernünftigkeit (*objective reasonability*), also wie es das *Common Law* selbst erfordert, sondern auch nach den subjektiven Vorstellungen des Verteidigers durchgeführt wird.¹³¹⁹

Es wird lediglich kritisiert, dass die *jury* oftmals eine nicht eindeutige Prüfung der „*reasonableness*“ vornimmt, indem sie zwischen Erforderlichkeit einerseits und Verhältnismäßigkeit andererseits begrifflich nicht differenziert. Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, die Frage, ob das mildeste und erfolgversprechende Mittel eingesetzt wurde, nach dem Begriff „*necessary*“ zu prüfen. Der Begriff „*Proportional*“ steht danach als Kriterium für die Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter bzw. der angerichteten Schäden auf seitens des Angreifers und des Verteidigers im Verhältnis zur drohenden Gefahr.¹³²⁰

1312 R. v. Thornton (1992) AII ER 306.

1313 Sangero, Self-Defence, S. 348.

1314 R v. Ahluwalia (1992) 4 AII ER 889.

1315 Sangero, Self-Defence, S. 348.

1316 Siehe R. v. Ahluwalia (1992) 4 AII ER 889, was dort unter dem Titel „*Dimished responsibility*“ gesagt wird.

1317 Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 18.

1318 Sangero, Self-Defence, S. 110. Siehe: Card/Cross/Jones, Criminal Law, S. 705.

1319 Sangero, Self-Defence, S. 110, m.w.N. diese Kritik betreffend. Card, Cross und Jones drücken es eindeutig aus: „*Except that it is based on the facts as the defendant believed them to be, the test of whether reasonable force has been used in the prevention of crime, self-defence etc. is an objective one*“. Card/Cross/Jones, Criminal Law, S. 705.

1320 Williams, Criminal Law, § 23.2, S. 503.

2. Die Verhältnismäßigkeit

Gemäß englischer Rechtstradition muss eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung vorgenommen werden.¹³²¹ Dies lässt sich am besten bei den Fällen feststellen, in denen zur Verteidigung von Sachwerten die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit bzw. der Tod des Angreifers verursacht wird.¹³²² Begründet wird dies damit, dass dem Interesse des Verteidigers die Rechte des Angreifers gegenüberstehen, welche dieser durch seinen Angriff nicht verwirkt habe.¹³²³

Die Verhältnismäßigkeitsabwägung wird im englischen Recht unterschiedlich bezeichnet. Neben dem älteren Begriff „*appropriate*“¹³²⁴ wird heute der Begriff „*proportionable*“¹³²⁵ bzw. „*proportional*“¹³²⁶ vor allem benutzt. Daneben wird es noch von „*necessary*“ gesprochen.¹³²⁷

Der Verhältnismäßigkeitsgedanke hat in *Section 3 Criminal Law Act 1967* eine gesetzliche Formulierung gefunden, indem es gefordert wird, dass die Verteidigungshandlung „*reasonable in the circumstances*“ sein muss. Dies lässt sich als typisches Beispiel für die mittelbar-faktische Einwirkung vom *Statute Law* auf das *Common Law* anführen. So hat es sich in der modernen Literatur eingebürgert, dass auch für die Behandlung von Notwehrfällen im Rahmen des *Common Law* die Verhältnismäßigkeit zu bejahen ist, wenn die Handlung „*reasonable in the circumstances*“ ist.¹³²⁸

Die Rechtsprechung und die Rechtslehre sind sich einig, dass es hier um eine Abwägung von Schäden (*balancing of harms*) geht. Es gibt aber Unstimmigkeiten darüber, wie diese genau durchzuführen sei.¹³²⁹ Es wird noch befürwortet, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sowohl der Angriff und die Verteidigungshandlung als auch die widerstreitenden Rechtsgüter umfassen muss.¹³³⁰

Denkbar ist hier, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit entweder nach subjektiven oder nach objektiven Gesichtspunkten vorgenommen werden kann. Die Rechtsprechung und die herrschende

1321 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 130. Rönna/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 18.

1322 Einigkeit besteht darin, dass die Verteidigung heute am Maßstab der *reasonableness* des *Criminal Law Act 1967* zu messen ist, da die Abwehr der Verhinderung eines Deliktes dienen würde. In dieser Hinsicht scheint sich die Tötung eines Angreifers zum Schutz von Sachwerten in das englische Notwehrrecht mit seinem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur schwer einzufügen. Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 132, 135.

1323 Ashworth, Criminal Law, S. 133.

1324 R. v. Odgers (1843) 2 M.+ R. 479; 174 ER 355.

1325 Palmer v. R. (1971) 55 CAR 223 (242).

1326 Williams, Criminal Law, §23.3, S. 506; Ashworth, Criminal Law, S. 136.

1327 Clarkson/Keating, Criminal Law, S. 299.

1328 Smith/Hogan, Criminal Law, S. 252; Jefferson, Criminal Law, S. 207; Card/Cross/Jones, Criminal Law, 18. ed., 23.8, S. 527; Smith, Justification and Excuse, S. 107 f.

1329 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 130 f.

1330 Rönna/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 18.

Literatur¹³³¹ haben sich für die Anwendung objektiver Kriterien ausgesprochen.¹³³² Trotzdem wird der Maßstab aufgeweicht,¹³³³ indem die außergewöhnliche Lage, in der sich der Angegriffene befindet, in die Abwägung einbezogen wird. Hierbei sind alle Umstände, denen der Angegriffene ausgesetzt war, umfassend zu berücksichtigen. Kritik erfahren aber die Entscheidungen, die auf die subjektive Einschätzung des Verteidigers abstellen.¹³³⁴ Hier wird bemängelt, dass nach der Rechtsprechung von einer Proportionalität kaum noch die Rede sein kann, wenn vom Verteidiger den Tod oder schwere Schäden ernsthaft zu befürchten sind.¹³³⁵

2.1. Ausweichpflicht (“*Duty to retreat*“)

Wichtiger Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist seit jeher die Frage, ob der Angegriffene dem Angriff zumutbar ausweichen bzw. flüchten konnte. Eine solche Rückzugspflicht (*duty to retreat*¹³³⁶, *duty to avoid conflict*¹³³⁷) nahm man im englischen Recht frühzeitig an; eine Gegenwehr mit Gewalt war erst gestattet, wenn dem Angriff nicht anders ausgewichen werden konnte.¹³³⁸ Nun wird vorgeschlagen, den Versuch einer Flucht als Indiz für die verhältnismäßige Reaktion seitens des Verteidigers aufzufassen.¹³³⁹ Eine solche Pflicht wird allerdings bei Angriffen von Kindern und unzurechnungsfähigen Personen diskutiert.¹³⁴⁰

2.2. Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten

Die Frage der Verhältnismäßigkeit der Abwehr wird im englischen Recht ausführlich bei Verteidigungshandlungen diskutiert, die den Angreifer verletzen oder töten, um Sachwerte zu schützen.¹³⁴¹

Bei beweglichen Gütern werden als Hauptanwendungsfälle die drohende Beschädigung oder Zerstörung sowie die Wegnahme angeführt.¹³⁴² Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zum einen der Wert des bedrohten Guts von Bedeutung. Je höher dieser Wert einzuschätzen ist, desto intensiver darf die Verteidigung ausgeübt werden.¹³⁴³ Auf der anderen Seite ist das Wesen des

1331 Card/Cross/Jones, Criminal Law, 18 ed., 23.9, S. 528; ebenso die Law Commission zu Criminal Damage Act 1971, Nr. 29, § 52.

1332 Palmer v. R. (1971) 55 CAR 223 (242).

1333 Card/Cross/Jones, Criminal Law, 23.10, S. 528.

1334 R. v. Shannon (1980) 71 CAR 192; ebenso Attorney General's Reference (No.2 of 1983) (1984) 2 WLR 465 (478); vgl. Scarlett (1994) 98 CAR 290.

1335 Williams, Criminal Law, § 23.3, S. 507: „a radical change in the law“.

1336 Clarkson/Keating, Criminal Law, S. 307.

1337 Ashworth, Criminal Law, S. 139.

1338 Kerrl, Notwehrrecht, S. 46 ff.

1339 Jefferson, Criminal Law, S. 207.

1340 Kerrl, Notwehrrecht S. 54. Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 136.

1341 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 132. Im Rahmen dieser *defence of property* wird einerseits zwischen der Verteidigung von beweglichen Gütern (*movable*) und andererseits von Haus, Hof, Wohnung, Grund und Boden (*home, dwelling, land*) unterschieden. Siehe oben: Notwehrfähige Rechtsgüter.

1342 Williams, Criminal Law, 523.9, S. 521.

1343 Lanham, Defence of Property in the Criminal Law, CrimLR 1966, 368 (373).

Angriffs zu beachten. Lediglich beim Einsatz von Gewalt durch den Angreifer darf der Verteidiger gewaltsam reagieren. Konsequenterweise ist die Tötung des Angreifers nur erlaubt, wenn sich der Verteidiger in Todesgefahr befindet.¹³⁴⁴

Section 3 Criminal Law Act 1967 fordert die *reasonable*-Prüfung für Fälle der Verhinderung eines Verbrechens, welches auch in einem Angriff gegen Eigentum bestehen kann. So will die Literatur zum Teil gegenüber Räufern eine "*excessive force*" zulassen, solange diese noch als *reasonable* beurteilt werden kann.¹³⁴⁵ Andere Autoren bezweifeln, ob der Tod des Angreifers bei der Verteidigung von beweglichen Gütern in diesem Sinne verhältnismäßig ist. Selbst bei überaus wertvollen Sachgütern schein dies fraglich.¹³⁴⁶

Für die Verteidigung von *home, dwelling* und *land*¹³⁴⁷ bildete sich der englische Rechtsgrundsatz "*the house of every one is to him as his castle and fortress*", welcher aus dem *Semayne's Case* des Jahres 1604 stammt. Dort wurde die Verteidigung gegen Angreifer für straflos erklärt, welche mit dem Ziel eines Raubes oder Mordes zum Haus des Verteidigers kamen.¹³⁴⁸ Nach und nach entstand das Prinzip, dass eine Tötung des Angreifers nur im Falle eigener Todesgefahr erfolgen durfte. Gegen gewaltsam vorgehende Angreifer (*trespasser entering forcibly*) konnte man sich mit angemessener Gewalt verteidigen. Gewaltlose Unbefugte (*trespasser employing no force*) mussten zunächst aufgefordert werden, sich zu entfernen, bevor eine - wiederum nur angemessene - Verteidigung erfolgen durfte.¹³⁴⁹

Die Verteidigung des Hauses und der Wohnung wird als Beispiel für eine schon seit langem anerkannte Ausnahme vom Grundsatz der Rückzugspflicht verstanden.¹³⁵⁰ 1924 traf der *Court of Criminal Appeal* im Falle *Hussey* eine vielbeachtete Entscheidung, die bis heute Gegenstand von Diskussionen ist. Das Gericht stellte fest, dass zur Verteidigung der Wohnung der Angreifer getötet werden darf. Die Tötung des Angreifers wurde aber nicht mehr davon abhängig gemacht, ob der Verteidiger selbst den Tod oder Verletzungen befürchten musste.¹³⁵¹

1344 Im *common law* entstand dieses Prinzip frühzeitig aus einem prozessualen Verteidigungseinwand des Angeklagten, der sich darauf berufen konnte, zunächst nur leichte Abwehr geübt zu haben. Setzte der Angreifer im weiteren Verlauf Gewalt ein, so konnte sich der Verteidiger ebenfalls gewaltsam verteidigen. Kerrl, Notwehrrecht, S. 62 m.w.N.

1345 Williams, Criminal Law, 5 23.9, S. 521.

1346 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 133.

1347 Dabei kennt das englische Recht den Angriff durch Einbrecher (*burglar*) und unbefugt eindringende Fremde (*trespasser*). So Lanham, CrimLR 1966, 368 (369).

1348 *Semayne's Case* (1604) 5 Co. Rep. 91a, 77 ER 194.

1349 Lanham, CrimLR 1966, 368 (371 f.) m.w.N.; Kerrl, Notwehrrecht, S. 66 f.; Beck, Vorsätzliche Tötung, S. 202 ff.

1350 Ashworth, Criminal Law, S. 139 f.

1351 *R. v. Hussey* (1924) 18 CAR 160; vgl. dazu Smith/Hogan, Criminal Law, S. 258; Williams, Criminal Law, § 23.7, S. 519 f. In der Entscheidung beruft sich das Gericht auf geltendes Recht, ohne jedoch zu berücksichtigen, dass vorhergehende Urteile stets die Gefahr für die Person des Verteidigers verlangt hatten. *Hussey* (1924) 18 CAR 160 (161) verweist auf geltendes Recht, indem zitiert wird: "In Verteidigung seines eigenen Hauses darf der Eigentümer oder seine Familie einen Eindringling, der ihn zwangsweise daraus vertreiben will, genauso töten, als wenn er sonst persönlich angegriffen wird, mit dem Unterschied allerdings, dass er nicht zurückzuweichen braucht, denn das würde

Einigkeit besteht darin, dass die Verteidigung heute am Maßstab der *reasonableness* des *Criminal Law Act 1967* zu messen ist. In dieser Hinsicht stößt die Entscheidung in *Hussey* auf verbreitete Bedenken.¹³⁵² So scheint sich die Tötung des Angreifers zum Schutz der Wohnung und des Hauses in das englische Notwehrrecht mit seinem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur schwer einzufügen. In der heutigen Zeit, in welcher der Wert des Lebens weit über Sachwerten eingestuft werde, mude der Fall *Hussey* seltsam an.¹³⁵³ Überdies drohe bei der Verteidigung von Wohnungen selten deren Zerstörung - wie dies bei beweglichen Sachen häufiger zu erwarten sei.¹³⁵⁴

IV. Abgrenzung zum Notstandsrecht

Nunmehr kennt das englische Strafrecht drei verschiedene Notstandseinreden,¹³⁵⁵ die alle durch das *Common Law* geregelt werden: *duress by threats* (Nötigungsnotstand), *necessity* (rechtfenigender Notstand) und *duress of circumstances* (Notstand durch Umstände)^{1356 1357}.

Die im englischen Strafrecht am stärksten etablierte Notstandsform ist der Nötigungsnotstand. Auf den *duress by threats* kann sich der Täter berufen, wenn er zur Begehung der Straftat durch einen Hintermann genötigt wurde, der den Täter als Werkzeug für die Begehung einer bestimmten Straftat benutzen will. Das *Common Law* setzt voraus, dass der Hintermann den Genötigten mit dem Tode oder einer ernsthaften Körperverletzung (*serious bodily harm*) bedroht.¹³⁵⁸ Dabei muss der Hintermann dem Täter die Tat näher bezeichnen, die dieser in seinem Auftrag ausführen soll.¹³⁵⁹

nichts anderes als die Aufgabe seines Hauses bedeuten.“ (Übersetzung nach Beck, Vorsätzliche Tötung, S. 204). Auch Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 258 bezweifeln, ob dies das damalige Recht darstellte. Es wird bezweifelt, ob das Gericht die Entscheidung auch beim Tod der beiden Angreifer getroffen hätte, da dem Angeklagten im Falle *Hussey* nur Verletzungen vorgeworfen wurden. Die Ausführungen bezüglich der Tötung stellten somit lediglich ein dictum dar und minderten das Gewicht des Urteils: Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 68. In *Hussey* setze sich das Gericht überdies nur am Rande mit der Verteidigung des eigenen Hauses auseinander, so dass das Urteil für die Frage der Tötung zum Schutz von Eigentum keine große Bedeutung haben könne: Beck, *Vorsätzliche Tötung*, S. 204,

1352 Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 258; Jefferson, *Criminal Law*, S. 207; Curzon, *Criminal Law*, 5. Aufl., London, 1987, Rn. 38, S. 86.

1353 Lanham, *CrimLR* 1966, 368 (372).

1354 Kerrl, *Notwehrrecht*, S. 69.

1355 Während über die Voraussetzungen der beiden *duress*-Formen weitgehend Klarheit herrscht, steht bei *necessity* nicht einmal fest, ob es sich hier überhaupt um eine allgemeine Verteidigungseinrede handelt. Watzek, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, in Eser (Hrsg.), *Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive*, Freiburg i. Br. 1997, S. 133 f.

1356 Mit der Entscheidung in *Willer* (1986) 83 Cr. App. R. 225 hat die Rechtsprechung begonnen, eine völlig neue Form des Notstands als eigenständige Verteidigungseinrede zu entwickeln: den *duress of circumstances*.

1357 Watzek, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, S. 133 f. In Rechtsprechung und Literatur herrscht im Hinblick auf die drei Notstandsformen keine einheitliche Terminologie. So bezeichnet die Rechtsprechung den jüngst von ihr entwickelten *duress of circumstances* zum Teil auch als Form von *necessity*, obwohl der *duress of circumstances* in seinen Voraussetzungen eng an die Regelung zum *duress by threats* angelehnt wurde. Vgl. R. v. Martin (1989) *CrimLR*. 284. In *DPP. v. Bell*; (1992) *CrimLR*. 176 wurde der *duress of circumstances* nur noch mit „*duress/necessity*“ umschrieben. Die in der Literatur vorherrschende Terminologie zwischen *necessity* und *duress of circumstances* unterscheidet, da diese sachlich zwei verschiedene Verteidigungseinrede sind. Vgl. Smith/Hogan *Criminal Law*, S. 246; Ferner Clarkson/Keating, *Criminal Law*, S. 274 u. 347.

1358 Watzek, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, S. 135.

1359 „*Duress by threats ... applied when the threatener nominated the crime.*“ R. v. Cole, (1994) *CrimLR*. 582, 583.

In seinen Voraussetzungen ist der *duress of circumstances* eng an den *duress by threats* angelehnt, da die Rechtsprechung auch hier eine Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Täters oder eines Dritten verlangt. Im Unterschied zum *duress by threats* erfolgt bei *duress of circumstances* die Begehung der Straftat lediglich bei dem Versuch des Täters sich der Bedrohung durch den Hintermann zu entziehen.¹³⁶⁰ Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden *duress*-Formen besteht darin, dass für *duress of circumstances* auch andere Gefahrenquellen in Betracht kommen können als die Bedrohung durch eine andere Person. Insofern weisen auch *duress of circumstances* und *necessity* eine Parallele auf, da hier die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut durch Umstände wie Naturkatastrophen oder Unfälle hervorgerufen wird.¹³⁶¹

Bei *necessity* wird dem Täter nicht wie beim *duress* angesichts einer psychischen Ausnahmesituation Nachsicht gewährt, sondern *necessity* setzt voraus, dass der Täter zur Rettung eines höherwertigen Rechtsguts gehandelt hat.¹³⁶² ¹³⁶³ Bei *duress* ist daher nicht erforderlich, dass das bedrohte Rechtsgut das verletzte überwiegt.¹³⁶⁴

Was die vorliegende Arbeit betrifft, setzen die verschiedene Formen von Notstandseinreden unter dem Gesichtspunkt der Gegenwärtigkeit wie bei Notwehr voraus, dass der Täter einer gegenwärtigen Bedrohung seines Leben oder seiner körperlichen Integrität ausgesetzt sein muss (*imminent danger* bzw. *immediate threat of death or serious bodily harm*).¹³⁶⁵ Beim *duress of circumstances* wird allerdings verlangt, dass die begangene Tat als spontane Reaktion auf die

1360 Der Begriff des "Hintermann" wurde lediglich beibehalten, um die Unterschiede zum *duress by threats* besser verdeutlichen zu können. Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, S. 136.

1361 Da durch *necessity* ebenfalls sämtliche denkbaren natürlichen Gefahrenquellen erfasst werden, hat die Rechtsprechung zum Teil den *duress of circumstances* als Unterfall von *necessity* aufgefasst; vgl. R. v. Martin (1989) CrimLR 284.

1362 Da *necessity* auf dem Prinzip der Güterabwägung beruht, ist dieser *defence* mit rechtfertigendem Notstand nach § 34 StGB vergleichbar. Anders als im deutschen Recht hat die Rechtsprechung *necessity* jedoch nur für einige wenige Ausnahmesituationen, die kaum verallgemeinerbar sind, als *defence* anerkannt. Auch im englischen Recht sind vereinzelt Fälle vorgekommen, in denen eine Rechtsgutsverletzung als gerechtfertigt angesehen wurde, weil der Täter zur Rettung eines höherwertigen Rechtsguts gehandelt hat. Vgl. Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, S. 186 ff. Hier wird *necessity* als *defence* zur Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruchs, in Bourne (1939) 1 KBD 687 [Watzek, unter (a) S. 187 f.] bzw. zur Rechtfertigung medizinischer Eingriffe bei einwilligungsfähigen Patienten, in F. v. West Berkshire Health authority and other (1989) 2 All ER 545 [Watzek, unter (b) S. 188 ff.].

1363 "The essence of the necessity situation is that the defendant had he chosen to, could have complied with the letter of the law, but decided not to do so because he thought that such compliance would in all probability result in a harm or evil as great or greater than that which would ensue from doing (or omitting to do) what prima facie is prohibited (or commanded)." Glazebrook (1997) CLJ 88.

1364 Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, S. 136. Entgegen der traditionellen Auffassung von *duress* als Entschuldigungsgrund, hat das *House of Lords* in Howe für *duress* verlangt, dass das bedrohte Rechtsgut das verletzte überwiegt. R. v. Howe (1987) AC 417 (*House of Lords*).

1365 Im Hinblick auf die Gegenwärtigkeit der Drohung ist die Rechtsprechung großzügig. Vgl. R. v. Hudson and Taylor (1971) 2 Q.B.D 202. Zum Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Drohung führte der *Court of Appeal* a.a.O. 207 aus: "The threats ... were likely to be no less compelling, because their execution could not be effected in the court room, if they could be carried out in the streets of Salford yhe same night..."

Bedrohung der Rechtsgüter des Täters folgt.¹³⁶⁶ Somit wird eine besondere enge zeitliche Nähe zwischen der Bedrohung und der begangenen Straftat vorausgesetzt.¹³⁶⁷

Daraus kann man folgern, dass auch im englischen *Common Law* der Unterschied zwischen Notwehr und Notstand darin liegt, dass sich die Verteidigungshandlung nur gegen den Angreifer richten kann, der für den Angriff verantwortlich ist,¹³⁶⁸ während beim Notstand der Täter auch gegen unschuldige Dritte vorgehen kann.¹³⁶⁹

KAP. 2 DAS SCHOTTISCHE RECHTSSYSTEM

I. Allgemein zum schottischen Rechtssystem

Das schottische Recht kennzeichnet sich durch seine eigentümliche Stellung zwischen dem unkodifizierten angloamerikanischen *Common Law* einerseits und den heute kodifizierten durch die Rezeption des römischen Rechts geprägten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen andererseits.¹³⁷⁰

Nach der Union mit England übte das englische Recht einen zunehmenden Einfluss auf das schottische aus. Zum einen durch die Gesetzgebung,¹³⁷¹ zum Zweiten über das *House of Lords*, welches in zivilrechtlichen Angelegenheiten auch für Fälle aus Schottland Gericht höchster Instanz ist.¹³⁷²

Dass sich das schottische Recht dennoch, wenn auch mit vielen englischen Elementen, bis heute als unabhängiges Rechtssystem gehalten hat, liegt zum einen an der soliden Begründung auf dem römischen Recht,¹³⁷³ zum anderen an der von der englischen völlig verschiedenen Denkweise der schottischen Juristen. Das schottische Recht ist abstrakt und systematisch, also deduktiv (von allgemeinen Prinzipien ausgehend), während das englische empirisch, also induktiv (vom Einzelfall ausgehend) ist.¹³⁷⁴

1366 R. v. Cole, (1994) CrimLR. 582, 583.

1367 Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, S. 138. “*The connection between the threat and the criminal act was not as close and immediate as in Willer; Conway and Martin, where the offence was virtually a spontaneous reaction to the physical risk arising.*” R. v. Cole, (1994) CrimLR. 582, 583.

1368 Sangero, Self-Defence, S. 118 und 128 ff.

1369 Sangero, Self-Defence, S. 2 f.

1370 Seine Stellung ist nur aus der Kenntnis der schottischen Rechtsgeschichte im Zusammenhang mit der allgemeinen schottischen Geschichte, insbesondere dem jeweiligen englisch-schottischen Verhältnis, heraus zu verstehen. Für einen kurzen geschichtlichen Überblick siehe Weber, Einführung in das schottische Recht, Darmstadt 1978.

1371 Nur selten wurde im englischen dominierten Parlament auf die Besonderheiten des schottischen Rechts ausreichend Rücksicht genommen. Weber, Einführung in das schottische Recht, S.11.

1372 Weber, Einführung in das schottische Recht, S.11.

1373 Durch die Herausbildung des *Institutional Writers*. Es handelt sich dabei um Werke einiger eminenten schottischer Juristen des 17., 18., und 19. Jh. Dazu eingehend Weber, Einführung in das schottische Recht, S.10.

1374 So ist das schottische Recht methodisch und auch inhaltlich dem kontinentalen Recht verwandt, aber in eine *common-law*-Umgebung und in dessen formale Struktur eingebettet. Weber, Einführung in das schottische Recht, S.12.

Es führte lange ein jenseits seiner Grenzen wenig beachtetes Dasein, ständig gefährdet von der Umarmung des englischen Rechts. In den letzten Jahrzehnten trat jedoch langsam eine Änderung ein.¹³⁷⁵ Einerseits findet das schottische Recht auch in England neuerdings verstärkt Interesse, indem man beim Eintritt in der EG und die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit den kontinentalen Rechtsordnungen überproportional schottische Juristen, die der kontinentale Denkweise nahestehen, in die entsprechenden Gremien berief.¹³⁷⁶ Andererseits sieht man auf das schottische Recht eine ganz neue Rolle zukommen. Angesichts der Harmonisierung des Rechts in Westeuropa wird doch eine Beschäftigung mit dem schottischen Recht als von Elementen beider hauptsächlich westlichen Rechtskreisen geformtem Kompromissystem und die Nutzung seiner längsten jahrhundertlangen Erfahrung in der Auseinandersetzung mit dem ihm geschichtlich und durch die Denkweise verbundenen *Civil Law* und dem angloamerikanischen Rechtskreis, dessen Sprache es teilt, für die Rechtsvergleichung von Wert sein.¹³⁷⁷

Im Bereich des Strafrechts ist das schottische Recht gegenüber dem Strafrecht Englands weitgehend eigenständig.¹³⁷⁸ Der geringere Einfluss des englischen Rechts hat zwei Hauptursachen: Zum einen ist das *Common Law* im Strafrecht weniger stark durch Eingriffe der Legislative abgeändert und ersetzt worden als im Zivilrecht. Zwar nimmt auch im Strafrecht der Umfang des gesetzlich Regelmäßigten ständig zu. Dennoch liegt, zumindest im Kernbereich des Strafrechts, der Schwerpunkt nach wie vor im schottischen *Common Law*. Zweitens ist der *High Court of Justiciary* in Edinburgh höchste Instanz im Strafrecht. Dem Strafrecht sind, anders als dem Zivilrecht, also nicht vom *House of Lords* wegen der Bindungswirkung seiner Entscheidungen englische Rechtsvorstellungen aufgepropft worden.¹³⁷⁹

II. Das Notwehrrecht im schottischen Rechtssystem

1. Rechtliche Entwicklung und theoretische Begründung der *self-defence*

Die Entwicklung des gesamten schottischen Strafrechts wurde maßgeblich von David Hume (1756-1838) beeinflusst.¹³⁸⁰ In seinem Werk, „*Commentaries on the Law of Scotland respecting crimes*“, stellte er systematisch das bestehende *Common Law* im Bereich des Strafrechts dar. Das Werk wurde als eine wichtige Quelle des *Common Law* erachtet und es kam ihm über Jahrzehnte hinweg

1375 Weber, Einführung in das schottische Recht, S.12.

1376 Beim Eintritt in der EG war man sich über die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit den kontinentalen Rechtsordnungen im klaren und berief überproportional schottische Juristen, die der kontinentale Denkweise nahestehen, in die entsprechenden Gremien. Weber, Einführung in das schottische Recht, S.12.

1377 Weber, Einführung in das schottische Recht, S.12.

1378 Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 149.

1379 Weber, Einführung in das schottische Recht, S.132.

1380 Marshall, General Principles of Scots Law, 4. ed., Edinburgh 1982, S. 102.

eine verbindliche Aussagekraft zu.¹³⁸¹

Die *self-defence* erörtert Hume gemäß der schottischen Rechtstradition innerhalb der Tötungsdelikte.

Der Berechtigung zur *self-defence* liegen zwei Gedanken zu Grunde. Zum einen hat der Angreifer das Recht gebrochen und dadurch den Anspruch verwirkt, durch das Recht geschützt zu werden. Auf der anderen Seite verteidigt der Angegriffene nicht nur sich selbst, sondern setzt als „*officer of the law*“ auch die Rechtsordnung durch.¹³⁸² Aus diesem Gedanken heraus unterschied Hume zwischen unverschuldeter und verschuldeter Notwehr.

Die Standardsituation der Notwehr wird von Hume als „*self-defence against a felon*“ bezeichnet.¹³⁸³ Dieser Notwehrlage liegt ein rechtswidriger Angriff zugrunde, der seitens des Opfers nicht verschuldet war, und mit dem sich das Opfer unversehens konfrontiert sieht.¹³⁸⁴

Dem Angegriffenen wird keine Pflicht auferlegt, die Flucht zu ergreifen. Der Verteidiger darf sich gewaltsam widersetzen bis die Gefahr endgültig abgewehrt ist. Hume sieht es durch Naturrecht für gerechtfertigt an, dass sich der Verteidiger durch das einzig sichere Mittel rettet, indem er den Angreifer tötet.¹³⁸⁵ Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit oder Angemessenheit der Abwehr findet nach Hume nicht statt.¹³⁸⁶

Hume lässt die *self-defence* auch zu, um die Vergewaltigung einer Frau (*rape*) zu verhindern. Unter bestimmten Umständen ist eine Tötung außerdem zulässig, um das Eigentum (*property*) zu verteidigen. Bei nächtlichen Hauseinbruch befürwortet Hume die Tötung des Einbrechers unter Berufung auf den *Scots Act* von 1661¹³⁸⁷ und die Grundsätze des römischen und des jüdischen Rechts.¹³⁸⁸

Im Gegensatz zur Standardsituation sieht Hume die „*self-defence on a sudden quarrel*“, wenn sich der Angegriffene in einen Streit begeben hat, so dass er die geforderte Unverschuldetheit verloren hat.¹³⁸⁹ Das Opfer dürfe in diesen Fällen zu seiner eigenen Sicherheit nur eine minimale Verteidigung vornehmen. Im Ergebnis entfällt hier eine Berufung auf Notwehr.¹³⁹⁰

1381 Jones/Christie, *Criminal Law*, Edinburgh 1992, 2.05, S. 11; McCall Smith/Sheldon, *Scots Criminal Law*, Edinburgh 1992, S. 2 f.

1382 Hume, *Commentaries on the Law of Scotland respecting crimes*, I, Neudruck der 4. Aufl., Edinburgh 1986, S. 218.

1383 Hume, *Commentaries* I, S. 218.

1384 Vgl. Gordon, *Criminal Law*, S. 751.

1385 Hume, *Commentaries* I, S. 218 f.

1386 So Gordon, *The Criminal Law of Scotland*, 2. ed., Edinburgh 1978, S. 752.

1387 *Scots Act* 1661, c. 217; außer Kraft gesetzt durch *Statute Law Revision (Scotland) Act* 1906.

1388 Hume, *Commentaries* I, S. 220 f.; Hume hält in ähnlichen Situationen auch die Tötung des Diebes zur Tageszeit für erlaubt. Dazu kritisch Gordon, *Criminal Law*, S. 753.

1389 Vgl. Gordon, *Criminal Law*, 24-06, S. 756, der zu Recht den Widerspruch kritisiert, daß Hume im Kapitel unter der Überschrift „*self-defence on a sudden quarrel*“ nach langen Ausführungen de facto zum Ergebnis kommt, dass in diesen Fällen keine Berufung auf *self-defence* möglich ist.

1390 Hume, *Commentaries* I, S. 233.

Die von Hume entwickelte Unterscheidung zwischen *self-defence „against a felon“* und *“self-defence on a sudden quarrel“* wurde weiterhin von späteren Autoren übernommen¹³⁹¹.

2. Gesetzliche Lage

Im Bereich der Notwehr ist zu bemerken, dass kein dem *Criminal Law Act 1967* entsprechendes Gesetz für Schottland erging. Die Notwehr des schottischen Rechts ist demnach nicht von *Statute-law* geregelt, so dass sich die Rechtslage nur aus *Common Law* ergibt.¹³⁹²

Die Notwehr wird auch heute noch durchweg unter dem Begriff *self-defence* behandelt. Teilweise wird bemängelt, dass dieser Begriff von vornherein die Möglichkeit der Nothilfe begrifflich ausschließe.¹³⁹³

Notwehr die zur Tötung des Angreifers führt, ist nur dann gerechtfertigt, um Leben zu retten oder eine Vergewaltigung zu verhindern. Weitere Voraussetzungen sind, dass die Gefahr gegenwärtiger Art ist, das Notwehrmittel nicht exzessiv ist und dem Angegriffenen kein zumutbarer Fluchtweg offensteht. Auch wer selbst mit dem Angriff begonnen hat, hat sein Notwehrrecht nicht verwirkt, wenn der zunächst Angegriffene nun Vergeltung im Übermaß übt, der ursprüngliche Angreifer in Gefahr kommt und die obigen Voraussetzungen im übrigen vorliegen.¹³⁹⁴

III. Struktur der Notwehr

A. Die Notwehrlage

1. Die Gefahr

Die die Notwehrsituation begründende Lage setzt eine von einer „*attack*“ ausgehende Gefahr voraus (*imminent danger* bzw. *imminent threat*).¹³⁹⁵ Unter dem Begriff „*attack*“ versteht man den vom Täter ausgehenden Angriff.¹³⁹⁶

2. Notwehrfähige Rechtsgüter

Durch *self-defence* darf als erstes das Leben verteidigt werden. Dies stellt noch heute den Hauptanwendungsfall der *self-defence* dar.¹³⁹⁷ Ein Angriff gegen die körperliche Unversehrtheit kann ebenfalls eine Notwehrlage begründen.¹³⁹⁸ Außerdem ist anerkannt, dass sich eine Frau unter

1391 Alison, *Principles of the Criminal Law of Scotland*, Edinburgh 1989, S. 133 f.

1392 Vgl. die grafische Übersicht in Harper/Hamilton/Macdonald, *A Fingertip Guide to Criminal Law*, Edinburgh 1990, S. 103 ff.

1393 Gordon, *Criminal Law*, 24-01, S. 750; Ferguson, *Crimes Against Person*, Edinburgh 1990, 8.02, S. 47.

1394 Weber, *Einführung in das schottische Recht*, S.142 f.

1395 Gordon, *Criminal Law*, 24-11, S. 759.

1396 Gordon, *Criminal Law*, 24-11, S. 759.

1397 McCall Smith/Sheldon, *Criminal Law*, S. 128; Gordon, *Criminal Law*, 24-16, S. 761.

1398 Gloag/Henderson, *Introduction to the Law of Scotland*, 9. ed., Edinburgh, 1987, 50,8, S. 899 (*physical harm*);

Berufung auf den Schutz der sexuellen Integrität¹³⁹⁹ gegen eine Vergewaltigung verteidigen darf.¹⁴⁰⁰ Diskussionen über die Notwehr zur Verteidigung von Eigentum (*defence of property*) werden bezüglich der Frage geführt, mit welcher Intensität das Opfer sich verteidigen darf.¹⁴⁰¹ Von der Rechtsprechung wird der Widerstand gegen einen Einbrecher im Rahmen der *self-defence* bejaht.¹⁴⁰² Im Allgemeinen ist aber das Eigentum notwehrfähig.¹⁴⁰³

3. Die Rechtswidrigkeit

Im schottischen Recht wird stets die Rechtswidrigkeit des Angriffs verlangt, um eine Notwehrsituation zu begründen. So werden Fälle diskutiert, in denen sich die *self-defence* gegen gerechtfertigte (*justifiable*) Angriffe richtet.¹⁴⁰⁴ Dies gelte auch für andere Konstellationen, bei denen der Angegriffene rechtmäßiger Gewaltanwendung gegenüberstehe. Eine Notwehr komme hier nicht in Betracht, da der Angriff selbst mit der Rechtsordnung in Einklang stehe.¹⁴⁰⁵

Die Standardsituation des notwehrbegründenden Angriffs ist im schottischen Recht bei einem gewaltsam ausgeführten Angriff anzusehen, wenn Leib und Leben oder die sexuelle Integrität bedroht sind. Andererseits bedarf es nicht einer Gewaltanwendung bei Durchführung eines Angriffs, insoweit beispielsweise auch die Verteidigung des Eigentums gegen einen Diebstahlsversuch zugelassen wird.

4. Die Gegenwärtigkeit

Die erste Voraussetzung der Notwehr ist das Vorliegen einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr (*imminent danger* bzw. *imminent threat*). Sie darf also weder künftig noch eventuell sein.¹⁴⁰⁶

Die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit bedeutet nicht, dass der Angriff schon begonnenen bzw. im Gang sein muss, bevor der Verteidiger Gewalt anwenden darf. Die Gegenwärtigkeit ist vielmehr auch in solchen Fällen anzusehen, bei denen der Angriff direkt vor der Ausführung steht.¹⁴⁰⁷ Diese Auffassung stützt sich auf ein Zitat von Hume:¹⁴⁰⁸ „*It cannot be exacted of any one, to wait until the pistol is in the very act of being fired at him; or if the enemy have drawn, and be rushin towards*

Gordon, Criminal Law, 24-01, S. 750 (*personal safety*).

1399 Gordon, Criminal Law, 24-01, S. 750 (*chastity*).

1400 Gordon, Criminal Law, 24-16, S. 761; Jones/Christie, Criminal Law, 8.37 f., S. 147 f; nicht so eindeutig ist dies bei der Verteidigung eines Mannes gegen homosexuelle Angriffe: vgl. McCluskey v. HM. Advocate, 1959 Judiciary Cases, 39 ff., wiedergegeben bei Gordon, Criminal Law, 24-17, S. 762.

1401 McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 128, 133.

1402 Vgl. Crawford v. H.M. Advocate, 1950 Judiciary Cases, 67 (71).

1403 McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 128, 133.

1404 Wittmann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 151; Christie, Criminal Law, S. 97.

1405 McCall Smith/ Sheldon, Criminal Law, S. 132; Gordon, Criminal Law, 24-02, S. 750.

1406 Christie, Introduction to Scots Criminal Law, Glasgow 2003, S. 96.

1407 Wittmann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 151, m.w.N.

1408 Hume, Commentaries on the Law of Scotland, 4. ed., 1844.

him, he may meet him with his fire, before the point be at his breast.“¹⁴⁰⁹

Das schottische Notwehrrecht verlangt einhellig, dass die Gefahr „*imminent*“ ist,¹⁴¹⁰ Eine solche Gegenwärtigkeit ist im Falle der Bedrohung des Lebens anzunehmen, wenn der Angriff schon begonnen hat oder direkt vor der Ausführung steht.¹⁴¹¹ Eine gegenwärtige Gefahr für das Leben kann beim Einsatz von Waffen gegeben sein, wenn z.B. der Verteidiger sein Leben in Gefahr sah und mit einem Messer angegriffen wurde.¹⁴¹²

Was für die vorliegende Untersuchung besonders interessant ist, ist dass, die Beurteilung über das Gegenwärtigkeitserfordernis auf einem subjektiven Kriterium berührt.¹⁴¹³ Dabei muss das Gericht feststellen, ob der Täter vernünftig glaubte (*reasonably believed*), dass sein Leben in Gefahr war.¹⁴¹⁴ Die Verbindung zwischen Gegenwärtigkeitserfordernis und Erforderlichkeit der Verteidigung und die Sicherheitsfunktion des Gegenwärtigkeitsmerkmals werden eingehend bei der Behandlung der Voraussetzung der Erforderlichkeit analysiert.¹⁴¹⁵

4.1. Die „Präventivnotwehr“ (“*pre-emptive strike*”)

Ein Präventivschlag (*pre-emptive strike*) wird in der schottischen Literatur vereinzelt angesprochen, mit Hinweis auf das Vorliegen einer *imminent danger* jedoch abgelehnt.¹⁴¹⁶ Die Tatsache, dass der *pre-emptive strike* im englischen Recht möglich sei,¹⁴¹⁷ ändere nichts an der Rechtslage in Schottland.¹⁴¹⁸

4.2. Die “*battered-woman*”-Konstellation

In Schottland wird die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung immer gefordert, so dass eine Notwehr bei der „*battered-woman*“-Konstellation stets abgelehnt wird.¹⁴¹⁹

Es ist aber die Tendenz festzustellen, in solchen Fällen einen Totschlag (*manslaughter*) statt eines Mordes (*murder*) anzunehmen.¹⁴²⁰ Meistens wird bei dieser Konstellation entweder eine Provokation (*provocation*) oder eine verminderte Schuldfähigkeit (*diminished responsibility*)

1409 Siehe Leverick, Self-Defence, S. 88.

1410 Jones/Christie, Criminal Law, 8.22, S. 142; Gordon, Criminal Law, 24-11, S. 759; Gloag/Henderson, 50.8, S. 899; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 129; Ferguson, Crimes Against Person, 8.09, S. 51 nennt kumulativ „*immediate*“.

1411 Gordon, Criminal Law, 24-11, S. 759.

1412 McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 129; Owens v H.M. Advocate 1946 Judiciary Cases 119, 125, 1946 Scots Law Times 227.

1413 Vgl. dazu oben im englische Rechtssystem „Die Gegenwärtigkeit“.

1414 Christie, Criminal Law, S. 96, m.w.N.

1415 Siehe unten „Die Erforderlichkeit“.

1416 Wittmann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 152, m.w.N.

1417 Vgl. dazu oben im englische Rechtssystem, Das Kriterium „präventiv“.

1418 Ferguson, Crimes Against Person, 8.09, S. 51; wohl auch McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 130.

1419 Leverick, Self-Defence, S. 88.

1420 Leverick, Self-Defence, S. 88.

anerkannt.¹⁴²¹

B. Die Verteidigungshandlung

Die Verteidigungshandlung (*retaliation*¹⁴²²) muss nach schottischem Recht erforderlich und zugleich verhältnismäßig sein. Sie umfasst die vom Verteidiger eingesetzten Gegenmaßnahmen zur Abwehr des Angriffes.

1. Die Erforderlichkeit

In Schottland wird von Rechtsprechung und Rechtslehre gefordert, dass die Verteidigungshandlung notwendig sein muss, um den Angriff abzuwenden.¹⁴²³

Auch im Rahmen des schottischen Rechts wird die Verbindung zwischen Gegenwärtigkeitserfordernis und Erforderlichkeit der Verteidigung behandelt. Wenn die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung nicht unmittelbar bevorsteht, fällt es schwierig, festzustellen, ob die Verletzung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit überhaupt hätte eintreten können, sowie, ob der Täter sein eigenes Leben, und somit auch das Leben des potenziellen Angreifers, einfach durch Unterlassung der Verteidigungshandlung hätte retten können.¹⁴²⁴ Ferner dient die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit nicht nur zur Ablehnung einer Notwehr, dort, wo die Gefahr mit anderen Mitteln als der Tötung des Angreifers hätte abgewehrt werden können. Denn die Voraussetzung des unmittelbaren Bevorstehens der Verletzung sichert, dass die Verteidigung des Täters tatsächlich notwendig war. Dies, um die Rechte des Angreifers, an erster Stelle sein Leben, immer dann zu bewahren, wenn es vernünftig möglich ist.¹⁴²⁵

2. Die Verhältnismäßigkeit

Nach schottischem Recht muss die Verteidigung verhältnismäßig sein.¹⁴²⁶ Dazu wird erfordert, dass sie nicht in exzessiver Weise ausgeübt wird.¹⁴²⁷

Ausgangspunkt der Regeln zur Ausübung der *self-defence* bildet die Überlegung, dass das „geheiligte“ Recht auf menschliches Leben nicht leichtfertig geopfert werden darf. Somit erscheinen strenge Beschränkungen des Notwehrrechts nötig.

Die Verteidigung wird demnach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen. Verlangt wird hier,

1421 Leverick, *Self-Defence*, S. 90.

1422 Gordon, *Criminal Law*, 24-13, S. 760; Ferguson, *Crimes Against Person*, 8.11, S. 51; Jones/Christie, *Criminal Law*, 8.26, S. 143.

1423 Wittmann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 153.

1424 Leverick, *Self-Defence*, S. 89.

1425 Leverick, *Self-Defence*, S. 89.

1426 Christie, *Criminal Law*, S. 97.

1427 Jones/Christie, *Criminal Law*, 8. 23 f., S. 143; Gordon, *Criminal Law*, 24-13, S. 760 und 24-17, S. 762. Wittmann, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, S. 152.

dass die Abwehr „*necessary*“¹⁴²⁸, „*reasonable*“¹⁴²⁹ oder „*proportional*“¹⁴³⁰ erfolgt, um den Angriff abzuwehren. Da hierdurch kein genaues Maß der Abwehr gewonnen ist,¹⁴³¹ wurden bestimmte Grundprinzipien von der schottischen Lehre und Rechtsprechung herausgearbeitet. Der Einsatz von Gewalt durch den Verteidiger muss einerseits nach den Umständen der Situation notwendig sein. Auf der anderen Seite muss die Verteidigung verhältnismäßig zum Angriff sein.¹⁴³² Bei Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Abwehr sei die besondere Situation des Verteidigers zu berücksichtigen, insbesondere die Tatsache, dass er vor einem unerwarteten Angriff keine Abwägung in allen Feinheiten treffen könne.¹⁴³³

2.1. Ausweichpflicht (“*duty to retreat*”)

Ausführlich erörtert wird im schottischen Notwehrrecht die Möglichkeit eines Rückzugs (*duty to retreat* bzw. *means of escape*). Eröffnen sich für den Verteidiger Möglichkeiten, dem Angriff durch einen Rückzug oder eine Flucht zumutbar zu entgehen, so muss er diese nutzen,¹⁴³⁴ insofern er dadurch nicht selbst in Gefahr gerate.¹⁴³⁵ Dies wird abgeleitet aus dem Wert des menschlichen Lebens, der auch im Falle des Angreifers nur geopfert werden dürfe, wenn dies nicht anders verhindert werden könne. Man räumt ein, dass diese Regel als besonders streng betrachtet werden kann und weist darauf hin, dass in England Rückzugsmöglichkeiten nach neuerer Rechtsprechung nur als ein Faktor innerhalb der Beurteilung der Verteidigung berücksichtigt werden.¹⁴³⁶

2.2. Lebensgefährdende Verteidigung

Nach einhelliger Auffassung wird die Tötung des Angreifers für verhältnismäßig erachtet, wenn das eigene Leben bzw. das Leben anderer bedroht ist.¹⁴³⁷ So ist nach schottischem Recht die Tötung im Rahmen der Notwehr grundsätzlich nur zur Verteidigung des Lebens erlaubt. Als einzige Ausnahme hiervon darf eine Frau im Fall einer Vergewaltigung den Angreifer töten.

In der Rechtsprechung wurde bereits festgestellt, dass auch eine Gefahr für die körperliche

1428 Gordon, Criminal Law, 24-13, S. 760; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 131.

1429 Ferguson, Crimes Against Person, 8.11, S. 51; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 131.

1430 Jones/Christie, Criminal Law, 8.23, 8.26, S. 143.

1431 Vgl. Gordon, Criminal Law, 24-13, S. 760.

1432 Jones/Christie, Criminal Law, 8.23, S. 143. Solange nicht außergewöhnliche Umstände gegeben sind, soll ein Angriff mit Fäusten nicht die Abwehr mit Waffen erlauben; dem Angriff mit einem Hammer könne aber durchaus mit einem Bajonett begegnet werden. So die Beispiele von Gordon, Criminal Law, 24-13, S. 760.

1433 McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 132.

1434 Jones/Christie, Criminal Law, 8.28, S. 144; Ferguson, Crimes Against Person, 8.10, S. 51; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 129; vgl. H.M. Advocate v. Doherty, 1954 Judiciary Cases 1, 1954 Scots Law Times 169.

1435 Jones/Christie, 8.29, S. 145; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 131.

1436 Ferguson, Crimes Against Person, 8.10, S. 51; Gordon, Criminal Law, 24-12, S. 759 f.; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 131 jeweils mit Verweis auf R. v. Bird (1985) All ER 513, (1935) 1 WLR 816 bzw. R. v. McInnes (1971) 1 WLR 1600, (1971) 3 All ER 295. Vgl. dazu oben im englischen Rechtssystem die „Ausweichpflicht“.

1437 Gordon, Criminal Law, 24-16, S. 761.

Unversehrtheit zur Tötung berechtige.¹⁴³⁸ Die Bedrohung müsse aber nach Ansicht der Literatur einen solch ernsthaften Körperschaden erwarten lassen, dass der Verteidiger zum Zeitpunkt des Angriffs nicht entscheiden könne, ob auch sein Leben bedroht sei.¹⁴³⁹

Angesichts des Schutzes der sexuellen Integrität war schon von Hume die Tötung zur Verhinderung einer Vergewaltigung anerkannt.¹⁴⁴⁰ Auch die Rechtsprechung und die heutige Lehre billigen der Frau die Tötung des männlichen Vergewaltigers zu, auch wenn die Frau nicht in Lebensgefahr ist.¹⁴⁴¹

Hume erachtete die Tötung zum Schutz von Sachwerten als zulässig. Dies galt unabhängig von der Frage, ob aus der Bedrohung des Eigentums eine Gefahr für den Körper oder das Leben ausging.¹⁴⁴² Später wurde bemerkt, dass nicht der Verlust der Sache sondern die Gefahr für die eigene Person die Tötung in Notwehr rechtfertige. Nur ein mit Gewalt ausgeübter Angriff gegen das Eigentum könne demnach zu tödlicher Abwehr berechtigen,¹⁴⁴³ insoweit eine Lebensgefahr vorliegt.¹⁴⁴⁴ Nämlich müsse die Tötung eines Menschen stets als unverhältnismäßig erscheinen, wenn nicht zugleich eine Gefahr für das eigene Leben bestanden habe. Dies gelte auch für die Verteidigung gegen Einbrecher.¹⁴⁴⁵

IV. Abgrenzung zum Notstandsrecht

Im schottischen Recht wurde die Existenz der *necessity defence* lange bestritten.¹⁴⁴⁶ Dies ist hauptsächlich auf die zurückhaltende Position der Lehre zur Anerkennung dieser *defence*¹⁴⁴⁷ und auf den Mangel an Autorität des *High Court* zurückzuführen.¹⁴⁴⁸ Erst in jüngerer Zeit hat der *High Court* diese Verteidigungsmöglichkeit anerkannt, wenngleich eingeschränkt.¹⁴⁴⁹ Hier wurde

1438 H.M. Advocate v. Doherty, 1954 Judiciary Cases 1 (4 f).

1439 Ferguson, Crimes Against Person, S. 50.

1440 Hume, Commentaries I, S. 218; ebenso Alison, Principles, S. 132.

1441 Ferguson, Crimes Against Person, 8.12, S. 52; Jones/Christie, Criminal Law, 8.39, S. 148; McCluskey v. H.M. Advocate 1959 Judiciary Cases 39; Crawford v. H.M. Advocate 1950 Judiciary Cases 67.

1442 Hume, Commentaries I, S. 222. Dies veranschaulichte Hume am Fall des Pferdeeigentümers, der an einem abgelegenen Ort den Dieb mit seinem Pferd trifft. Wenn der Dieb auf Zuruf nicht anhalte, sei der Eigentümer zu dessen Tötung berechtigt.

1443 Macdonald, A Practical Treatise on the Criminal Law of Scotland (ed. Walker, J./Stevenson, D. J.), 5. ed., Edinburgh 1948, S. 107.

1444 Gordon, Criminal Law, 24-17, S. 762 f; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 133; Ferguson, Crimes Against Person, 8.12, S. 52.

1445 Tödliche Abwehr gegen Einbrecher sei unzulässig, gleich, wie oft in ein Haus bereits eingebrochen worden sei. McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 133 f.

1446 “*The law in this area can prove confusing. The root of the problem lies in the reluctance of Scots law to recognise a defence of necessity*”. Christie, Criminal Law, S. 103.

1447 Insbesondere Hume, Commentaries I, S. 55; siehe auch Alison, Principles I, S. 675.

1448 Jones/Christie, Criminal Law, 5. ed., Edinburgh 2012, S. 179, 8-77 f. m.w.N.

1449 See Moss v Howdle, 1997 J.C. 123 (wo der Court betont das “*coercive character*” der *defence*); Lord Advocate's Reference (No.1 of 2000), 2001 J.C. 143 (wo der Begriff *necessity* angewendet wird); D v Donnelly [2009] HCJAC 37; 2009 S.L.T. 476 (wo man aus der Existenz der *defence of necessity* ging).

necessity in der besonderen Form von *coercion by force of circumstances* anerkannt.¹⁴⁵⁰

Die Grundlage der *necessity defence* ist, dass der Handelnde eine Straftat begeht, um eine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr für Leib oder Leben von sich oder einem anderen abzuwenden.¹⁴⁵¹

Necessity gilt dann, wenn nach Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter das geringere verletzt wurde, wohl auch noch, wenn die Rechtsgüter gleichwertig waren.¹⁴⁵²

In Fällen, in denen jemand durch das nötige Eingreifen eines Menschen zur Begehung einer Straftat veranlasst wird, spricht das schottische Recht vielmehr von *coercion*.¹⁴⁵³ Im wesentlichen wird aber der *coercion* nicht anders behandelt als *necessity*.¹⁴⁵⁴

Was die vorliegende Arbeit betrifft, so wird unter dem Gesichtspunkt der Gegenwärtigkeit wie bei der *self-defence*¹⁴⁵⁵ auch bei *necessity* erfordert, dass der Handelnde einer unmittelbar

1450 “[*Coercion itself is but a*] *species of the genus necessity*”. R. v Howe [1987] A.C. 417, per Lord Hailsham at 429C-D; adopted in Moss v Howdle, 1997 J.C. 123 at 127H-128B. “*The essence of such a defence [necessity] is that the accused acted in contravention of the criminal law in a situation where he had no other option. The defence of coercion operates where the accused commits a criminal act because he has been threatened that he will be killed if he does not comply*”, Christie, Criminal Law, S. 103. Bei *coercion* “*There is so pressing a need for action that the actor has no alternative but to do what would otherwise be a criminal act under the compulsion of the circumstances in which he finds himself*”. Lord Advocate’s Reference (No.1 of 2000), 2001 J.C. 143 at 157G, para. 39. In dem Sinne, dass *necessity* eine Form der *coercion defences* ist, siehe McCall Smith/Sheldon, Scots Criminal Law, 2. ed., Edinburgh 1997, S. 150 f. “*However, it would appear that Scottish courts will now treat the two defences (coercion and necessity) as one, in that necessity will be treated as part of the defence of coercion.*” Christie, Criminal Law, S. 103. Das bekannteste Beispiel hierfür ist Moss v Howdle: “[*They concluded that*] *coercion and necessity were not distinguishable in any relevant sense and [that] necessity was simply the Scottish term to be applied to situations where the circumstances gave the accused no option but to contravene the criminal law. The only difference between coercion and necessity lay in the source of the imminent danger facing the accused. In cases of necessity, it could arise from illness or natural disaster and would apply where the accused committed a crime to escape from that danger himself, or to allow another to escape.*” Christie, Criminal Law, S. 104 m.w.N. Moss v Howdle, 1997 SCCR 222.

Dabei wird es deutlich, dass die Entwicklung im *English law* einer *defence of duress of circumstances* hat die schottische Rechtsprechung beeinflusst. Jones/Christie, Criminal Law, 5. ed., S. 179, 8-77. Zur Diskussion im *english case law*, siehe See A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan and G.J. Virgo, Simester and Sullivan’s Criminal Law: Theory and Doctrine, 4. ed., Oxford 2010, S. 734-735, und Chalmers/Leverick, Criminal Defences and Pleas in Bar of Trial Edinburgh 2006, para. 4-07.

1451 “*In cases of necessity, ... the accused committed a crime to escape from that danger himself, or to allow another to escape*”. Moss v. Howdle 1997 SCCR 222. “*The essence of such a defence is that the accused acted in contravention of the criminal law in a situation where he had no other option*”. Christie, Criminal Law, S. 103 m.w.N.

1452 Problematisch ist es bei der Verletzung absoluter Werte, also bei der Entscheidung, ob ein Leben auf Kosten eines anderen gerettet werden darf und wenn ja, welches Leben vorrangig sein soll. Anders als das englische Recht, das in einer solchen Situation, wie etwa im “Mignotte”-Fall, keinem der Beteiligten die Opferung des jeweils anderen zur eigenen Rettung nachsieht, würde das schottische Recht wohl einen Fall des entschuldigenden Notstandes annehmen. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 143. Beim “Mignotte”-Fall, R. v. Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273. Rudley und Stephenson töteten nach achzehntägiger Fahrt in einem Rettungsboot auf hoher See den Kabinenjungen. Sie verwendeten sein Fleisch als Nahrung und konnten dadurch bis zu ihrer Auffindung überleben. Beide wurden zum Tode verurteilt allerdings zu lebenslanger Freiheitsstrafe benadigt und nach sechs Monaten aus der Haft entlassen. Vgl. Die Diskussion dieses Falles bei Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 2. Aufl., Heidelberg, 1947.

1453 Die Terminologie folgt Gordon. Bei anderen Autoren findet man für *coercion* wie für *necessity* auch den Begriff *compulsion*, für *coercion* auch *duress*.

1454 Streitig ist aber, ob *coercion* auch die Tötung eines Menschen entschuldigen kann. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 143.

1455 Die Annahme der *self-defence* setzt voraus, dass: “*The first requirement is that of an imminent danger to life or, for women, an imminent threat of rape [McCluskey v. HM Advocate 1959 JC 39]. The threat must be an imminent one (in the sense of having already begun, or being about to begin), rather than a threat for the future or a contingent one*”.

bevorstehenden Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt ist (*imminent danger* bzw. *immediate threat of death or serious bodily harm*).¹⁴⁵⁶ In diesem Sinne deutet der “*imminence*” Begriff darauf hin, dass der drohende Schaden unmittelbar eingetreten wäre, sofern der Täter nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen hätte.¹⁴⁵⁷

Vor diesem Hintergrund ist auch im schottischen *Common Law* gerade die Tatsache, dass sich die Verteidigungshandlung nur gegen den Angreifer richten kann, der für den Angriff verantwortlich ist, welche die Notwehr vom Notstand unterscheidet, bei dem der Täter auch gegen unschuldige Dritte vorgehen kann.

KAP. 3 DAS US-AMERIKANISCHE RECHTSSYSTEM

I. Allgemein zum US-amerikanischen Rechtssystem

Aus historischer Sicht wurzelt das US-amerikanische Rechtssystem im englischen *Common Law*-System.¹⁴⁵⁸ Als zur kolonialen Zeit aus England gebrachtes Richterrecht ist das *Common Law* die älteste Quelle des US-amerikanischen Strafrechts.¹⁴⁵⁹ Im Bereich des Strafrechts tritt aber heutzutage das *Case Law* hinter dem kodifizierten Recht zurück, welches stetig wächst.¹⁴⁶⁰

Anders als in Deutschland oder Italien, liegt in den Vereinigten Staaten die Strafgesetzgebung prinzipiell in der Zuständigkeit der einzelnen Staaten.¹⁴⁶¹ Aus diesem Grund existieren in den Vereinigten Staaten fünfzig verschiedene materielle Strafgesetzgebungen¹⁴⁶² und eine

Christie, Criminal Law, S. 96. “*There must be imminent danger to the life or limb of the accused*” HM Advocate v Doherty, 1954 J.C. 1 at 4-5. “*Unless the threat is imminent, self-defence does not act as a justification*” Hume, Commentaries I, S. 224.

1456 “[*The defence of necessity*] will apply only in cases where [*the accused*] was faced with an immediate threat of death or serious bodily harm to himself or others”. Moss v. Howdle 1997 SCCR 215. Vgl. Christie, Criminal Law, S. 103 f. m.w.N. “...*the immediate threat of death or great bodily harm which the accused is trying to evade...*” Moss v. Howdle, 1997 J.C. 123 at 127H. “*The fundamental condition is an immediate danger to life or of serious injury*”. MCNab v Guild, 1989 S.C.C.R. 138 at. 141D-142A; Moss v Howdle, 1997 J.C. 123 at 126E; D v. Donnelly [2009] HCJAC 37; 2009 S.L.T. 476; para. 4. Vgl. Jones/Christie, Criminal Law, S. 180, 8-78 f. m.w.N.

1457 In Bezug auf *self-defence*: “*This notion of imminence connotes that, unless the accused had acted against his assailant, the assault would have occurred immediately*”. Jones/Christie, Criminal Law, S. 155, 8-20. In Bezug auf *necessity*: “*The defence required that the accused had been faced with immediate danger of death or serious bodily harm resulting from threatened violence if he did not commit the crime in question*”. Christie, Criminal Law, S. 104 f. m.w.N. Moss v. Howdle 1997 SCCR 215 ff. “[*The*] requirement [*of immediacy*] is apt to delimit the scope of the defence and to keep it within narrow bounds.” Moss v. Howdle, 1997 J.C. 123. “*The requirement of immediacy is a significant one. If the danger is other than immediate, there will be time to take an alternative course of action*”. “*It is fundamental that there be no alternative means of preventing the threatened harm*”. Vgl. Jones/Christie, Criminal Law, S. 180 f., 8-79 f. m.w.N. Moss v Howdle, 1997 J.C. 123. So auch D v Donnelly [2009] HCJAC 37; 2009 S.L.T. 476.

1458 Rönna/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 20.

1459 Hall, Criminal Law and Procedure, 5. ed., New York 2009, S. 30.

1460 Wössner, Die Notwehr, S. 26.

1461 Hall, Criminal Law, S. 6.

1462 Wössner, Die Notwehr. S.23.

bundesgesetzliche Notwehrregelung fehlt vollkommen.¹⁴⁶³ So ist das US-amerikanische Strafrecht schwer fassbar.¹⁴⁶⁴

Seit dem Ende der *Common Law*-Zeit bis heute gilt als gemeinsames Modell im US-amerikanischen Strafrecht¹⁴⁶⁵ der *Model Penal Code* (MPC). Das ist ein vom *American Law Institute* bearbeitetes Musterstrafgesetzbuch, welches seit seiner Veröffentlichung im Jahr 1962 eine umfassende Reform im US-amerikanischen Strafrecht in Gang gesetzt hat.¹⁴⁶⁶ Es selbst ist kein geltendes Recht,¹⁴⁶⁷ es hat aber einen großen Teil des US-amerikanischen Strafrechts bzw. der Strafrechtsjudikatur entweder direkt oder indirekt beeinflusst.¹⁴⁶⁸

II. Das Notwehrrecht im US-amerikanischen Rechtssystem

1. Rechtliche Entwicklung und theoretische Begründung

Zwischen der Analyse der Strafrechtslehre des *Common Law* und des MPC besteht kein wesentlicher Unterschied. Im US-amerikanischen Strafrechtssystem wird die Straftatlehre in zwei Teile zerlegt. Auf einer Seite die Straftat (*offense*), auf der anderen, die Verteidigungsmöglichkeiten im Prozess (*defenses*).¹⁴⁶⁹ Die Verteidigungsmöglichkeiten (*defenses*) bestehen zugleich sowohl aus Rechtfertigungsgründen als auch aus Entschuldigungsgründen.¹⁴⁷⁰

Die Einfügung der Notwehr innerhalb der Rechtfertigungsgründe ist im US-amerikanischen Recht aus historischen Gründen keineswegs selbstverständlich: So hatte seit dem sechzehnten Jahrhundert die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen keine praktische Relevanz.¹⁴⁷¹ Die Notwehr selbst war im früheren *Common Law* ein Entschuldigungsgrund. So ist das heutige US-amerikanische Notwehrrecht als Rechtfertigungsgrund mit Elementen des früheren Entschuldigungsgrundes verschmolzen.¹⁴⁷²

Bis heute werden die Begriffe des Rechtfertigungsgrundes und des Entschuldigungsgrundes oft als

1463 Wössner, Die Notwehr, S. 23.

1464 Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005, S. 2 f.

1465 Dubber, Einführung, S. 16.

1466 Dubber, Einführung, S. 1.

1467 Hall, Criminal Law, S. 43.

1468 Dubber, Einführung, S. 16.

1469 Dubber, Einführung, S. 139.

1470 Dubber, Einführung, S. 141.

1471 Wössner, Die Notwehr, S. 36, die über Blakstone, Commentaries on The Law of England, Vol. 4, Of Public Wrongs, Chicago 1979, S. 182 nachweist, wie früher ein in Notwehr handelnder Täter bei Tötung des Angreifers zuerst zum Tode verurteilt und dann vom König begnadigt wurde, aber dennoch sein gesamtes Hab und Gut verlor. Siehe auch: Rosen, The Excuse of Self-Defense: Correcting a Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill, in: 36 The American University Law Review (1986-87) 1 (25 ff).

1472 Rosen, 36 The American University Law Review (1986-87) 1 (45). Dies bringt nach Meinung von Rosen unlogische und inkonsistente Ergebnisse. Die Frage der „battered-woman“-Konstellation sei dies betreffend paradigmatisch.

Synonyme ohne tatsächliche Abgrenzung verwendet.¹⁴⁷³ Es ergibt sich aber eine neue Tendenz, welche dieser Unterscheidung mehr Aufmerksamkeit schenkt.¹⁴⁷⁴

Auch beim MPC bleibt die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen ungeklärt.¹⁴⁷⁵ Im Kommentar zum MPC wird allerdings betont, dass die Putativnotwehr bzw. die irrtümliche Annahme einer Rechtfertigungslage allgemein hin als Entschuldigungsgrund bezeichnet werden „könnte“.¹⁴⁷⁶

Dazu kommt aber auch, dass nach dem MPC Irrtümer im „Glauben“ des Täters, sich in einer Notwehrlage zu befinden, erlaubt sind. Damit ist die Annahme einer Rechtfertigung sogar möglich, wenn sich der Täter über eine oder sogar alle Voraussetzungen der Notwehr irrt.¹⁴⁷⁷ Dies spielt eine wichtige Rolle bei der Beurteilung der Notwehrlage, z.B. bei der „Haustyrannen-Tötung“ (sog. „*battered-woman*“-Konstellation), vor den US-amerikanischen Gerichten.

Der Unterschied zwischen Rechtfertigungsgrund und Entschuldigungsgrund wird dadurch gekennzeichnet, dass es entweder um die Umstände der Tat (Rechtfertigungsgrund) oder um die Zurechnungsfähigkeit des Täters (Entschuldigungsgrund) geht.¹⁴⁷⁸ Die Rechtfertigungsgründe bestimmen die objektiven äußerlichen Umstände, welche eine Straftat für die Gesellschaft erlaubt machen.¹⁴⁷⁹

Wird die Notwehr im US-amerikanischen Rechtssystem als Rechtfertigungsgrund (*justification*) eingestuft,¹⁴⁸⁰ dann wird eine sonst rechtswidrige Handlung durch das Greifen der Notwehr von der Rechtsordnung als rechtmäßig angesehen.¹⁴⁸¹

Da es gerade die äußerlichen Umstände sind, welche die Rechtfertigungsgründe kennzeichnen, müssen bei der Prüfung der Voraussetzungen der Notwehr objektive Kriterien beherrschen.¹⁴⁸²

1473 Wössner, Die Notwehr, S. 36.

1474 Wössner, Die Notwehr, S. 36, die an dieser Stelle darauf hinweist, dass eine solche Tendenz nicht zuletzt auf die Arbeiten von Fletcher zurückzuführen ist, der zugleich von der deutschen Strafrechtsdogmatik beeinflusst ist. Dressler unterscheidet eindeutig zwischen *Justifications*, S. 189 ff. und *Excuses*, S. 215 ff. Siehe Dressler, *Understanding Criminal Law*, 3. ed., New York u.a. 2001.

1475 Dubber, Einführung, S. 179.

1476 Siehe Dubber, Einführung, S. 180, der zum Teil den Kommentar zu Art. 3, Einleitung, S. 2 und 3 des MPC [American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), Part I, §§ 3.01-5.07, Philadelphia 1985, Kommentar] zitiert.

1477 Dubber, Einführung, S. 143.

1478 Ferzan, *Defending imminence: From Battered Women to Iraq*, in *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (218).

1479 Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (18), im Unterschied zu den Entschuldigungsgründen, die sich auf die subjektiven Wahrnehmungen des Agent fokussieren. Rosen, ebendort, S. 22.

1480 Fletcher, Notwehr, S. 38. Ferzan, *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (218). LaFave, *Substantive Criminal Law*, 2. ed., St. Paul, (Minn.) 2003, § 10.4 (a). Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (27). Dressler, *Criminal Law*, 1. ed., St. Paul 2005, S.190 ff.

1481 Fletcher, Notwehr, S. 37. Dressler, *Criminal Law*, S. 189.

1482 Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (21).

2. Das Subsidiaritätsprinzip

Das Rechtssystem als solches setzt voraus, dass das Gewaltmonopol beim Staat liegt.¹⁴⁸³ In diesem Zusammenhang ist das Recht auf Notwehr erst beim Vorliegen eines *periculum in mora* als subsidiär zu verstehen:

„Wenn die Individuen von einem unmittelbaren Angriff bedroht werden und wenn die Polizei sie nicht schützen kann, dann tritt das Monopol des Staates zurück. Das individuelle Recht auf Überleben kommt wieder zur Geltung.“¹⁴⁸⁴

In Bezug auf die Verteidigung von Sachwerten wird betont, dass, wenn man über „genügend Zeit“ verfügt, um die Polizei oder das Gericht einzuschalten, dann ist die private Verteidigung „unangemessen“ (*unreasonable*).¹⁴⁸⁵

Zugleich wird bemerkt, dass die Notwehr eine Ausnahme vom Verbot ist, anderen keinen Schaden zuzufügen.¹⁴⁸⁶ Als Ausnahmerecht bezieht sich die Notwehr weniger auf das Gewaltmonopol sondern eher auf die Normen, welche die Verletzung von Rechtsgütern verbieten. Aus diesem Grund sind die Rechtfertigungsgründe wie die Notwehr einzuschränken, somit das allgemeine Ziel des Strafrechts, nämlich die Intensität der Gewalt innerhalb der Gesellschaft zu senken, umgesetzt werden kann.¹⁴⁸⁷

3. Gesetzliche Lage

Die Notwehr ist universell im gesamten *Common Law*-System als Rechtfertigungsgrund (*defense*) gegen alle gewalttätigen Straftaten anerkannt.¹⁴⁸⁸

Im Gegensatz zu „*Civil Law Countries*“, wo allen Rechtsgütern grundsätzlich den gleichen Schutz gewährt wird,¹⁴⁸⁹ finden sich im amerikanischen Notwehrrecht, im *Model Penal Code*,¹⁴⁹⁰ in den einzelstaatlichen Gesetzen sowie im *Common Law*, jeweils gesonderte Bestimmungen, je nachdem welches Rechtsgut (den Schutz der eigenen Person, den Schutz anderer Personen sowie den Schutz

1483 Fletcher, Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz. Aus dem Amerikanischen von Nestler-Tremel, Frankfurt a.M. 1993, S. 37. Er betont ferner, dass, wo sich private Personen des Rechtes des Stärkeren bedienen und entscheiden, wer das Recht auf Leben, Freiheit und Streben nach Glück hat, nicht einmal der Schein der Rechtsstaatlichkeit aufrechterhalten werden kann.

1484 Fletcher, Notwehr, S.37. LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d).

1485 Hall, Criminal Law, S. 235. Hier benutzt Hall den Begriff „*unreasonable*“ (nicht vernünftig) und nicht den Begriff „*unnecessary*“ (nicht erforderlich). Obwohl Hall betont, dass die Gewaltanwendung „*necessary*“ sein soll (S. 233). analysiert er diese Voraussetzung dann nicht näher. Er beschäftigte sich fast ausschließlich mit dem *reasonable*-Sein der Verteidigungshandlung, wodurch es anzunehmen sein kann, dass er das Erforderlichkeitserfordernis ebenfalls unter den Begriff *reasonable* fasst. Siehe Hall, ebendort. S. 233 ff.

1486 Ferzan, Arizona Law Review, 42 (2004) 213 (221 f.), wo sie zugleich bemerkt, dass in der völkerrechtlichen Ebene bei der CVN das Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 auch eine Ausnahme des Art. 2 Abs. 4 ist.

1487 Rosen, 36 The American University Law Review (1986-87) 1 (27).

1488 Leverik, Self-Defence, S. 1.

1489 Hermann, Criminal Justice, S. 95; Fletcher, Rethinking, S. 871.

1490 Vgl. §§ 3.04, 3.05, 3.06, 3.07 *Model Penal Code*.

von Sachen und des häuslichen Bereichs)¹⁴⁹¹ betroffen ist und welche Verteidigungsmittel (lebensgefährdende oder nicht lebensgefährdende Maßnahmen)¹⁴⁹² eingesetzt werden.¹⁴⁹³

Nach amerikanischem Verständnis ist das Notwehrrecht grundsätzlich durch ein striktes Verhältnismäßigkeitserfordernis eingeschränkt¹⁴⁹⁴. So ist die zulässige Abwehr durch einen vernünftigen Maßstab¹⁴⁹⁵ auf solche Maßnahmen beschränkt, die keine Schäden anrichten, welche zur abgewehrten Gefahr außer Verhältnis stehen.¹⁴⁹⁶

Somit werden die Abwehrbefugnisse des Angegriffenen nach allen denkbaren Vorgaben des amerikanischen Rechts wesentlich durch die Wertigkeit des geschützten Gutes auf Seiten des Angegriffenen und des geschädigten Gutes auf Seiten des Angreifers bestimmt.¹⁴⁹⁷

Als zentrale Problemkreise werden dabei die Zulässigkeit lebensgefährdender Abwehrmaßnahmen zur Verteidigung der körperlichen Unversehrtheit des Angegriffenen, zur Verteidigung beweglicher Sachwerte sowie zum Schutz unbeweglicher Sachwerte bzw. des häuslichen Bereichs

1491 Hermann, in Major Criminal Justice Systems, Cole/Frankowski/Gertz (ed.), Beverly Hills/London 1981, S. 95; ders., Die Notwehr im amerikanischen Strafrecht, ZStW 93, 616 (1981); Robinson, Criminal Law Defenses, A systematic analysis, 82 Colum.L.Rev. 214; Wintzer, Notwehrsituationen in der amerikanischen Kriminalliteratur, München 2000, S. 91. Obwohl vielfach separate Regelungen für die Verteidigung von Personen einerseits und Sachgütern andererseits bestehen bzw. teilweise innerhalb der Sachverteidigung weiter zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachgütern differenziert wird, sehen ausnahmslos alle amerikanischen Staaten ein geartetes Verteidigungsrecht gegen körperliche Beeinträchtigungen und zugunsten von Sachwerten vor. Robinson, Criminal Law Defenses, St. Paul (Minn.) 1984, 2002-2003 Pocket Part, S. 105. Das Musterstrafgesetzbuch, soll insofern einen Querschnitt abbilden.

1492 Herrmann, Criminal Justice, S. 95; Wintzer, Notwehrsituationen, S. 91; Dubber, Einführung, S. 149.

1493 Herrmann, Criminal Justice, S. 95; ders., ZStW 93, 616; Fletcher; Rethinking Criminal Law, Boston/Toronto 1978, S. 871; Robinson, Structure and Function in Criminal Law, Oxford 1997, S. 97; Furnish, The mounting threat of home intruders. Weighing the Moral Option of Armed Self-Defense, Springfield (Illinois) 1993, S. 65; Stauder, Die allgemeinen Defenses des New York Penal Law, Eine Rechtsvergleichende Untersuchung, München 1998, S. 129, spricht für das New Yorker Notwehrrecht von einer Koppelung der Notwehrhandlung an die Notwehrlage. Vgl. auch Wintzer, Notwehrsituationen, S. 91.

1494 Im Wortlaut stellt sich diese Beschränkung unterschiedlich dar: Teils durch eine Begrenzung der Maßnahmen auf ein „gerechtes“ oder „angemessenes“ Maß („*just*“ oder „*appropriate*“), teils durch eine Beschränkung auf „vernünftigen Gewalteinsetz“ („*reasonable force*“). Aber selbst wo sich kein so deutlicher Hinweis auf eine Proportionalitätsschranke findet, wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit regelmäßig berücksichtigt. Vgl. dazu: Robinson, Defenses, S. 82.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt allgemein die Höchstgrenze des Notwehrrechts, bis zu welcher der sich Verteidigende dem Angreifer Schaden zufügen darf: Robinson, 82 Colum.L.Rev. 218; Fletcher, Rethinking, S. 870.

1495 Maßgeblich ist dabei stets die Perspektive eines verständigen Menschen in vergleichbarer Position („*Reasonable Man Test*“). Corpus Juris Secundum, Vol. 6a, Cumulative Annual Pocket Part, Assault and Battery, May 2002, § 24 b, S. 356; Brandon u. a., Special Projekt, Self-Help: Extrajudicial Rights, Privileges and Remedies in Contemporary American Society, 37 Vand.L.Rev. 887 (1984). Bei der Beurteilung dieser Gefahr können etwa die körperlichen Gegebenheiten der Parteien, wie Körperkraft, Alter und Geschlecht aber auch die Frage nach einer Bewaffnung ausschlaggebend sein. Vgl. dazu: American Jurisprudence, Second Edition, A modern Comprehensive Text Statement of American Law, Vol. 6, Assault and Battery, Cum. Supp. May 2002, § 133, S. 115; LaFave, Criminal Law, Student Edition, 3. ed., St. Paul (Minn.) 2000, S. 493.

1496 Robinson, 82 Colum.L.Rev. 217; ders., Defenses, S. 97; Christopher, Encyclopedia of Crime and Justice, 2. ed., Vol. 2, New York u.a. 2002, S. 901; LaFave, S. 491. Diese Tendenz kommt auch in dem *Model Penal Code* und den einzelstaatlichen Lösungen zum Ausdruck, welche Grundregelungen vorsehen, die ausschließlich den Einsatz moderater, nicht lebensgefährlicher Maßnahmen regeln. In diesem Zusammenhang siehe etwa: § 3.04(1) MPC, § 35.15.1 *New York Penal Code*, § 9.31(a) *Texas Penal Code* und §§ 692, 693 *California Penal Code*.

1497 Fletcher, Rethinking, S. 871; ders., Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory, 8 Israel L.Rev. 384 (1973); Stauder, S. 129.

herausgegriffen,¹⁴⁹⁸ denn unter diesen Umständen ist das Leben des Angreifers als hochwertigstes Rechtsgut in die Waagschale zu werfen.¹⁴⁹⁹

Im US-amerikanischen Rechtssystem wird dem Verteidiger ein Recht auf Notwehr (*self-defence*) eingeräumt, „when he reasonably believes (a) that he is in immediate danger of unlawful bodily harm from his adversary and (b) that the use of such force is necessary to avoid this danger“.¹⁵⁰⁰

Ferner wird auch gefordert, dass „the force used was not excessive in relation to the threatened force“.¹⁵⁰¹ In den Fällen, bei denen der Täter nicht vernünftig (*reasonably*) aber ehrlich (*honestly*) zur Zeit des Tatgeschehens glaubte, dass diese Voraussetzungen gegeben waren, wird ihm hingegen eine sog. *imperfect* oder auch *partial self-defence* anerkannt.¹⁵⁰²

Aufgrund der Betonung der subjektiven Voraussetzung, nämlich dass der Täter im vernünftigen Glauben des Vorliegens der Notwehrlage handeln muss, werden die Notwehr und die Putativnotwehr gleichgestellt.¹⁵⁰³

3.1. Einsatz nicht lebensgefährdender Gewalt (*Non-Deadly force*)

Wie oben erwähnt, unterscheidet das US-amerikanische Strafrechtssystem bei den Voraussetzungen des Notwehrrechts regelmäßig danach, ob lebensgefährdende (*deadly force*) oder moderate Maßnahmen (*non-deadly force*) zum Einsatz kommen.¹⁵⁰⁴ Wie viel Gewalt der Angegriffene einsetzt, ist im amerikanischen Recht von grundlegender Bedeutung für die Rechtmäßigkeit einer Abwehrmaßnahme,¹⁵⁰⁵ da die Voraussetzungen des Notwehrrechts mit steigender Intensität der Abwehrmaßnahme zunehmen.¹⁵⁰⁶

Vernünftiger Gewalteinsetz, der für das Leben des Angreifers keine Gefahr, mithin keine „*Deadly Force*“, ¹⁵⁰⁷ darstellt, ist nach den Grundsätzen des amerikanischen Strafrechts allgemein zulässig zur

1498 Wössner, Die Notwehr, S. 83.

1499 Wössner, Die Notwehr, S. 93 f.

1500 LaFave, Criminal Law, § 10.4. Das Werk von LaFave wird als „führendes Lehrbuch“ in den Vereinigten Staaten anerkannt. Siehe: Dubber, S. 1. Dieselben konstituierenden Elemente können bei Dressler gefunden werden. Siehe: Dressler, Criminal Law, S. 190.

1501 Hempel, Battered Women Who Strike Back. Using Expert Testimony on Battering and its Effects in Homicide Trials, in: Sexualized Violence Against Women and Children. A Psychology and Law Perspective, Cling (ed.), New York/London 2004, S. 78. Dressler, Criminal Law, S. 192.

1502 Hempel, Battered Women, S. 78. LaFave. Criminal Law, § 10.4 (i). Dressler, Criminal Law, S. 194.

1503 Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, El Delito, Segunda Parte: Las Causas de Justificación, Buenos Aires 1952, § 1288 S. 43 f.

1504 Dubber, Einführung. S. 149. Es fehlt hingegen im italienischen und deutschen Notwehrrecht an einer solchen Differenzierung. Vgl. dazu für das deutsche Notwehrrecht: Wössner, Die Notwehr, S. 98.

1505 Brandon u. a., 37 Vand.L.Rev. 881; Perkins, Self-Defense Re-Examined, 1 U.C.L.A.Law Rev. 133 (1952); LaFave, S. 492.

1506 So ist es denkbar, dass unter Umständen zwar moderate Abwehrmaßnahmen zulässig sind, eine Tötung oder entsprechende Gefährdung des Angreifers jedoch unzulässig und damit strafbar wäre. Vgl.: LaFave, S.492.

1507 Der Begriff der „*Deadly Force*“ umfasst hingegen Maßnahmen, die der sich Verteidigende in der Absicht vornimmt, den Angreifer zu töten oder schwer zu verletzen, bzw. durch die er diesbezüglich ein substantielles Risiko setzt. § 3.11 (2) 1 MPC.

Verteidigung der körperlichen Unversehrtheit¹⁵⁰⁸ sowie des Eigentums.¹⁵⁰⁹

Beim Einsatz moderater Maßnahmen muss die abgewehrte Beeinträchtigung nicht von besonderer Intensität sein,¹⁵¹⁰ der Angegriffene darf sich schon dann zur Wehr setzen, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen, dass die Schädigung unmittelbar bevorsteht.¹⁵¹¹

§ 3.04(1) des Musterstrafgesetzes,¹⁵¹² der die Grundprinzipien für den gewaltsamen Selbstschutz festlegt,¹⁵¹³ gestattet die gewaltsame Verteidigung der eigenen Person,¹⁵¹⁴ sofern dies aus Sicht des Angegriffenen¹⁵¹⁵ zum Schutz gegen einen unzulässigen, gegenwärtigen Angriff notwendig ist.¹⁵¹⁶

1508 Corpus Juris Secundum, Assault and Battery, § 19a, S. 342 f., § 87, S. 472; Am. Jur., Assault and Battery, § 129, S. 111; LaFave, S. 491; Brandon u.a., 37 Vanderbilt Law Review 878; Perkins, 1 U.C.L.A.L.Rev. 133; Robinson, Defenses, S. 97. Sofern jedoch andere Abwehrmittel ohne weiteres verfügbar sind, sollten diese bevorzugt zum Einsatz kommen. Vgl., Am. Jur., Assault and Battery, §§ 129, 130, S. 112; Robinson, 82 Colum.L.Rev. 214.

1509 Vgl., Am. Jur., Assault and Battery, § 137, S. 116, § 139, S. 117, § 143, S. 120; Corpus Juris Secundum, Assault and Battery, § 23, S. 353, § 94, S. 486; LaFave, S. 503; Brandon u.a., 37 Vand.L.Rev. 887; Note (Aufsatz ohne Autorennennung): The Use of Deadly Force in the Protection of Property under the Model Penal Code, 59 Colum. L.Rev. 1214; Robinson, 82 Colum.L.Rev. 214.

1510 Am. Jur., Assault and Battery, §§ 129, 130, S. 112; Corp.Jur.Sec., Assault and Battery, § 88, S. 475. Vgl. Robinson, 82 Colum.L.Rev. 214: Dass in der Abwägung das Interesse des Angegriffenen gegenüber dem Interesse des Angreifers stets und unabhängig von der Intensität des Angriffs überwiegt, liegt daran, dass zugunsten des Angegriffenen nicht nur sein eigenes Interesse am Schutz der Rechtsgüter des Opfers eines Angriffes zum Tragen kommt.

1511 Vgl: Am. Jur., Assault and Battery, § 130, S. 113; Corp.Jur.Sec., Assault and Battery, § 88, S. 474 f.: Sofern diese Bedingung erfüllt ist, macht es keinen Unterschied, ob die wahrgenommene Gefahr tatsächlich nicht existiert. Ob die Gefahrwahrnehmung des Angegriffenen allerdings vernünftiger Betrachtung standhält, ist von den Geschworenen zu beurteilen.

1512 Der MPC erkennt ein Recht auf Notwehr wie folgt an: Section 3.04. *Use of Force in Self-Protection. (1) Use of Force Justifiable for Protection of the Person. "Subject to the provisions of this Section and of Section § 3.09 the use of force upon or toward another person is justifiable, when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion."* Dies wurde von Dubber, in: Einführung, S.150, wie folgt übersetzt: „§ 3.04(1). Die Gewaltanwendung gegen eine andere Person ist dann gerechtfertigt, wenn der Handelnde glaubt, diese Gewalt sei unverzüglich erforderlich, um sich gegen die gegenwärtige und unrechtmäßige Gewaltanwendung eines anderen zu schützen“.

1513 American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Explanatory Notes), Part I, Philadelphia 1985, [Kommentar], S. 46; Christopher, Encyclopedia of Crime and Justice, Vol. 2, S. 900.

1514 Der MPC erkennt auch ein Recht auf Notwehr zugunsten eines Dritten (Nothilfe) in Section 3.05. *Use of Force for the Protection of Other Persons. (1) "Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09, the use of force upon or toward the person of another is justifiable to protect a third person when: (a) the actor would be justified under Section 3.04 in using such force to protect himself against the injury he believes to be threatened to the person whom he seeks to protect; and (b) under the circumstances as the actor believes them to be, the person whom he seeks to protect would be justified in using such protective force; and (c) the actor believes that his intervention is necessary for the protection of such other person"*.

1515 Brandon u. a., 37 Vand.L.Rev. 881, betonen, dass es sich insofern um einen subjektiven Maßstab handelt, welcher nicht daran anknüpft, ob die Wahrnehmung des Angegriffenen vernünftig und nachvollziehbar ist, sondern lediglich daran, ob der Angegriffene die Notwendigkeit der Abwehrmaßnahme ehrlich und aufrichtig annimmt.

1516 § 3.04(2)(a) MPC macht davon wiederum einige Ausnahmen. Die Festnahme durch einen Polizeibeamten darf demnach, unabhängig von der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme, nicht gewaltsam abgewehrt werden (§ 3.04(2)(a)(i) MPC). Gleiches gilt grundsätzlich für Maßnahmen des Eigentümers oder Besitzers zum Schutze einer Sache, sofern nicht einer der unter § 3.04 (2)(a)(ii) (A) bis (C) MPC geregelten Ausnahmetatbestände vorliegt. Section 3.04. *Use of Force in Self-Protection. (2) Limitations on Justifying Necessity for Use of Force. (a) "The use of force is not justifiable under this Section: (i) to resist an arrest which the actor knows is being made by a peace officer, although the arrest is unlawful; or (ii) to resist force used by the occupier or possessor of property or by another person on his behalf, where the actor knows that the person using the force is doing so under a claim of right to protect the property, except that this limitation shall not apply if: (1) the actor is a public officer acting in the performance of his duties or a person lawfully assisting him therein or a person making or assisting in a lawful arrest; or (2) the actor has been unlawfully dispossessed of the property and is making a re-entry or recaption justified by Section 3.06; or (3) the actor believes that such force is necessary to protect himself against death or serious bodily harm"*.

Diese Regel betrifft allerdings nur die moderate Abwehr, denn lebensgefährdende Maßnahmen sind ausdrücklich der Sonderregelung in § 3.04(2)(b) MPC vorbehalten. Eine entsprechende Regelung zum Schutz von Sachwerten findet sich in § 3.06.^{1517 1518} Auch diese Norm betrifft jedoch lediglich moderate Abwehrmaßnahmen, denn für lebensgefährdende Maßnahmen gilt die Spezialnorm in § 3.06(3)(d) MPC.

Schließlich setzt auch der allgemeine Rechtfertigungsgrund für eine Gewaltanwendung bei der Strafverfolgung¹⁵¹⁹ in § 3.07 MPC dem Einsatz tödlicher Gewalt besondere Grenzen, die die allgemeinen Beschränkungen des Einsatzes nicht tödlicher Gewalt ergänzen. Danach ist der Handelnde nur gerechtfertigt, wenn er annimmt, dass Gewalt “unverzüglich erforderlich ist, um eine gesetzlich zulässige Festnahme durchzuführen,” und ein Hinweis an den Betroffenen vorliegt.¹⁵²⁰

1517 Section 3.06. *Use of Force for the Protection of Property. (1) Use of Force Justifiable for Protection of Property. “Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09 the use of force upon or toward the person of another is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary: (a) to prevent or terminate an unlawful entry or other trespass upon land or a trespass against or the unlawful carrying away of tangible, movable property, provided that such land or movable property is, or is believed by the actor to be, in his possession or in the possession of another person for whose protection he acts; or (b) to effect an entry or re-entry upon land or to retake tangible movable property, provided that the actor believes that he or the person by whose authority he acts or a person from whom he or such other person derives title was unlawfully dispossessed of such land or movable property and is entitled to possession, and provided, further, that: (i) the force is used immediately or on fresh pursuit after such dispossession; or (ii) the actor believes that the person against whom he uses force has no claim of right to the possession of the property and, in the case of land, the circumstances, as the actor believes them to be, are of such urgency that it would be an exceptional hardship to postpone the entry or re-entry until a court order is obtained”.*

1518 So darf ein unzulässiger Besitzentzug, bzw. bei Immobilien auch unzulässige Besitzstörungen nach § 3.06(1)(a) MPC gewaltsam abgewehrt werden. Vgl.: Honig, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr. 86, Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches, Berlin 1965, S. 40, 41. Falls der Besitz bereits unzulässigerweise entzogen wurde und es um die Wiedererlangung des Besitzes geht, ist der Einsatz von Gewalt nach § 3.06(1)(b)(ii) MPC nur unter besonderen Voraussetzungen gerechtfertigt: Im Fall von beweglichen Sachen, wenn der Angreifer auf frischer Tat ertappt wird, im Zusammenhang mit unbeweglichen Sachen, wenn es eine unzumutbare Härte bedeuten würde, den Besitzer auf den Rechtsweg zu verweisen (§§ 3.06(1)(b)(ii) MPC). Im Regelfall muss der seinen Besitz Verteidigende nach § 3.06(3)(a) MPC zunächst dazu auffordern die Störung zu unterlassen. Ein solches Ersuchen ist nur dann entbehrlich, wenn es offensichtlich nutzlos ist (§ 3.06(3)(a)(i) MPC) oder beteiligte Personen (§ 3.06(3)(a)(ii) MPC) bzw das betreffende Sachgut (§ 3.06(3)(a)(iii) MPC) in Gefahr bringt. Vgl. dazu: Wössner, Die Notwehr, S. 86. Section 3.06. *Use of Force for the Protection of Property. (3) Limitations on Justifiable Use of Force. (a) Request to Desist. “The use of force is justifiable under this Section only if the actor first requests the person against whom such force is used to desist from his interference with the property, unless the actor believes that: (i) such request would be useless; or (ii) it would be dangerous to himself or another person to make the request; or (iii) substantial harm will be done to the physical condition of the property which is sought to be protected before the request can effectively be made”.*

1519 Bemerkenswert ist, dass § 3.07 auf jeden Handelnden Anwendung finden kann, auch wenn er kein Organ der Strafverfolgung ist. Dubber, Einführung, S. 169.

1520 Section 3.07. *Use of Force in Law Enforcement. (1) Use of Force Justifiable to Effect an Arrest. “Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09, the use of force upon or toward the person of another is justifiable when the actor is making or assisting in making an arrest and the actor believes that such force is immediately necessary to effect a lawful arrest”.* Dabei ist die Anwendung tödlicher Gewalt unter den Umständen in § 3.07 (2) *Limitations on the Use of Force (b)* gerechtfertigt, wenn darüber hinaus: (i) “the arrest is for a felony; and (ii) the person effecting the arrest is authorized to act as a peace officer or is assisting a person whom he believes to be authorized to act as a peace officer; and (iii) the actor believes that the force employed creates no substantial risk of injury to innocent persons; and (iv) the actor believes that: (1) the crime for which the arrest is made involved conduct including the use or threatened use of deadly force; or (2) there is a substantial risk that the person to be arrested will cause death or serious bodily harm if his apprehension is delayed.”

3.2. Einsatz lebensgefährdender Gewalt (*deadly force*)

Durch den Begriff der „*Deadly Force*“ wird in der amerikanischen Rechtsterminologie die tödliche bzw. lebensgefährdende Gewalt bestimmt.¹⁵²¹ Entsprechend dieser Struktur enthalten die amerikanischen Rechtsordnungen detaillierte Definitionen der lebensgefährdenden Gewalt,¹⁵²² welche entweder subjektiv auf die Intensität der abgewehrten Gefahr aus Sicht des Angegriffenen oder objektiv auf die Intensität der Abwehrmaßnahme im Hinblick auf die Rechtsgüter des Angreifers abstellen.¹⁵²³

Das Musterstrafgesetz verbindet in § 3.11(2) 1 MPC die beiden oben erwähnten Ansätze. Es geht vom Einsatz tödlicher Gewalt aus, wenn der Angegriffene erkennbar das ernstzunehmende Risiko einer schweren Verletzung oder Tötung des Angreifers setzt oder wenn er unabhängig vom tatsächlichen Tötungsrisiko in der Absicht handelt, den Angreifer schwer zu verletzen bzw. zu töten. Nicht erforderlich ist demnach, dass die Maßnahme tatsächlich den Tod des Gegenübers bewirkt.¹⁵²⁴

III. Struktur der Notwehr

A. Die Notwehrlage

1. Der Angriff

Beim US-amerikanischen *self-defence* wird bei der Intensität der Gewaltanwendung (*amount of force*) unterschieden, ob der Angriff mit „tödlicher Gewalt“ (*deadly force*) oder „nicht tödlicher Gewalt“ (*non deadly force*) durchgeführt wird.

Tödliche Gewalt ist die Gewalt, welche der Täter entweder mit der Absicht (*intent*) anwendet, den Tod oder schwere Körperverletzung eines anderen zu verursachen, oder wenn der Täter weiß (*knows*), dass deren Anwendung diese Gefahr herbeiführt.¹⁵²⁵ Tödliche Gewalt kann nur angewendet

¹⁵²¹ Vgl.: LaFave, S.492.

¹⁵²² Entsprechende Regelungen finden sich etwa in § 3.11 (2) S. 1 MPC (“*“deadly force” means force which the actor uses with the purpose of causing or which he knows to create a substantial risk of causing death or serious bodily harm*”), § 10, Nr. 11 NYPC, § 9.03(1) TPC.

¹⁵²³ Wössner, Die Notwehr, S. 95.

¹⁵²⁴ Als Beispiel wird das absichtliche Schießen in Richtung auf einen Menschen oder ein Fahrzeug, in welchem sich vermutlich ein Mensch befindet, genannt (§ 3.11(2) 2 MPC “*Purposely firing a firearm in the direction of another person or at a vehicle in which another person is believed to be constitutes deadly force*”). Die bloße Drohung mit der Tötung oder schweren Verletzung des Angreifers hingegen, etwa durch das Zeigen einer Waffe, fällt im Normalfall nicht unter den Begriff der tödlichen Gewalt (§ 3.11(2) 3 MPC “*A threat to cause death or serious bodily harm, by the production of a weapon or otherwise, so long as the actor’s purpose is limited to creating an apprehension that he will use deadly force if necessary, does not constitute deadly force*”). Vgl.: Honig, S. 50. In diesem Zusammenhang beurteilen die Mehrzahl der Einzelstaaten die Drohung mit tödlicher Gewalt nach denselben Kriterien, wie deren tatsächlichen Einsatz. Die Verfasser des Musterstrafgesetzbuches entschieden sich aber dennoch für eine gegenteilige Regelung, weil die bloße Drohung mit einer lebensgefährdenden Maßnahme, etwa das Vorhalten einer Waffe, in der Regel ein milderes Mittel darstellt, als der Einsatz maßvoller Gewalt.

¹⁵²⁵ MPC § 3.11 Definitions. “*In this Article, unless a different meaning plainly is required: (2) “deadly force” means force which the actor uses with the purpose of causing or which he knows to create a substantial risk of causing death or serious bodily harm firing a firearm in the direction of another person or at a vehicle in which another person is*

werden, um Angriffe mit tödlicher Gewalt abzuwehren.¹⁵²⁶ Dies wird in den Gesetzbüchern der verschiedenen Staaten der USA vorausgesetzt.¹⁵²⁷

Auch der MPC fordert einen qualifizierten Angriff als Voraussetzung für die Anwendung tödlicher Gewalt bei der Verteidigung zum Schutz eigener oder fremder Rechten: Der Angriff muss entweder durch tödliche bzw. schwere Körperverletzung, oder durch Entführung oder Vergewaltigung durchgeführt werden.¹⁵²⁸

Dies ist die allgemeine Lösung des US-amerikanischen Strafrechts, wo Notwehr gegen Angriffe wie Mord, Totschlag, Raub, Körperverletzung und andere vergleichbare Straftaten ausgeübt werden kann.¹⁵²⁹ Somit wird die Art der Bedrohung durch die Art der Verteidigung bestimmt.¹⁵³⁰ Dies ist aus historischer Sicht erklärbar: Ursprünglich war Notwehr kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund, sondern sie war nur bei Tötungsdelikten als Verteidigungsmöglichkeit gegen Angriffe mit tödlicher Gewaltanwendung vorgesehen.¹⁵³¹

Bereits hier ist zu bemerken, dass der Angriffsbegriff im US-amerikanischen Rechtssystem oft in einer subjektiven Weise verstanden wird. Der MPC rechtfertigt die Verteidigungshandlung, wenn der Täter glaubt (*believes*), dass den Einsatz von Gewalt unverzüglich notwendig (*immediately necessary*) sei, um sich gegen einen gegenwärtigen unrechtmäßigen Gewaltanwendung (*against the use of unlawful force...on the present occasion*) eines anderen zu verteidigen.¹⁵³²

Doch ist die Vernichtung menschlichen Lebens unter kritischen Gesichtspunkten zu bedeutungsvoll, um nur auf der Grundlage des Glaubens des Verteidigers gerechtfertigt zu werden.¹⁵³³ Nicht zuletzt deswegen steht der Angriffsbegriff in enger Verbindung mit dem Gegenwärtigkeitserfordernis: Der Verteidiger kann tödliche Gewalt nur dann anwenden, wenn „*the aggressor's threatened force will occur immediately, almost at that instant.*“¹⁵³⁴ Somit liefert bereits die Voraussetzung der

believed to be constitutes deadly force. A threat to cause death or serious bodily harm, by the production of a weapon or otherwise, so long as the actor's purpose is limited to creating an apprehension that he will use deadly force if necessary, does not constitute deadly force“. Vgl. LaFave, Criminal Law, § 10.4 (a).

1526 Hall, Criminal Law, S. 234. LaFave, Criminal Law, § 10.4.

1527 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (b), m.w.N.

1528 Dies wird in § 3.04(2)(b) MPC geregelt. Für das handelnde Thema von Interesse ist der Teil dieses Paragraphen, welcher besagt: “*The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily injury, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat...*“

1529 LaFave, § 10.4 (a), m.w.N.

1530 Dubber, Einführung, S.163.

1531 Dubber, Einführung, S. 163. m.w.N., der erklärt, das *deadly force* nach dem MPC nicht nur die todbringende Gewalt sondern auch die Gewalt, die zu schwerer Körperverletzung führt.

1532 Section 3.04 (1) *Use of Force Justifiable for Protection of the Person*: “*the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion*“. Siehe ebenso §§ 3.02(1) (“*conduct which the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself*”); 3.03(3) (“*actor believes his conduct to be required or authorized*”); 3.06(1) und 3.07(1) (“*actor believes that such force is immediately necessary*”).

1533 Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity, When force is Justified and Why*, New York 2008, S. 89.

1534 Dressler, Criminal Law, S. 192.

Gegenwärtigkeit einen sicheren Maßstab zur Unterscheidung zwischen realer und putativ-Notwehr.¹⁵³⁵

In diesem Zusammenhang wird die Frage erörtert, ob Irrtümer über die Voraussetzungen der Rechtsfertigungslage ausreichen, um das Verhalten des Täters trotzdem zu rechtfertigen. Im *Common Law* und in vielen amerikanischen Staaten wird hierfür erfordert, dass Annahmen - auch unrichtige - hinsichtlich der Voraussetzungen eines Rechtsfertigungsgrundes zumindest vernünftig sind.¹⁵³⁶

Hier wird den Irrtumsregeln in § 3.09 MPC besonderes Augenmerk geschenkt. Ist der Irrtum des Täters hinsichtlich seiner Rechtsfertigungslage rücksichtslos oder fahrlässig, steht dem Täter im Einzelnen die *defense* der Notwehr gegen vorsätzliche Delikte zur Verfügung. So kommt nur eine Strafbarkeit wegen rücksichtslos oder fahrlässig begehrter Delikte in Betracht. Ist der Irrtum jedoch weder rücksichtslos noch fahrlässig, so steht er einer Rechtfertigung der Gewaltanwendung nicht entgegen (§ 3.09(2) MPC)¹⁵³⁷. Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Angriffs spielt ein Irrtum allerdings keine Rolle, wenn er auf Unkenntnis oder unrichtiger Auslegung der Vorschriften des Strafgesetzbuchs oder einer anderen strafrechtlichen Bestimmung beruht (§ 3.09(1) MPC)¹⁵³⁸.

Der Model Code spricht dabei nicht direkt von „vernünftigen“ (*reasonable*) Glaubens des Täters.¹⁵³⁹ Eine Aussage darüber lässt sich jedoch durch Hinweis auf §1.13(16) treffen, welcher der rücksichtslose bzw. fahrlässige Irrtum mit der unvernünftigen Annahme gleichsetzt.¹⁵⁴⁰

1535 Also, wer in der konkreten Lage der Angreifer und wer der Verteidiger ist. Fletcher/Ohlin, S. 169. Dort wird diese Idee weiter erklärt: „*This is the appeal of requiring the defending party to wait until the point of imminent attack. Waiting ensures a stronger case that only the defender is acting in legitimate defense.*“

1536 Dubber, Einführung, S. 143 f.

1537 § 3.09 *Mistake of Law as to Unlawfulness of Force or Legality of Arrest; Reckless or Negligent Use of Otherwise Justifiable Force; Reckless or Negligent Injury or Risk of Injury to Innocent Persons.* (2) “*When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief that is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability*”.

Der Code behandelt in seinem Abschnitt zu den Rechtfertigungsgründen (Art. 3. *General principles of justification*) solche Fälle, in denen der Handelnde irrtümlich Umstände oder die Erforderlichkeit einer Gewaltanwendung annimmt. Zur Einstufung der Putativnotwehr als Entschuldigungsgrund sowie anderer Fälle, bei denen sich der Handelnde über die äußeren Umstände einer Rechtfertigungs- oder Entschuldigungslage irrt, siehe aber: Dubber, Einführung, Fn. 70, S. 156 f. m.w.N. Komm., Art. 3. Einleitung, S. 2-3; Proposed New Fed. Crim. Code § 608 (1971); siehe ebenso *State v. Leidholm*, 334 N. W.2d 811 (N. D. 1983) (unter Anwendung von North Dakota Crim. Code § 12.1-05-08, auf Grundlage von Proposed New Fed. Crim. Code § 608).

1538 § 3.09(1) “*The justification afforded by Sections 3.04 to 3.07, inclusive, is unavailable when: (a) the actor's belief in the unlawfulness of the force or conduct against which he employs protective force or his belief in the lawfulness of an arrest that he endeavors to effect by force is erroneous; and (b) his error is due to ignorance or mistake as to the provisions of the Code, any other provision of the criminal law or the law governing the legality of an arrest or search*”. Im Gegensatz dazu sind Irrtümer über Regelungen anderer Rechtsgebiete beachtlich, in Analogie zu den allgemeinen Irrtumsregeln des MPC, die nicht zwischen Tatsachenirrtümern und (nicht-strafrechtlichen) Rechtsirrtümern unterscheiden (§§ 2.04(1)(a); 2.04(3)).

1539 Siehe allg. Fletcher, *The Right and the Reasonable*, 9S Harv. L. Rev. 949 (1985).

1540 Vgl. §1.13(16): “*“reasonably believes” or “reasonable belief” designates a belief which the actor is not reckless or negligent in holding*”. So ist eine Annahme im Sinne des MPC dann vernünftig, wenn der Täter zu ihr weder

Vor diesem Hintergrund lassen diese Erwägungen im Einzelfall Indizien des in der amerikanischen Literatur bereits vielfach besprochenen sog. *battered woman syndrome* zum Zuge kommen. Unter Berufung auf das *battered woman syndrome* entschieden die Gerichte, dass die Beschuldigte möglicherweise im vernünftigen - oder zumindest unvernünftigen, aber bloß rücksichtlosen oder fahrlässigen Irrtum über ihr Notwehrrecht gehandelt haben könnte, da sie auf Grund ihrer verzweifelten Lage die Notwendigkeit der Notwehrhandlung falsch einschätzte. Die Vernünftigkeit dieser Fehleinschätzung sollte vom Standpunkt einer Frau in der Situation der unter *battered woman syndrome* leidenden Angeklagten beurteilt werden.¹⁵⁴¹

2. Die Rechtswidrigkeit

Der Angriff ist vor allem eine rechtswidrige Handlung.¹⁵⁴² Aus diesem Grund darf keine Notwehr gegen gerechtfertigte Eingriffe in die Rechtssphäre eines anderen ausgeübt werden.¹⁵⁴³ So ist Notwehr gegen Notwehr nicht gestattet.¹⁵⁴⁴

Auch der MPC erfordert ausdrücklich das Bestehen „unrechtmäßiger Gewalt“ (*unlawful force*) als Voraussetzung zur Ausübung der *self-defence*. Der Angegriffene soll „vernünftig Glauben“ (*reasonably believes*), dass die Anwendung der Gewalt vom Angreifer unrechtmäßig (*unlawful*) ist.¹⁵⁴⁵

Die Verfasser des MPC bieten in § 3.11 eine detaillierte Definition unrechtmäßigen Verhaltens. Im Ergebnis fehlt allerdings dieser Definition an Klarheit.¹⁵⁴⁶ „Unrechtmäßige Gewalt“ meint jegliche Gewaltanwendung, einschließlich Einsperrung, ohne die Einwilligung des Betroffenen, die eine Straftat oder Delikt darstellt oder darstellen würde, wenn dem Angreifenden nicht selbst eine Verteidigung zur Seite stünde (wie Mangel an Vorsatz, Fahrlässigkeit, oder geistigen Fähigkeiten, Nötigung, Schuldunfähigkeit Minderjähriger oder Diplomatenrang), die allerdings keine Befugnis zur Gewaltanwendung darstellt.¹⁵⁴⁷ Letztlich ist im MPC unrechtmäßige Gewalt als Gewalt

rücksichtslos noch fahrlässig gelangte. Dubber, Einführung, S. 144.

1541 Siehe *State v. Leidholm*, 334 N. W.2d 811 (N. D. 1983); *State v. Kelly*, 97 NJ. 178 (1984).

1542 Ferzan, *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (223). Robinson, *Criminal Law*, § 131 (b) 2. Dressler, *Criminal Law*, S. 192.

1543 Robinson, *Criminal Law*, § 131 (b) 2. Ferzan, *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (223). Dressler, *Criminal Law*, S. 192.

1544 Fletcher/Ohlin, S. 89. Robinson, *Criminal Law*, § 13 (b) 2.

1545 LaFave, *Criminal Law*, § 10.4 (a).

1546 Dazu eingehend Dubber, Einführung, S. 153 ff.

1547 Dubber, Einführung, S. 153. Fletcher/Ohlin, S. 89. Im MPC ist die Definition von „*unlawful force*“ in Section 3.11. *Definitions* enthalten. „*In this Article, unless a different meaning plainly is required: (1) "unlawful force" means force, including confinement, which is employed without the consent of the person against whom it is directed and the employment of which constitutes an offense or actionable tort or would constitute such offense or tort except for a defense (such as the absence of intent, negligence, or mental capacity; duress; youth; or diplomatic status) not amounting to a privilege to use the force. Assent constitutes consent, within the meaning of this Section, whether or not it otherwise is legally effective, except assent to the infliction of death or serious bodily harm.*“

definiert, die nicht durch Einwilligung oder eine andere Befugnis gedeckt ist.¹⁵⁴⁸ Demnach setzt der MPC unrechtmäßige Gewalt nicht mit ungerechtfertigter Gewalt gleich,¹⁵⁴⁹ obwohl ein Verhalten immer dann gerechtfertigt zu sein scheint, wenn die Rechtsordnung insgesamt dadurch nicht verletzt wird, selbst wenn es einen Straftatbestand erfüllt.¹⁵⁵⁰

Während Notwehr gegen gerechtfertigtes Handeln nicht zulässig ist, ist Notwehr gegen bloß entschuldigtes Handeln durchaus denkbar.¹⁵⁵¹ Einmal mehr haben die Verfasser hier einzelne Entschuldigungsgründe aufgezählt, anstatt einfach von einer Entschuldigung im Allgemeinen zu sprechen. Unrechtmäßige Gewalt beinhaltet also auch eine Gewaltanwendung unter Umständen, die auf Mangel an geistigen Fähigkeiten, Nötigung, [oder] Schuldunfähigkeit, Minderjähriger, die Schuld schließen lassen.¹⁵⁵²

Darüber hinaus erlaubt der MPC nicht nur die Gewaltanwendung, die gegen ein strafloses Verhalten, d.h. gegen eine Person, der der Staat keine Strafe auferlegen darf, gerichtet ist, sondern sogar eine Verteidigung im Wege der Notwehr gegen ein Verhalten, das nicht einmal tatbestandlich ist. Denn unrechtmäßige Gewalt beinhaltet nicht nur Gewalt, die eine Straftat darstellt, sondern auch Gewalt, die eine Straftat „darstellen würde, wenn dem Angreifenden nicht selbst eine Verteidigung wie mangelnder Vorsatz bzw. mangelnde Fahrlässigkeit, zur Seite stünde.“¹⁵⁵³

1548 Eine Einwilligung, anhand derer die Unrechtmäßigkeit eines Verteidigungshandelns festgestellt werden soll, unterscheidet sich von einer Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Dubber, Einführung, S. 154 m.w.N. Model Penal Code and Commentaries, § 3.11, S. 157-59.

1549 „Indem die Verfasser als Voraussetzung der Notwehr „unrechtmäßiges“ und nicht „ungerechtfertigtes“ Verhalten wählten, konnten sie einer klaren Differenzierung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen ausweichen. Die Schwierigkeit, die Grenzen der Notwehr klar zu bestimmen, wird dadurch aber nur vom Begriff der Rechtfertigung auf den der Unrechtmäßigkeit verlagert. Die Definition dieses Begriffs ist so weit und so unbestimmt, ... dass sie die dogmatischen Erwartungen nicht oder zumindest nicht besser erfüllen kann, als der bekanntlich schwammige Begriff der Rechtfertigung“. Dubber, Einführung, S. 156.

1550 Das Bedürfnis nach einem klaren Begriff von Unrechtmäßigkeit wird noch dringender, wenn es um die Frage geht, ob man Notwehr gegen jemanden verüben darf, der in Putativnotwehr handelt. Grundsätzlich fragt die Definition von unrechtmäßiger Gewalt danach, ob der Angriff durch eine „Befugnis zur Gewaltanwendung“ gedeckt ist. Im Strafrecht beruht eine solche Befugnis regelmäßig auf einem Rechtfertigungsgrund. Der *Code* behandelt solche Fälle in seinem Abschnitt zu den Rechtfertigungsgründen (§ 3.09 (2)). Der Kommentar stellt fest, dass in bestimmten Fällen der Putativnotwehr dem Handelnden eher ein Entschuldigungsgrund als ein echter Rechtfertigungsgrund zur Verfügung stehe (Komm., Art. 3. Einleitung, S. 2-3). Selbst wenn man sich nicht ganz sicher wäre, ob die Putativnotwehr nun einen Rechtfertigungsgrund nach dem Model Code darstellt, erscheint es daher so, als wären die Abwehrmaßnahmen gegen den Angriff nicht gerechtfertigt. Denn der vermeintlich Angegriffene könnte sich auf eine Befugnis aus dem Deliktsrecht berufen und hätte folglich keine „unrechtmäßige Gewalt“ verübt. Da „Befugnis“ ein Begriff des Deliktsrechts ist, findet sich die Lösung vielleicht in diesem Rechtsgebiet. Das Deliktsrecht verleiht tatsächlich eine Befugnis zur Gegenwehr, vorausgesetzt der Irrtum über die objektiven Gegebenheiten der Verteidigungslage war ein „vernünftiger“ (Restatement (Second) of Torts § 890, Comment f.; Restatement (Second) of Torts § 11). Dubber, Einführung, S. 156 f.

1551 Die unterschiedliche Behandlung von gerechtfertigtem und entschuldigtem Verhalten macht durchaus Sinn. Gerechtfertigtes Verhalten ist nicht rechtswidriges Verhalten. Ein Entschuldigungsgrund gewährt zwar Straffreiheit für ein Verhalten, ändert aber an dessen Rechtswidrigkeit nichts. Dubber, S. 154.

1552 Dubber, Einführung, S. 154. § 3.11 *“except for a defense (such as the absence of ... mental capacity; duress; youth...)”*.

1553 Solange der Angreifer die im Tatbestand beschriebene Handlung begeht, auch ohne den erforderlichen Vorsatz oder Fahrlässigkeit, ist man gleichwohl berechtigt, Notwehr auszuüben. Dubber, Einführung, S. 155. § 3.11 *“except for a defense (such as the absence of intent, negligence...)”*.

Im Allgemeinen ist der Angriff unrechtmäßig, wenn sie durch eine Straftat¹⁵⁵⁴ oder ein ungerechtfertigtes Verhalten entsteht. Wenn man aber Unrechtmäßigkeit mit einem allgemeinen Rechtsverstoß gleichsetzt, der nicht notwendig strafrechtlicher Natur sein muss, kann man in die Definition von unrechtmäßigem Verhalten Notwehr gegen deliktisches, aber nicht strafbares Handeln einbeziehen. Denn nach § 3.11 ist Gewalt unrechtmäßig, wenn sie eine unerlaubte Handlung im Sinne des Deliktsrechts darstellt, oder ein Delikt darstellt oder darstellen würde, wenn dem Angreifenden nicht selbst eine Verteidigung zur Seite stünde.¹⁵⁵⁵

3. Die Gegenwärtigkeit

Sowohl das Richterrecht als auch die strafrechtlichen Gesetzbücher der meisten US-Staaten verlangen als Voraussetzung zur Ausübung des Notwehrrechts, dass der Täter vernünftig glaubte, einer unmittelbaren Gewaltanwendung ausgesetzt zu sein.¹⁵⁵⁶

Die Mehrheit der Strafgesetzbücher wenden in ihrer Notwehrregelung der Begriff *imminent* als unbedingtes Merkmal des Angriffs an. Daneben setzen andere *Codes* auf die „breitere Formulierung“ des MPC, welches den Ausdruck „in der gegenwärtigen Gelegenheit“ (*immediately necessary...on the present occasion*) benutzt. Während nur einige Strafgesetzbücher diese Voraussetzung nicht ausdrücklich voraussetzen.¹⁵⁵⁷ Nur fünf neue US-amerikanische Strafgesetze wurden nach dem Modell des MPC gestaltet.¹⁵⁵⁸ Die Strafgesetze der anderen Staaten halten am Tatbestandsmerkmal des unmittelbaren Bestehens des Angriffs fest.¹⁵⁵⁹

Aufgrund des Fehlens einer präziseren Auseinandersetzung mit der vom MPC benutzten Formulierung des Gegenwärtigkeitserfordernisses wird aber im Kommentar zum MPC bezweifelt, dass dadurch ein anderer Maßstab als jener des „*imminent harm*“ vorausgesetzt wird.¹⁵⁶⁰

In der Rechtslehre wird allgemein anerkannt, dass die Gegenwärtigkeit des Angriffs oder der Gefahr einer Rechtsgutsverletzung im US-amerikanischen Rechtssystem Voraussetzung zur Ausübung des

1554 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (a).

1555 § 3.11 “...which constitutes an offense or actionable tort or would constitute such offense or tort except for a defense...”

1556 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d). Fletcher, Notwehr, S. 39. Dix, Self-Defense, in: Encyclopedia of Crime and Justice, New York/London 1983, S. 947. Beecher-Monas, Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process, New York 2007, S. 210.

1557 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d), m.w.N. zur Begründung diese Aussage. Vgl. Leverick, Self-Defence, S. 97.

1558 Nämlich jene von Delaware, New Jersey, Washington, Hawaii und Pennsylvania.

1559 Wintzer, Notwehrsituationen, S. 37.

1560 Leverick, Self-Defence, S. 97. So wenden Fletcher und Ohlin die Standards dieser Norm auf den Irak-Krieg des Jahres 2003 an und lehnen ab, dass das Gegenwärtigkeitserfordernis des MCP dabei erfüllt sei: „*One might argue that, under the MPC standard, the United States thought it was immediately necessary to invade Iraq, but one would be hard put to apply the proviso „on the present occasion“ to the prolonged ten-year-period in which the United Nations imposed sanctions on Iraq and conducted inspections to control its supply of weapons. Nothing in particular had happened to support the decision to invade on March 20. 2003 - or indeed, in 2003 rather than 2004.*“ Fletcher/Ohlin, S. 166.

Notwehrrechts ist.

Das Gegenwärtigkeitserfordernis kann sich entweder auf eine Gefahr (*immediacy of the danger*) oder auf einen Angriff (*immediacy of the attack*) oder auf die Erforderlichkeit der Verteidigung (*immediate necessity*) beziehen.¹⁵⁶¹

Es wird bemerkt, dass zwischen einer unmittelbaren Gefahr und einem unmittelbaren Angriff kein großer Unterschied besteht, denn es geht in beiden Fällen nicht um eine in entfernterer Zukunft gelegene Gefahr sondern um eine Gefahr, welche schon bei einem unmittelbaren Angriff vorliegt.¹⁵⁶²

Die Voraussetzung der *immediacy* wird von den verschiedenen Autoren auch unterschiedlich bezeichnet: „*The threat of harm must be immediate in most jurisdictions. Threat of future harm does not justify using force against an other.*“¹⁵⁶³ Man spricht von „*imminent use of force*“, „*unlawful violence to be almost immediatly forthcoming*“,¹⁵⁶⁴ bzw. von „*threat of immediate harm*“.¹⁵⁶⁵ Das heißt: „*A threat is imminent if it will occur „immediately“ or „at once“*“, ¹⁵⁶⁶ „*the harm or attack defended against be reasonably regarded as imminent*“.¹⁵⁶⁷

In diesem Zusammenhang wird die Beziehung mit dem Angriffsbegriff bestätigt, indem der Verteidiger tödliche Gewalt nur dann anwenden kann, wenn „*the aggressor's threatened force will occur immediately, almost at that instant.*“¹⁵⁶⁸

Ferner ist die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs mit der Frage der Risikoprognose untrennbar verbunden: „*Imminence raises the additional issue of probability of harm. When harm is not imminent, it is normally less likely that the harm will occur at all, because the person who poses the threat might never actually carry it out.*“¹⁵⁶⁹

Die „*Proximity of threatened harm*“ wird auch in der US-amerikanischen Rechtsprechung allgemein erfordert.¹⁵⁷⁰ Die Verletzungsbedrohung muss rechtswidrig und gegenwärtig sein. Der Verteidiger muss ferner glauben, einer unmittelbaren Todesgefahr oder schwerer Körperverletzung ausgesetzt zu sein.¹⁵⁷¹

Als Beispiel kann hier der Fall *State v. Norman* genannt werden, wobei das

1561 Sangero, *Self-Defence*, S. 153.

1562 Sangero, *Self-Defence*, S. 153.

1563 Hall, *Criminal Law*, S. 234. Er bemerkt ebendort aber, dass dieses Prinzip in vereinzelt Fällen der Rechtsprechung (*occasionally*) gedehnt wird.

1564 LaFave, *Criminal Law*, § 10.4 (d).

1565 Bacigal, *Criminal Law and Procedure. An Introduction*, 2.ed., Albany, NY 2002, S. 72.

1566 Ferzan, *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (223).

1567 Dix, *Self-Defense*, S. 947.

1568 Dressler, *Criminal Law*, S. 192.

1569 Leverick, *Self-Defence*. S. 87.

1570 Beecher-Monas, *Evaluating*, S. 210.

1571 *U.S. v. Peterson* 1222 (1973). „*The threat must have been unlawful and immediate. The defender must have believed, that he was in imminent peril of death or serious bodily harm...*“

Gegenwärtigkeitserfordernis (*imminency*) in Bezug auf die Anwendung tödlicher Gewalt (*deadly force*) von der Supreme Court of North Carolina wie folgt beschrieben wird: „*The term "imminent," as used to describe such perceived threats of death or great bodily harm as will justify a homicide by reason of perfect self-defense, has been defined as "immediate danger, such as must be instantly met, such as cannot be guarded against by calling for the assistance of others or the protection of the law."* Black's Law Dictionary 676 (5th ed. 1979). *Our cases have sometimes used the phrase "about to suffer" interchangeably with "imminent" to describe the immediacy of threat that is required to justify killing in self-defense. State v. Holland, 193 N.C. 713, 718, 138 S.E. 8, 10 (1927).*¹⁵⁷²

3.1. Die „Präventivnotwehr“ („*pre-emptive strike*“)

Angesichts der oben aufgeführten Erwägungen lässt es sich feststellen, dass in der Rechtslehre eine Notwehrlage kaum als „präventiv“ bezeichnet wird. Eine solche Situation ist hingegen gegeben, wenn sich der Verteidiger vor einem unmittelbar bevorstehenden Angriff (*imminent attack*) befindet, etwa wenn der Angreifer eine Schusswaffe in Richtung des Angegriffenen richtet.¹⁵⁷³ Dabei wird aber eine Gleichsetzung des Angriffsbeginns mit dem Versuchsbeginn vereinzelt abgelehnt, denn auch der Zeitpunkt des Versuchsbeginns ist in der strafrechtlichen Lehre umstritten.¹⁵⁷⁴

Sowohl die verschiedenen Strafgesetzbücher, als auch das Richterrecht und die Literatur verlangen, dass der Täter vernünftig glaubte (*reasonably believes*) oder vernünftig wahrnahm (*reasonably perceives*),¹⁵⁷⁵ sich vor einem gegenwärtigen Angriff zu befinden, was zu einer Subjektivierung des Notwehrtests führt.¹⁵⁷⁶

Nur die Anwendung subjektiver Elemente kann die Annahme eines gegenwärtigen Angriffs in Fällen erklären, wo es eigentlich keinen gab: So wird, aufgrund der Aufnahme der Putativnotwehr in die reale Notwehr, die im US-amerikanischen Rechtssystem zu finden ist,¹⁵⁷⁷ eine Putativnotwehr-Konstellation als Notwehrfall beurteilt, wenn der Glaube des Täters „vernünftig“ ist.¹⁵⁷⁸

1572 State v. Norman, 324 N.C. 253, 378 S.E. 2d 8 (1989).

1573 Fletcher/Ohlin, S. 91.

1574 Sangero, Self-Defence, S. 156.

1575 So z.B. Bacigal, Criminal Law, S. 72, der als eine der Voraussetzungen der Notwehr ansieht, dass „*the defendant reasonably perceived an immediate threat of bodily harm*“.

1576 Sangero, Self-Defence, S. 114 f.

1577 Sangero, Self-Defence, S. 115.

1578 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (c). Er betont dort: „*Thus one may be justified in shooting to death an adversary who, having threatened to kill him, reaches for his pocket as if for a gun, though it later appears that he had no gun and that he was only reaching for his handkerchief.*“ Er beruft sich auf Shorter v. People, 2 N.Y. 193, 197, 51 Am.Dec. 286, 287 (1849).

3.2. Die antizipierte Notwehr

Im Unterschied zur Präventivnotwehr wird bei der Anbringung von automatischen Schutzanlagen (*human traps*) das Gegenwärtigkeitserfordernis nicht in Frage gestellt. Besonders häufig werden in den USA in diesem Zusammenhang so genannte “*Spring Guns*” oder “*Trap Guns*” erörtert.¹⁵⁷⁹ Dabei setzt sich die Verteidigung nicht bei der Anbringung der Anlage selbst, sondern erst bei deren Einschaltung durch den Angreifer, wenn der Angriff gegenwärtig (*immediate danger*) ist.¹⁵⁸⁰

Hier geht es vielmehr um die Frage der Bestimmbarkeit eines zur Zeit der Vorbereitung der Verteidigungshandlung noch in der Zukunft liegenden Angriffs.

Problematisch ist in diesem Sinne die Möglichkeit, dass sich die Verteidigung nicht gegen den Angreifer selbst sondern gegen eine unschuldige Person, z.B. ein Kind oder einen betrunkenen Nachbarn, richtet.¹⁵⁸¹

Dabei kommt aber auch die Frage der Verhältnismäßigkeit der Verteidigung gegen einen in der Zukunft liegenden Angriff in Betracht.¹⁵⁸² denn die Verteidigungsmaßnahme wird zu einem Zeitpunkt in die Wege geleitet, zu welchem die genauen Umstände des späteren Abwehrfalles noch nicht absehbar sind.¹⁵⁸³

In der Mehrzahl der Fälle werden trotz dieser Besonderheit die allgemeinen Regeln angewandt, so dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Eigentümers für die Verletzung oder Tötung eines Eindringlings entfällt, wenn der Eigentümer, wäre er im Zeitpunkt der Abwehr zugegen gewesen, selbst das Recht gehabt hätte, die fragliche Maßnahme vorzunehmen.¹⁵⁸⁴ Aus dem allgemeinen Notwehrrecht ergibt sich allerdings, dass bei einer Tötung des Angreifers zur Verteidigung von Sachwerten die Rechtfertigung bzw. Entschuldigung in der Regel zu versagen ist.¹⁵⁸⁵ Allein da, wo der Verwender der Selbstschussanlage persönlich dazu berechtigt gewesen wäre, einen Eindringling zu töten, etwa im Falle eines nächtlichen Einbruchs und im Zusammenhang mit dem „*Defense of Premises*“-Privileg, kann auch die Tötung des Eindringlings durch eine solche Anlage rechtens

1579 Dabei handelt es sich um Waffen, die durch das Öffnen einer Tür oder Betreten eines Eingangs ausgelöst werden und häufig in Nebengebäuden, wie Garagen und Ställen, aber auch in Wohnhäusern zum Einsatz kommen, etwa wenn der Bewohner verreist ist oder schläft. Vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 184; Dressler, S. 266.

1580 Sangero, Self-Defence, S. 164.

1581 Sangero, Self-Defence, S. 164.

1582 Siehe: *People v. Ceballos*, 526 P. 2D 241 (1974); siehe unten „Die Verhältnismäßigkeit“ S. 259 ff.

1583 Wössner, Die Notwehr, S. 185.

1584 Vgl.: Herrmann, ZStW 93, 646; Dressler, S. 267; LaFave, S. 506; Perovitch, 47 ALR3d 646, 662; *Falco v. State*, 407 So. 2d 203 (1981); *Warren v. Hawaii*, 119 F.2d 936 (1941); *State v. Plumlee*, 149 So. 425 (1933). Die Mehrheit der Richter stellt damit Erwägungen an, die denjenigen des *American Law Institutes* in § 85 *Restatement of Torts* ähneln. Diese Norm gestattet den Einsatz lebensgefährdender Abwehranlagen, sofern der Angegriffene, wäre er im fraglichen Zeitpunkt anwesend gewesen, das Recht gehabt hätte, die jeweilige Maßnahme selbst vorzunehmen, Wössner, Die Notwehr, S. 185.

1585 LaFave, S. 506; Note, 59 Colum. L.Rev. 1214; Perovich, 47 ALR 3d 646; *State v. Beckham*, 306 Mo. 566, 267 S.W. 817 (1924); *State v. Plumlee*, 177 La. 687, 149 So. 425 (1933).

sein.^{1586 1587}

In der Regel werden also Abwehrmaßnahmen durch Anlagen oder Vorrichtungen denjenigen Abwehrmaßnahmen gleich behandelt, welche der Angegriffene persönlich vornimmt. Damit bleibt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Wesentlichen gewahrt, da durch das Abstellen auf die fiktive Anwesenheit des Verwenders der Anlage die allgemeinen Regeln zum Einsatz kommen, die etwa die Tötung eines Eindringlings zum Schutz von Sachwerten untersagen.¹⁵⁸⁸

Da aber die Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei dieser Selbstschutzanlage erheblich ist, haben sowohl der MPC als auch die Gesetze einiger Staaten¹⁵⁸⁹ spezielle Regelungen für deren Einsatz vorgesehen, die einen grundlegend anderen Ansatz als die oben dargestellten allgemeinen Grundsätze verfolgen.¹⁵⁹⁰

§ 3.06 MPC, welcher allgemein den Schutz von Sachwerten betrifft, regelt in Unterabschnitt (5) den Einsatz von eigentumschützenden Vorrichtungen. Nach der Konzeption des *American Law Institute* ist die Tötung eines Menschen mittels einer Selbstschussanlage oder eines sonstigen Schutzmechanismus unter allen Umständen strafbar.¹⁵⁹¹ Eine Rechtfertigung kommt demnach nur dann in Betracht, wenn die Vorrichtung nicht dazu bestimmt oder offensichtlich nicht dazu geeignet ist den Tod oder eine schwere Körperverletzung des Angreifers zu verursachen (§ 3.06(5) (a) MPC), wenn zusätzlich die Verwendung des Schutzmechanismus unter den gegebenen Umständen vernünftig erscheint (§ 3.06(5)(b) MPC) und üblich ist (§ 3.06(5)(c) MPC). Für den Fall, dass der Schutzmechanismus unter den gegebenen Umständen als unüblich anzusehen ist, muss der sich verteidigende Eigentümer, etwa durch Warnschilder, auf den Schutzmechanismus

1586 LaFave, S. 506. Problematisch bleibt oft, dass die Anlage gerade in Abwesenheit des Verwenders zum Einsatz kommt, so dass nicht die Regeln zum Schutz von Personen, sondern die wesentlich restriktiveren Regeln zum Schutz von Gegenständen zum Einsatz kommen. Vgl.: Robinson, Defenses, S. 108. Ähnlich: *State v. Barr*, 11 Wash. 481, 39 P. 1080 (1895). Der Verwender der Anlage handelt demnach auf eigene Gefahr und trägt selbst das Risiko, dass er durch seine Waffe eine Person schädigt, ohne dass er selbst gegenüber dem Angreifer zu den konkreten Abwehrmaßnahmen berechtigt gewesen wäre, Herrmann, ZStW 93, 646; Dressler, S. 267; Perovich, 47 ALR3d 646; *State v. Beckham*, 267 S.W. 817 (1924). Ob der Eigentümer entsprechende Warnschilder aufgestellt hatte und ob dem Eindringling die Existenz der Abwehrrichtung aus anderen Gründen bekannt war, ist demgegenüber nicht entscheidend, vgl.: Perovich, 47 ALR3d 646, 664; *State v. Plumlee*, 149 So. 425 (1933); *State v. Green*, 118 SC 279, 110 S.E. 145 (1921); anders aber: *Pierce v. Commonwealth*, 115 S.E. 686, 28 ALR 684 (1923). Für die Relevanz von Warnschildern auch: Alexander, Self-Defence, Punishment and Proportionality, in: 10 Law and Philosophy 1991, 325.

1587 Nur eine Mindermeinung ist der Ansicht, dass für Schutz- oder Abwehrrichtungen grundsätzlich andere, weitere Voraussetzungen gelten und dass mittels automatisierter Anlagen auch Maßnahmen vorgenommen werden können, welche die normalerweise zu beachtende Grenze der Verhältnismäßigkeit überschreiten. Von diesem Standpunkt aus ist dann aber wesentlich darauf abzustellen, ob der Angreifer ausreichend auf die Abwehrrichtung hingewiesen wurde. In diesem Sinne: Alexander, 10 Law and Philosophy 323, 326.

1588 Wössner, Die Notwehr, S. 187.

1589 Einige Staaten folgen den Vorgaben des *Model Penal Codes* in diesem Punkt ausdrücklich und sehen in den neuen Strafgesetzbüchern vergleichbare Regelungen vor. LaFave, S. 506; ähnlich: Dressler, S. 268; *Model Penal Code and Commentaries*, S. 101; vgl. auch: § 9.44 Texas Penal Code; § 7.03-306(4) Hawaii Penal Code; § 28-1411(8) Nebraska Penal Code; tit.18, § 507(e) Pennsylvania Penal Code.

1590 Wössner, Die Notwehr, S. 194, m.w.N.

1591 Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist damit in höherem Maße Rechnung getragen als nach den allgemeinen Grundsätzen, Wössner, Die Notwehr, S. 188.

aufmerksam machen (§ 3.06(5)(c) MPC).¹⁵⁹² Eine Tötung des Eindringlings zum Schutz von Sachwerten, etwa durch eine Selbstschussanlage oder einen sonstigen Schutzmechanismus, wäre damit nach den Vorgaben des Musterstrafgesetzes unter keinen Umständen gerechtfertigt, sondern stets uneingeschränkt strafbar.¹⁵⁹³ Allenfalls nicht lebensgefährdende Maßnahmen und die dadurch bewirkten Verletzungen eines Eindringlings können nach diesen Erwägungen gerechtfertigt sein.¹⁵⁹⁴

3.3. Der künftige Angriff

Nach der Rechtslehre begründen künftige Angriffe keine Notwehr.¹⁵⁹⁵ Das wird wie folgt erklärt: „As a general matter, the requirement that the attack reasonably appears to be imminent is a sensible one. If the threatened violence is scheduled to arrive in the more distant future, there may be avenues open to the defendant to prevent it other than to kill or injure the prospective attacker; but this is not so where the attack is imminent.“¹⁵⁹⁶

So ist ein Präventivschlag gegen einen nur befürchteten Angriff unrechtmäßig, wenn es sich hier um eine vorbeugende Gewaltanwendung handelt.¹⁵⁹⁷

In der strafrechtlichen Wissenschaft besteht allerdings Konsens darüber, dass der Angegriffene bei ihrer Verteidigung nicht zu warten braucht, bis der Angriff eintritt. Wird ein *preemptive strike* zugelassen,¹⁵⁹⁸ so liegt der Zeitpunkt, ab welchem Notwehr ausgeübt werden kann, vor dem „Angriffsbeginn“ (*beginning of the attack*).¹⁵⁹⁹

Bei der Tötung des schlafenden Haustyrannen wird aber das Recht auf Notwehr verneint, denn hier die „Verteidigung“ gegen künftige Angriffe zu früh erfolgt.¹⁶⁰⁰ Somit wird „*precipitatory violence*“ in Form zu früh eingesetzter „*defensive*“ Maßnahmen beschränkt.¹⁶⁰¹

Anderes gilt im Fall eines sicheren Angriffs beim Aufwachen des Haustyrannen, wenn sich der schlafende Angreifer und das späte Opfer in einem verschlossenen Raum befinden und das Opfer

1592 Section 3.06 (5) MPC: *Use of Device to Protect Property*. „The justification afforded by this Section extends to the use of a device for the purpose of protecting property only if: (a) the device is not designed to cause or known to create a substantial risk of causing death or serious bodily harm; and (b) the use of the particular device to protect the property from entry or trespass is reasonable under the circumstances, as the actor believes them to be; and (c) the device is one customarily used for such a purpose or reasonable care is taken to make known to probable intruders the fact that it is used.“

1593 Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist damit in höherem Maße Rechnung getragen als nach den allgemeinen Grundsätzen, Wössner, Die Notwehr, S. 188.

1594 Vgl. auch: LaFave, S. 506. Die Verfasser des Musterstrafgesetzes haben die oben dargestellten allgemeinen Grundsätze und insbesondere die Vorgabe von § 85 des *Restatements of Torts 2d* damit bewusst zurückgewiesen, weil er keinen praktikablen Verhaltensmaßstab vorgibt und von Umständen, wie etwa den Motiven des Eindringlings, abhängt, die aus der Perspektive des Verwenders der Anlage willkürlich und nicht vorhersehbar sind. Wössner, Die Notwehr, S. 187 f. Vgl. auch, S. 101.

1595 Hall, Criminal Law, S. 234.

1596 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d).

1597 Fletcher, Notwehr, S. 39.

1598 Sangero, Self-Defence, S. 155.

1599 Sangero, Self-Defence, S. 155.

1600 Sangero, Self-Defence, S. 342.

1601 Sangero, Self-Defence, S. 154.

nicht fliehen kann bzw. ihm kein anderes Verteidigungsmittel zur Verfügung steht, welches den Angreifer nicht aufwecken würde. Unter diesen Voraussetzungen sind die Gegenwärtigkeit des Angriffs und die Erforderlichkeit der Verteidigung zu bejahen.¹⁶⁰²

In der Rechtsprechung sind folgende Fälle als Beispiel eines künftigen Angriffs in Betracht zu ziehen:

Im Fall *People v. Goetz*¹⁶⁰³ geht es um die Frage des Vorliegens eines Angriffs im Sinne des Notwehrrechts. Was bei diesem Fall für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist, ist das Gewicht, welches im US-amerikanischen Rechtssystem der Wahrnehmung des Täters bei der Notwehr zukommt. Hier wird die Frage der Kriterien für die Prüfung der Vernünftigkeit des Glaubens des Täters, sich in einer Notwehrlage zu befinden, erörtert. Dabei wurde eine rein subjektive Betrachtungsweise angenommen, so dass nur der subjektive Glaube des Täters (*defendant's subjective belief*) über die Erforderlichkeit der Anwendung tödlicher Gewalt zu berücksichtigen sei.¹⁶⁰⁴ Es wurde aber betont, dass in der Tat die von der Mehrheit angenommene rein subjektive Betrachtungsweise zur Aufhebung der im *Statute* enthaltenen Voraussetzung der Vernünftigkeit des Glaubens des Täters über das Vorliegen einer Bedrohung führt. Daher wurde vereinzelt gemeint, dass das *Statute* sowohl den subjektiven Glauben des Täters als auch, dass eine vernünftige Person (*reasonable person*) in der Situation des Täters dasselbe geglaubt hätte, erfordert.

Der *Court of Appeals* analysiert in der Revision § 35.15 des *NY Penal Law* zur Notwehr.¹⁶⁰⁵

1602 Sangero, *Self-Defence*, S. 342. Die Lösung ist vergleichbar mit dem Urteil des Corte d'Assise d'Appello di Milano vom 19. April 1977, siehe im italienischen Teil der Arbeit.

1603 *People v. Goetz*, New York Court of Appeals, 68 N.Y. 2d 96, 497 N.E. 2d 41 (1986). Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Als der hellhäutige Amerikaner Goetz in der Bronx in die U-Bahn einstieg, waren vier Jugendliche mit afrikanischem Migrationshintergrund im selben Wagen. Einer der Jugendlichen, Canty, kam (vermutlich von einem zweiten begleitet) zum Täter und sagte zu ihm: „gib mir fünf Dollar“. Die anderen zwei Jugendlichen blieben sitzen. Gleich nach der Frage um Geld schoss der Täter auf alle vier mit einem illegal erworbenen Revolver. Die vier Jugendlichen trugen dadurch schwere Körperverletzungen davon. Keiner von ihnen zog oder trug eine Waffe bei sich. Der Täter war vorher schon mehrmals Opfer von Raubüberfällen seitens ähnlicher Jugendgruppen gewesen. Der Strafprozess endete mit einem Freispruch für Goetz vom Vorwurf des versuchten Mordes in vier Fällen (Wintzer, *Notwehrsituationen*, S. 23). Er wurde lediglich wegen unberechtigten Waffenbesitzes verurteilt. Ob ein unmittelbar bevorstehender Angriff bestand, war aufgrund der Umstände als auch der Rechtslage gar nicht deutlich. Wird es angenommen, dass bei der Forderung nach 5 Dollar ein Raub im Anfangsstadium vorlag, dann muss man daraus ausgehen, dass der Angreifer Gewalt gegen Goetz sofort angewendet hätte, falls Goetz dieser Forderung nicht nachkommen hätte (Fletcher, *Notwehr*, S. 45). Die Entscheidung im „Goetz-Fall“ ist aber umstritten, indem in ihrer Begründung der Einfluss rassistischer Gründe gesehen wird: „*It does not make sense to blacks when we hear Goetz's lawyer, or the jury foreman, or any number of white people insist that race was absolutely no factor. We simply cannot imagine a black man being exonerated of shooting down four white youths who had not directly threatened him.*“ So Raspberry, in the Goetz Case, *Whites and Blacks Are Both Wrong*, Chicago Tribune, June 22, 1987, Sex. 1 at 9, zitiert zum Teil in: Kadish/Schulhofer, *Criminal Law and its Processes, Cases and Materials*, 6. ed., 1995, S. 807, m.w.N.

1604 *People v. Goetz*. 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986), II. Dies schließe sowohl die Vorgeschichte als auch die Bildung des Täters ein.

1605 Die *New York Penal Law* regelt die Anwendung tödlicher Gewalt in Notwehr bei § 35.15, wie folgt: „35.15 *Justification; use of physical force in defense of a person. ...2. A person may not use deadly physical force upon another person under circumstances specified in subdivision one unless: (a) The actor reasonably believes that such other person is using or about to use deadly physical force. Even in such case, however, the actor may not use deadly physical force if he or she knows that with complete personal safety, to oneself and others he or she may avoid the necessity of so doing by retreating; except that the actor is under no duty to retreat... (b) He or she reasonably believes*

So kritisierte der *Court of Appeals* die Anwendung der subjektiven Kriterien von der Vorinstanz.¹⁶⁰⁶ Wird das *Statute* so ausgelegt, dass der Glaube des Täters über das Vorliegen der Notwehrlage nur „nach seiner subjektiven Wahrnehmung vernünftig“ sein muss, dann wird er von jeder strafrechtlichen Verantwortung befreit: „*We cannot lightly impute to the Legislature an intent to fundamentally alter the principles of justification to allow the perpetrator of a serious crime to go free simply because that person believed his actions were reasonable and necessary to prevent some perceived harm*“.¹⁶⁰⁷ Dass § 35.15 des *N Y Penal Law* erfordert, dass der Täter nicht nur „glaubt“ sondern „vernünftig glaubt“ (*reasonably believes*), sich in einer Notwehrlage zu befinden, spricht nach Ansicht des *Court of Appeals* dafür, dass man bei Anwendung tödlicher Gewalt an objektiven Elementen festhalten muss.

Auf der anderen Seite sind bei der Prüfung der Vernünftigkeit des Glaubens auch die Umstände und die Situation des Täters, seine Kenntnisse über die Person des Angreifers zu berücksichtigen: „*The jury would have to determine, in light of all the "circumstances", as explicated above, if a reasonable person could have had these beliefs.*“¹⁶⁰⁸

Im Fall *State v. Schroeder*¹⁶⁰⁹ lehnte der *Court* eine Notwehrlage aus Mangel an ausreichenden Indizien für einen gegenwärtigen Angriff ab: „*The problem in this case is that there was no evidence to sustain a finding that the defendant could believe an assault was imminent except the threat that Riggs had made before he went to bed. The general rule is, that words alone are not sufficient justification for an assault...*“

Wie im Fall *Goetz* lag hier der bedrohte Angriff erst in der Zukunft. Die Beurteilung der Notwehrlage scheint hier aber objektiver zu sein. In Bezug auf die Anerkennung eines Rechts auf präventive Notwehr betonte der *Court*: „*There is a very real danger in a rule which would legalize preventive assaults involving the use of deadly force where there has been nothing more than threats.*“¹⁶¹⁰

that such other person is committing or attempting to commit a kidnapping, forcible rape, forcible criminal sexual act or robbery...“

1606 *People v. Goetz*, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986), III. Der *Court of Appeals* betont: „*Such an interpretation defies the ordinary meaning and significance of the term "reasonably" in a statute, and misconstrues the clear intent of the Legislature, in enacting section 35.15, to retain an objective element as part of any provision authorizing the use of deadly physical force.*“

1607 *People v. Goetz*, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986), III.

1608 *People v. Goetz*, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986), III.

1609 *State v. Schroeder*, 199 Neb. 822, 261 N.W.2d 759 (1978). In diesem Fall sticht ein 19-jähriger Gefängnis-Insasse den älteren schlafenden Zellenpartner nieder. Der zweite war ein bekannter Sexualstraftäter, dem der Täter Geld schuldete. In der Nacht der Tat hatte das Opfer dem Täter gedroht, er werde ihn beim Schlafen überraschen bzw. sexuell missbrauchen.

1610 *State v. Schroeder*, zitiert in: Kadish/Schulhofer, *Criminal Law*, S. 833.

3.4. Die „battered-woman“-Konstellation

Als Einführung in das Thema der „Haustyrann“-Konstellation im US-amerikanischen Strafrecht wird zuerst eine Beschreibung dieser Konstellation gebracht, die alle ihre konstituierenden Elemente erläutert: „*It sometimes occurs, that a wife who has repeatedly been subjected to serious bodily harm by her husband will take his life on a particular occasion when there was not, strictly speaking, any immediate threat of repetition of the husband's conduct, though the wife knew with virtual certainty that more severe beatings were in the offing.*“¹⁶¹¹

Das Thema der „battered woman“ hat im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten eine sehr große Aufmerksamkeit bei der Rechtslehre erfahren.¹⁶¹² Einige Autoren sehen darin die Gefahr einer Aufweichung der Natur und der Grenzen des Notwehrrechts.¹⁶¹³

Mitte der achtziger Jahre hat die Psychologin Lenore Walker¹⁶¹⁴ durch das „battered-woman-syndrome“ ein „Erklärungsmuster“ für die Reaktion von Frauen gefunden, die wiederholte schwere Misshandlungen ihres Partners gelitten haben.¹⁶¹⁵

Dabei werden zwei Argumente geliefert.¹⁶¹⁶ Das erste ist der sog. „Zyklus der Gewalt“ (*cycle of violence*), der sich aus drei Phasen zusammensetzt: In der ersten Phase steht ein Spannungsaufbau zwischen den Partnern, der sich in eine derart große Intensität steigert, dass weder die Partnerin noch der gewalttätige Ehemann diesen selbst beherrschen können. In der zweiten Phase wird diese Spannung in Form schwerer psychischer bzw. physischer Misshandlungen entladen. In der dritten Phase versucht der Ehemann die Beziehung durch „liebende Reue“ zu erhalten und verspricht ein Ende der Gewalt; dies bewegt die Partnerin dazu, in der Beziehung zu bleiben. Von diesem Zeitpunkt an wiederholt sich der gesamte Kreislauf immer wieder.

Die Theorie des „*cycle of violence*“ wurde jedoch durch spätere Forschungen von Walker (1984) selbst unterminiert, wonach weniger als 38% der befragten misshandelten Frauen diesen „*cycle of violence*“ erfahren haben.¹⁶¹⁷

Neben dem „Teufelskreis“-Argument steht das zweite Argument der sogenannten „erlernten

1611 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d).

1612 Soziologisch gesehen kommt dem Problem häuslicher Gewalt gegen Frauen eine große Bedeutung zu. Obwohl keine genauen Statistiken darüber vorliegen, führen verschiedene Studien und Forschungen von Spezialisten in Amerika an, dass ca. ein Viertel der Frauen in ihren Beziehungen unter physischer Gewalt litten, ein Drittel der getöteten Frauen von ihren Lebenspartner getötet worden seien und ca. 50 % der Frauen, die ihre gewalttätigen Partner verlassen hatten, weiterhin von denselben belästigt wurden. Siehe Kaser-Boyd, Battered Woman Syndrome. Clinical Geatures, Evaluation, and Expert Testimony, in: Sexualized Violence Against Women and Children. A Psychology and Law Perspective, New York/London 2004, S. 41 m.w.N.

1613 Sangero, Self-Defence, S. 341 f.

1614 Walker, The Battered Woman Syndrome, New York 1984.

1615 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (16).

1616 Siehe: Welke, ZRP 37 (2004) 15 (16). LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d). Kaser-Boyd, Battered Woman, S. 42. Beecher-Monas, Evaluating, S. 220 ff.

1617 Beecher-Monas, Evaluating, S. 222 ff. mit weiteren Kritik an der gesamten wissenschaftlichen Vorgangsweise von Dr. Walker in ihren Forschungen.

Hilflosigkeit“ (*learned helplessness*), welches der psychologische Zustand der „*battered woman*“ beschreibt. Die ständigen gewalttätigen Überfälle des Mannes verursachen nicht nur physische sondern auch psychologische Verletzungen beim Opfer.¹⁶¹⁸ Aufgrund der immer wiederkehrenden häuslichen Gewalt finden sich die Opfer ihrer Situation ab und werden unfähig andere objektiv bestehende Auswege wahrzunehmen.¹⁶¹⁹ Dies zeichnet sich durch die Unfähigkeit der misshandelten Frau, dieser Situation zu entfliehen, auch wenn in der Tat diese Möglichkeit besteht. Die Frau wird daher passiv und depressiv, sie erfährt, dass jede Reaktion ohne Wirkung bleibt¹⁶²⁰ Diese psychologische Lage überzeugt fälschlicherweise die misshandelte Frau davon, dass es keine andere Möglichkeit als die Tötung des Haustyrannen gibt, obwohl, objektiv gesehen, andere Auswegsmöglichkeiten bestehen.¹⁶²¹ Zum Zeitpunkt der Tötung des passiven (z.B. schlafenden) Haustyrannen ist allerdings die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit (*requirement of immediacy*) nicht gegeben, da die erwarteten Angriffe noch in der Zukunft liegen. Das bedeutet, dass der Haustyrannen in der Regel in einer sogenannten *non-confrontational situation* getötet wird, wobei sich keine unmittelbar bevorstehende Gefahr einer Verletzung feststellen lässt.¹⁶²²

Diese besondere Wahrnehmung des Erforderlichkeits- bzw. Gegenwärtigkeitserfordernisses seitens der Täterin sei anhand einer geschlechtsdiskriminierenden Gesellschaft zu berücksichtigen.¹⁶²³ Auf der anderen Seite hat das Opfer aufgrund der wiederholten Misshandlungen gute Gründe, erneute Angriffe zu befürchten.¹⁶²⁴

Unter diesen Umständen wird die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit bei der Notwehr kritisiert, weil sie Fälle nicht einschließt, in denen die Verletzung nicht unmittelbar bevorsteht, deren Verwirklichung aber hoch wahrscheinlich ist.

Zugleich gebe es keine wirkliche Alternative für die Bedrohte zur Abwehr der Verletzung als die sofortige Tötung des Mannes, von welchem die Gefahr ausgeht.¹⁶²⁵ In solchen Situationen steht also die Frau zwischen zwei Alternativen: Entweder warten bis ihr Mann sie tötet, oder ihn zuerst anzugreifen.¹⁶²⁶

Ferner wird die Wahrscheinlichkeit, dass weitere Angriffe des Haustyrannen in der nahen Zukunft vorkommen, durch die Vorgeschichte der von der Gewalt geprägten Beziehung begründet.¹⁶²⁷ In

1618 Hall, Criminal Law, S. 234. Kaser-Boyd, Battered Woman, S. 43.

1619 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (16). Vgl. Kaser-Boyd, Battered Woman, S. 57.

1620 Leverick, Self-Defence, S. 103

1621 Sangero, Self-Defence, S. 342 f.

1622 Leverick, Self-Defence, S. 92. Sangero, Self-Defence, S. 342. Hier geht es nicht um Verteidigungsfälle, wo neben den anderen auch das Gegenwärtigkeitserfordernis gegeben ist, da solche konfrontativen Situationen für das Notwehrrecht unproblematisch sind.

1623 Dix, Self-Defense, S. 953.

1624 Fletcher, Notwehr, S. 42.

1625 Leverick, Self-Defence, S. 92.

1626 Hall, Criminal Law, S. 234.

1627 Leverick, Self-Defence, S. 103.

Anbetracht dessen wird das Hauptargument erhoben, dass es in solchen Konstellationen nicht an einer Rechtfertigung der Verteidigungshandlung fehle, sondern vielmehr zeige sich dabei, dass die herkömmliche Betrachtungsweise der Notwehr und ihrer Voraussetzungen Mängel aufweise und für die Beurteilung solcher Fälle ungeeignet sei.¹⁶²⁸

Dabei wird die herkömmliche Anschauungsweise über die Notwehr und die Voraussetzung der Gegenwertigkeit des Angriffs als „sexistisch“ kritisiert: Ihr lege ein „man-man“-Konfrontationsmodell zugrunde, wonach beide Kontrahenten ungefähr über die gleichen Kräfte verfügen.¹⁶²⁹ Diese formelle Gleichheitsbedingung im Gesetzes wird vor allem deshalb kritisiert, weil sie sich an einem männlichen Gewalt-Paradigma orientiert.¹⁶³⁰

Auf Grund ihrer körperlichen Unterlegenheit ist die Frau aber dazu bewegt, die Abwehrhandlung in einer nicht konfrontativen Situation auszuüben, was nicht dem Schema der direkten Konfrontation der klassischen Notwehr entspricht.¹⁶³¹

Davon ausgehend, wird behauptet, dass das Notwehrgesetz die Lage und die Perspektiven der Frauen nicht angemessen betrachtet, solange die Gesetzgeber vorwiegend Männer sind.¹⁶³²

Es ist hier festzustellen, dass die Theorie der „*battered woman*“ ein Korrektiv gegenüber dem Machtmissverhältnis zwischen dem kräftigen Haustyrannen und dem schwächeren Opfer darstellt: Dieses Missverhältnis wird dadurch ausgeglichen, indem dem Opfer (schwächerer Partner in der Beziehung) die Befugnis zur präventiven Verteidigung zugesprochen wird, was ihm ermöglicht, den künftigen Angreifer (mächtigerer Partner in der Beziehung) in einer Schwächesituation zu töten.¹⁶³³

Wie oben dargestellt, ist bei dieser Konstellation die Wahrnehmung der Täterin entscheidend. Früher ermittelten die Gerichte die Vernünftigkeit der Wahrnehmung über das Vorliegen einer Notwehrlage (*reasonable belief*) nach objektiven Kriterien und nicht „aus der Sicht der „*battered woman*““. Dies führt dazu, dass die Täterin zur Zeit der Abwehrhandlung die Möglichkeit zu entfliehen gehabt hätte, weil sie objektiv nicht vor einem gegenwärtigen Angriff stand.¹⁶³⁴

Aufgrund des „*battered-woman-syndrome*“ wird aber die objektive Beurteilung der Notwehrlage durch den „*battered-woman-test*“ ersetzt, mit der Begründung, dass „sich ein objektiver Beobachter nie in der konkreten Situation der Frau befinden könne“.¹⁶³⁵

1628 Sangero, Self-Defence, 340.

1629 Leverick, Self-Defence, S. 92 f, m.w.N. Sangero, Self-Defence, S. 340. Beide Autoren erklären dies ohne dadurch Partei zu ergreifen.

1630 Beecher-Monas, Evaluating, S. 206 f.

1631 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (17). Vgl. McColgan, Oxford Journal of Legal Studies, 13 (1993) 508 (520).

1632 Sangero, Self-defence, S. 340 f., m.w.N. und ohne dieser Ansicht zuzustimmen. Vgl. Beecher-Monas, Evaluating, 207.

1633 Ferzan, Arizona Law Review, 42 (2004) 213 (216).

1634 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (16).

1635 Welke, ZRP 37 (2004) 15 (16), die an den kanadischen Fall R v. Lavallée sich referiert, wo die Entscheidung im Rahmen der *defence* der Provokation fiel.

Mit Hilfe der Theorie des „*battered-woman-syndrome*“ wurden für diese Konstellation auch andere Lösungen vorgeschlagen. Eine fordert, dass das Konzept des unmittelbaren Bevorstehens (*imminence*) „weitgehender“ oder „breiter“ (*widely*) ausgelegt werden soll. Die andere fordert, dass die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit durch jene der Erforderlichkeit ersetzt werden soll.¹⁶³⁶

Zur Begründung der ersten Lösung werden verschiedene Modelle entworfen.

Eines ist das Modell der Dauergefahr. Die Gefahr (*imminent threat* i.S.d. US-amerikanischen Notwehrrechts), welcher eine *battered-woman* ausgesetzt ist, ist immer gegenwärtig.¹⁶³⁷ Diese Ansicht wird vereinzelt auch von Richter Herd im *State v. Stewart*-Fall und von Richter Martin im *State v. Norman*-Fall verteidigt. Im *Common Law* findet sie aber keinerlei Unterstützung anhand des Richterrechts.¹⁶³⁸

Ein weiteres Modell plädiert für ein neues breiteres Verständnis der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit, welche auch die Gefahr künftiger Angriffe erfassen will. So wird für eine „*different understanding of imminence*“ befürwortet.¹⁶³⁹

Dagegen wurde erhoben, dass der Ausdruck „unmittelbar bevorstehende Verletzung“ (*imminent harm*) nach seiner herkömmlichen Bedeutung eine Verletzung bezeichnet, welche entweder zugefügt wird oder einzutreten scheint. In diesem Sinne ist beim Fall des eingeschlafenen bzw. passiven Haustyrannen keine unmittelbar bevorstehende Gefahr einer Verletzung anzusehen. Dies widerspreche dem Auslegungsprinzip, wonach die Begriffe im Gesetz nach ihrem herkömmlichen Sinn zu verstehen sind und beeinträchtigt die allgemeine Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften.¹⁶⁴⁰

In Bezug auf die zweite Lösung wird immer wieder in der Rechtslehre und Rechtsprechung¹⁶⁴¹ das Beispiel Robinsons¹⁶⁴² zitiert, welches sich auf das Verhältnis zwischen Erforderlichkeit der Verteidigung und Gegenwärtigkeit des Angriffs zur Begründung der Abwehr künftiger Angriffe bezieht.¹⁶⁴³ „*Suppose A kidnaps and confines D with the announced intention of killing him one week later. D has an opportunity to kill A and escape each morning as A brings him his daily ration. Taken literally, the imminent requirement would prevent D from using deadly force in self-defense*

1636 Leverick, *Self-Defence*, S. 93. Sie nennt noch eine dritte und zwar die Abschaffung sowohl der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit als auch jener der Erforderlichkeit, wobei nur die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit erhalten bliebe. Dazu erklärt sie kategorisch: „*There is no common law jurisdiction that has taken such an extreme approach*“.

1637 Diamond, „To have but not to hold: can „resistance against kidnapping“ justify lethal self-defense against incapacitated batterers?“, (2002) 102 *Columbia Law Review* 729-773.

1638 Leverick, *Self-Defence*, S. 95 f. zitiert.

1639 Ripstein, „Self-defense and equal protection“, (1996) 57 *University of Pittsburgh Law Review* 685-724 (698), von Leverick, *Self-Defence*, S. 95 f.

1640 Leverick, *Self-Defence*, S. 96.

1641 Siehe unten der Fall *Betchel v. State*.

1642 Leverick, *Self-Defence*, S. 97.

1643 Der Landau Report (Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity, Chairman Justice Landau, 1987) mit dem Ziel, die Anwendung verbotener Methoden zur Informationsgewinnung von festgenommenen Terroristen im Rahmen einer Notwehr zu rechtfertigen, basiert auf diesem Beispiel Robinsons, wie Sangero darstellt. Vgl. Sangero, *Self-Defence*, S. 159 f.

*until A is standing over him with a knife, but that outcome seems inappropriate.*¹⁶⁴⁴

Hier ist entscheidend nicht das unmittelbare Bevorstehen einer Verletzung (*imminence of any harm*) sondern die sofortige Erforderlichkeit (*immediate necessity*) der Verteidigungshandlung zur Zeit der Tat.¹⁶⁴⁵

So wird betont, wenn eine drohende Verletzung vorliegt, welche der Täter beim Warten bis zum letzten Moment nicht mehr abwehren kann, muss ihm ein Recht auf Notwehr zustehen, welches ihm ermöglicht, früher zu handeln, und zwar so früh, wie es erforderlich ist, um sich selbst zu verteidigen.¹⁶⁴⁶ Andere Autoren^{1647 1648} hinweisen dabei auf die Parallelen der „*battered-woman*“-Konstellation zur „Geisel-Konstellation (*hostages*).¹⁶⁴⁹

Bei der „*battered-woman*“-Konstellation liegt kein gegenwärtiger Angriff vor. Die Tötung des Haustyrannen sei aber erforderlich, weil keine andere Alternative besteht.¹⁶⁵⁰ Sowohl das Fehlen von Alternativen als auch das Vorliegen eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs sei bei der „*battered-woman*“ keine Frage der Realität, sondern eine Frage der Vernünftigkeit (*reasonableness*) des Glaubens der Täterin. Ob in der Tat der Haustyrannen später oder überhaupt nicht angreifen wollte, spiele hier keine Rolle:¹⁶⁵¹ „...so too might the battered woman believe, and believe reasonably, that any attempt to escape would carry with it the risk of death rather than the promise of freedom.“¹⁶⁵²

Gegen die Lösung der Dauergefahr wird auf die Alternativen zur Abwehr künftiger Angriffe hingewiesen: Da der Angriff nicht unmittelbar bevorsteht, ist nicht zu übersehen, dass andere

1644 Robinson, Criminal Law, § 131 (c) 1.

1645 Robinson, Criminal Law, § 131 (c) 1. Vgl. Beecher-Monas, Evaluating, S. 212 ff.

1646 Robinson, Criminal Law, § 131 (c) 1.

1647 Appel, „Beyond self-defense: the use of battered woman syndrome in duress defenses“ (1994) University of Illinois Law Review, S. 975, der die Situation der *battered-woman* mit jener von „*a hostage who is told she would be killed the next day and then strangles a sleeping guard in an effort to escape*“ vergleicht (von Leverick zitiert).

1648 Horder, Killing the passive abuser: A Theoretical Defence, in Shute/Simester (eds.), in Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part, 2002, S. 291 f. Dort ist zu lesen: „*important similarities between hostage situations and the relationships of domination, unpredictability, and violence in which battered women find themselves trapped...None of these evidences, of course, can raise even a prima facie case that the abusers in question „forfeit“ their right to life. What it does do, however, is give some substance to the view that, in certain exceptional cases, women whose partners are increasingly violent and possessive abusers are in a similar situation to that faced by hostages facing an unpredictable but seemingly escalating threat. They may (reasonably) take the view that there was no fair opportunity to do other than they did, in using lethal force against the abuser or hostage-taker while he was in a passive state, in order to escape the predicament.*“ (von Leverick zitiert).

1649 Leverick, Self-Defence, S. 98.

1650 McColgan, Oxford Journal of Legal Studies, 13 (1993) 508 (516 ff). Sie bringt das Beispiel eines von Terroristen Entführten, die planen, ihn in den nächsten Tagen zu töten. Der Entführte braucht in diesem Fall nicht abzuwarten, bis ein Terrorist die Waffe gegen ihn richtet.

1651 McColgan, Oxford Journal of Legal Studies, 13 (1993) 508 (519). Dort heißt es in Fußnote Nr. 55 in Einklang mit Beckfords Meinung: „*where a woman believed at the time when she used force that she was under imminent threat of attack by her partner, the fact that he might never have launched such an attack, or might have launched it at a later stage, is not relevant to the question of reasonableness.*“

1652 McColgan, Oxford Journal of Legal Studies, 13 (1993) 508 (519).

Verteidigungsmittel bestehen, nämlich der Auszug oder die Hilfe der Staatsorgane.¹⁶⁵³ An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass gerade die Möglichkeit, andere Mittel als die Verteidigungshandlung einzusetzen, als Indiz gegen die Gegenwärtigkeit des Angriffs bzw. der Gefahr gilt¹⁶⁵⁴ und zugleich die Frage der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung betrifft.

Auch gegen die zweite Lösung, welche die Ersetzung der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit durch jene der Erforderlichkeit fordert, wird angeführt, dass trotz der verzweifelten Situation der „*battered-woman*“ in der Mehrheit der Fälle andere zumutbare Alternativen (*reasonable alternative*) vorhanden sind, als den Partner umzubringen.¹⁶⁵⁵

Aus rechtsvergleichender Sicht ist festzustellen, dass, in den kontinentalen Rechtssystemen bei ähnlichen Fällen nicht nur einen gegenwärtigen Angriff sondern auch die Erforderlichkeit der Einsatz tödlicher Gewalt schon im Rahmen eines Notstandes abgelehnt wird, weil andere Möglichkeiten vorhanden sind, wie es z.B. in der deutschen Rechtsprechung deutlich wird.¹⁶⁵⁶

Noch ein weiteres Problem wird ersichtlich, welches in den meisten „*battered-woman*“-Fällen kaum beachtet wird. Es geht um die Frage der Verhältnismäßigkeit. Sowohl nach dem US-amerikanischen Rechtssystem als auch nach dem *Common Law*-System im Allgemeinen, ist die Verteidigung durch tödlicher Gewalt nur gegen Straftaten zugelassen, von welcher eine Gefahr für das Leben oder andere schwere Verletzungen ausgehen.¹⁶⁵⁷ Trotz ihrer Bedeutung im Rahmen der Notwehr wird diese Frage in der Literatur über die „*battered-woman*“-Konstellation kaum erläutert.¹⁶⁵⁸

Die Autoren, welche dieser Frage nachgehen, fordern, dass auch Umstände wie die Körpergröße bzw. die Kraft des gewalttätigen Ehemanns und des Opfers in Betracht gezogen werden. Ob die Gewaltanwendung von der Täterin verhältnismäßig war, muss aufgrund der gesamten Umstände überprüft werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ihre Verteidigung eine Reaktion auf Monate bzw. Jahre andauernde bedrohliche Gewalt ist.¹⁶⁵⁹ Diese Betrachtungsweise spricht dafür, dass die Intensität vorangegangener Angriffe in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen ist.

Unter diesem Aspekt ist im US-amerikanischen System die Tendenz zu bemerken, das objektive Merkmal der Verhältnismäßigkeit zu subjektivieren.¹⁶⁶⁰ Denn gerade die vorangegangenen Angriffe

1653 Sangero, *Self-Defence*, S. 343

1654 Hall, *Criminal Law*, S. 234. Vgl. Leverick, *Self-Defence*, S. 105 f.

1655 Leverick, *Self-Defence*, S. 107.

1656 Siehe z.B. BGHSt 48 255 und LG Offenburg StV 12 (2003) 672.

1657 Leverick, *Self-Defence*, S. 91 f., die bemerkt, dass der *British Crime Survey of domestic violence* im Jahr 1996 feststellte, dass nur 6 % der häuslichen Gewalt den Gebrauch von Waffen einschließt und 9 % in Ersticken und Erwürgen bestanden. Den Rest bildeten Faustschläge, Treten, Forcieren und Stoßen. Ferner referiert sie den Fall *State v. Norman* als Beispiel, wo alle Gewalttätigkeiten des Haustyrannen erschütternd sind, meistens aber nicht die Schwelle der Todesgefahr erreichen. Vgl. Dix, *Self-Defense*, S. 950. Ferner: Sangero, *Self-Defence*, S. 344.

1658 Leverick, *Self-Defence*, S. 91 f.

1659 McColgan, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993) 508 (521).

1660 Sangero, *Self-Defence*, S. 344. Er zitiert die Ablehnung des *Supreme Court of Washington* bei *State v. Wanrow* [(Sup Ct of Wash) 88 Wash 2d 221 559 P 2d 548 (1977)] der korrekten Entscheidung des Tatrichters, der keine Notwehr anerkannt hat und zwar aufgrund dessen, dass tödliche Gewalt nicht gegen eine unbewaffnete Person ausgeübt werden

sind diejenigen, welche die Vermutung begründen, dass die künftigen Angriffe keine lebensgefährliche Gefahr für das sich mit tödlicher Gewalt verteidigenden Opfer verursachen.¹⁶⁶¹

Zugleich können in diesen Fällen Zweifel über die Verhältnismäßigkeit bei Anwendung tödlicher Gewalt entstehen, da die drohenden weiteren Angriffe in ihrem Ausmaß schwer zu erfassen sind. So ist die Intensität künftiger Gewalt schwer messbar.¹⁶⁶²

In der Rechtslehre wird die Frage, welche Angriffe in diesen Fällen konkret zu berücksichtigen sind, um die Intensität der Verteidigung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bewerten, kaum erörtert. Es ist fraglich, ob nur die Intensität der vorangegangenen Angriffe in Betracht gezogen werden, oder ob dazu auch die mögliche Intensität kommender Angriffe berücksichtigt werden soll. Richtet sich die Verteidigungshandlung in der Tat nur gegen die kommenden Angriffe, dann wird angenommen, dass sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung nur auf die mögliche Intensität solcher Angriffe beziehen soll.

Ein weiterer zentraler Punkt beim „*battered-woman-Syndrome*“ liegt darin, dass, wenn das „*Syndrome*“ von der Prozessverteidigung der *battered-woman* angebracht wird, es sich nicht auf der Ebene der Rechtswidrigkeit als Rechtfertigungsgrund, sondern eher auf der Ebene der Schuld als Entschuldigungsgrund auswirken sollte. „*Sometimes there is confusion in Anglo-American law between putative defence and the real one, and the putative defence is treated as if it was real and justified for all purposes, instead of sufficing with the grant of an excuse.*“¹⁶⁶³

Es ist allgemein anerkannt, dass in der Regel subjektive Tatumstände im Rahmen der Entschuldigungsgründe bewertet werden. In den Vereinigten Staaten werden diese allerdings eher im Rahmen eines Rechtfertigungsgrundes betrachtet.¹⁶⁶⁴ Das „*battered-woman-Syndrome*“ wird grundsätzlich als Beweis über die Vernünftigkeit des Glaubens der Täterin über die Erforderlichkeit der Anwendung tödlicher Gewalt bei der Notwehr eingeführt, und nicht als Beweis dafür, dass sie zur Zeit des Tatgeschehens unter einer Krankheit litt, welche ihre Schuldfähigkeit gemindert hat.¹⁶⁶⁵

So dient die Einführung von Expertengutachten zum *BWS* hauptsächlich dazu, zwei Argumente nachzuweisen: Erstens, dass die Täterin Opfer der Gewalttätigkeiten des getöteten Mannes war. Zweitens, dass die Täterin aufgrund der Misshandlungen eine irrtümliche Wahrnehmung bzw. eine

darf, wenn es keinen vernünftigen Grund gibt, dass von dieser Person eine unmittelbare schwere Gefahr (*immediate severe danger*) ausgeht. Der *Court Suprem of Washington* argumentierte dagegen, dass Frauen in der amerikanischen Gesellschaft keine Erfahrung mit der Abwehr eines Angreifers ohne die Nutzung von Feuerwaffen haben. Sangero beurteilt ebendort: „*These and other distortions of private defence and its conditions, through which it would be possible to justify unjustified actions, earned, as expected, much criticism.*“

1661 Sangero, *Self-Defence*, S. 347.

1662 Kaser-Boyd, *Battered Woman*, S. 43.

1663 Sangero, *Self-Defence*, S. 349.

1664 Beecher-Monas, *Evaluating*, S. 229, die zugleich bemerkt, dass das Gegenteil in England geschieht, wo das *battered-woman-syndrome* im Rahmen der Entschuldigungsgründe berücksichtigt wird.

1665 Beecher-Monas, *Evaluating*, 229 ff, wo sie bekräftigt, dass einige Gerichte und Experten ein PTSD (*Post-traumatic stress disorder*) anerkennen, welches aber wiederum als Entschuldigungsgrund bewertet wird.

exzessive Reaktion gegen den gewalttätigen Mann gehabt hat.¹⁶⁶⁶

Auch bei den von Hempel erläuterten Punkten im Fall eines Berichts über die Folgen der Misshandlungen bei der „*battered-woman*“¹⁶⁶⁷ sind verschiedene Aspekte zu beobachten, die eher mit dem psychischen Zustand der Täterin zu tun haben.¹⁶⁶⁸ Wird der Bericht von Psychiatern oder Psychologen erstellt, dann erscheint dies aus erster Sicht selbstverständlich. Es zeigt sich aber auch, wie sich die Verteidigung auf Elemente bezieht, die eher im Rahmen eines Entschuldigungs- als eines Rechtfertigungsgrundes zu bewerten sind.¹⁶⁶⁹

Die Frage, warum das Opfer in der Regel einen unmittelbar bevorstehenden Angriff des Haustyrannen befürchtet, wenn zur Zeit der Tat eigentlich keiner besteht, setzt die Problematik des „*battered-woman-Syndrome*“ nicht mit der rechtfertigenden Notwehr sondern mit der entschuldigenden Putativnotwehr in Verbindung.¹⁶⁷⁰ In diesem Sinne: „*Killing a sleeping person simply does not have the gist of a claim of self-defence*“.¹⁶⁷¹

Aufgrund der Relevanz, welche im Prozess dem Gutachten der Experten, vor allem der Psychologen oder Psychiater, zukommt, wird deutlich, dass es sich nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern nur um einen Entschuldigungsgrund bzw. Schuldmilderungsgrund handeln kann.¹⁶⁷² Angesichts dessen kann sich die Täterin bei Tötung in nicht konfrontativen Situationen auf die *defence* der Provokation (*provocation*) berufen.¹⁶⁷³

So lassen sich auch in der Rechtslehre immer mehr Stimmen finden, die das „*battered-woman*-

1666 Hempel, *Battered Women*, S. 76.

1667 Sog. „*General Testimony about the Effects of Battering*“, wie es Hempel, *Battered Women*, auf S. 81 nennt. Ihrer Meinung sowie der Meinung einiger Juristen, Psychologen und Psychiater zufolge verleiht die nachfolgende Bezeichnung „*syndrome*“ dem Begriff „*battered-woman*“ die Vorstellung von etwas Pathologischem oder einer Krankheit. Sie hält jedoch dagegen, dass: „*In many if not most cases, these assumptions are not accurate.*“ Siehe: Hempel, *Battered Women*, S. 77.

1668 Siehe: Hempel, *Battered Women*, S. 82. Einige Punkte sind, z.B. „*That many battered women were victims of abuse in childhood*“, „*That battered women often self-medicate with alcohol or drugs in an attempt to lessen their suffering*“, „*That a common reaction to severe trauma is memory loss, particularly surrounding an event such as the death of the abuser*“, „*Why she may lie about the existence of the abuse, or fail to reveal it to others*“, „*Why she may be unable to leave the relationship*“, usw.

1669 Ferner wird es bemerkt, wie sich die Rechtfertigungsgründe durch die Tatsache kennzeichnen lassen, dass jedem, der das Gleiche unter denselben äußerlichen Umständen macht, die gleichen Rechte zukommen. Dies sei aber gerade bei der Prozessverteidigung der *battered-woman* nicht der Fall. Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (42), m.w.N. So bemerkt sie ferner auf S. 43: „*A person who did not suffer from battered woman syndrome, however, would be culpable under identical external circumstances.*“

1670 Sangero, *Self-Defence*, S. 346.

1671 Leverick, *Self-Defence*, S. 108. Sie sieht ebendort die Möglichkeit bei einer solcher Konstellation eine verminderte Schuldfähigkeit oder eine Provokation anzuerkennen.

1672 Sangero, *Self-Defence*, S. 347 f. Vgl. Leverick, *Self-Defence*, S. 105. dort heißt es: „*In my view, the defence claimed by the accused whose perceptions were distorted because she was suffering from BWS does not fall into the territory of reasonable self-defence but instead has the gist of a claim of diminished responsibility.*“ Ferzan, *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (219). Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (42). Rosen schlägt aber vor, die Notwehr im amerikanischen Recht wieder in einen Entschuldigungsgrund umzuwandeln. Siehe Rosen, ebendort, S. 45 ff.

1673 Hempel, *Battered Women*, S. 85 f. Dadurch wäre die Täterin nicht wegen Mordes sondern wegen Totschlages zu verurteilen. Siehe: LaFave, *Criminal Law*, § 15.2 (b).

syndrome“ der Ebene der Schuld und nicht der Rechtswidrigkeit zuordnen.

Die Lösung durch einen Entschuldigungsgrund oder eine Strafminderung ist auch die Lösung, welche zur Zeit sowohl die britische Rechtsprechung als auch die deutsche Rechtsprechung vertreten.

In den letzten zwei Jahrzehnten hat das „*battered-woman-syndrome*“ an Akzeptanz verloren. Heutzutage gilt es zum Teil als überholt.¹⁶⁷⁴ Gegen seine Annahme wurden weitere Kritikpunkte erhoben, die im folgenden zu nennen sind:

Angesichts der Tatsache, dass nicht nur das „*battered-woman-syndrome*“ sondern auch andere „*Syndrome*“ von der Prozessverteidigung angeführt wurden, ist die Gefahr, welche die Aufhebung der Grenze der Notwehr aufgrund des „*battered-woman-syndrome*“ mit sich bringt, nicht zu übersehen.¹⁶⁷⁵

Ferner wird betont: „*Das Battered Women Syndrome kolportiere ein Stereotyp von viktimisierten Täterinnen, das die individuellen Erfahrungen und die Reaktionen der Täterin unzureichend berücksichtige. Es handele sich eher um ein irreführendes soziales Konstrukt, das die Frau pathologisiere, indem ihr verantwortliches Handeln nicht zugetraut werde. Aufgrund dieser Bedenken ist von einer Berücksichtigung dieses Syndroms abzusehen.*“¹⁶⁷⁶

Die „Monokultur“ des Syndroms verhindert eine Untersuchung der spezifischen Situation der Täterin, denn die Folgen der Gewaltanwendung unterscheiden sich je nach Art und Ausprägung der Misshandlung, der individuellen Verfasstheit des Opfers sowie nach den Umständen der Einzelfalls.¹⁶⁷⁷ Auch dadurch wird die Aufmerksamkeit von der Handlungsverantwortung des Gewalttäters auf die pathologische Verfasstheit der Frau umgelenkt.¹⁶⁷⁸

Darüber hinaus wird der soziale Kontext vernachlässigt, obwohl dieser relevant sein kann, um die objektive Vernünftigkeit des Vorgehens der Täterin bewerten zu können.¹⁶⁷⁹

Ein weiterer Aspekt der „*battered-woman*“-Konstellation kommt in Betracht beim Fehlen des Verteidigungswillens: Denn all jene, die die Anwendung von Gewalt rechtfertigen, geben nur selten zu, dass es hier eigentlich um die Vergeltung für vergangenes Unrecht geht. So wird üblicherweise argumentiert, dass die Täterin befürchtet habe, es werde zu einer Wiederholung von

1674 Haverkamp, Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf aus strafrechtlicher Sicht, GA 2006, 593. f. Nothhafft, Himmel und Erde - Frauen in Gewaltverhältnissen und die Schwierigkeiten, sie zu verteidigen, wenn sie ihren Peiniger töten: ein deutsch-amerikanischer Strategievoranschlag, MschrKrim 1999, S. 115.

1675 Sangero, Self-Defence, S. 345. Er erinnert an die Worte des Richters bei *Werner v State* (Tex Crim App) 711 S W 2d 639 (1986), der sich beklagte: „*According to the judge, there already exist the battered woman syndrome, the battered child syndrome, the battered husband syndrome, the battered parent syndrome, the battle-weary syndrome, the police officer syndrome, the holocaust syndrome and certainly additional syndromes will be added tomorrow, such as the syndrome of the appeal court judge.*“

1676 Haverkamp, GA 2006, 594. Hempel, Battered Women, S. 77.

1677 Nothhafft, MschrKrim 1999, S. 115.

1678 Nothhafft, MschrKrim 1999, S. 115.

1679 Beecher-Monas, Evaluating, S. 226.

Gewalttätigkeiten kommen, die sie schon aus der Vergangenheit kennt, „und so verschiebt sich der Schwerpunkt der Argumentation von der zurückliegenden zur zukünftigen Gewalt, von der Vergeltung zu dem Argument, man habe auf einen unmittelbar drohenden Angriff in Notwehr reagiert“.¹⁶⁸⁰

Außerdem wird bei dieser Debatte bemerkt, wie wichtig die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs ist, um höhere Rechtsgüter zu schützen: Ihre Anerkennung regt zu friedlichen Verteidigungsalternativen an, anstatt zum Auslöschen menschlichen Lebens.¹⁶⁸¹

3.5. Die „battered-woman“-Konstellation in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung hat die „battered-woman“-Konstellation verschiedene Interpretationen erfahren. In der Regel wird hier Notwehr aus Mangel an einem gegenwärtigen Angriff abgelehnt. Ein anderer Teil der Rechtsprechung geht von einer Notwehrlage aus und zwar aufgrund des sog. „battered-woman-Syndrome“.

Im folgenden werden einige Fälle aus der Rechtsprechung zur „battered-woman“-Konstellation angeführt.

Bei *State v. Stewart*¹⁶⁸² geht es darum, inwieweit das nachgewiesene „battered-woman-Syndrome“ eine Notwehr¹⁶⁸³ begründen kann. Wie hier zu sehen ist, dreht sich die Hauptdebatte um die Frage, ob der Glaube der langjährig misshandelten Täterin vernünftig war oder nicht.

Die Vorinstanz (*trial court*) erkannte das Vorliegen des „battered-woman-syndrome“ als bewiesen an¹⁶⁸⁴ und sprach die Täterin wegen Notwehr frei. Nach der Meinung des *Supreme Court of Kansas* irrte sich die Vorinstanz, indem sie die Vernünftigkeit des Glaubens, sich einem unmittelbar bevorstehenden Angriff ausgesetzt zu sein, nach der subjektiven Sicht der Täterin beurteilt habe.

1680 Fletcher, Notwehr, S. 42.

1681 Sangero, Self-Defence, S. 343. Er bringt dies auch in Verbindung mit der im *common law* existierenden Pflicht zurückzuweichen, bevor tödliche Gewalt angewendet werden darf.

1682 *State v. Stewart*, 243 Kan. 639, 763 P.2d 572 (1988). Dem Fall liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Täterin war Opfer langjähriger Misshandlungen ihres Mannes. In den Tagen vor der Tat drohte der Ehemann der späteren Täterin, sie umzubringen, falls sie ihn verlassen hätte. Am Morgen des Tatgeschehens entdeckte sie den geladenen Revolver ihres Mannes und versteckte ihn. Am Abend, als ihr Mann schlief, suchte sie den Revolver und erschoss ihn im Schlaf.

1683 In Kansas ist Notwehr wie folgt geregelt: Article 32: „*Principles of Criminal Liability Statute 21 - 3211: Use of force in defense of a person; no duty to retreat. (a) A person is justified in the use of force against another when and to the extent it appears to such person and such person reasonably believes that such force is necessary to defend such person or a third person against such other's imminent use of unlawful force. (b) A person is justified in the use of deadly force under circumstances described in subsection (a) if such person reasonably believes deadly force is necessary to prevent imminent death or great bodily harm to such person or a third person. (c) Nothing in this section shall require a person to retreat if such person is using force to protect such person or a third person.*“

1684 Die Verteidigung brachte das Gutachten einer Psychologin, die nicht nur die Existenz des *battered-woman-syndrome* bei Stewart feststellte, sondern zugleich eine Eskalation des Gewaltzyklus bei deren Mann. Die Staatsanwaltschaft brachte das Gutachten eines Psychiaters, welcher weder ein *battered-woman-syndrome* noch eine PTSD (*post-traumatic stress disorder*) noch eine toxische Psychose feststellen konnte. Dieses Gutachten stellte eher fest, dass die Täterin aufgrund einer Schizophrenie nicht in der Lage war, den Misshandlungen auszuweichen.

Die Vernünftigkeit des Glaubens, sich in einer solchen Lage zu befinden, ist aus der Sicht einer „vernünftigen Person unter den selben Umständen“ zu überprüfen.¹⁶⁸⁵ Der *Supreme Court of Kansas* stellte fest, dass die als unmittelbar bevorstehend wahrgenommene Gefahr in der gegenwärtigen Zeit vorkommen muss, nämlich in der Zeit der endgültigen Auseinandersetzung zwischen Täter und Opfer.¹⁶⁸⁶ Dabei lehnte er die Notwehr mit Hinweis auf ihre eigene Rechtsprechung ab, wonach die Befürchtung künftiger Verletzungen keine Notwehr begründet.¹⁶⁸⁷

„We must, therefore, hold that when a battered woman kills her sleeping spouse when there is no imminent danger, the killing is not reasonably necessary and a self-defense instruction may not be given. To hold otherwise in this case would in effect allow the execution of the abuser for past or future acts and conduct.“¹⁶⁸⁸

Solange kein gegenwärtiger Angriff vorliegt, liegen die immer wiederkehrenden Angriffe entweder in der Vergangenheit oder in der Zukunft. Sie werden entweder als abgeschlossene oder als künftige Handlungen betrachtet. Der *Supreme Court* bewertete sie daher als einzelne und nicht, zusammen genommen, als Dauerangriff.

Davon abweichend versuchte Richter Herd nachzuweisen, dass der Glaube über das Vorliegen einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für das Leben der Täterin vernünftig war: „The cumulative effect of Mike's past history, coupled with his current abusive conduct, justified the appeal's belief, that a violent explosion was imminent.“¹⁶⁸⁹

Er stützte sich dabei auf das Gutachten der Psychologin der Verteidigung, die das „battered-woman-syndrome“ bestätigte. Er bringt die Rechtsprechung in Einklang mit seiner Ansicht und beurteilt: „Where a person believes she must kill or be killed, and there is the slightest basis in fact for this belief, it is a question for the jury as to whether the danger was imminent.“

Nach der Ansicht Richters Herd werden die immer wiederkehrenden Angriffe nicht als Dauerangriff zusammengefasst, sondern sie begründen den vernünftigen Glauben der Täterin sich vor einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr in Form einer „violent explosion“ zu befinden.

Einer der bekanntesten Fälle der „battered-woman“-Konstellation ist der Fall *State v. Norman*.¹⁶⁹⁰

1685 Der Supreme Court of Kansas stellte dort fest: „We further hold that the trial judge's self-defense instruction improperly allowed the jury to determine the reasonableness of defendant's belief that she was in imminent danger from her individual subjective viewpoint rather than the viewpoint of a reasonable person in her circumstances.“

1686 Da heißt es: „The perceived imminent danger had to occur in the present time, specifically during the time in which the defendant and the deceased were engaged in their final conflict.“ Siehe: *State v. Stewart*.

1687 Sie zitiert ihre Entscheidung bei *State v. Rose*, wo sie unter anderem betonte: „No one can attack and kill another because he may fear injury, at some future time.“

1688 Siehe: *State v. Stewart*.

1689 *State v. Stewart*, 243 Kan. 639, 763 P.2d 572 (1988). Und weiter: „Under such circumstances the battered woman is not under actual physical attack when she kills but such attack is imminent, and as a result she believes her life is in imminent danger.“

1690 *State v. Norman*, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989). Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Täterin war Opfer langjähriger Misshandlungen ihres Mannes. Während einiger Jahre drohte der Mann ihr oftmals, sie irgendwann umzubringen. Die Misshandlungen geschahen stets wenn der Mann unter Einfluss von Alkohol stand.

Der *Supreme Court of North Carolina* vertrat hier die traditionelle und herrschende Auffassung bei dieser Konstellation.

In der ersten Instanz (*trial court*) wurde eine Rechtfertigung durch Notwehr abgelehnt aus Mangel an einem gegenwärtigen Angriff. In der zweiten Instanz (*Court of Appels*) wurde aber eine Rechtfertigung durch Notwehr (*perfect self-defense*) anerkannt, indem es die These der Verteidigung annahm, dass sich die Täterin zur Tatzeit unter dem Einfluss des „*battered-woman-syndrome*“ befand. Der Oberste Gerichtshof von Nordcarolina (*Supreme Court of North Carolina*) lehnte die Rechtfertigung der Notwehr aufgrund des Fehlens einer unmittelbar bevorstehenden Todesgefahr bzw. einer schwerwiegenden Gefahr für die körperliche Unversehrtheit ab.

Bei den Verhandlungen vor dem Tatrichter wurden die Gutachten zweier Spezialisten, Psychologen und Psychiaters, in den Prozess eingeführt. Beide bejahten, dass Frau Norman zur Zeit des Tatgeschehens unter dem sog. „*battered-woman-syndrome*“ litt, welches charakteristisch für misshandelte Frauen sei. Dieser Zustand besteht darin, dass die Person in den Glauben verfällt, sich selbst in einer auswegslose Lage zu befinden bzw. keine Hilfe von außen bekommen zu können. Sie glaubt ferner, dass sie der absoluten Kontrolle ihres Mannes nicht entkommen kann und dass dieser unverwundbar gegenüber der öffentlichen Gewalt und der anderer Hilfsmitteln sei.

Der *Supreme Court of North Carolina* lehnte eine Rechtfertigung durch Notwehr ab. Aus seiner Entscheidung sind wertvolle Erläuterungen über die Frage der Gegenwärtigkeit des Angriffs bei der „*battered-woman*“-Konstellation herauszulesen.

Zuerst erklärt der *Supreme Court* die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines gegenwärtigen Angriffs, und zwar begründet er dies mit Hinweis auf ein Naturrecht auf Selbstverteidigung und einer eher „individualistischen“ Verständnis des Notwehrrechts.¹⁶⁹¹

Danach bestimmt er eine Beziehung zwischen der Gegenwärtigkeit des Angriffs und der Erforderlichkeit der Verteidigung, indem die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit sicherstellt, dass tödliche Gewalt nur dort angewendet wird, wo es erforderlich ist.¹⁶⁹² Nach Ansicht des *Supreme Court* ist das Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Garant der Erforderlichkeit: Fehlt eine

Sie befürchtete, wenn sie ihren Mann bei der Polizei angezeigt hätte, hätte er sie umgebracht. Sie zog einige Male aus ihrem Haus aus, ihrem Mann gelang es aber immer wider, sie zu finden und sie zu zwingen, nach Hause zurückzukehren. Die Tat selbst geschah, als der Mann unter Alkoholeinfluss schlief. Sie richtete den Revolver auf seinen Hinterkopf und schoss. Als sie noch Geräusche in der Brust ihres Mannes hörte, schoss sie ihn noch zwei weitere Male in den Hinterkopf.

1691 „*The defendant was not faced with an instantaneous choice between killing her husband, or being killed, or seriously injured. Instead, all of the evidence tended to an unlawful aggressor to save oneself from imminent death or great bodily harm at his hands. State v. Gappins, 320 N.C. 64, 357 S.E. 2d 654 (1987). Our law has recognized that self-preservation under such circumstances springs from a primal impulse and is an inherent right of natural law. State v. Holland, 193 N.C. 713, 718, 138 S.E. 8, 10 (1927).*“ Siehe: *State v. Normann, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989).*

1692 „*Only if defendants are required to show that they killed due to a reasonable belief that death or great bodily harm was imminent can the justification for homicide remain clearly and firmly rooted in necessity. The imminence requirement ensures that deadly force will be used only where it is necessary as a last resort in the exercise of the inherent right of self-preservation.*“ Siehe: *State v. Normann, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989).*

unmittelbar bevorstehende Verletzung (der *Supreme Court* spricht dabei von *dead or great bodily harm*), dann wird fraglich, ob die Verteidigungshandlung „erforderlich“ ist.

In diesem Sinne besitzt die Erforderlichkeit kein selbständiges Gewicht, so dass auf das Erfordernis der Gegenwärtigkeit eines Angriffs verzichtet werden kann.

Die Erforderlichkeit der Abwehrhandlung muss sich auf den vernünftigen Glauben einer unmittelbar bevorstehenden tödlichen Verletzung oder einer schweren körperlichen Verletzung beziehen.¹⁶⁹³

Der *Supreme Court* stellte fest, dass die Täterin nicht vernünftig glaubte, einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit ausgesetzt zu sein. Als sie ihren Mann erschoss, lag keine Verletzung (*harm*), die unmittelbar bevorstand oder im Begriff war, sich zu verwirklichen, vor. Zu diesem Zeitpunkt gab es keine vorgängige Handlung des späten Opfers, die den vernünftigen Glauben der Täterin, dass ein verbrecherischer Angriff (*felonious assault*) unmittelbar bevorstand, hätte rechtfertigen können: „*The defendant was not faced with an instantaneous choice between killing her husband, or being killed, or seriously injured. Instead, all of the evidence tended to show that the defendant had ample time and opportunity to resort to other means of preventing further abuse by her husband.*“

Der *Supreme Court of North Carolina* benutzt in ihrer Entscheidung mehrmals den Begriff „*imminent*“ in Verbindung mit dem Begriff „*danger*“. Dies kann zu einer Schwächung des Gegenwärtigkeitserfordernisses führen, indem bei einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr die konkrete Verletzung noch etwas weiter in der Zukunft liegen kann. Daraus ist zu ersehen, dass der Begriff „*imminent danger*“ im Sinne einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung zu verstehen ist. So lehnte der *Supreme Court* das Gegenwärtigkeitserfordernis deswegen ab, weil „*no harm was "imminent" or about to happen*“.

Andererseits besteht die Gegenwärtigkeit des Angriffs gerade darin, dass sich der Verteidiger einer Drang-Situation ausgesetzt ist, in welcher er keine andere Wahl hat, entweder den Angreifer zu verletzen oder selbst eine Verletzung zu erleiden. Die Formulierung des *Supreme Court*: „*...was not faced with an instantaneous choice between killing her husband or being killed*“ erfordert eine Notlage, die an die „Webser-Formel“¹⁶⁹⁴ erinnert: „*instant, overwhelming, and leaving no choice of*

1693 „*The psychologist and psychiatrist replied affirmatively when asked their opinions of whether killing her husband "appeared reasonably necessary" to the defendant at the time of the homicide... More specifically, for a killing to be in self-defense, the perceived necessity must arise from a reasonable fear of imminent death or great bodily harm.*“ Siehe: *State v. Normann*, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989).

1694 Diese Kriterien sind die anerkannten Kriterien für die Ausübung des Rechts auf präventive Selbstverteidigung durch Staaten im Völkerrecht. Sie werden auch als „Caroline-Kriterien“ benannt und lassen sich durch eine unmittelbare, überragende Notwendigkeit zur Selbstverteidigung kennzeichnen, die keine Wahl der Mittel und keine Zeit zu weiterer Überlegung lässt („*a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation*“). Die ergriffenen Maßnahmen dürfen nicht abwegig oder exzessiv sein („*nothing unreasonable or excessive*“).

means, and no moment of deliberation”.

Blosse Befürchtungen künftiger Angriffe mit Lebensgefahr seitens der Täterin begründen deshalb keine Notwehr.¹⁶⁹⁵

In seiner Entscheidung wies der *Supreme Court of North Carolina* ferner auf die Gefahr hin, dass eine Abschaffung oder eine Schwächung des Gegenwärtigkeitserfordernisses, so wie es die Vorinstanz vertrat, die Subjektivierung der Wahrnehmung der Notwehrlage mit sich bringen kann. Die Notwehrlage sei nämlich nur durch die Aussagen der Täterin selbst nachzuweisen.¹⁶⁹⁶ Der *Supreme Court* erkannte zwar, dass einige der vorangegangenen Angriffe des Ehemanns durchaus die notwendige Schwelle erreicht haben, um sich mit tödlicher Gewalt zu verteidigen, er bemängelte jedoch die fehlende Gegenwärtigkeit.

Die Hauptfrage, ob im Prozess die Verteidigung durch das „*battered-woman-syndrome*“ das Erfordernis der Gegenwärtigkeit außer Acht lassen kann, so wie in der Vorinstanz entschieden wurde, beantwortete der *Supreme Court* mit einer klaren Ablehnung.¹⁶⁹⁷ Aus diesem Grund erkannte er die Richtigkeit des Urteils des *trial court* an und wies die Entscheidung des *Court of Appeals* zurück.

Richter Martin vertrat dabei eine abweichende Meinung, wonach das Vorliegen einer Notwehrlage anerkannt wurde. Sein Notwehrbegriff beruht aber auf vier Elementen, bei denen das Gegenwärtigkeitserfordernis nicht zu finden ist, und sich zugleich durch die Wahrnehmung bzw. den Glauben des Täters über die Notwehrlage begründet.¹⁶⁹⁸

1695 „*She also testified, when asked if she believed her husband's threats: "Yes ... [H]e would kill me if he got a chance. If he thought he wouldn't a had to went to jail, he would a done it."* Testimony about such indefinite fears concerning what her sleeping husband might do at some time in the future did not tend to establish a fear – reasonable or otherwise - of imminent death or great bodily harm at the time of the killing...Under our law of self-defense, a defendant's subjective belief of what might be "inevitable" at some indefinite point in the future does not equate to what she believes to be "imminent".“ Siehe: State v. Normann, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989).

1696 „*The relaxed requirements for perfect self-defense proposed by our Court of Appeals would tend to categorically legalize the opportune killing of abusive husbands by their wives solely on the basis of the wife's testimony concerning their subjective speculation as to the probability of future felonious assaults by their husbands. Homicidal self-help would then become a lawful solution, and perhaps the easiest and most effective solution, to this problem.*“ Siehe: State v. Normann, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989).

1697 „*We are not persuaded by the reasoning of our Court of Appeals in this case that when there is evidence of battered wife syndrome, neither an actual attack nor threat of attack by the husband at the moment the wife uses deadly force is required to justify the wife's killing of him in perfect self-defense.*“ Siehe: State v. Normann, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989).

1698 So drückt sich Richter Martin, wie folgt aus: „*A defendant is entitled to an instruction on self-defense when there is evidence, viewed in the light most favorable to the defendant, that these four elements existed at the time of the killing: (1) it appeared to defendant and he believed it to be necessary to kill the deceased in order to save himself from death or great bodily harm; and (2) defendant's belief was reasonable in that the circumstances as they appeared to him at the time were sufficient to create such a belief in the mind of a person of ordinary firmness; and (3) defendant was necessary to kill the deceased in order to save himself from death or great bodily harm; and (2) defendant's belief was reasonable in that the circumstances as they appeared to him at the time were sufficient to create such a belief in the mind of a person of ordinary firmness; and (3) defendant was not the aggressor in bringing on the affray. i.e., he did not aggressiver and willingly enter into the fight without legal excuse or provocation; and (4) defendant did not use excessive force, i.e., did not use more force than was necessary or reasonably appeared to him to be necessary under the circumstances to protect himself from death or great bodily harm.*“ Siehe: State v. Normann, 324 N.C. 253, 378

Der Fall *Betchel v. State*¹⁶⁹⁹ wird oft als Musterfall angenommen, bei dem ein US-amerikanisches Gericht auf Grund der Annahme des „*battered-woman-syndrome*“ der Täterin eine Notwehr anerkannt hat.

In diesem Fall geht es wiederum um die Frage der Vernünftigkeit des Glaubens der Täterin über das Vorliegen einer unmittelbar bevorstehenden Lebensgefahr bei der Prüfung der Notwehrlage.

Der *Court of Criminal Appeals* von Oklahoma analysierte den Sachverhalt im Rahmen der Notwehrregelung.¹⁷⁰⁰ Nach der Meinung des *Court of Appeals* reicht der ehrliche oder gute Glaube des Täters über die Erforderlichkeit der Verteidigung nicht aus, um eine Notwehrlage anzunehmen. So müssen noch weitere vernünftige Gründe (*reasonable grounds*) dafür hinzukommen. Bloße Befürchtungen eines Angriffs reichen ebensowenig aus.¹⁷⁰¹

Zunächst ließ der *Court* die Einführung von Expertengutachten in den Prozess zum Nachweis des Vorliegens eines „*battered-woman-syndrome*“ bei der Täterin zu.¹⁷⁰²

In einem weiteren Schritt mussten die Voraussetzungen der Vernünftigkeit (*reasonableness*) und der Gegenwärtigkeit (*imminence*) genauer überprüft werden.

Dabei benutzte der *Court of Appeals* einen Ausdruck, der paradigmatisch für das Notwehrverständnis im US-amerikanischen Rechtssystem ist: „*The key to the defense of self-defense is reasonableness*“. ... „*A defendant must show that she had a reasonable belief as to the imminence of great bodily harm or death and as to the force necessary to compel it*“.¹⁷⁰³

So ist die Frage, ob die Voraussetzungen der Notwehr tatsächlich vorliegen oder nicht, weniger wichtig als jene, ob der Täter „vernünftig glauben“ konnte, dass diese Voraussetzungen zur Zeit des Tatgeschehens vorliegen.

Der *Court of Appeals* unterschied zwischen objektiven und subjektiven Kriterien für die Prüfung

S.E.2d 8 (1989).

1699 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okl.Crim.App.1992). Auch hier geht es um einen Fall häuslicher Gewalt: Unter Einfluss von Alkohol misshandelte der Ehemann immer wieder die spätere Täterin. Aufgrund der schweren Misshandlungen war die Täterin dreimal im Krankenhaus. Sie verließ ihn einige Male, kam aber zurück nach Versprechungen des Ehemannes, die er jedoch nie umsetzte. Vor dem Tatgeschehen kam das Tatopfer stark alkoholisiert nach Hause und griff die Täterin wiederum an. Als sie den Mann mit seinen erhobenen Händen beim Erwachen nach einer Ruhephase, in der er unter Alkoholeinfluss schlief, sah, nahm sie einen Revolver, den sie unter dem Bett versteckt hatte, und erschoss ihn.

1700 Notwehr mit tödlicher Gewalt wird in Oklahoma bei *statutory law* wie folgt geregelt: Chapter 24 - *Homicide*, Section 733 - „*Justifiable Homicide by Other Persons. Homicide is also justifiable when committed by any person in either of the following cases: 1. When resisting any attempt to murder such person, or to commit any felony upon him, or upon or in any dwelling or in any dwelling house in which such person is; or 2. When committed in the lawful defense of such person, or of his or her husband, wife, parent, child, master, mistress, or servant, when there is a reasonable ground to apprehend a design to commit a felony, or to do some great personal injury, and imminent danger of such design being accomplished...*“

1701 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okl.Crim.App.1992), Abschnitt 12. Dort bemerkt der *Court of Appeals*: „*Such fear must have been induced by some overt act, gesture or word spoken by the deceased at the time the homicide occurred which would form a reasonable ground for the belief that the accused is about to suffer death or great bodily harm.*“

1702 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okl.Crim.App.1992), Abschnitt 14 ff.

1703 Siehe: *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okl.Crim.App.1992), Abschnitt 28.

der Vernünftigkeit. Seinerseits wendete er „hybride“ Standards zur Prüfung der Vernünftigkeit des Glaubens des Täters über das Vorliegen der Notwehrlage an.¹⁷⁰⁴

Zur Voraussetzung des unmittelbaren Bevorstehens des Angriffs zitierte der *Court of Appeals* in Anlehnung an Robinson¹⁷⁰⁵ das Beispiel des Entführten, der weiß, dass er in drei Tagen von den Entführern umgebracht wird. In einer vergleichbaren Situation befindet sich die „*battered-woman*“, die keinen sicheren Ausweg hat und befürchtet, dass der kommende Angriff für sie tödlich sein kann. In diesem Sinne ist bei der „*battered-woman*“ die Gefahr unmittelbar bevorstehend (*imminent*). Der *Court of Appeals* erkennt allerdings an, dass nach dem traditionellen bzw. funktionellen Verständnis des unmittelbaren Bevorstehens¹⁷⁰⁶ keine Notwehr zugunsten der „*battered-woman*“ anerkannt werden konnte, obwohl sich das Leben der Täterin dauerhaft in Gefahr befindet.¹⁷⁰⁷ Angesichts der „hybriden“ Standards für die Prüfung der Vernünftigkeit des Glaubens der Täterin wird dies aber anders bewertet: „*The meaning of imminent must necessarily envelope the battered woman's perceptions based on all the facts and circumstances of his or her relationship with the victim.*“¹⁷⁰⁸

Die Wahrnehmung der Gefahr bei der „*battered-woman*“ ist schärfer. Denn sie hat in ihrer Beziehung mit dem gewalttätigen Mann gelernt, die Zeichen zu erkennen,¹⁷⁰⁹ welche einer Misshandlung vorausgehen. Deshalb ist der Glauben der „*battered-woman*“ nach den hybriden Standards des *Court of Appeals* „vernünftig“.¹⁷¹⁰ So wurde die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben und zu einer neuen Entscheidung zurückgegeben..

Nach der abweichender Meinung von Richter Lumpkin lassen sich bei diesem Fall die erforderlichen Merkmale, welche eine veränderte Interpretation der Notwehrregelung rechtfertigen bzw. die Annahme des „*battered-woman-syndrome*“ bei der Prüfung der Vernünftigkeit des Glaubens der Täterin über das Vorliegen der Notwehrlage zulassen würden, nicht feststellen.¹⁷¹¹

Nach Lumpkins Meinung liegt den in der Entscheidung des *Court of Appeals* dargelegten Fakten

1704 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), Abschnitt 32 ff.

1705 Robinson, *Criminal Law Defenses*, 1984.

1706 Der *Court of Appeals* zitiert mehrere Definitionen des Wortes „*imminent*“. Dort sind Widersprüche festzustellen: In der Definition von Black's Law Dictionary, 5. ed., 1979, ist folgendes zu lesen: „*Imminent. Near at hand; mediate rather than immediate;...*“ während bei der legalen Definition von „*imminent danger*“ des Statutes OUJI-CR 752 steht: „*danger that is pressing, urgent, or immediate*“. Dies zeigt, wie schwierig es sein kann, den Begriff „unmittelbar bevorstehend“ (*imminent*) zu definieren. Siehe: *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), Abschnitt 37, Fußnote 11.

1707 Siehe: *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), Abschnitt 37: „*Based on the traditionally accepted definition of imminent and its functional derivatives, a battered woman, to whom the threat of serious bodily harm or death is always imminent, would be precluded from asserting the defense of self-defense.*“

1708 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), Abschnitt 38.

1709 Dies begründet der *Court of Appeals* mit der These von Elizabeth Bochnak in ihrem Buch „*Womens's Self-defense Cases: Theory and Practice*“, Charlottesville 1981.

1710 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), Abschnitt 38.

1711 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), abweichende Meinung des Richters Lumpkin, Abschnitt 1 ff.

nur die Ansicht der Verteidigung zugrunde, ohne dass dabei die Position der Staatsanwaltschaft berücksichtigt wurde.¹⁷¹²

Richter Lumpkin zweifelt an der wissenschaftlichen Begründung des geschlechtsdiskriminierenden „*battered-woman-syndrome*“ und fordert eine Anwendung des wissenschaftlich erforschten „*PTSD-Syndrome*“ (*Post-traumatic Stress Disorder*) bei der Prüfung der Vernünftigkeit (*reasonableness*) des Glaubens der Täterin.¹⁷¹³ Daraus ergibt sich, dass nach Richter Lumpkin der *PTSD*-Test nicht als Entschuldigungsgrund, sondern im Rahmen der Notwehr in Betracht kommt.¹⁷¹⁴

Ein weiterer bekannter Fall der sog. „*battered-woman*“-Konstellation ist der Fall *State v. Kelly*.¹⁷¹⁵

Der *trial court* bewertete das Gutachten der Prozessverteidigung über das „*battered-woman-syndrome*“ als unerheblich für die Annahme der Notwehr.

Der *N.J. Supreme Court* analysierte das „*battered-woman-syndrome*“ unter besonderer Berücksichtigung der Ansicht von Lenore Walker.¹⁷¹⁶ Unter dieser Prämisse bewertete er das Gutachten positiv und nahm die Vernünftigkeit des Glaubens der Täterin zur Zeit des Tatgeschehens, sich vor einer unmittelbar bevorstehenden Lebensgefahr zu befinden, an. „*We also find the expert testimony relevant to the reasonableness of defendant's belief that she was in imminent danger of death or serious injury.*“¹⁷¹⁷ Dies ist nach Ansicht des *Court* der „entscheidende Punkt“.¹⁷¹⁸ Das Gutachten soll darüber hinaus feststellen, ob auch eine „vernünftige Person unter denselben Umständen“ dies geglaubt hätte.¹⁷¹⁹

Bei dem „*battered-woman-syndrome*“ geht es nicht um die Frage der Gegenwärtigkeit des Angriffs an sich als objektive Gegebenheit, sondern eher darum, inwiefern der Glaube der Täterin, einer unmittelbaren Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit ausgesetzt zu sein,

1712 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), abweichende Meinung des Richters Lumpkin, Abschnitt 3.

1713 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), abweichende Meinung des Richters Lumpkin, Abschnitt 5. In Abschnitt 4 bemerkt er: „*It is interesting to note the Court curately identifies that the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder-3R (DSM-3R) recognizes the Post-traumatic Stress Disorder. See DSM-3R, 309.89 Post-traumatic Stress Disorder. However, rather than adopting a gender neutral diagnostic criteria accepted by the entire scientific community, the Court seeks to adopt a gender specific syndrome which has acceptance by only a subsection of the seientific community.*“

1714 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okla.Crim.App.1992), abweichende Meinung des Richters Lumpkin, Abschnitt 10.

1715 *State v. Kelly*, 91 N.J. 178, 478 A.2d 364 (1984). Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Nach jahrelang immer wiederkehrenden gewalttätigen Überfällen ihres Mannes erstach die Ehefrau ihn mit einer Schere. Der Mann erlag seinen Verletzungen kurz danach im Krankenhaus. Sie gestand, ihren Mann erstochen zu haben, sie brief sich jedoch auf Notwehr. Die Prozessverteidigung führte das *battered-woman-syndrome*-Gutachten im Prozess an.

1716 Walker, *The Battered Woman*, 1979.

1717 Siehe: *State v. Kelly*, 91 N.J. 178, 478 A.2d 364 (1984).

1718 So stellte das Gericht fest: „*The credibility of Gladys Kelly is a critical issue in this case. If the jury does not believe Gladys Kelly's account, it cannot find she acted in self-defense. The expert testimony offered was directly relevant to one of the critical elements of that account, namely, what Gladys Kelly believed at the time of the stabbing, and was thus material to establish the honesty of her stated belief that she was in imminent danger of death.*“ Siehe: *State v. Kelly*, 91 N.J. 178, 478 A.2d 364 (1984).

1719 So. betonte der *Court of New Jersey*: „*Expert testimony in that direction would be relevant solely to the honesty of defendant's belief, not its objective reasonableness. Rather, our conclusion is that the expert's testimony, if accepted by the jury, would have aided it in determining whether, under the circumstances, a reasonable person would have believed there was imminent danger to her life.*“ Siehe: *State v. Kelly*, 91 N.J. 178, 478 A.2d 364 (1984).

begründet d.h. vernünftig ist. Dabei kommt den Gutachten von Psychologen und Psychiatern eine entscheidende Rolle im Prozess zu. So wird die ganze Debatte auf der subjektiven Ebene des Tatgeschehens durchgeführt.

Zusammenfassend kann der aktuelle Stand der Rechtsprechung in Bezug auf die *battered-woman*-Konstellation so beschrieben werden: „*Most courts prohibit an instruction on self-defense if the homicide occurred in non-confrontational circumstances, on the ground that no reasonable juror could believe that the defendant, as a reasonable person, would believe that a sleeping man represents an imminent threat. But, some courts now do permit such cases to go to the jury, if BWS evidence is introduced to show that the defendant, as a battered woman, suffered from this condition.*“¹⁷²⁰

B. Die Verteidigungshandlung

1. Die Erforderlichkeit

Nach dem US-amerikanischen Notwehrverständnis muss die Verteidigung erforderlich sein.¹⁷²¹

Die Erforderlichkeit (*necessity*) der Verteidigungshandlung wird sowohl vom Richterrecht (*case law*) als auch von den strafrechtlichen Gesetzbüchern der verschiedenen Staaten (*statutory law*) verlangt.¹⁷²²

In der Rechtslehre wird die Verteidigungshandlung als erforderlich angesehen, wenn sie notwendig ist, um den Angriff abzuwehren, und wenn es keine alternativen Mittel gibt.¹⁷²³ Es geht hier um die Frage, ob weniger gefährliche Mittel zum Angriffsabwehr ausreichen würden.¹⁷²⁴ Der Täter kann deshalb keine größere Gewalt anwenden, als die zum defensiven Zweck erforderliche.¹⁷²⁵ Dann ist die Ausübung größerer Gewalt durch Notwehr nicht gedeckt.

Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung beweist zugleich Wechselwirkungen mit der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit. Wenn die Gefahr nicht gegenwärtig ist, besteht keine Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung.¹⁷²⁶ „*That is, as a practical matter actions taken in the absence of an imminent threat may not be necessary.*“¹⁷²⁷ Umgekehrt ist eine bedrohte Verletzung als nicht unmittelbar bevorstehend anzusehen, wenn im Zeitraum bis zu ihrer Verwirklichung andere alternative Maßnahmen als die Verteidigungshandlung eingesetzt werden können.¹⁷²⁸

¹⁷²⁰ Dressler, Criminal Law, S. 195. Die Hervorhebung im Original.

¹⁷²¹ Fletcher, Notwehr, S.39; Wössner, Die Notwehr, S. 31; Dressler, Criminal Law, S. 192.

¹⁷²² LaFave, Criminal Law, § 10.4 (c).

¹⁷²³ Hall, Criminal Law, S. 234.

¹⁷²⁴ Fletcher, Notwehr, S. 45; Fletcher/Ohlin, S. 92; Wössner, Die Notwehr, S. 31.

¹⁷²⁵ Robinson, Criminal Law, § 131 (c); Ferzan, Arizona Law Review, 42 (2004) 213 (222).

¹⁷²⁶ Robinson, Criminal Law, § 131 (b) 3.

¹⁷²⁷ Robinson, Criminal Law, § 131 (b) 3.

¹⁷²⁸ Dix, Self-Defense, S. 950.

„Threatened harm can usefully be regarded as non imminent if the period before the harm will occur permits utilization of alternatives to self-defense.“

Dies bedeutet, wenn der Verteidiger im Zeitraum bis zur tatsächlichen Realisierung der drohenden Verletzung über genügend Zeit verfügt, um andere Maßnahmen zu ergreifen, dann ist die Verletzung offensichtlich nicht „gegenwärtig“ i. S. des Notwehrrechts. Zugleich wird die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Verteidigung durch das Vorhandensein von Alternativen ausgeschlossen.

Im Sinne des Gesagten erfordern die Gesetzbücher und das Richterrecht die Gegenwartigkeit des Angriffs, um die Selbstverteidigung zu begrenzen und nur dort zuzulassen, wo es deutlich erforderlich ist.¹⁷²⁹ So steht vor der Gefahr künftiger Angriffe die Möglichkeit, andere Mittel zu ergreifen, unter anderem z.B. die Einschaltung der Polizei.¹⁷³⁰

Auf der anderen Seite kann der Täter keine Gewalt zum Zeitpunkt der Verteidigung anzuwenden, wenn er diese zu einem späteren Zeitpunkt und ohne eigenes Risiko erfolgreich anwenden kann.¹⁷³¹

Was verständlich ist, denn wenn die Verteidigungshandlung verschoben werden kann, ist sie nicht sofort erforderlich. Ferner könnte sich die Gefahr zu einem späteren Zeitpunkt auf eine andere Weise endgültig beseitigt bzw. abgeschlossen sein.

Daraus wird die enge Beziehung zwischen der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung (*necessity*) und der Voraussetzung der Gegenwartigkeit des Angriffs deutlich: *„In self-defence, the concept of imminence has no significance independent of the notion of necessity... Rather, imminence is required because, and only because, of the fear that without imminence there is no assurance that the defensive action is necessary to avoid harm. If the harm is not imminent then surely the actor can take steps that will alleviate the necessity for responding with fatal force.“*¹⁷³²

Zusammenfassend ist zu bemerken, dass das Gegenwartigkeitserfordernis aus der Erforderlichkeit der Verteidigung als ihre zentrale Komponente abzuleiten sei, denn da, wo eine gegenwärtige Gefahr (*immediate danger*) fehlt, fehlt es auch an der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung, insofern andere nicht gewaltsame Mittel, vor allem die staatliche Behörde, zur Verfügung stehen.¹⁷³³

In diesem Punkt könnte aber auch das Gegenteil behauptet werden, dass sich die Erforderlichkeit der Verteidigung aus dem Gegenwartig-Sein des Angriffs entnommen lässt. Denn wenn man über genügend Zeit verfügt, um andere alternative Maßnahmen als die Verteidigungshandlung, z.B. die

1729 Dix, Self-Defense, S. 947.

1730 Bacigal, Criminal Law, S. 72. LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d). Beecher-Monas, Evaluating. S. 210 f.

1731 Robinson, Criminal Law, § 131 (c).

1732 Rosen, North Carolina Law Review, (1993) 71 (379).

1733 Sangero, Self-Defence, S. 151, der sich auf den Teil der amerikanischen Rechtslehre bezieht, nämlich Kadish und Schulhofer. Das Gegenwartigkeitserfordernis sei aber nur aufgrund ihrer großen Bedeutung getrennt von der Erforderlichkeit zu behandeln. *„That is, as a practical matter actions taken in the absence of an imminent threat may not be necessary.“* Robinson, Criminal Law, § 131 (b) 3.

staatliche Organe einzuschalten, zu ergreifen, ist die Gefahr nicht gegenwärtig.¹⁷³⁴

Daraus ergibt sich ferner die Subsidiarität des Notwehrrechts gegenüber dem Gewaltmonopol des Staates. So wird bemerkt, dass das Gesetz nur in Notsituationen eine Notwehr zulässt, denn in solchen Situationen entfällt in der Regel der Schutz durch die staatliche Autorität.¹⁷³⁵

Aus den oben aufgeführten Gründen kann man schließen, dass sich beim Fehlen einer der hier behandelten Voraussetzungen die Verteidigungshandlung in einem Angriff umwandeln kann. So bildet die Verletzung des Angreifers (der bei diesen Situationen nur als potentieller Angreifer zu sehen sei¹⁷³⁶) beim Fehlen sowohl der Erforderlichkeit als auch der Gegenwärtigkeit eine konkrete Verletzung der sozialen-rechtlichen Ordnung.¹⁷³⁷

Schließlich ist noch zu bemerken, so wie es bei den anderen Voraussetzungen des US-amerikanischen Notwehrrechts der Fall ist, dass auch bei der Erforderlichkeit es notwendig ist, dass der Verteidiger vernünftig glaubt, dass die Verteidigungshandlung erforderlich ist, um den Angriff abzuwenden.¹⁷³⁸

Der vernünftige Glaube (*reasonable belief*) über die Erforderlichkeit der Verteidigung ist eine objektive Voraussetzung, wenngleich gelegentlich bestimmte persönliche „Umstände“ des Verteidigers von Bedeutung sein können.¹⁷³⁹ So wurde es beim *People v. Goetz* oder bei einigen Fällen eines „*battered-woman-syndrome*“ angenommen.¹⁷⁴⁰

Von einem kleinen Teil der Rechtslehre und der Rechtsprechung wurde behauptet, dass schon ein „ehrlicher Glaube“ (*honest belief*) anstatt zu einem „vernünftigen Glaubens“ (*reasonable belief*) des Täters über die Erforderlichkeit der Verteidigung ausreichen kann.¹⁷⁴¹

Auch in der Rechtsprechung wird die Bedeutung der Voraussetzung der Erforderlichkeit bei der Notwehr klar dargestellt. In diesem Sinne „*The law of self-defense is a law of necessity*“.¹⁷⁴² So ist die Verteidigung erforderlich, wenn keine andere Alternative besteht.¹⁷⁴³ Dabei wird zugleich die Beziehung zwischen der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung und der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs ersichtlich, indem die Erforderlichkeit der Verteidigung eine große Rolle bei der zeitlichen Abgrenzung zulässiger Abwehr spielt: „...*the right of self-defence arises only when the necessity begins, and equally ends with the necessity.*“¹⁷⁴⁴

1734 Dix, *Self-Defense*, S. 950.

1735 Sangero, *Self-Defence*, S. 152.

1736 Sangero, *Self-Defence*, S. 152.

1737 Sangero, *Self-Defence*, S. 152.

1738 Bacigal, *Criminal Law*, S. 72.

1739 LaFave, *Criminal Law*, § 10.4(c).

1740 LaFave, *Criminal Law*, § 10.4(c).

1741 LaFave, *Criminal Law*, § 10.4(c).

1742 *United States v. Peterson*. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit 483 F.2d 1222 (1973).

1743 *U.S. v. Peterson* 483 F.2d 1222 (1973).

1744 *U.S. v. Peterson* 483 F.2d 1222 (1973).

2. Die Verhältnismäßigkeit

Die Verteidigung muss gegenüber dem Angriff verhältnismäßig ausfallen.¹⁷⁴⁵

In der Rechtslehre wird allgemein anerkannt, dass die Verhältnismäßigkeit den Ausgleich zweier widerstreitender Interessen verlangt, nämlich das Interesse des Verteidigers und jenes des Angreifers.¹⁷⁴⁶ Der verursachte Schaden bzw. die eingesetzte Gewalt dürfen demnach nicht unverhältnismäßig im Hinblick auf den abgewehrten Angriff sein.¹⁷⁴⁷ Sobald die Abwehrmaßnahme „*excessive*“, das heißt übermäßig oder unverhältnismäßig ist, scheidet eine Rechtfertigung durch Notwehr aus.¹⁷⁴⁸

Die Verteidigung muss angemessen ausfallen, sie braucht aber nicht gleichwertig zu sein.¹⁷⁴⁹ In diesem Sinne ist auch im US-amerikanischen Rechtssystem eher ein Missverhältnisverbot festzustellen.¹⁷⁵⁰ So ist die Anwendung von Gewalt bei der Verteidigung „unverhältnismäßig“ (*unreasonable*), wenn sich der Angegriffene im Falle einer Ohrfeige mit einem Messerstich verteidigt.¹⁷⁵¹

In der Literatur wird der Begriff „*reasonable*“ benutzt, um die Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung bei der Verteidigung zu kennzeichnen.¹⁷⁵² Man muss aber darauf achten, dass unter dem Begriff „*reasonable force*“ häufig in den Vereinigten Staaten sowie in England nicht nur die Voraussetzung, des Verhältnismäßigkeit sondern auch jene der Erforderlichkeit der Verteidigung zusammengefasst wird.¹⁷⁵³

Das Recht auf Notwehr unterscheidet bei der Verteidigungsausführung zwischen der Anwendung von tödlicher und nicht tödlicher Gewalt (*deadly* und *non deadly or moderate force*), welche je nach Natur des Angriffs als „vernünftig“ (*reasonable*) oder „unvernünftig“ (*unreasonable*) beurteilt wird.¹⁷⁵⁴

Im US-amerikanischen Rechtssystem ist bei der Notwehr im Unterschied zum Notstand keine Güterabwägung vorzunehmen.¹⁷⁵⁵ Die Abwägung wurde stattdessen vom Gesetzgeber bereits in den

1745 Fletcher, Notwehr, S. 39. Wössner, Die Notwehr, S. 31 und 194 f. Dressler, Criminal Law, S. 192.

1746 Fletcher, Notwehr, S. 46. Fletcher/Ohlin, S. 96.

1747 Wössner, Die Notwehr, S. 32 m.w.N. Christopher, Encyclopedia of Crime and Justice, Vol. 2, S. 901; LaFave, S. 492; Fletcher, Rethinking, S. 870, 859; ders. Notwehr, S. 39, 46; ebenso Robinson, Defenses, S. 81; ders., Structure, S. 99; Uniacke, Permissible Killing, The Self-defence justification of homicide, Cambridge 1994, S. 31.

1748 Fletcher, Rethinking, S. 870; Robinson, Structure, S. 99; Dressler, S. 222, Spricht insofern von einer „*Proportionality Rule*“.

1749 Dubber, Einführung, S. 163. Beide Wörter werden von Dubber selbst in seinem Werk benutzt.

1750 Vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 32 m.w.N.

1751 Hall, Criminal Law, S. 234. Vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 32.

1752 So Hall, Criminal Law, S. 234. Bacigal, Criminal Law, S. 12. LaFave, Criminal Law, § 10.4 (b), für den die Gewaltanwendung bei der Verteidigung „*reasonably related to the threatened harm*“ sein soll.

1753 Sango, Self-Defence, S. 114. m.w.N.

1754 LaFave, Criminal Law, § 10.4 a.

1755 Dubber, Einführung, S. 152. Vgl. § 3.02 MPC *Justification Generally: Choice of Evils (1)* „*Conduct which the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that (a) the harm or evil*

detaillierten gesetzlichen Bestimmungen der Notwehrvorschrift vorgenommen. Im Fall eines Tötungsdelikts z.B. würde beim Notstand eine ausdrückliche Abwägung zwischen dem geretteten und dem geopfertem Leben im Einzelfall stattfinden. Bei Notwehr wird hingegen ein Recht auf Verteidigung mittels Gewalt nur gegen Angreifer, die selbst rechtswidrige Gewalt einsetzen, zugewiesen, angesichts der Tatsache, dass im Ergebnis das Leben derer, die „unrechtmäßige“ Handlungen begehen, nicht so schwer wie das Leben derer, die sich rechtstreu verhalten wiegt.¹⁷⁵⁶ Warum bei der Notwehr nur ein Missverhältnisverbot besteht, während beim Notstand das gerettete Rechtsgut höherwertig als das verletzte sein muss, begründet sich daher durch die Verantwortlichkeit des Angreifers, der den rechtswidrigen Angriff durchführt.¹⁷⁵⁷

Bei genauerer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass die Aufgliederung des Notwehrrechts im US-amerikanischen Rechtssystem eine ständige Abwägung der beteiligten Interessen und somit die Einhaltung eines Verhältnismäßigkeitserfordernisses erfordert, welche sich wesentlich danach richtet, welches Rechtsgut zu verteidigen ist und ob bei der Verteidigung lebensgefährdende Maßnahmen zum Einsatz kommen. Somit hängen die Eingriffsbefugnisse vom Wert der widerstreitenden Rechtsgüter auf Seiten des Angegriffenen und auf Seiten des Angreifers wesentlich ab.¹⁷⁵⁸

Insbesondere muss die Gewaltanwendung bei der Verteidigung der Stärke des Angriffs entsprechen. Wird man mit nicht tödlicher Gewalt angegriffen, so kann man sich entsprechend nur mit nicht tödlicher Gewalt verteidigen.¹⁷⁵⁹ Die Verteidigung von Eigentum beruht grundsätzlich auf dem Grundsatz, dass das Recht auf Eigentum niemals gegenüber dem Recht auf Leben überwiegen kann.¹⁷⁶⁰ So kann prinzipiell keine tödliche Gewalt bei der Verteidigung von Sachwerten angewendet werden.¹⁷⁶¹ Ein wichtiger Grund für die Geltung der Verhältnismäßigkeit beim Notwehrrecht ist nämlich der hohe Stellenwert des menschlichen Lebens im US-amerikanischen Rechtssystem, wo auch die Erhaltung des Menschenlebens des Straftäters vor dem Schutz vor anderen Rechtsgütern Vorrang hat.¹⁷⁶² Ausnahmen zu diesen allgemeinen Grundsätze, bei denen auf verschiedene Anforderung für die Güterabwägung abgestellt wird, sind aber

sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged.“ So ist beim Notstand ein Verhalten, das der Täter für notwendig hält, um einen Schaden oder ein Übel von sich oder einem anderen abzuwenden, gerechtfertigt, sofern (...) der Schaden oder das Übel, die er durch sein Verhalten abzuwenden sucht, größer sind als die, die durch das einschlägige Strafgesetz verhindert werden sollen, dessen Verletzung man dem Täter vorwirft. Dubber, Einführung, S.145 f.

1756 Dubber, Einführung, S. 152 f.

1757 Robinson, Criminal Law, § 131 (a). So besteht z.B. bei der Rettung privaten Eigentums das Interesse des Privaten auf sein Privateigentum ebenso wie das Interesse der Gesellschaft auf die Geltung des Rechts.

1758 Wössner, Die Notwehr, S. 42, m.w.N. Fletcher, Rethinking, S. 871; ders., 8 Israel L.Rev. 384; Stauder, S. 129.

1759 LaFave, Criminal Law § 10.4 (b). Hall, Criminal Law, S. 234. Dressler, Criminal Law, S. 192.

1760 Dubber, Einführung, S. 159.

1761 Hall, Criminal Law, S. 234.

1762 Wössner, Die Notwehr, S. 34, m.w.N.

vorgesehen.¹⁷⁶³

Im Zusammenhang mit der Verteidigung von Sachwerten ist der Einsatz von mechanischen Selbstschutzanlagen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht ganz unproblematisch. Denn die Verteidigungsmaßnahme wird hier zu einem Zeitpunkt vorbereitet, bei welchem die genauen Umstände des späteren Abwehrfalles noch nicht absehbar sind.¹⁷⁶⁴

Entscheidend für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Verteidigung, genauso wie bei den anderen Voraussetzungen der Notwehr, ist im *Common Law* und in vielen amerikanischen Staaten wiederum die vernünftige Wahrnehmung des Verteidigers und zwar auch dann, wenn sie nicht richtig sein sollte,¹⁷⁶⁵ wenn also nicht die Voraussetzungen für ein Handeln in Notwehr vorliegen.¹⁷⁶⁶ Irrt der Täter sich jedoch unvernünftigerweise über objektive Umstände eines Rechtfertigungsgrundes, so greift der Rechtfertigungsgrund nicht ein.¹⁷⁶⁷

Dabei unterscheidet sich das US-amerikanische Notwehrrecht¹⁷⁶⁸ deutlich von dem deutschen, welches unter derartigen Umständen eine Putativnotwehr anerkennt und das Verhalten des irrenden Täters als rechtswidrig erklärt, ihn aber gegebenenfalls nach § 16 StGB wegen Fahrlässigkeit

1763 Dubber, Einführung, S. 160. Siehe z.B. die Ausnahmen in § 3.04 (2)(b)(i)(ii)(1)(2) MPC. Vgl. unten „Notwehr zur Verteidigung der körperlichen Unversehrtheit“. Siehe auch § 3.06 (3)(d)(i)(ii)(1)(2) MPC, welcher einen Abschnitt über die „Anwendung von tödlicher Gewalt“ bei der Verteidigung von Eigentum enthält. Vgl. unten „Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten. Insbesondere die Verteidigung des Hausrechts“.

1764 Wössner, Die Notwehr, S. 185. Siehe dazu oben „Die antizipierte Notwehr“.

1765 Bemerkenswert ist hier, dass das Gesetz von „Glauben“ und nicht von „Wissen“ (wie etwa in §2.02(2)(b)(i) MPC) im Sinne eines richtigen Glaubens spricht. So ist dem Anschein nach die Rechtfertigung sogar möglich, wenn der Täter sich über einen oder alle Voraussetzungen der Notwehr irrt. Dubber, Einführung, S. 143.

1766 Wössner, Die Notwehr. S. 32 m.w.N. Die Gefahrwahrnehmung des Angegriffenen wird dabei entscheidend durch eine eventuelle Bewaffnung des Täters beeinflusst. So wird teilweise der Einsatz lebensgefährdender Waffen gegenüber einem unbewaffneten Angreifer für grundsätzlich unzulässig erachtet, sofern nicht besondere Umstände, wie eine außergewöhnliche körperliche Überlegenheit des Angreifers oder eine Mehrzahl von Angreifern die Gefährlichkeit der Situation aus Sicht des Angegriffenen erhöhen. Vgl. Dressler, S. 214. Marsh, *Women's Self-Defense Under Washington Law*, 54 Wash.L.Rev. (1978) 221, 228, kritisiert, dass eine rein geschlechtsspezifische Unterlegenheit des Opfers, etwa wegen der aus Erziehung und Sozialisation resultierenden Abneigung vieler Frauen gegenüber dem Einsatz von Gewalt, in diesem Zusammenhang keine Berücksichtigung findet.

1767 Dubber, Einführung, S. 143 f. m.w.N. Siehe *People v. Goetz*, 68 N. Y.2d 96 (1986); vgl. Fletcher, Notwehr als Verbrechen: Der U-Bahn-Fall Goetz, Frankfurt a.m. 1993.

1768 Der *Model Code* spricht dabei nicht, oder zumindest nicht direkt, von „vernünftigen“ (*reasonable*) Glauben des Täters. Aus der allgemeinen Definition in §1.13(16) ist aber zu entnehmen, dass eine Annahme im Sinne des MPC dann vernünftig ist, wenn sie nicht auf Rücksichtslosigkeit oder Fahrlässigkeit des Handelnden beruht („*reasonably believes*“ or „*reasonable belief*“ designates a belief which the actor is not reckless or negligent in holding“). Vor diesem Hintergrund ist nach § 3.09 *Mistake of Law* (2) MPC eine Strafbarkeit wegen rücksichtslos oder fahrlässig begehbaren Delikte nicht ausgeschlossen, wenn der Irrtum des Täters über seine Rechtfertigungslage rücksichtslos oder fahrlässig - also unvernünftig - ist, mit der Folge, dass der Täter Straffreiheit nur für vorsätzliche Delikte erlangt. Ist der Irrtum jedoch weder rücksichtslos noch fahrlässig, so steht dem Täter im Einzelfall eine Rechtfertigung der Gewaltanwendung durch Notwehr zur Verfügung. Siehe oben, S. 227. Vgl. Dubber, Einführung, S. 143 f. und 151 f. Der *Code* behandelt in seinem Abschnitt zu den Rechtfertigungsgründen (Art. 3. *General principles of justification*) solche Fälle, in denen der Handelnde irrtümlich Umstände oder die Erforderlichkeit einer Gewaltanwendung annimmt. Zur Einstufung der Putativnotwehr als Entschuldigungsgrund sowie anderer Fälle, bei denen sich der Handelnde über die äußeren Umstände einer Rechtfertigungs- oder Entschuldigungslage irrt, siehe aber: Dubber, Einführung, Fn. 70, S. 156 f. m.w.N. Komm., Art. 3. Einleitung, S. 2-3; Proposed New Fed. Crim. Code § 608 (1971); siehe ebenso *State v. Leidholm*, 334 N. W.2d 811 (N. D. 1983) (unter Anwendung von North Dakota Crim. Code § 12.1-05-08, auf Grundlage von Proposed New Fed. Crim. Code § 608).

bestraft (Erlaubnistatbestandsirrtum).¹⁷⁶⁹ In ähnlicher Weise schließt Art. 59 Abs. 4 italienisches c.p. die Strafbarkeit des Täters aus, wenn die irrtümliche Annahme einer Notwehrlage nicht durch Fahrlässigkeit bestimmt ist. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so ist die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist.¹⁷⁷⁰

Beim „*battered-woman-syndrome*“ wird das Verhältnismäßigkeitsurteil durch eine „Fall-zu-Fall“-Basis unter Einbeziehung der Körpergröße, des Alters und der körperlichen Lage des Opfers und der Täterin sowie der gewalttätigen Vorgeschichte durchgeführt.¹⁷⁷¹

In der Rechtsprechung wird die Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit der Frage der Anbringung von automatischen Selbstschutzanlagen erörtert. Dabei wird festgestellt, dass die Tötung des Angreifers nur dort von Notwehr gedeckt ist, wenn sie zur Verhinderung eines Tötungsdelikts oder einer schweren Körperverletzung dient. Bei der Verteidigung von Sachwerten ist die Tötung des Angreifers nur dann gerechtfertigt, wenn der Angreifer selbst tödliche Gewalt angewendet hat.¹⁷⁷²

2.1. Notwehr zur Verteidigung der körperlichen Unversehrtheit

Besonders problematisch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind Fälle, in denen sich der Angegriffene nicht auf moderate Abwehrmaßnahmen beschränkt, sondern zu Mitteln greift, die für den Angreifer lebensgefährdend sind.¹⁷⁷³

Im amerikanischen Recht unterscheidet man zwischen die Anwendung von „*Deadly Force*“ zur Verteidigung der persönlichen Unversehrtheit und „*Deadly Force*“ zur Verteidigung von beweglichen und unbeweglichen Sachwerten.

Durch die im amerikanischen Schrifttum wiedergegebenen allgemeinen Grundsätze zieht sich eine lebensschützende Tendenz, die in der Beschränkung lebensgefährdender Abwehrmaßnahmen auf die Abwehr schwerer oder tödlicher Verletzungen besonders zum Ausdruck kommt.

Vor diesem Hintergrund müssen nach amerikanischem Verständnis auch lebensgefährdende Abwehrmaßnahmen ein bestimmtes Maß an Proportionalität gegenüber der abgewehrten Gefahr einhalten und dürfen nicht außer Verhältnis zu der abgewehrten Drohung stehen.¹⁷⁷⁴ Die

1769 Wössner, Die Notwehr, S. 32. In Deutschland stellt ein Erlaubnistatbestandsirrtum den Täter bezüglich des Vorsatzdelikts straffrei. Bei Vermeidbarkeit des Irrtums bleibt im Rahmen des § 16 I 2 zu prüfen, ob dem Täter ein Fahrlässigkeitsschuldvorwurf entgegensteht. Siehe Oben im deutschen Teil, „Putativnotwehr“, S. 104.

1770 Siehe oben im italienischen Teil, „Putativnotwehr“, S. 182 ff. Hempel, Battered Women, S. 79.

1771 Hempel, Battered Women, S. 79.

1772 Siehe: *People v. Ceballos*, 526 P.2d 241 (1974).

1773 Wössner, Die Notwehr, S. 93 f.

1774 Vgl.: Green, Stuart P.: *Castles and Carjacks, Proportionality and the Use of Deadly Force in Defense of Dwellings and Vehicles*, 99 U.Ill.L.Rev. 8; La Fond, in: Hall, *The Oxford Companion to American Law*, Oxford 2002, S. 194. Obwohl eine Überschreitung der Grenzen der zulässigen Notwehrs, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, weniger nahe liegt, wenn der Angegriffene zum Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit agiert, ist es denkbar, dass dem Angegriffenen lediglich minimale Schäden drohen, während die Abwehrmaßnahmen für den Angreifer unter Umständen

Gefährdung oder Tötung des Angreifers kommt so nur da in Betracht, wenn sie bei vernünftiger Betrachtung notwendig scheint,¹⁷⁷⁵ um schwere oder tödliche Verletzungen zu verhindern.¹⁷⁷⁶ Drohen dem Angegriffenen lediglich kleinere Verletzungen oder sieht er sich gar einem Angriff ausgesetzt, welcher keine körperlichen Folgen nach sich zieht, überschreitet der Einsatz lebensbedrohender Gewalt das Maß der zulässigen Notwehr und ist demnach strafbar.¹⁷⁷⁷

Allenfalls kann die Rechtfertigung lebensgefährlicher Abwehrmaßnahme jedoch daran scheitern, dass der Angegriffene den Angriff durch einen sicheren Rückzug hätte entgehen können, diese Möglichkeit aber ungenutzt ließ.¹⁷⁷⁸

Das Musterstrafgesetz enthält im zweiten Absatz von § 3.04(2)MPC, welche die Gewaltanwendung zum Schutz der Person betrifft, vergleichbare Vorgaben, die lebensgefährdende Maßnahmen auf die Abwehr besonders schwerwiegender Delikte¹⁷⁷⁹ beschränkt.¹⁷⁸⁰ Dabei wird das eingesetzte lebensgefährliche Mittel zu dem abgewehrten Schaden in Beziehung gesetzt.¹⁷⁸¹ So kann tödliche Gewalt (*deadly force*) zum Schutz eigener oder fremder Person angewendet werden, nicht nur, wenn beim Angriff tödliche Gewalt eingesetzt wird, sondern auch wenn der Verteidiger der Gefahr schwerer Körperverletzung, Entführung oder Vergewaltigung ausgesetzt ist (§ 3.04(2)(b)).^{1782 1783}

lebensgefährlich sind, so dass auch unter solchen Umständen das Notwehrrecht einzuschränken ist. Wössner, Die Notwehr, S. 99.

1775 Bei der Beurteilung der abgewehrten Gefahr entscheidend ist die Perspektive eines vernünftigen Dritten in Kenntnis aller Umstände die der Angegriffene kannte oder hätte kennen müssen. Am. Jur., Assault and Battery, § 135, S. 115; Corp.Jur.Sec., Assault and Battery, § 89, S. 478. Unter Umständen kommt eine Rechtfertigung durch Notwehr auch dort in Betracht, wo die Gefahrwahrnehmung des Angegriffenen nicht den Tatsachen entspricht, aber vernünftiger Betrachtung standhält. Vgl. in diesem Zusammenhang das bekannte Zitat von Richter Holmes, demzufolge angesichts eines erhobenen Messers keine ausführlichen Überlegungen angestellt werden können. *Brown v. United States*, 256 U.S. 335 (1921).

1776 Christopher, *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. 2, S. 902; Am. Jur., Assault and Battery, § 130, S. 129; § 134, S. 115; LaFave, S. 491 f.; La Fond, in: Hall, *The Oxford Companion to American Law*, S. 194; Green, 99 U.Ill.L.Rev. 2, 7; *Beard v. United States*, 158 U.S. 550, 564 (1894); *People v. Johnson*, 117 N.E 2d 91, 95 (1954); *State v. Clay*, 256 S.E. 2d 176, 183 (1979). Dies gilt nicht nur für Maßnahmen im Rahmen der Selbstverteidigung, sondern auch dann, wenn die gewaltsame Abwehr dem Schutz Dritter oder allgemein der Verhinderung einer Straftat dient. Vgl.: *Brandon u. a.*, 37 Vand.L.Rev. 884.

1777 *State v. Clay*, 256 S.E. 2d 176, 183 (1979); La Fond, in: Hall, *The Oxford Companion to American Law*, S. 195.

1778 Vgl. Green, 99 U.Ill.L.Rev. 9; Am. Jur., Assault and Battery, § 136, S. 116.

1779 Vgl.: BGH, 23. 9. 1975, NJW 76, 41.

1780 Aus der gewählten negativen Formulierung „Die Anwendung lebensgefährdender Gewalt ist [...] nicht gerechtfertigt, es sei denn, [...]“ (Vgl; Honig, S. 38) lässt sich entnehmen, dass eine solche weitgehende Verteidigung nach der Intention der Verfasser im Regelfall nicht zulässig sein sollte. Wössner, Die Notwehr, S. 102.

1781 American Law Institute, *Model Penal Code, Tentative Draft No. 8*, 1958, S. 20. Damit stellt diese Regelung eine klare Umsetzung der Forderung nach Proportionalität zwischen verteidigten und beeinträchtigten Rechtsgüter dar. Wössner, Die Notwehr, S. 102.

1782 Dubber, *Einführung*, S. 163 in Referenz zum §3.04 MPC *Use of Force in Self-Protection (2) Limitations on Justifying Necessity for Use of Force (b)* „*The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily harm, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat...*“.

1783 So kann der Einsatz lebensgefährlicher Abwehrmaßnahmen ausschließlich dann gerechtfertigt sein, wenn dem Leben des Angreifers ein weitgehend gleichwertiges Interesse gegenüber steht, wenn also das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen erheblich gefährdet ist. Tentative Draft, S. 21, erwähnt als einzig denkbare Ausnahme den Fall, dass der Angegriffene aus seiner Wohnung vertrieben wird. Vgl. auch Note (Aufsatz ohne Autorennennung), 59 Colum.L.Rev. 1222; American Law Institute, 35^o Annual Meeting, 1958 Proceedings, Philadelphia, S. 286, wo wird erklärt,

Der Einsatz lebensgefährlicher Abwehrmaßnahmen kann ausschließlich dann gerechtfertigt sein, wenn dem Leben des Angreifers ein weitgehend gleichwertiges Interesse gegenüber steht, wenn also das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen erheblich gefährdet ist. Diese Regel wird von den Gesetzbüchern anderer Staaten der Union angenommen¹⁷⁸⁴ und deutet gerade auf eine Ausweitung des Proportionalitätsgrundsatzes hin.¹⁷⁸⁵

Zusätzlich zu der allgemeinen Grundvoraussetzung der Angemessenheit zwischen Bedrohung und Verteidigung bei Notwehr durch Anwendung tödlicher Gewalt enthält der MPC noch weitere Sonderbeschränkungen für die lebensgefährdende Notwehr. Demnach scheidet eine Rechtfertigung in vier weiteren bestimmten Fällen immerhin aus: Eine erste Regelung in § 3.04(2)(b)(i) verbietet die Notwehr mit tödlicher Gewalt, falls der Handelnde die Gewaltanwendung provoziert hat, in den Absicht den anderen zu töten oder schwer zu verletzen.¹⁷⁸⁶ Diese Vorschrift unterscheidet sich wesentlich von der des *Common Law*, die einem jeden, der eine Auseinandersetzung anfängt, das Recht auf Notwehr mit tödlicher Gewalt absprach.¹⁷⁸⁷ Eine andere, wesentlich bedeutsamere Ausnahme, zum Gebrauch tödlicher Gewalt aus Notwehr bildet die Rückzugsregel.¹⁷⁸⁸ Nach § 3.04(2)(b)(ii) darf niemand gerechtfertigt tödliche Gewalt einsetzen, wenn er weiß, dass er die Notwendigkeit für den Einsatz dieser Gewalt durch einen sicheren Rückzug,¹⁷⁸⁹ oder durch die

dass eine Tötung, die ausschließlich zum Schutz von Sachwerten erfolgt, keine rechtliche Billigung erfahren darf, zumal der rein finanzielle Schaden in der Regel durch eine Versicherung abgemildert wird.

Dass *Deadly Force* nach dem *American Law Institute* auch zur Abwehr einer Entführung zulässig sein soll, ist insofern bemerkenswert, denn je nach der einzelstaatlichen Definition setzt dieser Tatbestand nicht eine Gefährdung des Leben oder der körperliche Unversehrtheit des Opfers voraus. Deshalb wurde die Formulierung des MPC in diesem Punkt kritisiert. Vgl. Dressler, S. 251.

1784 LaFave, *Criminal Law*, § 10.4 b, m.w.N. Auch das *New York Penal Law* enthält dieses Prinzip, welches als klarer Ausdruck der Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit gesehen wird. Fletcher/Ohlin, S. 97. Wössner, *Die Notwehr*, S. 32 m.w.N. und S. 41 ff.

1785 Robinson, *Criminal Law*, § 131 (d) 2. Vgl. Dressler, *Criminal Law*, S. 192.

1786 Dubber, Einführung, S. 164, § 3.04 *Use of Force in Self-Protection (2) Limitations on Justifying Necessity for Use of Force (b)* „*The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily harm, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat; nor is it justifiable if: (i) the actor, with the purpose of causing death or serious bodily harm, provoked the use of force against himself in the same encounter.*“

1787 Fall des Notstands verwirft der *Code* auch bei der Notwehr die Regel, dass jemand eine Rechtfertigung verspielt, wenn er irgendeine auch noch so geringe Mitschuld an der Situation trägt, die ihn zu seiner zu rechtfertigenden Handlung verleitet hat: Dubber, Einführung, S. 165. Vgl. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4. Vol., Chicago 1979, S.186.

1788 Dubber, Einführung, S. 165. Siehe allgemein Beale, *Retreat from a Murderous Assault*, 16 Harv. L. Rev. 567 (1902).

1789 In Übereinstimmung mit dem *Restatement of Torts Second*, § 65. Vgl. zur dogmatischen Begründung dieser Ausnahme: Tentative Draft, S. 23 ff. Möglich wäre zwar die Rückzugsverpflichtung als logische Folge des der Notwehr immanenten Notwendigkeitserfordernisses anzusehen, denn bei Vorhandensein einer sicheren Rückzugsmöglichkeit kann der Angegriffene die lebensgefährdende Abwehrmaßnahme vermeiden, so dass deren Notwendigkeit entfällt. Dieser Ansatz erklärt jedoch nicht, warum eine Rückzugsverpflichtung ausschließlich bei lebensgefährdender Abwehr vorgeschaltet ist, obwohl bei Vorhandensein einer Rückzugsmöglichkeit auch die Notwendigkeit maßvoller Abwehrmaßnahmen in Frage steht. Ausschlaggebend kann der überragende Stellenwert des menschlichen Lebens sein, zu dessen Gunsten andere Rechtsgüter zurücktreten müssen (Vgl. *Restatement of Torts Second*, § 65). Das ansonsten angeführte Ehrargument, Rückzug sei stets feige und daher unzumutbar, kann die Rückzugsverpflichtung aus Sicht der Verfasser des MPC nicht entkräften. Ein anständiger und ehrenhafter Bürger würde die Tötung eines Angreifers trotz ungenutzter Rückzugsmöglichkeit im Nachhinein wesentlich mehr bedauern, als die Schmach, welche mit einem Rückzug möglicherweise verbunden ist. Im Übrigen beabsichtigen die Verfasser des Musterstrafgesetzbuches das

Übergabe einer Sache, an welcher dem Angreifer allerdings ein vermeintliches Besitzrecht zustehen muss, bzw. durch das Unterlassen einer Handlung, zu der er nicht verpflichtet ist, vermeiden kann.¹⁷⁹⁰ Trotzdem gilt die Rückzugsregel nicht ausnahmslos. Man muss sich nicht zurückziehen, wenn man zu Hause¹⁷⁹¹ oder am Arbeitsplatz angegriffen wird.¹⁷⁹² Diese Ausnahme hat wiederum ihre eigenen Rückausnahmen: erstens muss man sich auch zu Hause oder am Arbeitsplatz zurückziehen, wenn man den Streit angefangen hat¹⁷⁹³ und, zweitens muss man sich am Arbeitsplatz zurückziehen, wenn man von einem Arbeitskollegen angegriffen wird (§ 3.04(2)(b)(ii)(1))¹⁷⁹⁴ (nicht aber wenn man zu Hause von einem Mitbewohner angegriffen wird)¹⁷⁹⁵. Neben der Haus- oder Arbeitsplatzausnahme mit all ihren Rückausnahmen zur generellen Rücktrittsregel gibt es zusätzlich noch eine Polizeiausnahme (§ 3.04(2)(b)(ii)(2)).¹⁷⁹⁶

Augenmerk der Bevölkerung auf die staatlichen Konfliktlösungsmechanismen zu richten und das Kräftenessen innerhalb der Bevölkerung auf den Bereich der nicht lebensgefährdenden Abwehrmaßnahmen zu beschränken.

1790 § 3.04(2)(b)(ii): *Use of Force in Self-Protection. (2) Limitations on Justifying Necessity for Use of Force (b)* "The use of deadly force is not justifiable under this Section [] if [] (ii) the actor knows that he can avoid the necessity of using such force with complete safety by retreating or by surrendering possession of a thing to a person asserting a claim of right thereto or by complying with a demand that he abstain from any action which he has no duty to take".

1791 Also in seinem „Wohnsitz“ (*dwelling*), d.h. „jedem Gebäude oder jeder Struktur, selbst wenn beweglich oder nur vorübergehend errichtet, oder einem Teil davon, in dem der Handelnde zur Zeit eine Wohnung oder Unterkunft bezieht.“ Dubber, Einführung, Note 119, S. 167. Siehe die Definition in § 3.11(3) MPC „*dwelling*“ means any building or structure, though movable or temporary, or a portion thereof, which is for the time being the actor's home or place of lodging“.

1792 Die Verfasser des Musterstrafgesetzes erkennen zwar an, dass in persönlich emotionaler Hinsicht erhebliche Unterschiede zwischen dem häuslichen Bereich und dem Arbeitsplatz bestehen, sehen aber dennoch derart viele praktische Gemeinsamkeiten zwischen diesen beiden Bereichen, dass sie eine Unterscheidung ablehnten. Wössner, Die Notwehr, S. 102. Vgl.: Tentative Draft, S. 25. § 3.04(2)(b)(ii)(1) MPC: *Use of Force in Self-Protection. (2) Limitations on Justifying Necessity for Use of Force (b)* "The use of deadly force is not justifiable under this Section [] if [] (ii) the actor knows that he can avoid the necessity of using such force with complete safety by retreating or by surrendering possession of a thing to a person asserting a claim of right thereto or by complying with a demand that he abstain from any action which he has no duty to take, except that: (1) the actor is not obliged to retreat from his dwelling or place of work, unless he was the initial aggressor or is assailed in his place of work by another person whose place of work the actor knows it to be“.

1793 Diese Ausnahmeregelung zur Provokation befasst sich nur mit Fällen, in denen der Handelnde den Streit mit der Absicht anzettelte, den anderen zu töten oder schwer zu verletzen. § 3.04(2)(b) „*The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily harm, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat; nor is it justifiable if: (i) the actor, with the purpose of causing death or serious bodily harm, provoked the use of force against himself in the same encounter*“.

1794 § 3.04 MPC (2)(b)(ii)(1): „*the actor is not obliged to retreat from his dwelling or place of work, unless he was the initial aggressor or is assailed in his place of work by another person whose place of work the actor knows it to be*.“

1795 Die Einschränkung am Arbeitsplatz gilt nicht gegenüber einem am gleichen Ort beschäftigten Arbeitskollegen. Interessanterweise gibt es keine vergleichbare Einschränkung gegenüber in der Wohnung lebenden Familienangehörigen oder Mitbewohnern. Diese vermeintliche Ungleichbehandlung von Arbeitskollegen und Familienangehörigen beruht jedoch auf einer bewussten Entscheidung der Verfasser. Wössner, Die Notwehr, S. 102. Vgl.: American Law Institute, Model Penal Code, Proposed Official Draft, 1962, S. 49.

1796 Ein Polizist dürfte beispielsweise tödliche Gewalt gegen jemanden anwenden, der sich einer Festnahme mit tödlicher Gewalt widersetzt (also indem er z.B. eine Waffe zückt) und müsste sich nicht zurückziehen oder sein Vorhaben aufgeben, um auf eine bessere Gelegenheit zu warten, obwohl ein sicherer Rückzug möglich wäre (Dies gilt sogar dann, wenn die Festnahme rechtswidrig ist). Alle anderen Regelungen und Eingrenzungen für den Einsatz tödlicher Gewalt bleiben jedoch bestehen. So sind auch ein Polizist und eventuelle private Helfer an die allgemeine Regelung gebunden, dass die Anwendung tödlicher Gewalt gegen jemand, der sich der Festnahme widersetzt, nur dann zulässig ist, wenn er glaubt, solche Gewalt sei erforderlich, um sich gegen Tod, schwere Körperverletzung, Entführung oder Vergewaltigung zu schützen (§ 3.04(2)(b)). Dubber, Einführung, S. 167 f. Die Ausnahme für Polizeibeamte soll nach Intention der Verfasser zur reibungslosen polizeilichen Aufgabenerfüllung beitragen. Vgl.: Honig, S. 39; Vgl.: Tentative Draft, S. 25. Siehe § 3.04 MPC (2)(b)(ii)(2) „*a public officer justified in using force in the performance of his duties or a person justified in using force in his assistance or a person justified in using force in making an arrest or preventing an escape is not obliged to*

Obwohl viele amerikanische Jurisdiktionen den Verfassern des Musterstrafgesetzes nicht vollkommen gefolgt sind, wird auch in vielen amerikanischen Bundesstaaten jedenfalls im Hinblick auf Maßnahmen zur Verteidigung der körperlichen Unversehrtheit eine grundsätzliche Tendenz zur Beschränkung tödlicher Verteidigungsmittel auf die Abwehr von lebensgefährdenden Angriffen für das Opfer bzw. auf die Abwehr besonders aufgezählter, schwerer Delikte umgesetzt.¹⁷⁹⁷

2.2. Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten. Insbesondere die Verteidigung des Hausrechts

Wie bereits erwähnt, sind lebensgefährdende Abwehrmaßnahmen nach allgemeinen Grundsätzen nur zulässig, wenn der Angegriffene zur Abwehr schwerer Verletzungen tätig wird. Demnach ist die Sachwertverteidigung¹⁷⁹⁸ auf den Einsatz maßvoller, nicht lebensgefährlicher Maßnahmen¹⁷⁹⁹ beschränkt,¹⁸⁰⁰ da ein Menschenleben jedenfalls für die Gesellschaft stets wertvoller ist als einzelne Sachwerte.¹⁸⁰¹

Dieser allgemeine Grundsatz zur Verteidigung beweglicher Sachwerte wurde vom Musterstrafgesetz übernommen, welches in § 3.06 MPC¹⁸⁰² zur Verteidigung von Sachwerten keine

desist from efforts to perform such duty, effect such arrest or prevent such escape because of resistance or threatened resistance by or on behalf of the person against whom such action is directed.“

1797 Wössner, Die Notwehr, S. 117. Vgl. z.B. § 35.15.2 (a)(b) New York Penal Code; § 9.32 (a) Texas Penal Code; § 197 California Penal Code.

1798 Die einzelnen Strafgesetze weichen in diesem Punkt jedoch erheblich von diesem allgemeinen Grundsatz und auch voneinander ab. Vgl. dazu auch: Wintzer, Notwehrsituationen, S. 91.

1799 LaFave, S. 491; Note, 59 Colum.L.Rev. 1215; Fletcher; Rethinking, S. 860. Ob in diesem Zusammenhang auch Todesdrohungen unzulässig sind, wird nicht einheitlich beantwortet. Vgl.: Note, 59 Colum. L.Rev. 1215.

1800 Die einzelnen Strafgesetze weichen in diesem Punkt jedoch erheblich von diesem allgemeinen Grundsatz und auch voneinander ab. Vgl. dazu auch: Wintzer, Notwehrsituationen, S. 91. Auch solche Maßnahmen sind nur zulässig, wenn der Angreifer erfolglos dazu aufgefordert wurde, das beeinträchtigende Verhalten zu unterlassen, bzw. wenn eine solche an den Angreifer gerichtete Aufforderung offensichtlich ohne Erfolg bleiben wird oder bereits eine wesentliche Beschädigung eingetreten ist, bevor eine solche Aufforderung möglich ist. Vgl.: Robinson, Defenses, S. 107, 108.

1801 Jacobs, Privileges for the Use of Deadly Force against a Residence-Intruder: A Comparison of the Jewish Law and the United States Common Law, 63 Temp.L.Rev. 45; McClurg, u. a., Gun Control and Gun Rights, New York 2002, S. 4.

1802 § 3.06 MPC erfasst lediglich Sachverhalte, die entweder die Verteidigung unbeweglicher Sachen in Form des Hausrechts betreffen [§ 3.06(3)(d)(i) MPC betrifft Konstellationen, in denen der Angegriffene von einem Eindringling aus seiner Wohnung verdrängt wird. Vgl.: Honig, S. 42] oder die neben dem Schutz von Sachwerten [§ 3.06(3)(d)(ii) MPC bezieht sich auf die Abwehr von Brandstiftung, Einbruch, Raub, verbrecherischer Eigentumsaneignung oder -zerstörung. Vgl.: Honig, S. 42] zusätzlich den Schutz gegen lebensgefährdende Gewalt oder schwere Körperverletzungen voraussetzen. § 3.06(3)(d)(ii) MPC fordert zusätzlich, dass lebensgefährdende Gewalt (§ 3.06(3)(d)(ii) (A) MPC) oder schwere Körperverletzungen drohen des Hausrechts betreffen [§ 3.06(3)(d)(i) MPC betrifft Konstellationen, in denen der Angegriffene von einem Eindringling aus seiner Wohnung verdrängt wird. Vgl.: Honig, S. 42] oder die neben dem Schutz von Sachwerten [§ 3.06(3)(d)(ii) MPC bezieht sich auf die Abwehr von Brandstiftung, Einbruch, Raub, verbrecherischer Eigentumsaneignung oder -zerstörung. Vgl.: Honig, S. 42] zusätzlich den Schutz gegen lebensgefährdende Gewalt oder schwere Körperverletzungen voraussetzen. § 3.06(3)(d)(ii) MPC fordert zusätzlich, dass lebensgefährdende Gewalt (§ 3.06(3)(d)(ii) (A) MPC) oder schwere Körperverletzungen drohen (§ 3.06(3)(d)(ii) (B) MPC). Diese Regelung war im Tentative Draft aus dem Jahr 1958 noch nicht enthalten, sondern wurde erst durch den Proposed Official Draft im Jahr 1962 eingeführt. Die Verfasser handelten dabei in der Absicht, die Zulässigkeit lebensgefährdender Abwehrmaßnahmen über den in § 3.04 (2) (b) MPC erfassten Kreis zu erweitern. Vgl.: Proposed Official Draft, S. 55, 56. Da also § 3.06(3)(d) (ii) MPC Aspekte der Sach- und Personenverteidigung verbindet, kann er nicht zu den Fällen der Sachverteidigung im eigentlichen Sinne gerechnet werden. Wössner, Die Notwehr, S. 120.

gesonderte Regelung für den Einsatz lebensgefährdender Maßnahmen enthält, die die Tötung eines Angreifers ausschließlich zur Sachwertverteidigung gestattet.¹⁸⁰³ Diese lebensschützende Tendenz hat aber auch in das in den USA geltende Recht überwiegend Eingang gefunden.¹⁸⁰⁴

Entgegen der grundsätzlichen Tendenz des amerikanischen Notwehrrechts zur Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden die Abwehrrechte des Angegriffenen im Zusammenhang mit unbeweglichen Sachwerten, insbesondere der Behausung, auffallend weit gefasst.¹⁸⁰⁵ Wenn auch ein bloßer Hausfriedensbruch in der Regel noch keine Rechtfertigung für den Einsatz tödlicher Abwehrmaßnahmen bietet,¹⁸⁰⁶ so sind doch in diesem Zusammenhang zwei wesentliche Ausnahmen von Bedeutung, die unter die Begriffe „*Defense of Premises*“-Privileg und „*Castle*“-Doktrin gefasst werden können.¹⁸⁰⁷

Unter der Bezeichnung „*Defense of Premises*“-Privileg werden alle Ansätze zusammengefasst, welche die Rechtfertigung der tödlichen Abwehr wesentlich davon abhängig machen, dass der Angreifer unzulässigerweise versucht, das Grundstück bzw. die Behausung des Opfers zu betreten oder das Opfer aus dieser Sphäre zu verdrängen.¹⁸⁰⁸ Auch in diesen Fällen ist die Tötung des Angreifers aber unabhängig davon zulässig, ob eine tatsächliche oder vermeintliche Bedrohung für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Angegriffenen besteht.¹⁸⁰⁹ Der mögliche Schaden etwa an Leben oder an Körper des Angreifers wiegt damit schwerer als die Beeinträchtigung auf Seiten des Opfers.¹⁸¹⁰

In diesem Zusammenhang betrifft eine weitere Besonderheit die Frage nach einer Verpflichtung des Angegriffenen zum Rückzug. In vielen Jurisdiktionen ist die Tötung eines Angreifers nur zulässig, wenn der Angegriffene im Zeitpunkt der Abwehr „mit dem Rücken zur Wand“ steht und

1803 § 3.06 MPC, welcher die Verteidigung von Sachwerten regelt, trifft im Unterabschnitt (3)(d) zum Gebrauch lebensgefährdender Abwehrmaßnahmen keine Aussage darüber, ob und wann die Tötung eines Angreifers zur Verteidigung beweglicher Sachwerte zulässig sein soll. Jedenfalls nach der Konzeption des Musterstrafgesetzes, kann die Vornahme lebensgefährdender Maßnahmen keine Rechtfertigung erfahren, wenn sie ausschließlich zur Verteidigung beweglicher Sachwerte erfolgt. Wössner, Die Notwehr, S. 119. So auch die Stellungnahme der Berichterstatter zum Tentative Draft. Vgl.: Tentative Draft, S. 36.

1804 Vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 129.

1805 LaFave, S. 505; Note, 59 Colum. L.Rev. 1215, 1217.

1806 Am. Jur., Assault and Battery, § 141, S. 119.

1807 Wössner, Die Notwehr, S. 131.

1808 Zwar müssen zu diesem unzulässigen Betreten regelmäßig weitere erschwerende Umstände hinzutreten, wie etwa eine besondere Gewaltanwendung beim Eindringen oder die Absicht in den betreffenden Räumlichkeiten eine besonders gravierende Straftat zu begehen (Vgl.: LaFave, S. 505.), diese erschwerenden Umstände müssen jedoch nicht das Ausmaß einer Lebensgefährdung für den Angegriffenen erreichen. Vgl. Green, 99 U.Ill.L.Rev. 9.

1809 Vgl. Green, 99 U.Ill.L.Rev. 9.

1810 Vor diesem Hintergrund stellt das „*Defense of Premises*“-Privileg eine Ausnahme von dem das Recht der Notwehr ansonsten durchziehenden Proportionalitätsgrundsatz dar. Wössner, Die Notwehr, S. 132. Ursprünglich beruhte diese Besonderheit darauf, dass ein Angriff auf eine Behausung stets auch einen Angriff auf die Bewohner selbst darstellt. LaFave, S. 505; Note, 59 Colum.L.Rev. 1216; Herrmann, ZStW 93, 644. In letzter Zeit wird der Angriff auf eine Behausung mehr und mehr als Angriff auf Sacheigentum verstanden, trotzdem bleiben die Sonderrechte des „*Defense of Premises*“-Privilegs weiter erhalten. Note, 59 Colum.L.Rev. 1216, etwa in den Fällen, in welchen das besonders weitreichende Abwehrrecht unabhängig von einer Gefährdung der Hausbewohner gewährt wird.

keine sichere Rückzugsmöglichkeit ersichtlich ist. Eine wesentliche Ausnahme von diesem Grundsatz bildet die innerhalb der Behausung des Angegriffenen geltende „*Castle*“-Doktrin, welche den Einsatz lebensgefährdender oder tödlicher Abwehrmaßnahmen unabhängig von bestehenden Rückzugsmöglichkeiten gewährt.¹⁸¹¹

Relativ moderat ist insofern die Lösung des Musterstrafgesetzes.¹⁸¹² Dabei enthält § 3.06 einen Abschnitt über die „Anwendung von tödlicher Gewalt“ bei der Verteidigung von Eigentum, der zwei besondere Ausnahmen zu der allgemeinen Regel festlegt, dass Leben nicht für Eigentum geopfert werden darf. Die Anwendung tödlicher Gewalt kann nach § 3.06(3)(d) nicht gerechtfertigt werden, es sei denn, der Handelnde nimmt an, dass: (i) derjenige, gegen den er Gewalt anwendet, ihm seine Wohnstätte entziehen will, ohne sich hierbei auf einen rechtlichen Besitzanspruch zu berufen; oder (ii) derjenige, gegen den er Gewalt anwendet, versucht Brandstiftung, Einbruch, Raub oder einen anderen Verbrechen des Diebstahls oder der Eigentumszerstörung zu begehen oder zu vollenden und dieser (1) tödliche Gewalt gegen den Handelnden oder in dessen Gegenwart gegen einen anderen angewendet oder angedroht hat; oder (2) die Anwendung nicht tödlicher Gewalt, um die Begehung oder Vollendung der Straftat zu verhindern, den Handelnden oder einen anderen in seiner Gegenwart einer erheblichen Gefahr der schweren Körperverletzung aussetzen würde.¹⁸¹³

Da die unter § 3.06(3)(d)(ii) MPC erfassten Sachverhalte (unter anderem Brandstiftung, Einbruch und Raub)¹⁸¹⁴ neben den jeweiligen Eigentumsdelikten die Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit des Angegriffenen voraussetzen,¹⁸¹⁵ geht man davon aus, dass § 3.06 damit die Sachverteidigung im eigentlichen Sinne nicht regelt.¹⁸¹⁶

Die einzige Vorschrift, welche den Einsatz lebensgefährdender Abwehrmaßnahmen bei der Sachwertverteidigung unabhängig von einer weiteren Gewaltanwendung oder Drohung rechtfertigen kann, wenn der Angreifer den Angegriffenen aus seiner Wohnung verdrängt, ohne sich dabei auf ein eigenes Besitzrecht zu berufen, enthält der MPC in § 3.06(3)(d)(i).¹⁸¹⁷ Diese Norm

1811 Green, 99 U.Ill.L.Rev. 9.

1812 Wössner, Die Notwehr, S. 140.

1813 Dubber, Einführung, S. 161. § 3.06(3)(d). *Use of Deadly Force*. „*The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that: (i) the person against whom the force is used is attempting to dispossess him of his dwelling otherwise than under a claim of right to its possession; or (ii) the person against whom the force is used is attempting to commit or consummate arson, burglary, robbery or other felonious theft or property destruction and either: (1) has employed or threatened deadly force against or in the presence of the actor; or (2) the use of force other than deadly force to prevent the commission or the consummation of the crime would expose the actor or another in his presence to substantial danger of serious bodily harm.*“

1814 Vgl. Honig, S. 42.

1815 Vgl. § 3.06(3)(d)(ii)(A) und (B) MPC, die voraussetzen, dass der Angreifer entweder lebensgefährdende Gewalt angewendet oder angedroht hat oder dass dem Angegriffenen schwere Körperverletzungen drohen. Vgl.: Honig, S. 42.

1816 Wössner, Die Notwehr, S. 132 f. u. 120.

1817 Die Norm regelt demnach in ihrem Kern die Zulässigkeit von lebensgefährlichen Abwehrmaßnahmen im Zusammenhang mit unbeweglichen Sachwerten bzw. dem Hausrecht. Eine Ausweitung des § 3.06(3)(d)(i) MPC auf den

bildet daher eine deutliche Ausnahme innerhalb des Musterstrafgesetzbuches.^{1818 1819}

Im Übrigen geht man ohnehin davon aus, dass § 3.06(3)(d)(i) MPC in der Praxis nicht von großer Relevanz sein wird, da sich der Eindringling in einer derartigen Situation regelmäßig auf ein Besitzrecht berufen wird, so dass dem Angegriffenen regelmäßig kein Tötungsrecht zur Verfügung stehen wird.¹⁸²⁰

Schließlich sieht § 3.06(5) MPC eine spezielle Regelung für den Einsatz von eigentumserschützenden Vorrichtungen vor, welche die Tötung eines Menschen mittels einer Selbstschussanlage oder einen sonstigen Schutzmechanismus unter allen Umständen für strafbar erklärt, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen.¹⁸²¹

3. Das subjektive Rechtfertigungselement

In der Rechtslehre besteht Konsens darüber, dass der Verteidiger vom Vorliegen eines Angriffs weiß, und dass er mit dem Willen handelt, ihn zu abwehren.¹⁸²² So muss der Verteidiger auch im US-amerikanischen Rechtssystem die Notwehrlage ehrlich (*honestly*) und vernünftig (*reasonably*) wahrnehmen, wenn die drohende Verletzung genügend groß und unmittelbar ist, dass sie die Gewaltanwendung rechtfertigt.¹⁸²³

In diesem Sinne ist hier zu betonen, dass in den Vereinigten Staaten das positive Recht zur

lediglich gewaltsam Eindringenden haben die Verfasser bewusst abgelehnt. Vgl.: Tentative Draft, S. 39. Der Begriff der Wohnung erfasst dabei nach § 3.11(3) MPC Gebäude, Räume oder deren Teile, in denen der Handelnde gegenwärtig seine Wohnung oder Unterkunft hat, selbst wenn es sich um bewegliche oder nur vorübergehende Konstruktionen handelt. Vgl.: Honig, S. 50. Damit sind etwa auch Zelte, Wohnwagen und Hotelzimmer von dem weitgehenden Verteidigungsrecht des § 3.06(3)(d)(i) MPC erfasst. Vgl. Tentative Draft, S. 40. Green, 99 U.Ill.L.Rev. 17, bezeichnet diese Regel als die „*Shoot the Dispossessor*“-Variante der „*Defense of Premises*“-Besonderheit.

1818 Vgl. Model Penal Code and Commentaries, S. 91. Auch diese moderate Lösung bedeutet allerdings innerhalb des Gefüges des Musterstrafgesetzbuches eine bemerkenswerte Ausnahme, indem das Recht zum Einsatz lebensgefährdender Abwehrmaßnahmen ansonsten im Rahmen der Sachverteidigung nicht gewährt wird. Wössner, Die Notwehr, S. 140.

1819 Das Tötungsrecht des aus seiner Behausung Vertriebenen beruht nach der Begründung im Tentative Draft darauf, dass die unzulässige Vertreibung aus der eigenen Behausung mit zu den schlimmstmöglichen Demütigungen gehört und dass unter derartigen Umständen auch stets eine Gefährdung des Lebens des Angegriffenen im Raum steht. Tentative Draft, S. 39; Model Penal Code and Commentaries, S. 92, 93. Die Verfasser des Musterstrafgesetzes folgten an dieser Stelle der in der Rechtsprechung schon länger vertretenen These, dass kein Bürger dazu verpflichtet werden kann, als Flüchtling aus seinem eigenen Heim auf der Straße oder auf freiem Feld zu kampieren. Vgl.: Richter Cardozo, *People v. Tomlins*, 213 N.Y. 240, 107 N.E. 496 (1914).

1820 Tentative Draft, S. 39, 40. Selbst ein vermeintliches, tatsächlich aber nicht bestehendes Besitzrecht steht unter diesen Umständen dem tödlichen Abwehrrecht entgegen. Der Angegriffene muss sich nur grundsätzlich dessen bewusst sein, dass sich der Eindringling auf ein Besitzrecht beruft. Die Vorgabe des Musterstrafgesetzes im Hinblick auf die Verteidigung des häuslichen Bereichs wurde in vier Bundesstaaten ganz oder teilweise übernommen. Nur teilweise: Kentucky (§ 503.080(2)(a) Ky.Rev.Stat. Ann.), New Jersey (§ 2C:3-6(b)(3)(a) N.J.Stat. Ann.) und Pennsylvania (tit. 18, § 507(c)(4)(ii)(A) Pa.Cons.Stat. Ann.), wo neben der Vertreibung aus der Behausung auch andere Tatbestände erfasst sind. Deutlicher: Nebraska (§ 28-1411(6)(a) Neb.Rev.Stat.). Vgl. auch: Green, 99 U.Ill.L.Rev. 17. Andere Bundesstaaten, wie New York, Texas und Kalifornien haben sich jedoch für grundsätzlich andere Modelle entschieden. Dazu eingehend Wössner, Die Notwehr, S. 134 ff.

1821 Wössner, Die Notwehr, S. 188. Siehe oben, „Die antizipierte Notwehr“, S. 233 f.

1822 Fletcher, Notwehr, S. 47.

1823 Dix, Self-Defense, S.947. Nur „*reasonable belief*“: Dressler, Criminal Law. S. 194.

Beurteilung der Notwehrlage in der Regel eine ex-ante-Betrachtung unter Berücksichtigung des vernünftigen Glaubens des Täters erfordert. So verfolgen Rechtsprechung und Rechtslehre diese Betrachtungsweise. Bezieht sich die Entscheidung über das Vorliegen der Notwehrlage auf eine ex-post-Sichtweise, so wird sie „außerhalb“ der Notwehrlage fallen, denn das Urteil gründet sich hier auf alle bekannten Umstände, d.h. sowohl die Umstände, die dem Täter zur Zeit des Tatgeschehens bekannt waren als auch die Umstände, die nachträglich erkannt worden sind.

Wird dagegen eine ex-ante-Sicht angenommen, dann muss sich der Richter in die Lage des Täters hineinversetzen und herausfinden, was der Täter zur Zeit des Tatgeschehens kannte oder was er vernünftigerweise hätte wissen können bzw. hätte wissen müssen. Hier wird also die Kenntnis der Notwehrlage seitens des Täters ermittelt. Diese Frage wird von der US-amerikanischen Rechtslehre oft im Zusammenhang mit dem Verteidigungswillen des Täters behandelt.

Im US-amerikanischen Strafrechtssystem, vor allem beim MPC, wird bei allen Rechtfertigungsgründen eine bestimmte Vorsatzform angenommen. Bei ihrem Fehlen wird das Rechtfertigungsgrund abgelehnt.¹⁸²⁴ In diesem Sinne wird nach § 3.04 MPC die Anwendung von Gewalt zur Selbstverteidigung als Notwehr angenommen, wenn der Täter glaubt, diese Gewalt sei erforderlich, um sich gegen einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff zu wehren.¹⁸²⁵ Dieser Glaube soll zur Zeit der Verteidigung „gegenwärtig“ (*actually*) sein.¹⁸²⁶ Durch seine Wortwahl fordert der MPC einen „Glauben“ (*believes*) und nicht einen „Wissen“, d.h. einen richtigen Glauben.¹⁸²⁷ Daraus lässt sich folgern, dass dabei auch Irrtümer erlaubt sind.¹⁸²⁸ Anders als beim *Common Law* setzt der MPC nicht ausdrücklich voraus, dass die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes „vernünftig“ (*reasonable*) sein muss, um das Verhalten des Täters trotzdem zu rechtfertigen.¹⁸²⁹ Allerdings geht hier die h.L. daraus, dass der Täter „vernünftig glaubt“ (*reasonably believes*), sich in einer Notwehrlage zu befinden.¹⁸³⁰ Einen Anknüpfungspunkt dafür bietet die in § 1.13 (16) MPC enthaltene allgemeine Definition. Demnach ist eine Annahme im

1824 Dubber, Einführung, S. 143.

1825 Dubber, Einführung, S. 143. Vgl. Fletcher, Notwehr, S. 39. Welke, ZRP 37 (2004) 15 (16). § 3.04 MPC (1) *Use of Force in Self-Protection: Use of Force Justifiable for Protection of the Person*. „Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09, the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion“.

1826 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (c).

1827 Im Unterschied dazu etwa § 2.02(2)(b)(i) MPC, der das Wissen („*knowingly*“) im Hinblick auf begleitende Umstände als „Bewusstsein der Existenz der Umstände“ definiert („*A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist*“). Dubber, Einführung, S. 143.

1828 Dubber, Einführung, S. 143.

1829 Dubber, Einführung, S. 143 f., der bemerkt, dass im *common law*-System und in vielen amerikanischen Staaten die unrichtige aber vernünftige Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes für dessen Anerkennung ausreichen.

1830 LaFave, Criminal Law, § 10.4 (a).

Sinne des MPC vernünftig, wenn sie nicht auf Rücksichtslosigkeit oder Fahrlässigkeit des Handelnden beruht.¹⁸³¹ Daraus ergibt sich, dass nach dem MPC Annahmen - wenngleich unrichtige - hinsichtlich der Voraussetzungen der Notwehrlage ausreichend für eine Rechtfertigung sind, wenn sie zumindest vernünftig sind.¹⁸³²

Sollte nachträglich festgestellt werden, dass zur Zeit der Tat die Voraussetzungen der Notwehr nur nach Ansicht des Täters vorlagen, tatsächlich aber nicht gegeben waren, dann ist es zu überprüfen, ob nach den Regeln über rücksichtslose und fahrlässige Irrtümer eine Rechtfertigung durch Notwehr bejaht werden kann.¹⁸³³ Ist der Irrtum weder rücksichtslos noch fahrlässig, und somit vernünftig (*reasonable*), so stellt dieser kein Hindernis zur Annahme einer Rechtfertigung dar.¹⁸³⁴ Irrt sich der Täter rücksichtslos oder fahrlässig, also unvernünftig, kann er nur wegen rücksichtsloser oder fahrlässiger Delikte verantwortlich gemacht werden.¹⁸³⁵ Daher steht ihm die *defense* der Notwehr gegen eine Verurteilung für vorsätzliche Delikte im Einzelfall noch zur Verfügung.¹⁸³⁶

Glaubt die Täterin im Fall der „*battered-woman*“ ehrlich aber unvernünftig (*unreasonable*) einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit ausgesetzt zu sein, weil sie auf Grund des „*battered-woman syndrome*“ die Notwendigkeit der Notwehrhandlung falsch einschätzte, so kann sie bei einigen US-amerikanischen Jurisdiktionen nicht wegen Mord (*murder*), sondern wegen Totschlags (*manslaughter*) verurteilt werden.¹⁸³⁷

Werden subjektive Kriterien zur Feststellung der Vernünftigkeit des Glaubens der Täterin angewendet, dann wird Notwehr in den meisten Fällen bereits aufgrund von Irrtümern

1831 § 1.13 (16) MPC „*reasonably believes*“ or *reasonable belief*“ designates a belief which the actor is not reckless or negligent in holding“.

1832 Auch wenn der Code einerseits in seinem Abschnitt zu den Rechtfertigungsgründen solche Fälle behandelt, in denen der Handelnde irrtümlich Umstände oder die Erforderlichkeit einer Gewaltanwendung annimmt, stellt der Kommentar andererseits fest, dass in bestimmten Fällen der Putativnotwehr dem Handelnden eher ein Entschuldigungsgrund als ein echter Rechtfertigungsgrund zur Verfügung stehe. Komm., Art. 3. Einleitung, S. 2-3. Die Verfasser eines neuen Musterstrafgesetzbuchs für den Bund, welches sich stark am *Model Penal Code* orientiert, haben den Fall der Putativnotwehr sowie alle anderen Fälle, bei denen sich der Handelnde über die äußeren Umstände einer Rechtfertigungs- oder Entschuldigungslage irrt, als Entschuldigungsgrund eingestuft. Dubber, Einführung, Fn. 60, S. 156 f. m.w.N. Proposed New Fed. Crim. Code § 608 (1971); siehe ebenso *State v. Leidholm*, 334 N. W.2d 811 (N. D. 1983) (unter Anwendung von North Dakota Crim. Code § 12.1-05-08, auf Grundlage von Proposed New Fed. Crim. Code § 608).

1833 Dubber, Einführung, S. 152. Vgl. § 3.09 MPC *Mistake of Law as to Unlawfulness of Force or Legality of Arrest; Reckless or Negligent Use of Otherwise Justifiable Force; Reckless or Negligent Injury or Risk of Injury to Innocent Persons*. Vgl. auch der allgemeine Irrtumsregel in § 2.04 MPC *Ignorance or Mistake*.

1834 Dubber, Einführung, S. 151.

1835 § 3.09 (2) MPC „*When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief which is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.*“ Dubber, Einführung, S. 151.

1836 Dubber, Einführung, S. 143 f. Siehe dazu bereits oben S. 227 f. und S. 261.

1837 Hempel, *Battered Women*, S. 83 f.

angenommen, was die theoretische Grundlage jedes Rechtfertigungsgrundes widerspricht.¹⁸³⁸ Unter anderem würde dies zu einer „Notwehr- gegen Notwehr“-Situation führen, denn hier dem vermeintlichen „Angreifer“ käme ein (echtes) Notwehrrecht zu.¹⁸³⁹

Neben der Kenntnis muss der Täter noch den Willen oder die „Absicht“ (*purpose*) haben, sich vor einem Angriff zu schützen.¹⁸⁴⁰ Hat der Täter neben dem Verteidigungswillen noch andere Beweggründe für die Gewaltanwendung, wie Hass oder Freude, wird ihm Notwehr beim Vorliegen der anderen Voraussetzungen trotzdem anerkannt.¹⁸⁴¹

Wenn alle anderen Voraussetzungen vorliegen, der Verteidigungswille aber fehlt, weil der Täter mit böswilliger Absicht (*malice aforethought or purpose*) handelt, wird er nicht wegen Mordes (*murder*) sondern wegen Totschlages (*manslaughter*) verurteilt. Es geht hierbei um die sog. „*imperfect Self-Defense*“ als „*mens rea*“-Prozessverteidigung, welche nur in Mordfällen anerkannt wird.¹⁸⁴²

Nach ständiger Rechtsprechung muss der Verteidiger „vernünftig glauben“ (*reasonable believes*), sich vor einem rechtswidrigen und gegenwärtigen Angriff zu befinden, und dass die Verteidigung erforderlich ist, um diesen Angriff abzuwehren.

Der Glaube des Verteidigers soll aber auf tatsächlichen Umständen beruhen. „*These beliefs must not only have been honestly entertained, but also objectively reasonable in the light of the surrounding circumstances. It is clear that no less than a concurrence of these elements will suffice.*“¹⁸⁴³ In diesem Sinne: *That the belief must be reasonable, however, in that the circumstances as they appeared to the defendant would create such a belief in the mind of a person of ordinary firmness.*“¹⁸⁴⁴

So bemerkt der *New Yorker Court of Appeals* im Fall *People v. Goetz* in Bezug auf den Begriff „*reasonably believes*“ im § 35.15 (1) des *N.Y. Penal Law*: „*the clear intent of the Legislature, in enacting section 35.15, to retain an objective element as part of any provision authorizing the use of deadly physical force.*“¹⁸⁴⁵

Dort wird mit Rücksicht auf die vorangegangene Rechtsprechung erklärt, dass sich der vernünftige

1838 Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (32). Dies wäre gegen die objektive Natur der Rechtfertigungsgründe. Siehe Rosen, ebendort, S. 18 ff.

1839 Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (32).

1840 Dubber, Einführung, S. 152, der dies unter dem Titel Erforderlichkeit betont, dort aber zugleich von der „subjektive[n] Seite“ der Notwehr spricht.

1841 LaFave, *Criminal Law*, § 10.4 (c).

1842 Hall, *Criminal Law*, S. 236. Vgl. LaFave, *Criminal Law*, § 10.4 (c), wenn der Täter überhaupt nicht erkennt hat, dass er sich eigentlich in einer Notwehrlage befand.

1843 *U.S. v. Peterson* 1222 (1973).

1844 *State v. Norman*, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989).

1845 *People v. Goetz*, *New York Court of Appeals*, 63 N.Y. 2d 96, 497 N.E. 2d 41 (1986), in: Kadish/Schulhofer, *Criminal Law*, S.801 ff. m.w.N. über den Streit in den USA im Zusammenhang mit diesem Fall über die Frage, was unter dem Begriff *reasonable* zu verstehen sei.

Glauben des Täters auf eine „*reasonable basis, viewed objectively*“ aus Sicht „*of a man of ordinary courage in the circumstances surrounding the defendant at the time of the killing*“ beziehen muss.¹⁸⁴⁶ Hier ist von einem „*reasonable man*“ die Rede.

All dies steht der Auffassung entgegen, § 35.15 beziehe sich darauf, was der Täter (d.h. nicht ein objektiver Beobachter) zur Zeit der Tat glaubt, das vernünftig und erforderlich für seine Verteidigung ist.¹⁸⁴⁷

Im Fall *Betchel v. State*¹⁸⁴⁸ unterscheidet der *Court of Appeals* zwischen einem objektiven und einem subjektiven Standard über die „Vernünftigkeit“ des Glaubens des Täters über das Vorliegen einer Notwehrlage. Bei Anwendung von objektiven Kriterien stellt sich die Prüfung der Vernünftigkeit auf den Standpunkt einer „hypothetischen vernünftigen Person“. Bei Anwendung subjektiver Kriterien wird nun mehr dahingehend geprüft, ob die Umgebungsbedingungen zur Zeit des Tatgeschehens den ehrlichen bzw. vernünftigen Glauben des Täters ausreichend begründen, dass der Einsatz von Gewalt erforderlich war, um sich gegen einen unmittelbar bevorstehenden Verletzung zu verteidigen. Der *Court of appeals of Oklahoma* selbst wendet nach seinem eigenen Ermessen einen „hybriden“ Standard zur Prüfung der Vernünftigkeit des Glaubens des Täters an. Danach ist eine Notwehrlage zu bejahen, wenn eine vernünftige bzw. einsichtige Person (*reasonable person*) in denselben Umständen und vom Standpunkt des Täters vernünftig glauben können hätte, einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit ausgesetzt zu sein, wenngleich diese Gefahr vielleicht auch nicht wirklich war (*may not have been real*).¹⁸⁴⁹

Auch im Fall *State v. Stewart* wird dies bejaht: „*A self-defense instruction must be given if there is any evidence to support a claim of self-defense, even if that evidence consists solely of the defendant's testimony. State v. Hill, 242 Kan. 68, 78, 744 P.2d 1228 (1987).*“¹⁸⁵⁰

Abschließend kann festgehalten werden, dass, obwohl es allgemein Konsens darüber besteht, dass der irrige aber vernünftige Glauben des Täters über das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände Notwehr begründen kann, es erhebliche Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung darüber gibt, ob objektive oder der subjektive Standards für die Prüfung der „Vernünftigkeit“ des Glaubens des Täters angewendet werden sollen.¹⁸⁵¹

1846 Der *Court of Appeal* referiert sich an den Bericht der *Law Revision Commission* im Jahr 1937.

1847 Siehe: *People v. Goetz*, wo der *Court of Appeals* bejaht: „*We cannot lightly impute to the Legislature an intent to fundamentally alter the principles of justification to allow the perpetrator of a serious crime to go free simply because that person believed his actions were reasonable and necessary to prevent some perceived harm.*“

1848 Siehe: *Bechtel v. State*, 840 P.2d 1, 26-27 (Okl. Crim. App. 1992), Abschnitt 32 ff.

1849 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okl.Crim.App.1992), Abschnitt 34. Dort heißt es: „*Self-defense is a defense, although the danger to life or personal security may not have been real, if a reasonable person, in the circumstances and from the viewpoint of the defendant, would reasonably have believed that she was in imminent danger of death or great bodily harm.*“

1850 *State v. Stewart*, 243 Kan. 639, 763 P.2d 572 (1988).

1851 *Rosen*, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (31 f.).

IV. Abgrenzung zum Notstandsrecht

Die grundlegende Idee des Notstands sowie jedes Rechtfertigungsgrundes besteht darin, dass ein strafbares Verhalten unter bestimmten Umständen im Einklang mit der Rechtsordnung insgesamt nicht rechtswidrig ist.¹⁸⁵² Ein bestimmtes Verhalten läuft dann nicht der Rechtsordnung zuwider, wenn es zwar formal einen Straftatbestand erfüllt, aber gleichzeitig der allgemeine Zielsetzung des Rechts, Schäden und Übel abzuwenden, dient.¹⁸⁵³

Daher müssen außergewöhnliche Zustände gegeben sein. In diesem Sinne ist der Notstand (*necessity*) auf Situationen beschränkt die als „Notfall“¹⁸⁵⁴ bezeichnet werden können.¹⁸⁵⁵

Wie bereits ausgeführt, wird die Notwehrlage im US-amerikanischen Rechtssystem durch den Begriff „*threat*“ oder „*danger*“ charakterisiert. So ist kein Begriffsunterschied mit dem Gefahrenbegriff des Notstandes festzustellen. Trotzdem wird betont, dass die Notwehr im MPC im Gegensatz zum Notstand auf eine „unverzögliche Reaktion“ beschränkt ist. Daher kommt eine Präventivnotwehr im Gegensatz zum Präventivnotstand nicht in Frage.¹⁸⁵⁶

Im Unterschied zur Notwehr verlangt der MPC beim Notstand im Gegensatz zu anderen amerikanischen Gesetzen - etwa das *N.Y. Penal Law*¹⁸⁵⁷ - keine „Gegenwärtigkeit“¹⁸⁵⁸ des bevorstehenden Schadens.¹⁸⁵⁹ Der Notstand kann folglich auch die Abwendung eines zukünftigen Schadens rechtfertigen, wenn er wahrscheinlich und schwer genug ist. Als Beispiel zum Problem der Gegenwärtigkeit wird dabei der berühmte „Mignonette-Fall“, *Regina v. Dudley & Stephens*,¹⁸⁶⁰ vielfach zitiert.

Die allgemeinen Irrtumsregeln für Verteidigungsmöglichkeiten bzw. Notwehr¹⁸⁶¹ finden allerdings

1852 Vgl. Komm., § 3.02, S. 9-10.

1853 Dubber, Einführung, S. 145.

1854 N. Y. Penal Law § 35.05(2).

1855 Dubber, Einführung, S. 145.

1856 Dubber, Einführung, S. 158.

1857 § 35.05 (2) NY Penal Law.

1858 Es wird im Unterschied zu anderen Rechtfertigungsgründen nicht vorausgesehen, dass das in Rede stehende Verhalten „unverzögerlich erforderlich“ ist. Siehe z.B. § 3.04(1) (Notwehr); § 3.06(1) (Rechtfertigung bei Eigentumsdelikten); § 3.07(1) (Gewaltsame Vollstreckung).

1859 § 3.02 MPC *Justification Generally: Choice of Evils (1)* „*Conduct which the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that (a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged*“.

Die Kodifizierung einer allgemeinen Notstandsregel stellt eine Neuerung des MPC dar, welche im MPC als erster Rechtfertigungsgrund behandelt wird. Er bildet eine Art Auffangrechtfertigungsgrund, der immer dann in Betracht zu ziehen ist, wenn keine anderen Rechtfertigungsgründe eingreifen. Dubber, Einführung, S. 144. Die anderen Rechtfertigungsgründe konkretisieren also den Notstand in besonderen, und besonders häufigen Situationen. Etwa bei der Notwehrovorschrift hat der Gesetzgeber versucht, außergewöhnliche Umstände vorzusehen, unter denen das Festhalten am Gewaltverbot mehr Schaden als seine Verletzung anrichten würde. Dubber, Einführung, S. 145.

1860 14 Q. B. 273 (1884). In diesem Fall töteten und dann verzehrten drei schiffbrüchige Seeleute einen vierten. Sie wurden innerhalb von vier Tagen gerettet und überlebten. Der Kommentar streicht heraus, dass sie vermutlich in der Lage gewesen wären, noch einige Zeit zu überleben, ohne den anderen Seemann zu töten und dass der geopfert Seemann darüber hinaus ohnehin schon so schwach war, dass er wahrscheinlich auch ohne den Mord bald gestorben wäre. Komm., § 3.02, S. 16 Fn. 20.

1861 Vgl. § 3.09(2) MPC. Dazu S. 228, 263, 273.

auch beim Notstand Anwendung, so dass eine korrekte Einschätzung der gegebenen Umstände nicht unbedingt erforderlich ist.¹⁸⁶² Sogar der schlichte Glaube an die Erforderlichkeit reicht für eine Rechtfertigung über Notstand aus und wird nur durch die *imperfect defenses* im Falle eines rücksichtslosen und fahrlässigen Irrtum eingeschränkt.^{1863 1864}

Auch dann, wenn den Verteidiger ein Mitverschulden an der Situation trifft, die die Notstandshandlung erforderlich gemacht hat, lässt der MPC die Möglichkeit einer Rechtfertigung wegen Notstands offen und differenziert hier zwischen rücksichtsloser oder fahrlässiger Verursachung analog zu seiner Behandlung von Irrtümern im Hinblick auf Verteidigungsmöglichkeiten.¹⁸⁶⁵ Während das absichtliche oder wissentliche Provozieren einer Rechtfertigungslage einen Notstand nicht begründen kann, wird beim rücksichtslosen oder fahrlässigen Hervorrufen die Strafbarkeit auf rücksichtslos begehbare oder fahrlässige Delikte beschränkt.¹⁸⁶⁶

Bei der Notwehr richtet sich die Verteidigungshandlung nur gegen den Angreifer, welcher selbst rechtswidrige Gewalt anwendet.¹⁸⁶⁷ Daraus ergibt sich die Verbindung zwischen Zurechnung des Angriffs als rechtswidrige Handlung und Richtung der Verteidigungshandlung, welche sich gegen dieses Zurechnungszentrum richtet. So ist die Verteidigung nur gegen den Angreifer zulässig, was Notwehr vom Notstand unterscheidet.¹⁸⁶⁸ Die Zurechnung des Angriff zum Angreifer hat ferner zur Folge, dass das Notwehrrecht größere Befugnisse erteilt, d.h. die Verteidigungshandlung bei Notwehr größere Schaden in den Rechtsgütern des Angreifers erlaubt und sich nur mit der Grenze des Missverhältnisverbots einschränken lässt. Im Unterschied dazu besteht beim Notstand eine

1862 Komm., § 3.02, S. 19-22.

1863 Hätten Dudley und Stephens in Regina v. Dudley & Stephens die Erforderlichkeit der Tötung des vierten Mannes und der Gefahr ihres eigenen Todes falsch eingeschätzt, so wären sie laut MPC nicht wegen Mordes verantwortlich, der im Code Absicht oder Wissen voraussetzt. Je nach Art des Irrtums wären sie aber eventuell wegen Totschlags oder einer fahrlässigen Tötung strafbar. Dubber, Einführung, S. 148.

1864 In New York hingegen kommt ein Notstand nur für Verhalten in Betracht, das „als Notmaßnahme erforderlich ist“. Fehler bei der Einschätzung der Erforderlichkeit fallen also zu Lasten des Täters. N. Y. Penal Law § 35.05(2). Siehe People v. Craig, 78 N. Y.2d 616 (1991) (objektiver Test).

1865 Vgl. § 3.09 (2) MPC *Mistake of Law as to Unlawfulness of Force or Legality of Arrest; Reckless or Negligent Use of Otherwise Justifiable Force; Reckless or Negligent Injury or Risk of Injury to Innocent Persons.* „When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief which is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a Negligent Use of Otherwise Justifiable Force; Reckless or Negligent Injury or Risk of Injury to Innocent Persons. "When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief which is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability“.

1866 § 3.02(2) „When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.“

1867 Dubber, Einführung, S. 153.

1868 Leverick, Self-Defence, S. 6 f.

umgekehrte Verhältnismäßigkeitsabwägung, wonach das gerettete Rechtsgut dem durch die Abwehrmaßnahme geopfertem Rechtsgut wesentlich überwiegen muss.¹⁸⁶⁹

So ist ein Verhalten, das der Täter für notwendig hält, um einen Schaden oder ein Übel von sich oder einem anderen abzuwenden, gerechtfertigt, sofern (a) der Schaden oder das Übel, die er durch sein Verhalten abzuwenden sucht, größer sind als die, die durch das einschlägige Strafgesetz verhindert werden sollen, dessen Verletzung man dem Täter vorwirft.¹⁸⁷⁰

Eine irrtümliche Abwägung der beteiligten Interessen schließt beim MPC die Rechtfertigung aus.¹⁸⁷¹ Dabei lässt der Code eine arithmetische Abwägung Leben gegen Leben durchaus zu.¹⁸⁷² Ohne ein solches „numerisches Übergewicht der Geretteten im Verhältnis zu den geopfertem Leben“ wäre keine Rechtfertigung möglich.¹⁸⁷³

1869 Robinson, Criminal Law, § 131 (a).

1870 Dubber, Einführung, S. 145 f. Vgl. § 3.02 (1) MPC „...provided that (a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged“.

1871 Siehe Komm., § 3.02, S. 12; § 3.02(1)(a) („harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense“) (Der Schaden, der durch ein solches Verhalten verhindert werden sollte, ist größer als der, der durch den Straftatbestand verhindert werden sollte). Der Kommentar unterscheidet Abwägungsirrtümer von Erforderlichkeitsirrtümern, indem er erstere als Rechtsirrtümer und letztere als Tatsachenirrtümer einstuft. Komm., § 3.02, S. 12.

1872 Komm., § 3.02, S. 15. Siehe oben im “Mignonette“-Fall.

1873 Rechtfertigender Notstand fände also keine Anwendung auf den anderen klassischen Fall, in dem zwei Schiffbrüchige an einer Planke hängen, die nur eine Person tragen kann. In diesem Fall wäre man keineswegs gerechtfertigt, sein Gegenüber einfach von der Planke zu stoßen, denn schließlich wollte man nur sein eigenes Leben retten, wobei ein Leben nie mehr wert sein kann als ein anderes. Komm., § 3.02, S. 17. Laut dem MPC käme übrigens für dieses Verhalten noch nicht einmal ein Entschuldigungsgrund in Frage.

RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNG

Im Rahmen der Rechtsvergleichung wurden Gemeinsamkeiten der Notwehrregelung in den verschiedenen Systemen gesucht und festgestellt. Der Rechtsvergleichung wurde in einem ersten Schritt eine tiefgreifende Analyse des Notwehrrechts und seiner *ratio* zugrunde gelegt, um das Gegenwärtigkeitsmerkmal und die Konstellation der Präventivnotwehr zu untersuchen und dann Lösungen für diese Frage ermitteln zu können.

In diesem Teil der Arbeit bietet es sich nun an, die entstandenen Fragen über das Gegenwärtigkeitsmerkmal und die Präventivnotwehr anhand der Rechtsvergleichung zu klären, um die hier erzielten Ergebnisse auf die Frage anzuwenden, ob das geltende Recht eine Präventivnotwehr zulassen kann oder nicht.

I. Übersicht

Das Merkmal der Gegenwärtigkeit kann als konstituierendes Element des Rechtsinstitut der Notwehr angesehen werden. Dieses Element ist nämlich in den Gesetzestexten aller hier betrachteten Rechtsordnungen ausdrücklich vorgesehen. Es findet aber auch allgemeine Anerkennung sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtslehre.

In Deutschland wird die Gegenwärtigkeit durch die Formel „*gegenwärtiger Angriff*“ ausgedrückt. Im angloamerikanischen *Common Law*-System wird der Ausdruck der unmittelbar bevorstehenden Gefahr (*immediate danger* oder *imminent threat*), im italienischen Rechtssystem jener der gegenwärtigen Gefahr (*pericolo attuale*) benutzt.

Nach der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung ist der Angriff gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert. Diese Formulierung der Gegenwärtigkeit des Angriffs fasst das Gegenwärtigkeitserfordernis zusammen, wie es auch in den meisten anderen Rechtssystemen zu finden ist. Dabei bezieht sich das Gegenwärtigkeitserfordernis auf eine konkrete Rechtsgutsverletzung. So ist die Gegenwärtigkeit vorhanden, wenn die Rechtsgutsverletzung entweder unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert. Nach deutscher Rechtsprechung steht der Angriff unmittelbar bevor, wenn der Angreifer ein Verhalten aufweist, das unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann. Das Erfordernis des unmittelbar Bevorstehens einer Rechtsgutsverletzung ist allerdings nicht nur in Deutschland festzustellen, sondern auch in den weiteren erforschten Rechtsordnungen,¹⁸⁷⁴ insbesondere in Italien, wo sich die Gegenwärtigkeit auf den Begriff „*offesa*“ bezieht, und in den Vereinigten Staaten, wo als Maßstab der Gegenwärtigkeit ein „*imminent harm*„ zu sehen ist.

Beim unmittelbar bevorstehenden Angriff wird oft auch eine räumliche Nähe zwischen

1874 Pintore, Das Präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 324.

Angriffsmitteln und bedrohtem Rechtsgut erfordert, welche die zeitliche Nähe der Rechtsgutsverletzung mit sich bringt.

In Bezug auf die Frage, wie lange ein Angriff noch „gegenwärtig“ bleibt, dauert der Angriff solange an, wie die Rechtsgutsverletzung fort dauert. In diesem Sinne werden als Beispiele der Hausfriedensbruches oder die Freiheitsberaubung in den verschiedenen Rechtsordnungen immer wieder in Betracht gezogen. Der Angriff dauert ebenso fort, wenn die Rechtsgutsverletzung unmittelbar rückgängig gemacht werden kann, wie das Beispiel des fliehenden Diebes bei den verschiedenen Rechtssystemen zeigt.

Zukünftige Angriffe begründen hingegen kein Notwehrrecht. Obwohl vereinzelt eine Notwehrlage bei Erforderlichkeit der Verteidigung zur Zeit der Abwehrhandlung auch bei einem erst künftigen Angriff anerkannt wird, handelt es sich bei solchen Fällen nach fast einhelliger Meinung um eine Gefahrenlage i.S. eines Notstandes.

Dies kann auch im Rahmen der Rechtsvergleichung festgestellt werden. So wurde in den Vereinigten Staaten die Notwehr in Fällen anerkannt, in denen der Angriff nicht ganz eindeutig gegenwärtig war. Dies wird durch die stark subjektivierten Kriterien erklärt, die zur Beurteilung der Notwehrlage von einigen Gerichte angewendet werden. Es begründet sich aber auch in der historischen Entwicklung dieses Rechtsinstituts im US-amerikanischen Recht, welches früher als Entschuldigungsgrund gemeinhin anerkannt war.

Immer wiederkehrende Angriffe sind nicht kumulativ als Teilakt eines Dauerangriffs zu bewerten und begründen somit keine andauernde Notwehrlage. Hier wird eher eine Gefahrenlage i.S. eines Notstandes allgemein anerkannt. Als Beispiel immer wiederkehrender Angriffe wurde die „Haustyrannen-Konstellation“ analysiert. Dabei wird ganz überwiegend eine Notwehr bei jener Reaktion abgelehnt, welche im passiven Moment zwischen einem vergangenen und einem in der Zukunft (wenn auch in der näheren Zukunft) liegenden Angriff vorgenommen wird. Zudem wird hier aus verschiedener Gründen den Rückgriff auf die Notstandsregelung allgemein abgelehnt. So wird die Tötung des Haustyrannen in den erforschten Rechtsordnungen meistens auf der subjektiven Ebene des Opfers behandelt. Daher wird meistens die Strafe gemildert oder sogar ganz von Strafe abgesehen, wenn eine Schuld minderung oder ein Schuldausschließungsgrund festzustellen ist.

In den Vereinigten Staaten hat die Tendenz zur zunehmenden Subjektivierung dazu geführt, dass vereinzelt aufgrund des sog. „*battered-woman-Syndrome*“ sogar eine Notwehrlage anerkannt wurde. Dies erklärt sich dadurch, dass in den meisten Ländern des *Common Law*-Systems eine Notwehrlage anerkannt wird, wenn der Täter vernünftig glaubt, einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr ausgesetzt zu sein. Werden dabei subjektive Kriterien zur Beurteilung der Notwehrlage

angewendet, so wird eine solche Lage anerkannt, wo anderenfalls eine Putativnotwehr angenommen werden sollte. Werden hingegen objektive Kriterien zur Prüfung der Notwehrlage angewendet, so wird keine reale Notwehrlage anerkannt.

Als innewohnendes Element der Notwehr bei allen untersuchten Rechtsordnungen ist das Gegenwärtigkeitserfordernis innerhalb der Notwehrregelungen so prägend, dass es zugleich wechselseitige Beziehungen mit den weiteren Voraussetzungen der Notwehr aufweist, so dass ihr Fehlen alle andere Elemente in Frage stellen würde.

Hier ist als erstes auf das Verhältnis zwischen Gegenwärtigkeit und Rechtswidrigkeit des Angriffs hinzuweisen.

Was den eigentlichen Gegenstand dieser Untersuchung betrifft, kommt dieses Verhältnis zwischen Gegenwärtigkeit und Rechtswidrigkeit des Angriffs darin zum Ausdruck, dass die Verteidigungshandlung bei künftigen Angriffen nicht erlaubt sein sollte, weil hier noch keine rechtswidrige Handlung vorliegt. Dies kann damit begründet werden, dass nur unter dem Druck eines gegenwärtigen Angriffs die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung vorliegt.

In den verschiedenen Rechtsordnungen wird immer wieder betont, dass, wenn die Rechtsgutsverletzung nicht unmittelbar bevorsteht, die Notwehr ausscheidet, weil genügend Zeit vorhanden ist, um die Staatsorgane einzuschalten oder andere mildere Verteidigungsmittel einzusetzen.

Diese wechselseitige Beziehung zwischen Erforderlichkeit und Gegenwärtigkeit kommt etwa in der deutschen Rechtsprechung zum Ausdruck, indem der Einsatz von Waffen bei der Verteidigung verschieden zu bewerten ist, je nachdem, wie nahe die Verwirklichung der durch den Angriff drohenden Rechtsgutsverletzung liegt.

Bei künftigen Angriffen kommt eine weitere Folge der Zusammenwirkung beider Voraussetzungen zum Ausdruck. Dabei ist die konkrete Gestaltung des Angriffs zur Zeit der Verteidigungshandlung nur schwer erkennbar. Das, was die Prüfung der Erforderlichkeit präventiver Maßnahme problematisch macht. Umgekehrt kann festgestellt werden, dass bei abgeschlossenen Angriffen, wenn die Rechtsgutsverletzung erfolgreich abgewehrt wurde oder schon eingetreten ist und sie sich nicht mehr rückgängig machen lässt, die Verteidigung nicht mehr erforderlich ist und das Recht auf Notwehr ausscheidet.

Auch mit der Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung weist die Gegenwärtigkeit enge Verbindungen auf.

Da sich bei einem künftigen Angriff dessen Intensität sowie die widerstreitenden Rechtsgüter nur schwer erkennen lassen, kann die Verhältnismäßigkeit der Verteidigung nur schwer bestimmt werden. Diese Frage wird insbesondere bei der Anbringung von automatischen Schutzanlagen

erläutert.

Ferner setzt die Verhältnismäßigkeitsprüfung einen gegenwärtigen Angriff voraus, denn bei erst künftigen Angriffen sollte eine hypothetische Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen einer konkreten verletzenden Verteidigungshandlung und einem noch nicht vorliegenden Angriff vorgenommen werden. So kann erst bei einem gegenwärtigen Angriff ein Rechtsgut konkret bedroht und in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen werden.

II. Das Gegenwärtigkeitsmerkmal

Die Gegenwärtigkeit des Angriffs, um Notwehr ausüben zu können, kann als allgemeiner Grundsatz der Notwehr angesehen werden. Die einstimmige Anerkennung dieser Voraussetzung in den hier berücksichtigten Rechtsordnungen spricht nämlich für ihre allgemeine Geltung.¹⁸⁷⁵

Diese Voraussetzung wird in den Notwehrregelungen der verschiedenen Rechtsordnungen auf verschiedene Weise ausgedrückt.¹⁸⁷⁶ In Deutschland wird die Gegenwärtigkeit durch die Formel „gegenwärtiger bzw. unmittelbar bevorstehender Angriff“ zum Ausdruck gebracht. In den anderen Ländern wird sie durch eine „gegenwärtige bzw. unmittelbar bevorstehende Gefahr“ gekennzeichnet.¹⁸⁷⁷

In allen hier erforschten Rechtsordnungen bringt das Fehlen eines gegenwärtigen Angriffs mit sich, dass das Notwehrrecht ausgeschlossen wird. Das Erfordernis der Gegenwärtigkeit kann daher als grundlegendes Element des Rechtsinstituts der Notwehr gesehen werden.

Die rechtsvergleichende Analyse der hier erforschten Rechtsordnungen ergibt, dass nach Ausdruck der deutschen Rechtsprechung¹⁸⁷⁸ die Gegenwärtigkeit i.S. der Notwehr vorhanden ist, nicht nur wenn ein Angriff gerade stattfindet, sondern auch, wenn dieser unmittelbar bevorsteht oder noch fort dauert.

Nach deutscher Rechtsprechung¹⁸⁷⁹ und h.L.¹⁸⁸⁰ bezieht sich das unmittelbare Bevorstehen, das Stattfinden sowie das noch Fortdauern auf eine konkrete Rechtsgutsverletzung.

Desgleichen wird im italienischen Rechtssystem nach Art. 52 c.p. die gegenwärtige Gefahr

1875 Pintore, Das Präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 330; Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 263, der in seiner rechtsvergleichenden Forschungsarbeit feststellt, dass die europäischen Rechtsordnungen mittels verschiedener Begriffe die Gleichzeitigkeit von Angriff und Verteidigung erfordern.

1876 Im Gegensatz dazu gibt es Ländern (wie Argentinien, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Indien, Pakistan, Peru, Spanien, Uruguay und Venezuela), wo die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit nicht erwähnt wird, sondern sie wird sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung stets anerkannt und wird oft als innewohnende Begrenzung des Notwehrrechts gesehen. Pintore, Das Präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 330.

1877 Beispiele dafür bilden Italien (*pericolo attuale*), die Vereinigten Staaten und die Länder des *Commom-Law* im Allgemeinen, d.h. hier England und Schottland (*imminent threat* oder *immediate danger*).

1878 BGH, NJW (1973) 255.

1879 Siehe oben in der deutschen Rechtsordnung, Die Gegenwärtigkeit, Fn. 37, S. 9

1880 Siehe oben in der deutschen Rechtsordnung, Die Gegenwärtigkeit, Fn. 38 u. 43, S. 9 f., wo sich in diesem Sinne Rönna/Hohn, Kindhäuser und Fischer äußern.

(*pericolo attuale*) mit dem Verletzungsbegriff (*offesa*) verbunden. Daher wird von der italienischen Rechtsprechung und Rechtslehre eine Rechtsverletzung - entweder im Gange, oder unmittelbar bevorstehend, oder noch fortdauernd - zur Erfüllung des Gegenwartigkeitserfordernisses verlangt.¹⁸⁸¹ Dies ist deswegen bemerkenswert, weil es sich hier um ein kontinentales Rechtssystem handelt, welches durch eine ähnliche Formulierung wie im *Common Law* die Notwehrlage durch eine Gefahr bestimmt. Trotzdem wird dort das unmittelbare Bevorstehen nicht auf eine bloße Gefahr, sondern auf den Anfangspunkt des Angriffs im Sinne einer konkreten Rechtsgutsverletzung bezogen.¹⁸⁸²

Das Gegenwartigkeitserfordernis bezieht sich weltweit in der Mehrzahl der Rechtsordnungen, auf einen Angriff.¹⁸⁸³ Allerdings wird bemerkt, dass zwischen der Unmittelbarkeit einer Gefahr und jener eines Angriffs kein großer Unterschied besteht, denn es geht um eine Gefahr, die schon bei einem unmittelbaren Angriff vorliegt, also nicht um eine in entfernter Zukunft gelegene Gefahr.¹⁸⁸⁴

So wird auch in den Vereinigten Staaten, in England und Schottland das unmittelbare Bevorstehen der Gefahr (*imminent threat*) auf einen unmittelbaren Angriff (*imminent harm* oder *imminent attack*) bezogen.¹⁸⁸⁵

Zu dem ersten Zeitpunkt, ab welchem der Angriff als gegenwärtig angesehen werden kann, ist der Angriff unmittelbar bevorstehend, wenn die Handlung des Angreifers unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann, wie es im deutschen Rechtsprechung eindeutig bestimmt wird.¹⁸⁸⁶ Hier besteht eine sehr enge zeitliche Nähe zur Verwirklichung der Rechtsgutsverletzung, welche auch eine räumliche Nähe zwischen Angriffsmittel und gefährdetem Rechtsgut einschließt.¹⁸⁸⁷ Dabei wird der Anfangspunkt des Angriffs durch das „unmittelbare Ansetzen zum Angriff“ bestimmt.¹⁸⁸⁸ Hier besteht keine Zeit für alternative Maßnahmen, somit ist die

1881 Siehe oben in der italienischen Rechtsordnung, Die Gegenwartigkeit, Fn. 1010 ff., S. 145, wo sich in diesem Sinne z.B. Grosso, Fiandaca/Musco und Palazzo äußern.

1882 Zum Adjektiv „gegenwärtig“ (*attuale*) siehe oben in der italienischen Rechtsordnung, Die Gegenwartigkeit, S. 144 ff., Vgl. z.B. die Meinung von Grosso, Palazzo, Pagliaro, Del Corso und Padovani.

1883 Sangero, Self-Defence, S. 153.

1884 Sangero, Self-Defence, S. 153.

1885 Im US-amerikanischen Teil, Die Gegenwartigkeit, Fußnote 1563 ff., S. 231: Dies wird z.B. bei Hall, Dix, Bacigal, Beecher-Monas und LaFave (*imminent use of force*) besonders deutlich. In der Rechtsprechung ist dies vor allem im Fall *State v. Norman* ersichtlich, Fn. 1691, S. 249. Im englischen *Common Law* siehe Omerod/Smith/Hogan, *Criminal Law*, S. 336; Card/Cross/Jones, *Criminal Law*, 18. ed., S. 702, welche von einem „*imminent apprehended attack*“ sprechen; in der Rechtsprechung *Devlin v. Armstrong* [1971] NI 13: Das oberste Gericht von Nordirland betonte dort: „(The) plea of self-defence may afford a defence not merely to counter an actual attack, but to ward off or prevent an attack which he honestly anticipated. In that case, however, the anticipated attack must be imminent.“

1886 In diesem Sinne BGH, Beschl. v. 11. Dezember 1991- 2 StR 535/91. in: BGHR. StGB 8 32 Abs. 2. Angriff 5, Zeitpunkt.

1887 So geht von einer in zehn Meter Entfernung stehenden, mit einem Stock bewaffneten Person, die keine Anstalt zur Attacke macht, für einen mit einer geladenen Schusswaffe bewaffneten Täter kein gegenwärtiger Angriff aus. Fischer, BK 58 § 32 Rn. 17. Günther, SK 7 § 32 Rn. 71. Befindet sich der mit einem Messer bewaffnete Angreifer noch zwanzig Meter von dem Opfer entfernt, dann ist ein lebensgefährliches Verteidigungsmittel nicht erforderlich. Anders wird die Situation jedoch bewertet, wenn der Angreifer sich nur zwei Meter von dem Opfer befindet.

1888 Im deutschen Rechtssystem wird als Grenzfall der „Beretta-Fall“ erwähnt: BGH, Urt. v. 7. Dezember 1972 - 1 StR

Verteidigungshandlung auch erforderlich. Verfügt der Angreifer hingegen über genügend Zeit, um alternative Maßnahmen vorzunehmen, ist der Angriff nicht gegenwärtig.¹⁸⁸⁹

Auch in Bezug auf die Frage, wie lange ein Angriff noch „gegenwärtig“ bleibt, bezieht sich die Gegenwartigkeit i.S. des Notwehrrechts an die Rechtsgutsverletzung.¹⁸⁹⁰ Im Unterschied zur Gefahr setzt ein Angriff eine akut zugespitzte, zeitlich eingegrenzte Konfliktlage voraus.¹⁸⁹¹ Eine Ausnahme von dieser Regel bilden die Dauerdelikte, wobei der Angriff solange gegenwärtig ist, wie die konkrete Rechtsgutsverletzung fort dauert. Es geht hier um einen Dauerangriff, welcher durch die Beispiele des Hausfriedensbruches, der Freiheitsberaubung oder eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit charakterisiert wird.¹⁸⁹² So wird der Dauerangriff nicht durch eine Gefahrenlage sondern durch eine tatsächliche andauernde Rechtsgutsverletzung gekennzeichnet.¹⁸⁹³ Erst wenn ein endgültiger Verlust des Rechtsgutes eingetreten, der Angriff also beendet ist, scheidet Notwehr aus.¹⁸⁹⁴

III. Die zukünftigen Angriffe

Im Laufe dieser Arbeit wurde festgestellt, dass in allen hier untersuchten Rechtsordnungen gerade aufgrund des Gegenwartigkeitserfordernisses künftige Angriffe keine Notwehrlage begründen können.¹⁸⁹⁵

In den Vereinigten Staaten wurde aber auch Notwehr in den Situationen anerkannt, wo das Vorliegen einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung nicht ganz eindeutig war.¹⁸⁹⁶ Dies erklärt

489/72, in: NJW (1973) 255. Obwohl sich nach h.L. die Handlung, d.h. der Griff in Richtung der Waffe, noch im letzten Abschnitt der Vorbereitungsphase befand, hatte der Angreifer in diesem Fall jenes Verhalten angefangen, welches unmittelbar die Rechtsgutsverletzung herbeiführen sollte. Siehe dazu im deutschen Teil S. 9 f.

1889 Besonders deutlich wird die enge zeitliche Nähe der Rechtsgutsverletzung bei BGH, 3. Strafsenat, Urt. vom 3. Februar 1993, in: BGHSt 39 133 (sog. „Bordell-Fall“), wobei die „Abwehrmaßnahmen“ ebenso wie beim „Beretta-Fall“ in der Vorbereitungsphase des Angriffs ergriffen werden. Im Unterschied dazu wurden diese Maßnahmen aber zu einem früheren Zeitpunkt vorgenommen, und zwar, als die künftigen Angreifer sich noch nicht unmittelbar zum Angriff angesetzt hatten. Eine konkrete Rechtsgutsverletzung stand deswegen nicht unmittelbar bevor, so dass die Angeklagten über genügend Zeit verfügt hätten, um alternativen Maßnahmen zu ergreifen. Wäre die gegenwärtige Gefahr nicht anders abwendbar gewesen, dann könnte diese Lage einen Notstand begründen.

1890 Dazu im deutschen Teil, S. 14; im italienischen Teil, S. 147 f.

1891 Günther, SK 7 § 32 Rn. 66.

1892 Günther, ebendort. Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 14. Roxin, AT I, § 15 Rn. 28.

1893 Im deutschen Rechtssystem wird die notwehrbegründende Lage entweder durch einen „rechtswidrigen Zustand“ (Jescheck/Weigend) oder eine „rechtswidrige Sachlage“ (Roxin) oder die „Verletzung des fremden Rechtsguts“ (Spendel) beschrieben. Im italienischen Rechtssystem wird dies durch den Ausdruck „Dauerverletzung“ (Padovani) charakterisiert.

1894 BGHSt 48, 207 mit Besprechung Widmaier, NJW 03, 2788. Gegen einen mit der Beute fliehenden Dieb ist Notwehr zulässig. Beendet und damit nicht mehr gegenwärtig ist der Angriff, wenn er fehlgeschlagen, endgültig aufgegeben oder vollständig durchgeführt ist, sodass die Rechtsgutsverletzung durch Gegenwehr nicht mehr abgewendet werden kann: Wessels/Beulke, AT, Rn. 328. Dazu im italienischen Recht S. 147 f.; Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 55.

1895 Dies wurde für Deutschland, Italien, England und Schottland, und die Vereinigten Staaten ausdrücklich bestätigt.

1896 Siehe dazu im US-amerikanischen *Common Law*, S. 236, der Fall *People v. Goetz*, New York Court of Appeals, 68 N.Y. 2d 96, 497 N.E. 2d 41 (1986). Der Punkt, der bei diesem Fall für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist, ist das Gewicht, welches der Wahrnehmung des Täters bei einer Notwehrlage im US-amerikanischen Rechtssystem zukommt. Siehe zum Thema des künftigen Angriffs im US-amerikanischen *Common Law*, S. 235 ff., Fn. 1595 ff.

sich in der Bedeutung, welche den subjektiven Elementen (vernünftiger Glaube des Täters) bei der Beurteilung einer Notwehrlage im *Common Law* zukommt. Bei Anwendung objektiver Kriterien lehnen aber die US-amerikanische Rechtsprechung und Rechtslehre die Annahme der Notwehr gegen einen zukünftigen Angriff ab.¹⁸⁹⁷ Dies wird auch bei der „*battered-woman*“-Konstellation bestätigt.¹⁸⁹⁸

Die Annahme der Notwehr gegen künftige Angriffe wird von einigen Autoren damit begründet, dass die Abwehrmaßnahme zur Zeit der Verteidigungshandlung erforderlich ist, obwohl der Angriff noch nicht gegenwärtig ist.¹⁸⁹⁹

In Deutschland wird diese Ansicht vereinzelt vertreten.¹⁹⁰⁰ Dem gegenüber sprechen sich sowohl die Rechtsprechung¹⁹⁰¹ als auch die fast einhellige Rechtslehre¹⁹⁰² aus, dass künftige Angriffe eine Gefahrenlage i.S. eines Notstandes ausmachen. In Fällen, in denen trotz Fehlens eines gegenwärtigen Angriffs die Erforderlichkeit sofortiger Abwehr besteht, keine Notwehrlage sondern eine Notstandslage.¹⁹⁰³

In Deutschland wurde unter anderem vorgeschlagen, die Präventivnotwehr-Fälle durch Anwendung eines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes der „notwehrähnlichen Lage“ in Analogie zu § 32 StGB zu lösen.¹⁹⁰⁴ Es ist zu bemerken, dass es sich hier eigentlich um einen neuen Rechtfertigungsgrund¹⁹⁰⁵ und nicht um ein erweitertes Verständnis des Rechtsinstituts der Notwehr handelt. Dies wird auch in der einschlägigen Rechtsprechung bestätigt, welche dabei keinen eindeutigen Hinweis auf das Rechtsinstitut der Notwehr macht.¹⁹⁰⁶ Die Theorie der „Präventiv-

1897 Siehe in der US-amerikanischen Rechtsordnung Die „Präventivnotwehr“, S. 232 u. Der künftige Angriff, S. 235 ff. In der Rechtsprechung: *State v. Schroeder*, 199 Neb. 822, 261 N.W.2d 759 (1978), S. 237. In der Rechtslehre drücken sich in diesem Sinne Hall, LaFave, Fletcher und Sangero aus. Vgl. S. 235 ff.

1898 Siehe dazu die „Haustyrannen-Konstellation“ („*battered-woman*-Konstellation“) im US-amerikanischen Teil, S. 238 ff. Insbesondere Die „*battered-woman*-Konstellation“ in der Rechtsprechung, S. 247 ff., Fall *State v. Stewart*, 243 Kan. 639, 763 P.2d 572 (1988) bzw. *State v. Norman*, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989), wobei es darum geht, inwieweit das „*battered-woman-syndrome*“ eine Notwehr begründen kann.

1899 Für eine teleologische Interpretation des Gegenwärtigkeitserfordernisses bei der „notwehrähnlichen Lage“ siehe Suppert, Studien, S. 380. Dazu im deutschen Teil, Die Kritik an der „notwehrähnlichen Lage“, S. 61.

1900 Sog. „Theorie der wirksamsten Abwehr“. Siehe dazu im deutschen Teil, S. 11, 36, 44 f. In der Rechtslehre: Schmidhäuser, Lehrbuch, 9/94 und ders., Studienbuch, 6/61.

1901 Der sog. „Bordell-Fall“ BGH, 3. Strafsenat, Urt. vom 3. Februar 1993, in BGH 39, 133. Eingehend dazu im deutschen Teil, S. 45 f.

1902 Siehe dazu im deutschen Teil, S. 44 ff. In diesem Sinne: Roxin, Lenckner und Perron, Joecks, Baumann/Weber/Mitsch, Wessels/Beulke, Günther, Spindel. Vgl. Fn. 314.

1903 Im deutschen Teil, Fn. 324, 325, 326, S. 53 f.

1904 Siehe im deutschen Teil, Lösungsvorschläge für die rechtliche Anordnung der „Präventivnotwehr“, S. 46 ff., So insbesondere Suppert, Studien, S. 404; ähnlich Welzel, Strafrecht, § 14 II 2, S. 87 und Jakobs, AT, 12/27.

1905 In der deutschen Rechtsordnung, S. 55 f. Vgl. Suppert, Studien, S. 84. Dort spricht er auch von der „dogmatischen Erfassung des neuen Rechtfertigungsgrundes der notwehrähnlichen Lage“. Über einen neuen Rechtfertigungsgrund spricht er unter anderem auch auf S. 75, S. 139, S. 246. Perron bestätigt, dass in den Fällen der „Präventiv-Notwehr“ von einem neuen Rechtfertigungsgrund gesprochen wurde. Er führt aber diese Fälle in den Anwendungsbereich des § 34 StGB zurück, Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 17.

1906 Siehe BGH, VI. Zivilsenat, Urteil v. 20. Mai 1958, in: BGHZ 27, 284 (290). Im deutschen Teil, Die „notwehrähnliche Lage“, S. 54 f.

Notwehr“ ist trotzdem deswegen für diese Arbeit von Interesse, weil sich hier im Unterschied zum „*battered-woman-syndrome*“ die Anerkennung präventiver Befugnisse nicht auf subjektive Elementen gründet, sondern auf objektiven Elementen beruht. Aus diesem Grund wirkt die Lehre der „notwehrähnlichen Lage“ anders als das „*battered-woman-syndrome*“ ganz eindeutig im Bereich der Rechtfertigungsgründe. Von Bedeutung für diese Arbeit ist zudem, dass die „notwehrähnliche Lage“ die Anerkennung präventiver Befugnisse bei immer wiederkehrenden Angriffen, welche von gewalttätigen Menschen ausgehen können - d.h. vor allem die Haustyrannen-Fälle - ermöglicht, diese werden aber nicht kumulativ als einen Dauerangriff sondern als einzelne abgeschlossene bzw. künftige Angriffe bewertet, aus welchen eine Dauergefahr ausgeht, die nicht einem Dauerangriff gleichgesetzt werden kann.¹⁹⁰⁷ Würde bei diesen Konstellationen ein Dauerangriff angenommen, dann würde hier die Regelung der Notwehr direkte Anwendung finden. Da es hier am Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs fehlt,¹⁹⁰⁸ werden diese Fälle nur durch eine analoge Anwendung der Notwehrvorschrift gerecht behandelt.¹⁹⁰⁹

Die fast einhellige Rechtslehre lehnt die Figur der „Präventivnotwehr“ ab und ordnet bei Annahme einer Gefahrenlage den Sachverhalt - genauso wie bei jeder anderen Konstellation eines künftigen Angriffs - dem Rechtsinstitut des Notstandes zu.¹⁹¹⁰ In diesem Zusammenhang wird immer wieder bemerkt, dass die von Suppert vorausgesetzten zusätzlichen Rechtfertigungserfordernisse der „notwehrähnliche Lage“, nämlich der Subsidiaritätscharakter und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, nichts anderes als die Konkretisierung des Notstandes sind.¹⁹¹¹

Ein weiterer Grund gegen die Annahme der „notwehrähnliche Lage“ in Analogie zu § 32 StGB ist, dass es an einer planwidrigen Rechtslücke fehlt, denn die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs wurde vom Gesetzgeber mit Bedacht vorausgesetzt.¹⁹¹²

IV. Die immer wiederkehrenden Angriffe

Bei immer wiederkehrenden Angriffen stehen die einzelnen Angriffe miteinander in einem Zusammenhang, so dass weitere Wiederholungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in der nahen Zukunft zu erwarten sind.

Hier stellt sich die Frage, ob die Angriffe kumulativ als einheitliche Dauerangriffe zu bewerten sind, so dass das Gegenwärtigkeitserfordernis angenommen werden kann.

¹⁹⁰⁷ Suppert, Studien, S. 382.

¹⁹⁰⁸ Suppert, Studien, S. 356.

¹⁹⁰⁹ Suppert, Studien, S. 371.

¹⁹¹⁰ So vertreten diese Ansicht z.B. Roxin, Lenckner/Perron, Stratenwerth/Kuhlen, Lackner/Kühl, Fischer, Geilen, Rönnau/Hohn, Jescheck/Weigend, Wessels/Beulke, Günther, Spindel. Siehe im deutschen Teil, Die Kritik an der „notwehrähnlichen Lage“, S. 59 ff.

¹⁹¹¹ So Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 17, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 17; Roxin, AT I, § 15 Rn. 27; Spindel, LK 11 § 32 Rn. 127 ff.; Günther, SK 7 § 32 Rn. 74.

¹⁹¹² Siehe Günther, SK 7 § 32 Rn. 74. Vgl. Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 145.

Die Forschung hat ergeben, dass in den berücksichtigten Rechtsordnungen immer wiederkehrende Angriffe nicht als einheitlicher Dauerangriff sondern als einzelne abgeschlossene Angriffe eingestuft werden. Daher besteht in den Zeiträumen zwischen den vorangegangenen und den noch kommenden Angriffen aus Mangel an einem gegenwärtigen Angriff kein Notwehrrecht.¹⁹¹³

Als Musterbeispiel immer wiederkehrender Angriffe und der Präventivnotwehr wurden hier die „Haustyrannen“-Konstellation analysiert, wo der gewalttätige Mann immer wieder schwere Misshandlungen gegen sein Opfer ausübt. Die Tötung des Haustyrannen in einer nicht konfrontativen Situation wird jedoch von den meisten Rechtsordnungen auf der Ebene der Schuld durch entschuldigenden Notstand, Provokation oder andere Schuldminderungs- bzw. Schuldausschließungsgründe behandelt.

In diesen Fällen erkennen ausnahmsweise einige US-Gerichte aufgrund des sog. „*battered-woman-syndrome*“ eine Notwehr an.¹⁹¹⁴ Der in den US-amerikanischen Notwehrregelungen vorausgesetzte „vernünftige Glauben“ des Täters über das Vorliegen einer „unmittelbar bevorstehenden Lebensgefahr“ wird aufgrund dieses Syndroms beurteilt und durch die Anwendung subjektiver Kriterien bei der Prüfung der Notwehrlage als gegeben erachtet.¹⁹¹⁵ Somit ergebe sich eine Subjektivierung dieses Rechtfertigungsgrundes durch die Einmischung von Elementen, die typisch für das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes seien, wie ein wichtiger Teil der US-amerikanischen Rechtslehre betont. Dies erklärt sich aus der historischen Entwicklung der Notwehr im *Common Law*, welche früher als Entschuldigungsgrund wirkte,¹⁹¹⁶ und zeigt sich besonders deutlich bei der Beurteilung des „Glaubens“ des Täters in einer Notwehrlage, z.B. in der Haustyrannen-Konstellation (sog. „*battered-woman*“-Konstellation), vor den US-amerikanischen Gerichten.

Dies widerspricht aber der Rechtsnatur der Notwehr, die als Rechtfertigungsgrund dient,¹⁹¹⁷ und

1913 Siehe im deutschen Teil, Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr, S. 49 ff. Siehe im italienischen Teil, Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr am Beispiel der „Haustyrannen-Tötung“, S. 162 ff.

1914 Dazu, siehe im US-amerikanischen Teil, Die „*battered-woman*“-Konstellation, S. 238 ff.

1915 *Betchel v. State*, 840 P.2d 1 (Okl.Crim.App.1992). Im US-amerikanischen Teil, Die „*battered-woman*“-Konstellation in der Rechtsprechung, S. 252 ff.

1916 Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (45). Siehe im US-amerikanischen Teil, Das Notwehrrecht im US-amerikanischen Rechtssystem, S. 218 f.

1917 Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde dies für Deutschland, Italien und die Vereinigten Staaten festgestellt. Siehe im US-amerikanischen Teil, Das Notwehrrecht im US-amerikanischen Rechtssystem, S. 218 f. In den Vereinigten Staaten wird der Unterschied zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen nicht selten verwischt, denn beide Kategorien fallen unter den Oberbegriff „*defences*“: Bis heute werden die Begriffe des Rechtfertigungsgrundes und des Entschuldigungsgrundes oft als Synonyme ohne tatsächliche Abgrenzung verwendet: Wössner, *Die Notwehr*, S. 36. Siehe auch: Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (25 ff.). Im Allgemeinen wird aber die Notwehr eindeutig als Rechtfertigungsgrund (*justification*) eingestuft: Fletcher, *Notwehr*, S. 38; Ferzan, *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (218); LaFave, *Criminal Law*, § 10.4 (a); Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (27); Dressler, *Criminal Law*, S.190 ff.

objektive Kriterien zur Prüfung der Notwehrlage erfordert.¹⁹¹⁸

Es wird bemerkt, dass die Lösung des „*battered-woman-Syndrome*“ als Korrektiv zu einem Macht-Missverhältnis zwischen dem starken gewalttätigen Haustyrannen und dem schwachen Opfer diene.¹⁹¹⁹ So wird dem schwachen Teil dieses Verhältnisses ein Notwehrrecht in nicht konfrontativen Konfliktsituationen zugeordnet, obwohl hier gerade kein Angriff vorliegt, weil in konfrontativen Auseinandersetzungen, welche sich durch einen Notwehrauslösenden gegenwärtigen Angriff kennzeichnen lassen, das Opfer (die misshandelte Frau) keine andere Alternative als die Tötung des Haustyrannen hat, um sich selbst wirksam zu verteidigen.¹⁹²⁰ In solchen Situationen steht also die Frau zwischen zwei Alternativen: Entweder warten bis ihr Mann sie tötet, oder die erste Gelegenheit nutzen, um ihn zu töten.¹⁹²¹

Ferner lässt sich die Wahrscheinlichkeit, dass die Angriffe des Haustyrannen sich in einer nahen Zukunft wiederholen, durch die Vorgeschichte der von Gewalt geprägten Beziehung begründen.¹⁹²² Somit hat das Opfer aufgrund der wiederholten Misshandlungen, welchen es immer wieder ausgesetzt war, gute Gründe, neue Angriffe zu befürchten.¹⁹²³

Eine Kritik an der Annahme einer Notwehrlage bei dieser Konstellation ist, dass gerade deswegen, weil die weiteren Angriffe noch nicht gegenwärtig, sondern erst in der Zukunft zu erwarten sind, genügend Zeit vorhanden ist, um andere mildere Maßnahmen als die Tötung des Haustyrannen zur Gefahrenabwehr zu ergreifen.¹⁹²⁴ Da der Angriff nicht unmittelbar bevorsteht, stehen andere Verteidigungsmittel zur Verfügung, nämlich der Auszug oder die Hilfe der Staatsorgane.¹⁹²⁵ Wegen des Mangels an Gegenwärtigkeit fehle auch die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung. Die Möglichkeit, andere Mittel als die Verteidigungshandlung in Anspruch zu nehmen spricht gegen die Annahme der Gegenwärtigkeit eines Angriffs und wirft zugleich die Frage der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung auf.¹⁹²⁶

Eine weitere Kritik an diesem Korrektiv ist, dass trotz Fehlens einer von dem Haustyrannen ausgehenden andauernden Rechtsgutsverletzung in einem passiven Moment zwischen vorangegangenen und zukünftigen Angriffen, bei welchem er gerade nicht angreift, gegenüber ihm ein Recht auf Notwehr jederzeit anerkannt wird, ohne dass dem Haustyrannen selbst ein

1918 Rosen, 36 *The American University Law Review* (1986-87) 1 (27).

1919 Ferzan, *Arizona Law Review*, 42 (2004) 213 (216); Leverick, *Self-Defence*, S. 92 f, m.w.N. Beide Autoren erklären dies ohne dadurch Partei zu ergreifen. Sangero, *Self-Defence*, S. 340. Die Notwehrregelung orientiert sich an dem männlichen Gewalt-Paradigma des Strafrechts: Beecher-Monas, *Evaluating*, S. 206 f.

1920 McColgan, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993) 508 (516 ff). Leverick, *Self-Defence*, S. 92.

1921 Hall, *Criminal Law*, S. 234.

1922 Leverick, *Self-Defence*, S. 103.

1923 Fletcher, *Notwehr*, S. 42.

1924 Welke, *ZRP* 37 (2004) 15 (16).

1925 Sangero, *Self-Defence*, S. 343; Hall, *Criminal Law*, S. 234. Vgl. Leverick, *Self-Defence*, S. 105 f.

1926 Siehe z.B. die Ansicht von Hall, Leverick und Sangero.

Notwehrrecht zusteht, was nur schwer begründbar ist.¹⁹²⁷

Es wurde aber festgestellt, dass in den Vereinigten Staaten zur Beurteilung der Notwehrlage Kriterien angewendet werden, welche einem objektiven ex-ante-Urteil entsprechen, dann bei der „Haustyrann“-Konstellation keine Notwehrlage anerkannt wird.¹⁹²⁸ So wird diese Konstellation von einem Teil der US-amerikanischen Rechtswissenschaft eher auf der Ebene der Schuld behandelt.¹⁹²⁹

Wenn von der Prozessverteidigung das *“battered-woman-Syndrome“* vorgebracht wird, sollte es nicht auf der Ebene der Rechtswidrigkeit als Rechtfertigungsgrund sondern eher auf der Ebene der Schuld als Entschuldigungsgrund wirken.¹⁹³⁰ Das *“battered-woman-Syndrome“* wird normalerweise als Beweis der Vernünftigkeit des Glaubens der Täterin über die Erforderlichkeit der Anwendung tödlicher Gewalt angeführt, zum anderen stützt es sich aber auch auf Elemente, die eher im Rahmen eines Entschuldigungs- als im Rahmen eines Rechtfertigungsgrundes zu bewerten sind, indem der Bericht zur Feststellung der Wirkungen der Misshandlungen bei der *“battered woman“* verschiedene Aspekte beobachtet, die mehr mit dem Stand der Psyche der Täterin zu tun haben.¹⁹³¹ Daher wird deutlich, dass es sich hier nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern nur um einen Entschuldigungsgrund bzw. Schuld minderungsgrund handeln muss.¹⁹³²

Somit lassen sich auch in der Rechtslehre immer mehr Stimmen finden, die das *„battered-woman-syndrome“* der Ebene der Schuld und nicht der Rechtswidrigkeit zuordnen.

Diese ist eben die Lösung, welche die englische¹⁹³³ bzw. schottische¹⁹³⁴ Rechtsprechung und Rechtslehre in den Fällen der Haustyrann-Tötung anwendet, bei denen keine gegenwärtige Gefahr i.S. des Notwehrrechts anerkannt wird. Hier wird überwiegend eine Provokation¹⁹³⁵ oder aufgrund eines *“battered-woman-Syndrome“-*Berichts die verminderte Schuldfähigkeit zugunsten der

1927 Welke, ZRP 37 (2004) 15 ff.

1928 State v. Stewart, 243 Kan. 639, 763 P.2d 572 (1988) bzw. State v. Norman, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8 (1989), im US-amerikanischen Teil, Die *„battered-woman“-*Konstellation in der Rechtsprechung, S. 247 ff. bzw. 249 ff.

1929 Siehe im US-amerikanischen Teil, Die *„battered-woman“-*Konstellation, S. 238 ff.

1930 Beecher-Monas, Evaluating, S. 229, die zugleich bemerkt, dass das Gegenteil in England geschieht, wo das *„battered-woman-syndrome“* im Rahmen der Entschuldigungsgründe berücksichtigt wird. Dazu im englischen Teil, Die *„battered-woman“-*Konstellation, S. 200 f.

1931 Siehe Hempel, Battered Women, S. 82. Einige Punkte sind z.B., *„That many battered women were victims of abuse in childhood“*, *„That battered women often self-medicate with alcohol or drugs in an attempt to lessen their suffering“*, *„That a common reaction to severe trauma is memory loss, particularly surrounding an event such as the death of the abuser“*, *„Why she may lie about the existence of the abuse, or fail to reveal it to others“*, *„Why she may be unable to leave the relationship“*, usw.

1932 Sangero, Self-Defence, S. 347 f. Vgl. Leverick, Self-Defence, S. 105. Dort heißt es: *„In my view, the defence claimed by the accused whose perceptions were distorted because she was suffering from BWS does not fall into the territory of reasonable self-defence but instead has the gist of a claim of diminished responsibility“*. Ferzan, Arizona Law Review, 42 (2004) 213 (219); Rosen, 36 The American University Law Review (1986-87) 1 (42). Rosen schlägt aber vor, die Notwehr im amerikanischen Recht wieder in einen Entschuldigungsgrund umzuwandeln. Siehe Rosen, ebendort, S. 45 ff.

1933 Siehe dazu im englischen Teil, Die *„battered-woman“-*Konstellation, S. 200 f.

1934 Siehe dazu im schottischen Teil, Die *„battered-woman“-*Konstellation, S. 212 f.

1935 R. v. Thornton (1992) AII ER 306, im englischen Teil, Die *„battered-woman“-*Konstellation, S. 201.

Täterin¹⁹³⁶ anerkannt.¹⁹³⁷

In Italien wird Notwehr bei jener Reaktion abgelehnt, welche im passiven Zeitraum zwischen den vorangegangenen und den noch zu erwartenden Angriffen ergriffen wird. Wie oben gesehen, werden die Angriffe hier nicht kumulativ als Dauerangriff sondern als einzelne immer wiederkehrende Angriffe (*offese abituali*) bewertet.¹⁹³⁸ Die „Haustyrannen“-Konstellation wird als typischer Fall behandelt, wo in den Zeiträumen zwischen zwei Angriffen keine gegenwärtige Gefahr i.S.d. Art. 52 c.p. anerkannt wird.¹⁹³⁹ Die Rechtsprechung verneint, dass immer wiederkehrende Angriffe bei einer „Haustyrannen“-Konstellation einen Dauerangriff darstellen. Präventive Maßnahmen, welche in dieser Zwischenzeit (etwa während des Schlafes des Haustyrannen) ergriffen werden, sind daher nicht durch Notwehr rechtfertigt.¹⁹⁴⁰

Während die frühere Rechtsprechung¹⁹⁴¹ und die herkömmliche Rechtslehre¹⁹⁴² in Deutschland¹⁹⁴³ diese Fallkonstellation als Dauergefahr im Rahmen eines Notstandes behandelt, hat sich heute eine klare Tendenz bei der Rechtsprechung entwickelt, solche Fälle durch Annahme eines Schuldausschließungsgrundes bzw. eines Schuld minderungsgrundes zu bewerten.¹⁹⁴⁴

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass immer wiederkehrende Angriffe als einzelne betrachtet werden, entweder, wenn sie schon vorangegangen, oder wenn sie noch zu erwarten sind. Sie werden daher nicht kumulativ als Dauerangriff bewertet. Dabei wird in der Regel eine Dauergefahr anerkannt, welche kein Notwehrrecht sondern eine Notstandslage bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen begründen kann.¹⁹⁴⁵

Allerdings greift das deutsche Strafrecht auf die Schuldebene zurück, insoweit der rechtfertigende Notstand bei Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter ausscheiden soll und der entschuldigende Notstand wegen Mangels an der Erforderlichkeit der Handlung verneint wird, weil die Gefahr

1936 R v. Ahluwalia (1992) 4 All ER 889, im englischen Teil, Die „battered-woman“-Konstellation, S. 201.

1937 Zum englischen Recht: Ormerod/Smith/Hogan, Criminal Law, S. 336 f. Zum schottischen Recht: Leverick, Self-Defence, S. 90.

1938 Siehe im italienischen Teil, Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr am Beispiel der „Haustyrannen-Tötung“, S. 162 ff.

1939 Szegö, Ai confini, S. 366.

1940 Szegö, Ai confini, S. 366.

1941 Vgl. in der deutschen Rechtsprechung, der „Familiencyrann-Fall“ RGSt 60, 318.

1942 Siehe z.B. die Ansicht von Lackner/Kühl, Haverkamp, Baumann/Weber/Mitsch, Ludwig, Spindel. In der deutschen Literatur, die § 34 auf die Fälle präventiver Gefahrenabwehr anwendet, gibt es drei verschiedene Richtungen: Diejenigen, die § 34 direkt anwenden, diejenigen, die § 34 mit dem Rechtsgedanken des § 228 BGB verbinden und schließlich diejenigen, die § 228 BGB in der Interessenabwägung des § 34 analog heranziehen. Siehe dazu im deutschen Teil, Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB, S. 80 ff.

1943 Siehe im deutschen Teil, Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr, S. 49 ff.

1944 BGHSt 48, 255; LG Offenburg StV 2003, 672.

1945 Ein wichtiges Beispiel für diese Konstellation in der deutschen Rechtsordnung ist der sog. „Spanner-Fall“, wobei der BGH eine Notstandslage anerkannte: BGH NJW 40 (1979) 2053. Dazu eingehend, im deutschen Teil, Die immer wiederkehrenden Angriffe und die Kategorie der Dauergefahr, S. 51 f. Die Ansicht des BGH wurde auch von der Rechtslehre geteilt: Unter anderen äußern sich in diesem Sinne Lenckner/Perron, Joecks, Günther und Roxin.

„anders abwendbar“ gewesen wäre, indem das Opfer der häuslichen Gewalt andere Alternativmaßnahmen als die Tötung des Haustyrannen zur Verfügung hatte. Vor allem deswegen, weil die Täterin, bevor weitere Angriffe stattfinden, über genügend Zeit zur Einschaltung der entsprechenden Staatsorgane oder zur Aufnahme anderer Vorkehrungen verfügt hätte.

An dieser Stelle ist es allerdings zu sagen, dass für die Fragestellung dieser Arbeit nicht die Lösung auf der Ebene der Schuld, sondern die Bewertung der objektiven Lage¹⁹⁴⁶ auf der Ebene der Rechtswidrigkeit von Interesse ist, denn die Frage der Präventivnotwehr soll im Rahmen der Rechtfertigungsgründe beantwortet werden.

V. Die wechselseitige Beziehung zwischen der Gegenwärtigkeit und den anderen Voraussetzungen der Notwehr

Da die Gegenwärtigkeit als grundlegendes Element des Notwehrrechts anzusehen ist, ist ihr Vorliegen innerhalb dieses Rechtsinstituts so prägend, dass sie von den weiteren Voraussetzungen nicht abhängig gemacht werden kann, ohne dass ihre Fehlen alle andere Elementen der Notwehr in Frage stellt.

Im Verlauf dieser Arbeit wurde nämlich festgestellt, dass die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit wechselseitige Verhältnisse mit den weiteren Elementen der Notwehr aufweist. Die Anerkennung der Präventivnotwehr würde somit weitere Fragen aufwerfen, welche die anderen Voraussetzungen einbeziehen würden.

Im Folgenden wird eine rechtsvergleichende Übersicht über diese Beziehung zwischen der Gegenwärtigkeit und den einzelnen Voraussetzungen der Notwehr gegeben.

1. Die Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit des Angriffs ist eine der Voraussetzung der Notwehr, welche bei allen hier erforschten Rechtsordnungen ausdrücklich vorausgesetzt wird.¹⁹⁴⁷

Entsteht die Rechtswidrigkeit des Angriffs, wie es zum großen Teil ausdrücklich erfordert wird, nicht nur aus einem Erfolgsunrecht, sondern auch aus einem Handlungsunrecht,¹⁹⁴⁸ dann ist gegen die zur Zeit der Verteidigungshandlung rechtmäßig handelnde Person keine Notwehr zulässig, weil sie keine rechtswidrige Angriffshandlung begeht.

¹⁹⁴⁶ Die Rechtfertigungsgründe bestimmen die objektiven äußerlichen Umstände, welche sonst eine Straftat für die Gesellschaft akzeptabel machen. Deshalb müssen bei der Prüfung der Voraussetzungen der Notwehr objektive Standards vorherrschen. Rosen, 36 The American University Law Review (1986-87) 1 (18). [...] Im Unterschied zu den Entschuldigungsgründen, die sich auf die subjektiven Wahrnehmungen des Agent beziehen. Rosen, ebendort. S. 22.

¹⁹⁴⁷ Im deutschen Teil, Die Rechtswidrigkeit, S. 7 ff.; im italienischen Teil, Die Rechtswidrigkeit, S. 125 f.; im englischen Teil, Die Rechtswidrigkeit, S. 198 f.; im schottischen Teil, Die Rechtswidrigkeit, S. 211; und in den Vereinigten Staaten, Die Rechtswidrigkeit, S. 228 ff.

¹⁹⁴⁸ Insbesondere zum deutschen Rechtssystem vgl. Roxin, AT I, § 15 Rn. 14, S. 661; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 5. Rönna/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 108; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 21; Günther, SK 7 § 32 Rn. 56; Günther, SK 6 Vor. § 32 Rn. 20.

Ist die Notwehrlage durch das rechtswidrige Verhalten des Angreifers herausgefordert und ausgelöst, dann besteht bei einer Präventivnotwehr gegen künftige Angriffe das Problem, dass sich der potentielle künftige Angreifer zum Zeitpunkt der präventiven Maßnahme in der Regel rechtmäßig verhält und deswegen keinen rechtswidrigen Angriff begeht.¹⁹⁴⁹ In diesem Sinne sind Gefahren, die aus einem rechtmäßigen Handeln herausgehen und die Rechtssphäre eines Dritten beeinträchtigen, im Rahmen des Notstandes und nicht der Notwehr zu behandeln, wie es sich durch die Rechtsvergleichung feststellen lässt.¹⁹⁵⁰

Es kann sein, dass nicht alle rechtswidrige Angriffe als relevant im Sinne des Notwehrrechts bewertet werden können. So lässt im US-amerikanischen Rechtssystem das *New York Penal Code* in seiner Sektion 35.15 die Verteidigung mit physischer Gewalt (*use of physical force in defense of a person*) nur in Fällen zu, in denen der Angriff selbst aus rechtswidriger physischer Gewaltanwendung (*unlawful physical force*) entsteht. Somit beruht hier die Rechtswidrigkeit des Angriffs auf einer bestimmten tatbestandsmäßigen Handlung, und zwar auf einen gewalttätigen Angriff. Dies wird zu Recht von der Rechtslehre als eindeutiger Ausdruck des Verhältnismäßigkeitserfordernisses betrachtet. Tatsächlich lässt aber diese Norm jeder rechtswidrige Angriff, welcher die Schwelle der tödlichen Gewalt nicht erreicht, außerhalb ihres Anwendungsbereichs fallen. So wird Notwehr gegen einen Angriff auf bewegliche Sachwerte, der ohne physische Gewaltanwendung vom Angreifer ausgeübt wird, nicht von § 35.15, sondern von § 35.25 NYPC geregelt, der den Einsatz von tödlicher physischer Gewalt bei der Verteidigungshandlung ausdrücklich ausschließt.

Darüber hinaus, da die Notwehr einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt, besteht keine Notwehr gegen gerechtfertigte Handlungen, d.h. besteht es keine Notwehr gegen Notwehr.¹⁹⁵¹ Wird eine präventive Verteidigung vor der Gefahr eines zukünftigen Angriffs zugelassen, dann steht dem vermeintlichen künftigen Angreifer aufgrund dieser Prämisse kein Recht zu, sich gegen diesen schon in Gang gesetzten Angriff zu verteidigen, obwohl zu diesem Zeitpunkt kein rechtswidriger Angriff von ihm ausgeht.¹⁹⁵²

2. Die Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung ist ebenfalls bei allen hier untersuchten

1949 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 182.

1950 Im deutschen Teil, Die Rechtswidrigkeit, S. 7 ff. Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 74. Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 26; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 28; Schmidhäuser, Lehrbuch, 9/102; ders., Studienbuch, 6/70; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 18; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 3 u. Rn. 24; Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 31; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 17 u. 19; Bohlander, Principles, S. 102 f.; Roxin, AT I, § 15 Rn. 14. Im italienischen Teil, Das Gegenwärtigkeitsmerkmal im Notwehr- und Notstandsrecht und die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr, S. 157 f.; vgl. Grosso, Difesa legittima, S. 73;

1951 Dies wurde für Deutschland, Italien, England, Schottland und die Vereinigten Staaten festgestellt.

1952 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 345.

Rechtsordnungen als Voraussetzung der Notwehr vorgesehen.¹⁹⁵³ Die Verteidigungshandlung ist von Notwehr gedeckt, wenn sie erforderlich zur Abwehr des Angriffs ist. In diesem Sinne ist die Verteidigungshandlung nur dann erforderlich, wenn sie geeignet zur Abwehr des Angriffs ist und zwischen mehreren gleich wirksamen Alternativen das mildeste Mittel ist.¹⁹⁵⁴ Dies hat zwei Folgen, die im Laufe dieser Forschung festgestellt wurden: Erstens wird die Anwendung ungeeigneter Mittel zur Abwehr des Angriffs durch Notwehr nicht gedeckt. Zweitens ist bei gleich wirksamen zur Verfügung stehenden Mitteln die Anwendung des für den Angreifer schädlicheren Mittels nicht durch Notwehr gerechtfertigt.

Das enge Verhältnis zwischen der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs und der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung kann im Rahmen der Rechtsvergleichung festgestellt werden.¹⁹⁵⁵ Zuerst kann die Begründung des Gegenwärtigkeitserfordernisses in dem Ziel jeder Rechtsordnung gesehen werden, die Anwendung von Gewalt seitens der Privaten auf ein Minimum zu beschränken, und nur dort zuzulassen, wo dies wirklich erforderlich ist. In diesem Sinne gewährleistet das Gegenwärtigkeitserfordernis, dass Gewalt nur angewendet wird, wo es wirklich nötig ist.¹⁹⁵⁶ Dazu kommt noch, dass das Notwehrrecht als Rechtfertigungsgrund gegenüber dem staatlichen Gewaltmonopol und dem Verbot der Gewaltanwendung von den Privatpersonen als Ausnahmerecht betrachtet werden soll.¹⁹⁵⁷

Auf der anderen Seite wird bemerkt, dass nur unter dem Druck eines gegenwärtigen Angriffs die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung besteht.¹⁹⁵⁸ Dies wird besonders in der deutschen

1953 Im deutschen Teil, Die Erforderlichkeit, S. 14 ff.; im italienischen Teil, Die Erforderlichkeit, S. 127 f.; im englischen Teil, Die Erforderlichkeit, S. 201; im schottischen Teil, Die Erforderlichkeit, S. 213; in den Vereinigten Staaten, Die Erforderlichkeit, S. 255 ff.

1954 Vgl. Im deutschen Recht vgl. Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 34; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 27; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 9; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 28 ff; Amelung, NStZ 1998, S. 70 ff.; Joecks, StGB, § 32 Rn. 11 a; Günther, SK 7 § 32 Rn. 88; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 343; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 18 und 25; Wessels/Beulke, AT, Rn. 335; Roxin, AT I, § 15 Rn. 42; Wössner, Die Notwehr, S. 43; RGSt 55 82 (83); BGH, Urt. v. 21 Februar 1990, 2 StR 527/89, in: BGHR StGB § 32 Abs. 2, Erforderlichkeit 5, m.w.N. Im italienischen Recht vgl. Lattanzi, C.P., Art. 52 Rn. 1; Del Corso, C.P., Art. 52 Rn. 3; Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 71 f.; Boscarelli, Legittima Difesa, 4.2; Padovani, Difesa Legittima, S. 511 f.; Fiandaca/Musco, Diritto Penale, S. 281. Zum englischen Recht vgl. Williams, Criminal Law, § 23.2, S. 503. Zum schottischen Recht vgl. Leverick, Self-Defence, S. 89. In den Vereinigten Staaten vgl. Hall, Criminal Law, S. 234; U.S. v. Peterson 483 F.2d 1222 (1973).

1955 Vgl. in der deutschen Rechtsordnung, Suppert, Studien, S. 377; BGH, Urt. v. 21. Februar 1990 - 2 StR 527/89, in: BGHR § 32 Abs. 2, Erforderlichkeit 5. In der italienischen Rechtsordnung vgl. Caraccioli, Diritto Penale, S. 403; Pagliaro, Principi, S. 440; Grosso, Enciclopedia del Diritto, S. 27 ff. (S. 29); Zaina, Legittima difesa, S. 90. Zum schottischen Recht vgl. Leverick, Self-Defence, S. 89. In den Vereinigten Staaten vgl. Rosen, North Carolina Law Review (1993) 71 (379); Robinson, Criminal Law, § 131 (b) 3; Sangero, Self-Defence, S. 151.

1956 Etwa in der US-amerikanischen Rechtsprechung, State v. Norman, 324 N.C. 253, 378 S.E. 2d 8 (1989); in der Rechtslehre, Dix, Self-Defense, S. 947.

1957 Eingehend dazu im deutschen Teil, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 33 f. Vgl. auch Spendel, LK 11 § 32 Rn. 112. Im italienischen Teil, Pagliaro, Principi, S. 440; Grosso, Enciclopedia del Diritto, S. 27 ff. (S. 29); Zaina, Legittima difesa, S. 90. In den US-amerikanischen Teil, Das Subsidiaritätsprinzip, S. 219 f.; vgl. auch Fletcher, Notwehr, S. 37; LaFave, Criminal Law, § 10.4 (d); Ferzan, Arizona Law Review, 42 (2004) 213 (221 f.); Sangero, Self-Defence, S. 152.

1958 In Deutschland vgl. Suppert, Studien, S. 377. In Italien vgl. Caraccioli, Diritto Penale, S. 403. In Schottland vgl. Leverick, Self-Defence, S. 89. In den Vereinigten Staaten vgl. Robinson, Criminal Law, § 131 (b) 3.

Rechtsprechung sichtbar, indem die Nutzung einer Feuerwaffe unterschiedlich behandelt wird, je nachdem wie nahe zeitlich bzw. räumlich die konkrete Rechtsgutsverletzung bevorsteht.¹⁹⁵⁹

Diese Beziehung zwischen Gegenwärtigkeitserfordernis und Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung kann eben bei der Präventivnotwehr zum Ausdruck kommen und spricht gegen ihre Annahme. Ist der Angriff noch nicht gegenwärtig, weil er in einer mehr oder weniger nahen Zukunft liegt, dann besteht genügend Zeit, um andere Maßnahmen zu ergreifen, wie z.B. die Einschaltung der entsprechenden Staatsorgane, was die Verteidigungshandlung nicht mehr erforderlich macht. Dies ist zugleich einer der Hauptgründe, warum bei der „Haustyrann“-Konstellation die Tötung des gewalttätigen Mannes nicht als erforderlich angesehen und die Gefahr als „anders abwendbar“ bewertet wird,¹⁹⁶⁰ solange die noch zu erwartenden Angriffe genügend Zeit lassen, um die Staatshilfe einzuschalten.

Aus dem Verhältnis zwischen Gegenwärtigkeit und Erforderlichkeitserfordernis ergibt sich, dass, wenn der Angriff noch in der Zukunft liegt, keine Erforderlichkeit der Abwehrhandlung zur Zeit der Verteidigung besteht, insofern spätere Maßnahmen gleich wirksam sein können. Dies gilt vor allem dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass bevor der Angriff erfolgt, andere Umstände eintreten, die den erwarteten Angriff verhindern können.

Dazu kommt noch, dass ein künftiger Angriff in der Regel in seiner konkreten Erscheinungsform nicht erkennbar ist.¹⁹⁶¹ Daher wird ein gegenwärtiger Angriff erfordert, um feststellen zu können, ob die „Verteidigungshandlung“ erforderlich war bzw., ob eine gleich geeignete aber wesentlich mildere Maßnahme hätte ergriffen werden können.¹⁹⁶² In diesem Fall war die schwere Abwehrmaßnahme, welche ergriffen wurde, nicht erforderlich. Dieser Punkt wird in den untersuchten Rechtsordnungen bei der Frage der Zulässigkeit der Anbringung von automatischen Schutzanlagen erörtert, wo die „Verteidigungshandlung“ zu einem Zeitpunkt vorbereitet wird, zu dem der Angriff noch künftig ist.¹⁹⁶³

Wenn man den Endpunkt eines gegenwärtigen Angriffs betrachtet, ist diese Beziehung zwischen den Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit und der Erforderlichkeit desgleichen sichtbar.¹⁹⁶⁴ Bei schon abgeschlossenen Angriffen besteht keine Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung mehr. Aus logischen Gründen kann ein schon vorangegangener bzw. endgültig abgeschlossener Angriff

1959 So z.B. BGHR StGB § 32 Abs. 2.

1960 Vgl. in der deutschen Rechtsprechung BGHSt 48, 255 und LG Offenburg StV 12 (2003) 672. In der US-amerikanischen Rechtsprechung, State v. Norman, 324 N.C. 253, 378 S.E. 2d 8 (1989); in der Rechtslehre siehe die Ansicht von Sangero, Hall und Leverick.

1961 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 235 u. 348.

1962 In diesem Sinne in der italienischen Rechtsprechung vgl. Cass. pen., sez. IV, 25.5.1993, Baracca.

1963 Im deutschen Teil, Die antizipierte Notwehr, S. 46 ff.; vgl. dazu auch Roxin, AT I, § 15 Rn. 52. Im italienischen Teil, Die antizipierte Notwehr, S. 160 f.; vgl. dazu auch Szegö, Ai confini, S. 364. Im US-amerikanischen Teil, Die antizipierte Notwehr, S. 233 ff.

1964 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 349.

nicht mehr abgewendet werden.¹⁹⁶⁵ Man kann sich nicht gegen einen Angriff verteidigen, der schon in der Vergangenheit angesiedelt ist. Aus Mangel an Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung begründen daher schon abgeschlossene Angriffe keine Notwehr.

Daraus ergibt sich, dass sich die Voraussetzung der Erforderlichkeit in vielfältiger Weise auf die zeitliche Nähe einer konkreten Rechtsgutsverletzung und somit auf das Gegenwärtigkeitserfordernis bezogen ist. Aus diesem Grund würde die eventuelle Annahme eines präventiven Selbstverteidigungsrechts unlösbaren Fragen mit sich bringen.

3. Die Verhältnismäßigkeit

Jedes Rechtssystem schließt eine Werthierarchie ein, wonach die Rechtsgüter unterschiedlich bewertet werden. Dies bringt mit sich, dass beim Notwehrrecht die Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung berücksichtigt werden soll.

Trotz Unstimmigkeiten findet sich in den verschiedenen Rechtsordnungen eine Abwägung zwischen den bei Angriff und Verteidigung widerstrebenden Rechtsgütern.¹⁹⁶⁶

Sogar im deutschen Rechtssystem, wo die Verhältnismäßigkeit der Verteidigung nicht ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen wird, wird eine solche Abwägung von Rechtsprechung und Rechtslehre unter dem Begriff der „sozialethischen Einschränkungen der Notwehr“ bzw. des „Rechtsmissbrauchs“ vorausgesetzt.¹⁹⁶⁷ Eine Interessenabwägung wird in Deutschland beim rechtfertigenden Notstand im § 34 StGB ausdrücklich vorgesehen. Voraussetzung dafür ist, dass bei Abwägung der widerstrebenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das durch die Abwehrmaßnahme beeinträchtigte wesentlich überwiegt.¹⁹⁶⁸ Aus diesem Grund wird durch den rechtfertigenden Notstand die Vernichtung von Menschenleben grundsätzlich nicht gestattet.¹⁹⁶⁹

In den verschiedenen Rechtsordnungen spricht man entweder von widerstrebenden „Rechtsgütern“, oder von „Intensität“ des Angriffs und der Verteidigung, welche sich auf die Gefährdung von

1965 So in Deutschland Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 90.

1966 Im deutschen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 17 f.; im italienischen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 128 ff.; im englischen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 202 f.; im schottischen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 213 f.; im US-amerikanischen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 258 ff.

1967 Siehe oben im deutschen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 17 f.; vgl. Günther, SK 7 § 32 Rn. 102; Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 32, 1, 3, S. 338. Je nach Grund werden die Einschränkungen von der Rechtslehre in vier Konstellationen eingeordnet: Fälle eines krassen Missverhältnisses der kollidierenden Rechtsgüter, der schuldlos handelnde Angreifer, der verschuldete oder sogar absichtlich provozierte Angriff, der Angriff nahestehender Personen. Vgl. dazu Günther, SK 7 § 32 Rn. 109; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 301. Daneben wird Art. 2 Abs. 2 a EMRK diskutiert. Die herrschende Meinung leitet aus Art. 2 Abs. 2 a EMRK lediglich eine Begrenzung des Rechts von Hoheitsträgern ab. Vgl. Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, S. 23 u. 27.

1968 Näher Wessels/Beulke, AT, Rn. 310; Küper, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, S. 115; Roxin, AT I, § 14 Rn. 81; Zieschang, LK 12 § 34 Rn. 77.

1969 In der Rechtsprechung BGHSt 48 255 sowie LG Offenburg StV 12 (2003) 672. In der Rechtslehre ausdrücklich Wessels/Beulke, AT, Rn. 316.

bestimmten Rechtsgütern bezieht und nicht abhängig von den im Einzelfall ergriffenen Mitteln gemacht werden kann.¹⁹⁷⁰

Was die Beziehung zwischen Gegenwärtigkeit und Verhältnismäßigkeit angeht, ist festzuhalten, dass die Erkennbarkeit der widerstreitenden Rechtsgüter zugleich die Gegenwärtigkeit des Angriffs voraussetzt, denn bei einem künftigen Angriff können die bedrohten Rechtsgüter nur schwer bestimmt werden.

Dies wird insbesondere bei der Problematik der Anbringung von automatischen Schutzanlagen¹⁹⁷¹ erläutert, weil hier die Vorbereitung der „Verteidigungshandlung“ zu einem Zeitpunkt liegt, bei dem der Angriff noch nicht gegenwärtig ist. Da bei der antizipierten Notwehr die Verteidigungshandlung erst zum Zeitpunkt des Angriffs erfolgt, stellt sich hier nicht die Frage der Gegenwärtigkeit des Angriffs, sondern es geht hier um die Frage der Abwägung der im Einzelfall bedrohten Rechtsgüter sowie der Intensität des Angriffs.¹⁹⁷²

Das Verhältnis zwischen den Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit und der Verhältnismäßigkeit kommt zum Ausdruck ebenfalls bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung bei künftigen Angriffen. Hier sollten als Kriterien für die Bestimmung der Intensität des zu erwartenden Angriffs die vorangegangenen Rechtsgutsverletzungen angenommen werden. Die Maße der „Verteidigungshandlung“ kann sich aber nicht auf schon abgeschlossene Angriffe beziehen, gerade deswegen, weil sie nicht gegenwärtig i.S. der Notwehr sind. Nur gegen gegenwärtige Angriffe besteht die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung.¹⁹⁷³

Da bei künftigen Angriffen der Angriff noch nicht vorliegt, sind die Intensität des Angriffs und die im Einzelfall bedrohten Rechtsgüter noch nicht bestimmbar. In diesem Sinne sollte beim Fehlen eines gegenwärtigen Angriffs eine hypothetische Verhältnismäßigkeitsabwägung vorgenommen werden, welche eine konkrete verletzende Handlung, d.h. die Verteidigungshandlung, auf einer Seite und einen erst in der Zukunft liegenden Angriff auf der anderen Seite einschließt.¹⁹⁷⁴ Da aber

1970 So ist es klar, dass bei einem Angriff mit einer Feuerwaffe das bedrohte Rechtsgut das Leben ist, während bei einem Angriff mit Faustschlägen seitens eines Kindes niemals die körperliche Unversehrtheit betroffen wird. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 351.

1971 Im deutschen Teil, Die antizipierte Notwehr, S. 46 ff.; vgl. auch Roxin, AT I, § 15 Rn. 52. Im italienischen Teil, Die antizipierte Notwehr, S. 160 f.; vgl. auch Szegö, Ai confini, S. 364. Im US-amerikanischen Teil, Die antizipierte Notwehr, S. 233 ff.; vgl. Sangero, Self-Defence, S. 164.

1972 In der deutschen Rechtslehre wird dieses Problem unter anderen bei Roxin, AT I, § 15 Rn. 52; Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 142; Joecks, StGB, § 32 Rn. 49, Günther, SK 7 § 73; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 20; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 15 erörtert. In Italien wird diese Frage im Allgemeinen von Consorte, Cassazione Penale (2006) 2653 (2655 f.) behandelt, die bemerkt, dass die Prüfung der Intensität des Angriffs immer verschwommener wird, je mehr er in der Zukunft liegt; vgl. dazu auch Szegö, Ai confini, S. 364. Zu diesem Thema im US-amerikanischen Recht siehe Sangero, Self-Defence, S. 164; Wössner, Die Notwehr, S. 185.

1973 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 351.

1974 Siehe dazu im italienischen Recht Zaina, Legittima difesa. Zur „notwehrähnlichen Lage“, wobei Bezugspunkt des Proportionalitätserfordernisses nur die hypothetisch zu erwartende Angriffintensität sein kann. Im deutschen Teil, Die „notwehrähnliche Lage“, S. 54 ff.; vgl. Suppert, Studien, S. 386. Im italienischen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 130; vgl. dazu Zaina, Legittima difesa, S. 38. Zur Frage der Intensität künftiger Gewalt bei der „battered-woman“-

bei einem künftigen Angriff der Raum für Irrtümer über die tatsächlichen Umstände viel größer sein kann, was zugleich das Missbrauchsrisiko erhöht, soll diese Prüfung auf der Basis bestimmter Umstände durchgeführt werden.¹⁹⁷⁵ Daraus ergibt sich, dass die Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung weder aufgrund vorangegangener noch künftiger Angriffe abzuwägen ist. Somit lässt sich diese bei immer wiederkehrenden Angriffen noch weniger durch eine kumulative Gesamtbetrachtung ermessen. Gegen eine solche Lösung sind die gerade erwähnten Kritikpunkte zu erheben. So bleibt die Frage der Verhältnismäßigkeit bei der Präventivnotwehr offen, denn hier wird die Bestimmung der widerstreitenden Interessen immer verschwommener, je weiter der Angriff in der Zukunft liegt.¹⁹⁷⁶

Im Ergebnis ist es festzustellen, dass die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung zugleich die Gegenwärtigkeit eines Angriffs erfordert, aufgrund der Notwendigkeit im Einzelfall die widerstreitenden Rechtsgüter näher zu bestimmen. Danach ist die Einbeziehung eines bestimmten Rechtsgutes in die Verhältnismäßigkeitsprüfung möglich, wenn es durch einen gegenwärtigen Verletzungshandlung konkret bedroht ist.¹⁹⁷⁷ Die enge Beziehung zwischen den Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit und der Verhältnismäßigkeit wird ganz eindeutig beim neuen Abs. 2 lett. b) des Art. 52 c.p, welcher die Möglichkeit der Verteidigung von Rechtsgüter durch die Tötung bzw. die schwere Körperverletzung des Angreifers einschließt, „wenn es keinen Rückzug gibt und eine Aggressionsgefahr besteht“.¹⁹⁷⁸ Trotz der im Abs. 2 des Art. 52 c.p. vorgesehenen Vermutung über das Vorliegen der Verhältnismäßigkeit zwischen Verteidigung und Angriff, muss nach einer verfassungskonformen Auslegung die Gefahr gegen die persönliche Unversehrtheit des Angegriffenen zur Annahme des Verhältnismäßigkeitserfordernisses gegenwärtig sein. Ist diese Gefahr künftig, dann ist die Verteidigungshandlung gegen die persönliche Unversehrtheit des Angreifers nicht verhältnismäßig.¹⁹⁷⁹

Konstellation siehe im US-amerikanischen Teil, Die „*battered-woman*“-Konstellation, S. 243 f.; vgl. Sangero, Self-Defence, S. 347; Kaser-Boyd, Battered Woman, S. 43.

1975 Zur Beziehung zwischen Gegenwärtigkeit und Risikoprognose Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, S. 9 Rn. 65: Die Abwehr darf erst im letzten Zeitpunkt einsetzen, in dem sie noch Erfolg verspricht; erst dann lässt sich das Risiko, dass sie unnötig sein könnte, mit hinreichender Sicherheit ausschließen. Im italienischen Teil, Die Verhältnismäßigkeit, S. 128 ff.; vgl. Grosso, Enciclopedia del diritto, S. 30; Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 2. ed., S. 218 u. S. 283; Mantovani, Diritto Penale, S. 272; Romano, C.P. I, Art. 52, Rn. 17. Siehe im englischen *Common Law*, Die Verhältnismäßigkeit, S. 202, so wird erfordert, dass die Handlung „*reasonable in the circumstances*“ ist; vgl. Smith/Hogan, Criminal Law, S. 252; Jefferson, Criminal Law, S. 207; Card/Cross/Jones, Criminal Law, 13 ed., 23.8, S. 527; Smith, Justification and Excuse, S. 107 f. Ähnliches gilt für das schottische *Common Law*, Die Verhältnismäßigkeit, S. 213 f.; vgl. Ferguson, Crimes Against Person, 8.11, S. 51; McCall Smith/Sheldon, Criminal Law, S. 131. In den Vereinigten Staaten, Die Verhältnismäßigkeit, S. 258 f.; vgl. Hall, Criminal Law, S. 234; Bacigal, Criminal Law, S. 12; LaFave, Criminal Law, § 10.4 (b).

1976 In diesem Sinne vgl. im italienischen Teil Consorte, Cassazione Penale (2006) 2653 (2655 f.).

1977 Kindhäuser, AT § 16 Rn. 18; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 17. Dies zeigt ganz eindeutig den neuen Abs. 2 lett. b) des Art. 52 c.p., Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 2. ed., S. 282 f.

1978 Dazu eingehend im italienischen Teil, Die Auswirkungen der Reform vom Gesetz 13 Februar 2006, n. 59 auf das Merkmal der Gegenwärtigkeit und die Fälle der Präventivnotwehr, S. 149 ff.

1979 Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 285.

4. Das subjektive Rechtfertigungselement

Schließlich kommt hier das Verhältnis zwischen den Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit und der Verhältnismäßigkeit bei dem Element des Verteidigungswillens in Betracht. Ein Verteidigungswille wird bei jeder Rechtsordnung vorausgesetzt.¹⁹⁸⁰ Dies schließt in der Regel sowohl die Kenntnis der Notwehrlage ein,¹⁹⁸¹ als auch den Willen, in diesem Sinne zu handeln.¹⁹⁸² Andere Beweggründe neben dem Verteidigungswillen können vorhanden sein, diese müssen aber den Verteidigungswillen selbst nicht in den Hintergrund rücken lassen.¹⁹⁸³

Die Fälle, bei denen der Täter selbst entweder die Notwehrlage absichtlich provoziert oder eine solche Lage mit der Absicht vortäuscht, den vermeintlichen „Angreifer“ unter den Deckmantel der Notwehr schädigen zu können, begründen keine Notwehr.¹⁹⁸⁴

Darüber hinaus wurde bemerkt, dass das Vorliegen anderer Beweggründe neben dem Verteidigungswillen oft auch in der Überschreitung der Erforderlichkeit bzw. der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck kommen kann¹⁹⁸⁵, wodurch eine Beziehung zwischen diesen drei Voraussetzungen festzustellen ist.

1980 Im deutschen Teil, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 18 ff.; im italienischen Teil, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 132 f. Im *Common Law* im Allgemeinen setzt Notwehr voraus, dass der Verteidiger im vernünftigen Glauben handelt, sich gegen einen unmittelbar drohenden bzw. gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff verteidigen zu müssen (“...*the defendant reasonably believed an unjust immediate threat of bodily harm*”). Vgl. im englischen Recht Welke, ZRP 2004, S. 16; im schottischen Recht vgl. Christie, Criminal Law, S. 96 m.w.N.; im US-amerikanischen Teil, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 268 ff.; vgl. dazu Bacigal, Criminal Law, S. 72; La Fave, Criminal Law, § 10.4; Shorter v. People, 2 N.Y. 193, 197, 51 Am.Dec. 286, 287 (1849).

1981 Mit Ausnahme der italienischen Rechtsordnung, in der eine Kenntnis der Notwehrlage seitens des Verteidigers aufgrund der allgemeinen objektiven Wirkung der Rechtfertigungsgründe (Art. 59 co. 1 c.p.) nicht verlangt wird.

1982 Eingehend dazu im deutschen Teil, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 19 f.; vgl. Perron, Sch/Sch 29 Vor. §§ 32 ff. Rn. 13 u. § 32 Rn. 63; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 37 u. 38; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 37; Stratenwerth/Kuhlen, AT 1, § 9 Rn. 94; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 7; Joecks, StGB, § 32 Rn. 17; Günther, SK 7 § 32 Rn. 132 u. 135. Im US-amerikanischen Teil, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 271; vgl. Dubber, Einführung, S. 152.

1983 Im deutschen Teil, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 19; vgl. Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 37 u. 38; ders., Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 36; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 7; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 25; Jeschcek/Weigend, Lehrbuch, § 32, S. 342 f.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17, Rn. 31; Wessels/Beulke, AT, Rn. 333 u. 350a; Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 240; in der Rechtsprechung BGH, Beschl. v. 8 März 2000 - 3 StR 67/00, in: NStZ (2000) 365 (366). Ferner auch BGH, Beschl. v. 23. August 1991 - 2 StR 360/91 in: BGHR, StGB § 32 Abs. 2 Verteidigungswille 1, m.w.N.; BGH, Beschl. v. 1. März 1989 - 3 StR 11/89, in: BGHR § 32 Abs. 2. Angriff 3. subjektive Einschätzung. Im italienischen Rechtsprechung vgl. Cass., Sez. I, Urteil vom 18 Februar 2000. In den Vereinigten Staaten, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 271; vgl. Fletcher, Notwehr, S. 47; Hall, Criminal Law, S. 236; LaFave, Criminal Law, § 10.4 (c).

1984 Zum deutschen Recht vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 20 f.; Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 14; BGH NStZ 1983, 452. Im italienischen Teil, S. 132; vgl. dazu Wössner, Die Notwehr, S. 205 f.; Brocca/Mingrone, Legittima Difesa, S. 56 u. 59; Boscarelli, Legittima Difesa, 4.3.; Fiandaca/Musco, Diritto Penale, 5. ed., S. 280; Cass. Sez. II, Urteil vom 2. Juli 1982, Giorgetti; Cass. Sez. I, Urteil vom 8. Januar 1985, Pasqua. Vgl. Cass. Sez. I, Urteil vom 4. März 1992, Filopati und Cass. Sez. I, Urteil vom 2. April 1992, Pellini. Zum englischen Recht, vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 136 f.; Stephen, History III, S. 14; Ashworth, Self-Defence and the Right to Life, CambridgeLJ 34 (1975), 282 (301). Zum schottischen Recht vgl. Wössner, Die Notwehr, S. 157; Jones/Christie, Criminal Law, 1992, 8. 33 f., S. 146 f.; H.M. Advocate v. Robertson and Donoghue, 1945, unv., bei Gordon, Criminal Law, 24-10, S. 758.

1985 Siehe etwa in der deutschen Rechtsprechung BGHR § 32 Abs. 2 StGB. Dazu in der italienischen Rechtsordnung, Das subjektive Rechtfertigungselement, S. 133; in der Rechtsprechung vgl. Cass., Sez. I, Urteil Nr. 7151 vom 18 Juli 1981, in: Rivista Penale (1982) 243.

Auch der Verteidigungswille weist eine enge Beziehung zu der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des Angriffs auf. Auf der einen Seite wird bemerkt, dass sich bei präventiven Maßnahmen gegen künftige Angriffe das Irrtumsrisiko bei Annahme der Notwehrlage erheblich erhöht ist.¹⁹⁸⁶ In diesem Sinne ist bei einem gegenwärtigen Angriff das Irrtumsrisiko geringer.

So spricht gegen präventive Maßnahmen die sog. Reduktion des Irrtumsrisikos bei der Annahme eines Angriffs: Notwehr lasse sich nur dort rechtfertigen, wo eine schon einsetzende Kampfssituation das Irrtums- und Übereilungsrisiko auf ein tragbares Maß reduziert.¹⁹⁸⁷

Eine der Hauptkritiken gegen die von Suppert entworfenen „Präventivnotwehr“ ist gerade das erhöhte Missbrauchspotential, weil sich diese Befugnisse als Vorwand für andere rechtswidrige Zwecke benutzen lassen.^{1988 1989} Hiergegen wird aber angeführt, dass eine solche Missbrauchsgefahr auch bei der herkömmlichen Notwehrregelung trotz des Vorhandenseins eines gegenwärtigen Angriffs vorliegt.¹⁹⁹⁰ Dasselbe Problem bestehe beim „unmittelbar bevorstehenden Angriff“, „denn wenn der Angriff erst unmittelbar bevorsteht, ist es ja - wie bei einem noch in weiterer Zukunft liegenden angedrohten Angriff - durchaus denkbar, dass irgendwelche Umstände die Angriffsrealisierung noch verhindern könnten.“¹⁹⁹¹

Es ist aber nicht zu verkennen, dass beim Vorliegen eines gegenwärtigen Angriffs der Verteidigungswille zugleich zu vermuten bzw. eine Notwehrlage schwieriger vorzutäuschen ist, denn es ist gerade das Fehlen eines gegenwärtigen Angriffs, welches es dem Täter leichter macht, zu begründen, er habe in Verteidigungsabsicht gegen einen in der Zukunft liegenden Angriff gehandelt.¹⁹⁹²

VI. Die Abgrenzung zum Notstand bei Fällen der “Präventivnotwehr”

Wie oben gesehen, würden die verschiedenen Voraussetzungen des Notwehrrechts durch die Anerkennung eines präventiven Selbstverteidigungsrechts in Frage gestellt. Dies kann damit begründet werden, dass sich sowohl die Konstellation des zukünftigen Angriffs als auch die Konstellation der immer wiederkehrenden Angriffe durch eine Gefahrenlage kennzeichnen lassen,

1986 Dazu Roxin, GS-Tjong, S. 142.

1987 Vgl. dazu Roxin, GS-Tjong, S. 142. Siehe in der deutschen Rechtsordnung, Die „Präventivnotwehr“ bei zukünftigen Angriffen, S. 45 f., der sog. „Bordell-Fall“ in BGH, 3. Strafsenat, Urt. vom 3. Februar 1993, in: BGHSt 39 133.

1988 v. Bar Gesetz und Schuld III, S. 150, der bemerkt, dass die „Gestattung schon jetzt wirksamer gewaltsamer Vorkehr gegen künftige Angriffe zu leicht zum Vorwande selbst böswilliger Verletzung“ werden könnte.

1989 Dieselbe Frage taucht auch bei der „battered-woman“-Konstellation im US-amerikanischen Teil auf. Dazu Vgl. Fletcher, Notwehr, S. 42.

1990 „Die Dunkelziffer der „als Notwehrfälle erfolgreich maskierten“ vorsätzlichen Tötungen dürfte nicht unbeträchtlich sein.“ Suppert, Studien, S. 391, m.w.N. Das hier analysierte Bedenken steht in enger Verbindung mit der Voraussetzung des Verteidigungswillens, namentlich mit der Frage der vorgetäuschten Notwehrlage, doch Suppert geht hierauf nicht ein.

1991 Suppert, Studien, S. 389.

1992 Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 354.

welche als typisches Merkmal eines Notstandes anerkannt wird.

Im Laufe dieser Arbeit wurde der Begriffsunterschied zwischen Notwehr und Notstand bei den verschiedenen Rechtsordnungen untersucht. Die Notwehrlage kennzeichnet sich in der Regel durch einen gegenwärtigen Angriff, die Notstandslage durch eine gegenwärtige Gefahr.¹⁹⁹³ Dies wird besonders deutlich beim deutschen Rechtssystem, wo ein klarer Begriffsunterschied zwischen beiden Rechtsinstituten besteht. Dabei wird Notwehr nach § 32 StGB vor einem „gegenwärtigen Angriff“ zugelassen. Notstand stattdessen wird im Falle einer „gegenwärtigen Gefahr“ anerkannt.¹⁹⁹⁴ Unter zeitlichen Gesichtspunkten kann dies bedeuten, dass der Notstand Abwehrmaßnahmen zu einem früheren Zeitpunkt als die Notwehr zulässt.¹⁹⁹⁵ In diesem Sinne ist im Unterschied zur Notwehr eine gegenwärtige Gefahr i.S. des Notstandes in den Fällen zu bejahen, wo die Notwendigkeit zum Handeln gegenwärtig ist.¹⁹⁹⁶ So fasst die „gegenwärtige Gefahr“ i.S. eines Notstandes auch die Fälle der Dauergefahr,¹⁹⁹⁷ bei denen sowohl die Fälle der immer wiederkehrenden Angriffe (z.B. die „Haustyrannen“-Konstellation) als auch die Fälle eines später drohenden Schadenseintritts, d.h. die Konstellation des künftigen Angriffs, herangezogen werden.¹⁹⁹⁸ Somit sind präventive Maßnahmen gegen zukünftige Verletzungshandlungen im Rahmen des Notstandes¹⁹⁹⁹ und nicht der Notwehr zu betrachten.²⁰⁰⁰

Dahingegen besteht im italienischen Recht grundsätzlich kein Unterschied zwischen dem Gegenwärtigkeitserfordernis des Notwehr- und des Notstandsrechts, denn sowohl das eine als auch das andere Rechtsinstitut kennzeichnen sich durch den Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ (*pericolo attuale*). Trotzdem können im Notstand nur Abwehrmaßnahmen gegen rechtmäßig

1993 Unter den hier berücksichtigten Rechtsordnungen ist dies der Fall von der deutschen Rechtsordnung. Im Unterschied dazu wird die Notwehrlage in Art. 52 c.p. durch den Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ (*pericolo attuale*) gekennzeichnet. Unter diesem Aspekt besteht kein Unterschied zum Gefahrbegriff des Notstands. Auf der einen Seite setzt Art. 52 c.p. die gegenwärtige Gefahr einer „ungerechten Verletzung“ als notwehrbegründend voraus. Auf der anderen Seite verlangt Art. 54 c.p. die gegenwärtige Gefahr eines „schweren Schadenseintritts“ als notstandsbegründend. Siehe dazu, im italienischen Teil, Das Gegenwärtigkeitsmerkmal im Notwehr- und Notstandsrecht und die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr, S. 157 f.

1994 Siehe im deutschen Teil, Das Gegenwärtigkeitsmerkmal in Notwehr- und Notstandsrechten, S. 40 f.

1995 Lackner/Kühl 27 § 32 Rn. 11a.

1996 Suppert, Studien, S. 337. Wessels/Beulke, AT, Rn. 303.

1997 Besonders klar ist dies im deutschen Rechtsordnung. Siehe z.B. die Ansicht von Lackner/Kühl, Haverkamp, Baumann/Weber/Mitsch, Ludwig, Spindel. In der deutschen Literatur, die § 34 StGB auf die Fälle präventiver Gefahrenabwehr anwendet, gibt es drei verschiedene Richtungen. Diejenigen, die § 34 direkt anwenden, diejenigen, die § 34 mit dem Rechtsgedanken des § 228 BGB verbinden und schließlich diejenigen, die § 228 BGB in der Interessenabwägung des § 34 StGB analog heranziehen. Vgl. RGSt 60, 318. Siehe dazu im deutschen Teil, Der „präventive Defensivnotstand“ als Unterfall des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB, S. 80 ff.

1998 Ludwig, Gegenwärtiger Angriff, S. 40 m.w.N.

1999 Obwohl bei Nichterfüllung der weiteren Voraussetzungen des § 34 StGB eine Anwendung von § 35 StGB zu überprüfen ist, und bei Nichterfüllung dieser Norm eine Prüfung auf der Ebene der Schuld vorzunehmen ist, ist bei dieser Arbeit nur die objektive Lage beider Präventivnotwehr- Konstellationen zu betrachten und auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe zu bewerten. Denn hier geht es nur um die Auslegung der Notwehrregelung, welche einhellig als Rechtfertigungsgrund eingestuft wird.

2000 Siehe dazu im Allgemeinen im deutschen Teil, Die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr, S. 40 f.

handelnde Dritte ausgeübt werden, so dass bei „Präventivnotwehr“-Fällen eine Anwendung von Art. 54 c.p. nicht in Betracht kommt.²⁰⁰¹

Ein besonderes Merkmal der Präventivnotwehr ist die Erforderlichkeit des sofortigen Einsatzes von Abwehrmaßnahmen, obwohl der Angriff noch nicht gegenwärtig ist. Dieses Merkmal kennzeichnet aber auch eine Notstandslage, wie im Rahmen der verschiedenen Rechtsordnungen festgestellt wurde. Im Unterschied dazu soll allerdings bei der Notwehr nicht nur die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung sondern auch die Rechtsgutsverletzung selbst gegenwärtig sein.²⁰⁰²

Wird eine Voraussetzung der Notwehr, nämlich der gegenwärtige Angriff, durch eine Voraussetzung des Notstandes, nämlich die gegenwärtige Gefahr, ersetzt, dann werden alle weiteren Voraussetzungen der Notwehr in Frage gestellt, denn, wie oben festgestellt wurde, stehen alle Elemente dieses Rechtsinstituts in einer engen Verbindung zueinander. Ganz in diesem Sinne kann das Argument herangezogen werden, dass auf der Ebene der Rechtswidrigkeit jede Annahme einer präventiven Notwehr auf „Korrektiven“ beruht, welche den Voraussetzungen des Notstandes nahe liegt.²⁰⁰³

Aus den hier erzielten Ergebnissen lässt sich entnehmen, dass sich eine solche Gefahrenlage, wie sie bei den hier untersuchten Konstellationen der Fall ist, in den Tatbestand der Notwehr nicht einbeziehen lässt.

SCHLUSSGEDANKEN

Die vorliegende Analyse hat ergeben, dass das Gegenwartigkeitserfordernis als konstituierendes Element des Rechtsinstituts der Notwehr angesehen werden kann. Die hier betrachteten Rechtsordnungen erfordern die Gegenwartigkeit als unerlässliche Voraussetzung der Zulässigkeit der Notwehrhandlung auf verschiedene Weise.

Nach Ansicht aus der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung, die auch in den anderen untersuchten Rechtsordnungen - Italien und angloamerikanischem *Common Law*-System - geteilt wird, ist der Angriff gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert. Dabei bezieht sich das Gegenwartigkeitserfordernis auf eine konkrete Rechtsgutsverletzung. So ist der Anfangspunkt des gegenwärtigen Angriffs gegeben, wenn eine sehr

2001 Darüber hinaus gilt der Notstand nach Art 54 c.p. im italienischen System nur als Rechtfertigungsgrund. Daher kommt im Unterschied zum deutschen Recht eine Entschuldigung durch Notstand bei „Präventivnotwehr“-Fällen nicht in Betracht. Siehe dazu im italienischen Teil, Das Gegenwartigkeitsmerkmal im Notwehr- und Notstandsrecht und die Abgrenzung gegenüber den Notstandsrechten bei Fällen der Präventivnotwehr, S. 157 f.

2002 In Deutschland schon Suppert, Studien, S. 377; vgl. auch Rönnau/Hohn, LK 12 § 32 Rn. 141; Kindhäuser, AT, § 16 Rn. 17; ders., Strafgesetzbuch § 32 Rn. 16; Fischer, BK 58 § 32 Rn. 17. In Italien Caraccioli, Diritto Penale, S. 403. In Schottland Leverick, Self-Defence, S. 89. In den Vereinigten Staaten Robinson, Criminal Law, § 131 (b) 3. Zum Verhältnis zwischen Gegenwartigkeit und Erforderlichkeit siehe oben, S. 289 ff.

2003 Lenckner/Perron, Sch/Sch 27 § 32 Rn. 17, sowie Perron, Sch/Sch 29 § 32 Rn. 17. Vgl. Pintore, Das präventive Selbstverteidigungsrecht, S. 211.

enge zeitliche Nähe der Verwirklichung der Rechtsgutsverletzung und keine Zeit für alternative Maßnahmen besteht.

Somit wird, auch wenn die Notwehrlage durch eine Gefahr gekennzeichnet wird, zumindest das unmittelbare Bestehen einer Rechtsgutsverletzung zur Erfüllung des Gegenwärtigkeitserfordernisses verlangt.

Es wurde festgestellt, dass gerade aufgrund des Gegenwärtigkeitserfordernisses künftige bzw. immer wiederkehrende Angriffe keine Notwehrlage begründen können, obwohl vereinzelt einige Autoren eine Notwehrlage bei gegenwärtiger Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung auch in diesen Fällen anerkennen.

Im Verlauf dieser Arbeit wurde darüber hinaus festgelegt, dass in allen untersuchten Rechtsordnungen die Existenz des Gegenwärtigkeitserfordernisses innerhalb der Notwehrregelungen so prägend ist, dass es zugleich wechselseitige Wirkungen mit den weiteren Voraussetzungen der Notwehr aufweist, so dass sein Fehlen alle andere Elemente in Frage stellen würde.

Die Frage der Gegenwärtigkeit bei der Notwehr hat Anlass für die weitere vertiefte Untersuchung der „notwehrähnlichen Lage“ (so. „Präventiv-Notwehr“) gegeben. Diese Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass ein rechtswidriges Verhalten, das ein fremdes Rechtsgut zu verletzen droht, noch nicht das Stadium der Gegenwärtigkeit i.S. des Notwehrrechts erreicht hat, wohl aber dasjenige einer gegenwärtigen Gefahr, weil auf Grund der unzureichenden Wirksamkeit späterer Abwehrmaßnahmen ein sofortiges Eingreifen erforderlich ist, um der Gefahr wirksam zu begegnen.

Als Musterbeispiel wurde hier die „Haustyrannen“-Konstellation untersucht. Dabei wird ganz überwiegend eine Notwehr bei jener Reaktion abgelehnt, welche im passiven Moment zwischen einem vergangenen und einem in der Zukunft - wenn auch in der näheren Zukunft - liegenden Angriff vorgenommen wird. Vor allem gerade deswegen, weil immer wiederkehrende Angriffe eher als Dauergefahr i.S. des Notstandes, die aber im Unterschied zu einem Dauerangriff keine Notwehrlage begründen kann, bewertet werden. Dabei ist zu beachten, dass der Täter über genügend Zeit zur Einschaltung der entsprechenden Staatsorgane oder Aufnahme anderer Vorkehrungen verfügt, bevor die neueren Angriffe stattfinden. Denn als Ausnahmerecht gegenüber dem Verbot der Anwendung von Gewalt seitens der privaten Personen gilt das Notwehrrecht nur für diejenigen Fälle, in denen keine Zeit vorhanden ist, um die Staatsorgane einzuschalten oder andere Mittel einzusetzen. Jede Abweichung von dieser Wahl entstellt daher den eigentlichen Grundgedanken der Notwehr.

Nach dem Beispiel des *Common Law*-Systems wird in Deutschland und Italien diese Konstellation eher auf der Schuldebene durch Anerkennung eines Entschuldigungsgrundes oder

anderer Schuldminderungs- bzw. Schuldausschließungsgründe behandelt. In Allgemeinen kann gesagt werden, dass das Recht in diesen Fällen durch Einmischung subjektiver Elemente bei der Prüfung der Notwehrlage auf die subjektive Ebene des Opfers zurückgreift. Die Rechtsnatur der Notwehr, die als Rechtfertigungsgrund dient, erfordert aber objektive Kriterien, um die Notwehrlage festzustellen. Für die Frage der präventiven Selbstverteidigung in der italienischen Rechtsordnung ist deshalb nicht die subjektive Lösung auf der Schuldenebene, sondern eher die objektive Bewertung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit von Interesse.

Auf der anderen Seite, ermöglicht eine solche Lösung nicht, die in dieser speziellen Notwehrsituationen bestehenden Besonderheiten und die persönlichen Eigenschaften des Täters ausreichend zu berücksichtigen. Damit wird deutlich, dass sie sich paradoxerweise gegen den schwächeren Part einer gewaltgeprägten Beziehung wendet, dessen Schutz das Ziel der aktuellen Kriminalpolitik sein sollte. Sobald man sich entschieden hat, dass eine streng subjektive Lösung zu verneinen ist, liegt unter besonderer Berücksichtigung des strafrechtlichen Grundsatzes der personellen Verantwortlichkeit die Möglichkeit vor, das Bestehen der Rechtfertigungsvoraussetzungen durch rein objektive Kriterien festzustellen, die unter allgemeinem Verweis auf eine ähnliche Situation wie die des Verteidigers und die besondere Art der Konfliktbeziehung den individuellen Eigenschaften des Täters mehr Gewicht zukommen lassen.

Wenn man davon ausgeht, dass dem Verteidiger in der notwehrähnlichen Lage die Anwendung eigener Gewalt nur dann erlaubt werden kann, wenn keine Erfolg versprechende Möglichkeit ersichtlich ist, die Gefahr auf andere Art abzuwenden,²⁰⁰⁴ solange die voraussichtlichen entsprechenden Folgen nicht „außer Verhältnis“ zu der drohenden Gefahr stehen,²⁰⁰⁵ dann erklärt sich, warum die Tötung eines schlafenden „Haustyrannen“ zumeist im Ergebnis nicht zu rechtfertigen sein wird: Hier besteht die Möglichkeit, der Gefahr durch Verlassen der Wohnung und die Inanspruchnahme der Unterstützung von Behörden und karitativen Einrichtungen zumeist objektiv teilweise²⁰⁰⁶ auszuweichen, was dazu führt, dass die Folgen der Verteidigungshandlung zu der danach verbleibenden, nicht anders abwendbaren minder schweren Beeinträchtigung außer Verhältnis geraten.²⁰⁰⁷

Einen Wertungswiderspruch stellt es aber in diesem Zusammenhang dar, dass die Rechtfertigung der Tötung des brutalen Aggressors, vor dem es kein Entrinnen gibt, kategorisch ablehnt wird,

2004 Erb, MüKo, 2003, § 34 Rn. 159, der darauf hinweist, dass der Verteidiger in der notwehrähnlichen Lage nicht auf einen akuten Bruch des Rechtsfriedens reagiert, sondern sich zur Verhinderung künftiger rechtswidriger Beeinträchtigungen selbst von der allgemeinen Friedenspflicht lossagen will.

2005 Erb, MüKo, § 34 Rn. 160 u. 155. Ebenso Kühl, Strafrecht AT, § 8 Rn. 134.

2006 Erb, MüKo, § 34 Rn. 161: Hier dürfte sich die Gefahr nicht restlos beseitigen, sondern auf ein Minimum reduzieren lassen.

2007 Erb, MüKo, § 34 Rn. 161.

solange kein gegenwärtiger Angriff vorliegt.²⁰⁰⁸

Dabei ist zu beachten, dass sich das „Haustyrannen,-Beispiel bei Zugrundelegung außergewöhnlicher tatsächlicher Umstände so zuspitzen lässt, dass es sich hier zwangsläufig ein wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses des Opfers ergibt.²⁰⁰⁹ Steht eine glaubhafte Drohung mit dem Tod oder einer massiven Körperverletzung im Raum, vor der es nach Lage der Dinge keinerlei Entrinnen gibt (etwa weil erfolglose Versuche, sich dem Einflussbereich des Peinigers zu entziehen, die faktische Unmöglichkeit dieses Unterfangens gezeigt haben)²⁰¹⁰, wenn das potentielle Opfer den Aggressor nicht seinerseits tötet, solange es dazu in der Lage ist, dann wäre es hier schlechthin unerträglich, von jemandem, dem infolge des rechtswidrigen Verhaltens eines anderen der Tod oder eine gravierende Gesundheitsbeeinträchtigung droht, aus welchen Gründen auch immer den Verzicht auf wirksame Gegenmaßnahmen zu verlangen.²⁰¹¹

Hier wiegt der Umstand, dass der Gefahrverursacher auf der Seite des Unrechts steht, allemal schwerer als die zeitliche Nähe des Schadenseintritts, denn diese ist gegenüber dem Gesichtspunkt einer Notwendigkeit sofortigen Einschreitens gerade nur von untergeordneter Bedeutung.²⁰¹² Damit sollten Unklarheiten, die lediglich die zeitliche Dimension des Angriffs betreffen, konsequenterweise zu Lasten des Angreifers gehen - denn dieser hat die Unübersichtlichkeit der Lage schließlich als Ausfluss seines rechtswidrigen Verhaltens selbst geschaffen.²⁰¹³

Zudem betrifft die Frage, ob die Gefahr insofern hinreichend konkret war, die tatsächliche Beurteilung des Einzelfalls. Hierbei muss man auf die besondere Einschätzungsmöglichkeit des Konfliktverhaltens des Partners seitens der misshandelten Frau aufgrund der vorangegangenen tätlichen Auseinandersetzungen abstellen,²⁰¹⁴ welche die Ernsthaftigkeit des Entschlusses zur

2008 Erb, MüKo, § 34 Rn. 162: „Einen Wertungswiderspruch stellt es in diesem Zusammenhang dar, wenn man die Rechtfertigung der Tötung eines nicht pflichtwidrig handelnden Gefahrverursachers im einfachen Defensivnotstand zulässt, diejenige der Tötung eines brutalen Aggressors, vor dem es kein Entrinnen gibt, aber kategorisch ablehnt, solange kein gegenwärtiger Angriff vorliegt.“ So aber Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, (Fn 30) S. 177 ff.; Roxin, FS-Jescheck, S. 457 (482 f.); ders., AT I, § 16 Rn 69, 74, 76.

2009 Erb, MüKo, § 34 Rn. 162: Wie ausgeführt (Erb, MüKo § 34 Rn. 156), verkennt die Gegenansicht (Hinweis auf Roxin, AT I, § 16 Rn. 74, 76) dabei, dass die „Unabwägbarkeit“ menschlichen Lebens einer Rechtfertigung hier nicht entgegensteht, sondern diese im Gegenteil gerade erfordert. Für eine Rechtfertigung im Ergebnis auch Byrd, Mißhandelte Frauen - Opfer ihrer Männer und Opfer des Strafrechts, in: Bottke, Lampe, Rauscherr (Hrsg.), Familie als zentraler Grundwert demokratischer Gesellschaften, 1994, S. 117 (132), Renzikowski, Notstand und Notwehr, (Fn 7) S. 269; Neumann, NK, Rn 90; Günther, SK 7 Rn. 43; Krey, AT I, Rn 580 f.

2010 Im „Familietyrann-Fall“ von RG (Fn. 141), RGSt 60, 318 ff., wo das Reichsgericht zu einer Entschuldigung nach § 54 a.F. gelangte, während die Frage einer Anwendung von § 34 oder § 35 im Parallellfall in BGH (Fn. 141), NStZ 1984, 20 m. Anm. Rengier = JR 1985, 299 m. Anm. Günther, JR 1985, 268 unverständlicherweise völlig übergangen wurde.

2011 Zutr. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, (Fn 6) S. 316, der hierbei auf das Prinzip der Unabwägbarkeit des menschlichen Lebens abstellt; Erb, MüKo § 34 Rn. 162.

2012 Erb, MüKo, § 34 Rn. 162.

2013 Voß, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, S. 50.

2014 Zum Erfahrungshorizont hinsichtlich des Konfliktverhaltens des Kontrahenten, vgl. Voß, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, S. 45 ff.

späteren Ausführung des Angriffs begründen kann. Insofern scheint das Argument des Schutzes des Angreifers vor übereilten Verteidigungsreaktionen aufgrund fehlender oder falscher Einschätzung der Situation in den hier erörterten Fallkonstellationen weniger gewichtig zu sein.²⁰¹⁵

In diesem Zusammenhang wäre es durchaus denkbar, dass selbst eine gezielte Tötung gerechtfertigt sein könne. Wo ein pflichtwidriger Übergriff in eine fremde Rechtssphäre droht, dann bedeutet dies keine Inanspruchnahme von Solidarität, sondern lediglich die Wiederherstellung der gestörten Gleichordnung zwischen den Rechtssubjekten.²⁰¹⁶ Hier entfällt nämlich der Grund, der normalerweise einer Suspendierung des Tötungsverbots entgegensteht, denn dieser liegt gerade darin, dass die Aufopferung des Lebens (und auch die Hinnahme schwerer Körperverletzungen) nicht Bestandteil einer allgemeinen Solidaritätspflicht sein kann.²⁰¹⁷

Als zusammenfassende Schlussfolgerung aus der oben aufgeführten Überlegungen kann festgehalten werden, dass eine Rechtfertigung präventiver Verteidigungshandlung gegen zukünftige bzw. immer wiederkehrende Angriffe allgemein abzulehnen ist. Soweit hier Ausnahmen angesichts außergewöhnlicher tatsächlicher Umstände anzuerkennen sind, handelt es sich um Sonderfälle, die nicht verallgemeinerungsfähig sind. Davon abgesehen bleibt die allgemeine Gültigkeit der Voraussetzung der Gegenwärtigkeit bei der Notwehr deshalb unberührt.

2015 Vgl. Voß, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, S. 46.

2016 Erb, MüKo, § 34 Rn. 154.

2017 Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, (Fn 7) S. 247; Neumann, NK Rn 87; Jakobs, AT, 13. Abschn., Rn 46 Fn 90.

LITERATURVERZEICHNIS

- Alimena, B.*, Principi di Diritto penale, I, Napoli 1910.
- ders.*, I limiti ed i modificatori dell'imputabilità, 3. Vol., Torino 1899.
- Altavilla, E.*, voce Difesa legittima, in: Novissimo Dig. It., V, Torino 1960, 621.
- ders.*, voce Eccesso colposo, in Novissimo Dig. It., VI, Torino 1957, 338.
- ders.*, Lineamenti di diritto criminale, Napoli, 1932.
- Amelung, K.*, Noch einmal: Notwehr gegen sog. Chantage, NStZ 1998, 70.
- American Jurisprudence, 2. ed., A modern Comprehensive Text Statement of American Law, Vol. 6, Assault and Battery, Cum. Supp. May 2002.
- American Law Institute (ed.), Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Explanatory Notes), Part I, §§ 3.01-5.07, Philadelphia 1985. zit. Official Draft.
- American Law Institute (ed.), Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), Part I, §§ 3.01-5.07, Philadelphia 1985. zit. Model Penal Code and Commentaries (Komm.).
- American Law Institute (ed.), Model Penal Code, Tentative Draft No. 8, 1958.
- American Law Institute (ed.), 35° Annual Meeting, 1958 Proceedings, Philadelphia.
- American Law Institute (ed.), Model Penal Code, Proposed Official Draft, 1962.
- Antolisei, F.*, Manuale di diritto penale, Parte generale, 13. ed., Milano 1994, 16. ed., 2003.
- Ashworth, A.*, Principles of Criminal Law, 2. ed., Oxford 1995, 6. ed., 2009.
- ders.*, Self-Defence and the Right to Life, Cambridge L J 34 (1975) 282.
- Azzali, G.*, L'eccesso colposo, Milano 1965.
- ders.*, voce Stato di necessità, in Novissimo Dig. It., XVIII, Torino 1971, 356.
- Bacigal, R. J.*, Criminal Law and Procedure. An Introduction, 2. ed., Albany, NY 2002.
- Bakircioglu, O.*, Self-Defence in International Criminal Law, The doctrine of imminence, Abingdon 2011.
- Battaglini, G.*, Sulla legittima difesa, in Riv. it. dir. Pen. 1933, 338.
- Baumann, J.*, Rechtsmißbrauch bei der Notwehr, MDR 1962, 349.
- Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 11. Aufl., Bielefeld 2003.
- Beecher-Monas, E.*, Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process, New York 2007.
- Bencivenga, F.*, L'inevitabilità del pericolo nella legittima difesa, in: Diritto Penale e Processo,

9/1998, 1118.

Bertel, C., Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), 1.

Bettioli, G., Diritto penale, Padova 1976.

Bettioli, G./Mantovani L., Pettoello, Diritto Penale. Parte Generale, 12. ed., Padova 1986.

Binding, K., Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.

Bitzilekis, N., Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, Berlin 1984.

Blackman, J., Potential use for expert testimony: ideas toward the representation of battered women who kill, Women's Right: L. Rep. 1986, 230.

Blackstone, H., Blackstone's Commentaries on The Law of England. B. C. Gavit (ed.), Washington, D.C. 1941.

ders., Commentaries on The Law of England, Vol. 4, Of Public Wrongs, Chicago 1979.

ders., Commentaries on The Law of England, Vol. 4., Neudruck der 1. Aufl., London 1966.

Blei, H., Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 16. Aufl., München 1975, 18. Aufl., 1983.

Blei, H./Kudlich, H., u.a., Strafrecht I. Allgemeiner Teil, München 2003.

Blumenwitz, D., Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 7. Aufl., München 2003.

Bobbio, N., L'analogia e il diritto penale, in Riv. Pen. 1938, 526.

Bockelmann, P., Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in FS-Honig, Göttingen 1970, 19.

Bockelmann, P./Volk, K., Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 1987.

Bohlander, M., Principles of German Criminal Law, Oxford/Portland, Oregon 2009.

Boscarelli, M., Legittima Difesa, in: Enciclopedia Giuridica, Tomo II, Istituto dell'Enciclopedia Italiana (ed.), Roma 1990.

Bricola, F., voce Teoria generale del reato, in Novissimo Dig. It., XIX, 1973, 7.

Brocca, G./Mingrone, M., La Legittima Difesa, Milano 2003.

Brown, B., Self-defense in homicide: from strict liability to complete exculpation, Criminal L. Rew. 1958, 583.

Browne, A., When battered women kill, New York 1987.

Buchkremer, W., Präventive Verteidigung: Der präventive Defensivnotstand bei pflichtwidrigem Verhalten des Eingriffsopfers am Beispiel der Haustyrannenmordfälle, Baden-Baden 2008.

Buri, M. von, Notstand und Notwehr in Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche, Gesammelte Abhandlungen, Leipzig 1894, 115.

Caraccioli, I., Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, 2. ed., Padova 2005.

Card, R./Cross, S. R./Jones, P. A., Criminal Law, 13. ed., London/Dublin/Edinburgh, 1995, 18. ed., New York 2008.

Carrara, F., Programma del corso di diritto criminale, Parte generale, 1. Vol., Firenze 1907.

ders., Diritto della difesa pubblica e privata, in *Opuscoli*, I, 1878, 107.

Cassese, A., *International Law*, 2. ed., Oxford/New York 2005.

Cassese, S., *Dizionario di diritto pubblico*, 4. Vol., Milano 2006.

Chalmers, J./Leverick, F., *Criminal Defences and Pleas in Bar of Trial*, Edinburgh 2006.

Chiavario, M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Padova 1969.

Christie, S., *Introduction to Scots Criminal Law*, Glasgow 2003.

Christopher, R., *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. 2, 2. ed., New York u.a. 2002.

Cipparone, R. C., *The Defence of Battered Women Who Kill*, (1987) 135 U. Pa. L. Rev. 427.

Contento, G., *Corso di diritto penale*, 2. Vol., Bari 1996.

Consorte, F., *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cassazione Penale* (2006) 2653.

Corpus Juris Secundum, 6. Vol., *Cumulative Annual Pocket Part*, May 2002.

Coughlin, A. M., *Excusing Women*, (1994) 82 Calif. L. Rev. 1.

Creach, D. L., *Partially determined imperfect self-defense: the battered woman kills and tells why*, *Stanford L. Rev.* 1982, 619.

Del Corso, S., *Commentario all'Art. 52 C.P.*, in: *Codice Penale*, T. Padovani (ed.), Tomo I, Milano 2007.

Delitala, G., *Il Fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930.

ders., *Analogia in "bonam partem"*, in *Riv. it. dir. pen.* 1936, 605.

ders., *Legittima difesa e reato colposo*, in *Riv. it. dir. pen.* 1940, 540.

De Vero, G., *Le scriminanti putative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 773.

Diederich, H., *Anmerkung, Entschuldigender Notstand bei Tötung des Familientyrannen*, *STREIT*, 1/2004, 32.

ders., *Ratio und Grenzen des straflosen Notwherezesses*, *Studien zu § 33 StGB*, Berlin 2001.

Dimitratos, N., *Das Begriffmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen*, München 1989.

Dix, G. E., *Self-Defense*, in: *Encyclopedia of Crime and Justice*, Sanford H. Kadish (ed.), New York/London 1983, 946.

Dolcini, E./Marinucci, G., *Codice Penale Commentato*, 2. ed., Milano 2006.

Dölling, D./Duttge, G./Rssner, D., *Das gesamte Strafrecht, Handkommentar*, Baden-Baden 2008.

Draft Criminal Code Bill 1985, Draft Criminal Code Bill 1989, Consultation Paper No. 122.

Dressler, J., *Criminal Law*, 1. ed., St Paul (Minn.) 2005.

ders., Battered Women Who Kill Their Sleeping Tormenters, in: S. Shute/A.P. Simster (eds.), Criminal Law Theory: Doctrines of General Part, Oxford 2002, 259.

ders., Understanding Criminal Law, 3. ed., New York u.a. 2001.

Dubber, M. D., Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005.

Edwards, S. S. M. Abolishing Provocation and Reframing Self-Defence. The Law Commission's Options for Reform, in: The Criminal Law Review 2004, 181.

Engels, D., Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 82, 109.

Engländer, A., Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess: Anmerkung zu BGH 4 StR 551/12 = BGH HRRS 10/2013 Nr. 618, 389.

Eser, A., Justification and Excuse: A key Issue in the Concept of Crime, in Justification and Excuse. Comparative Perspectives, I, 1987, 17.

Fasten, I., Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit, Hamburg 2011.

Ferguson, P. R./McDiarmid, C., Scots Criminal Law: A Critical Analysis, Dundee 2009.

Ferzan, K. K., Justifying Self-Defence, (2005) 24 L. & Phil. 711.

ders., Defending Imminence: From Battered Women to Iraq, Arizona Law Review, 42 (2004) 213.

Fiandaca, G./Musco, E., Diritto Penale. Parte Generale, 2. ed., Bologna 1989, 5. ed., 2007.

Fiore, C., Diritto penale. Parte generale, 1. Vol., Torino 1993.

Fischer, T., Strafgesetzbuch, 60. Aufl., München 2013; 61. Aufl., 2014; 62. Aufl., 2015.

Fletcher, G. P., Rethinking Criminal Law, Boston/Toronto 1978, Oxford 2000.

ders., Basic concepts of Criminal Law, New York 1998.

ders., Self-Defence and Relations of Domination: Moral and Legal Perspectives on Battered Women who Kill: Domination in the Theory of Justification and Excuse, (1996) 57 U. Pitt. L. Rev. 553.

ders., Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz. Aus dem Amerikanischen von C. Nestler-Tremel, Frankfurt a. M. 1993.

ders., Self-Defence as a Justification for Punishment, (1991) 12 Cardozo L. Rev. 859.

ders., A Crime of Self-Defence: Bernhard Goetz and the Law on Trial, New York 1988.

ders., The Right and the Reasonable, (1985) 98 Harv. L. Rev. 949.

ders., The Individualisation of Excusing Condition, (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 1269.

ders., Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory, 8 Israel L.Rev. 367 (1973).

Fletcher, G. P./Ohlin, J. D., Defending Humanity, When force is Justified and Why, New York 2008.

Florian, E., Parte generale del diritto penale, 1. Vol., 1926.

Focke, E., Notwehr in Lehre und Rechtsprechung - Zum Strafgesetz in Deutschland und Italien, Breslau-Neukirch, 1939.

Freund, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1. Aufl., Berlin/Heidelberg 1998, 2. Aufl., 2009.

Frister, H., Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2009.

ders., Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291.

Frosali, R. A., Sistema penale italiano, 2. Vol., Torino 1958.

Gallo, M., Appunti di diritto penale. Il reato, la fattispecie oggettiva, 2. Vol., 1. Parte, Torino 2000.

Gamberini, A., Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa, in La legislazione penale, in: G. Insolera (a cura di), La legislazione penale compulsiva, Padova 2006, 77.

Geilen, G., Notwehr und Notwehrexzess, Jura 1981, 200, 256 308, 370.

ders., Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten?, JR 1976, 314.

Gordon, G.H., The Criminal Law of Scotland, 2. Vol., 2. ed., Edinburgh 1978, 3. ed., 2000-2001.

Gössel, K. H./Dölling, D., Strafrecht. Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Aufl., Heidelberg 2004.

Gropengießer, H. Der Haustyrannenmord, Eine Untersuchung zur zeitlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht, Berlin 2008.

Gropp, W., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2005.

Grosso, C. F., voce Legittima difesa, in: S. Cassese (ed.), Dizionario di diritto pubblico, 4. Vol., Milano 2006, 3475.

ders., Legittima difesa, in: Enciclopedia del Diritto, Milano 1970, 27.

ders., Difesa legittima e stato di necessità, Milano 1964.

ders., L'errore sulle scriminanti, Milano 1961.

Günther, H. L., Mordunrechtsmindernde Rechtsfertigungselemente, JR 1985, 268.

ders., Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtszuschluß, 1983.

Hall, D. E., Criminal Law and Procedure, 5. ed., New York 2009.

Hassemer, W., Rechtsfertigung und Entschuldigung im Strafrecht - Thesen und Kommentare, in Justification and Excuse- Comparative Perspectives, I, 1987, 175.

ders., Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts, in FS-Bockelmann, München 1979, 225.

Haug, W., Tonbandaufnahmen in Notwehr?, NJW 1965, 2391.

Haverkamp, R., Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf aus strafrechtlicher Sicht, GA 2006, 586.

Heintschel-Heinnegg, B., Kommentar zum Strafgesetzbuch, 58. Auflage, München 2011, 60. Aufl., 2013. (zit. *Bearbeiter*, BK)

- Hempel, C. L.*, Battered Women Who Strike Back. Using Expert Testimony on Battering and its Effects in Homicide Trials, in: Sexualized Violence Against Women and Children. A Psychology and Law Perspective, B. J. Cling (ed.), New York/London 2004.
- Herrmann, J.*, Die Notwehr im amerikanischen Strafrecht, ZStW 93 (1981), 615.
- Hillenkamp, T.*, 32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 2003, 14. Aufl., 2012.
- ders.*, Anmerkung zum Urteil von 25 März 2003 - 1 StR 483/02, JZ (2004) 48.
- ders.*, In tyrannos - viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen, in Miyazawa-FS, Baden-Baden 1995, 141.
- ders.*, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen 1981.
- Himmelreich, K.*, Notwehr und Nothilfe, insbesondere zur sog. Interessenabwägung, MDR 1967, 361.
- ders.*, Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Rechtsmissbrauch; Notwehrexzess, GA 1966, 129.
- Hinz, W.*, Die fahrlässig provozierte Notwehrlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, JR 1993, 353.
- Hippel, R. v.*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Berlin 1930.
- Hirsch, H. J.*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, in: H.-H. Jescheck u.a. (Hrsg.), in GS-Tjong, Tokio 1985, 50.
- ders.*, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in FS-Dreher, Berlin 1977, 211.
- Honig, R.*, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr. 86, Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches, Berlin 1965.
- Hruschka, J.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., Berlin/New York 1988.
- ders.*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in FS-Dreher, Berlin 1977, 189.
- Hume, D.*, Commentaries on the Law of Scotland respecting crimes, I, Neudruck der 4. Aufl., Edinburgh 1986.
- Jakobs, G.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York 1993.
- Jakobs, M.*, Requiring Battered Women Die: Murder Liability for Mothers under Failure to Protect Statutes, in: N. E. Dowd/M. S. Jacobs (eds.), Feminist Legal Theory, London 2003, 44.
- Jäger, C.*, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Heidelberg u.a. 2011, 6. Aufl., 2013.
- Jähnke, B.*, Über die Rechtsfolgenlösung des Bundesgerichtshof beim Heimtückemord, in FS-

Spendel, Berlin/New York 1992, 537.

ders., Über die gerechte Ahndung vorsätzlicher Tötung und über das Mordmerkmal der Überlegung, MDR 1980, 705.

Jescheck, H.H., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, 1972, 3. Aufl., 1978, 4. Aufl., 1988.

Jescheck, H.H./Weigend, T., Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin, 1996.

Jhering, R., Der Kampf ums Recht, Wien 1872 (Neudruck mit Anhang von H. Klenner (Hrsg.), Der Kampf ums Recht, 1. Aufl., Freiburg/Berlin 1992).

Joecks, W., Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl., München 2009, 9. Aufl., 2010.

Jones, T. H./Christie, M. G. A., Criminal Law, Edinburgh 1992, 5. ed., Edinburgh 2012.

Kadisch, S.H./Schulhofer S.J./Steiker C.S., Criminal Law and its Processes: Cases and Materials, 8. Aufl., 2007.

Kargl, W. "Heimtücke" und "Putativnotstand" bei Tötung eines schlafenden Familientyrannen, Jura 2004, 189.

ders., Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 110 (1998), 38.

Kaser-Boyd, N., Battered Woman Syndrome. Clinical Geatures, Evaluation, and Expert Testimony, in: Sexualized Violence Against Women and Children. A Psychology and Law Perspective, New York/London 2004, 41.

Kasiske, P., Begründung und Grenzen der Nothilfe, Jura 2004, 832.

Kern, E., Gerade der Rechtswidrigkeit, ZStW 1952, 255.

Kerrl, H. W., Das englische Notwehrrecht, Diss., Freiburg i. Br. 1977.

Kindhäuser, U., Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2010.

ders., Strafrecht. Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden 2012.

ders., Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Baden-Baden 2008, 4. Aufl., 2009, 6. Aufl., 2013.

Kioupis, D., Notwehr und Einwilligung, Baden-Baden 1992.

Kluszczewski, D., Ein zweischneidiges Recht - Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze, in FS-Wolff, Berlin 1998, 225.

Koriath, H., Einige Gedanken zur Notwehr, in FS-Müller-Dietz, München 2001, 301.

ders., Das Brett der Karneades, JA 1998, 250.

Korn, H., Die Gegenwärtigkeit des Angriffs bei der Notwehr, Diss., Köln 1933.

Körner, B.F., Das soziale Machtgefälle zwischen Mann und Frau als gesellschaftlicher Hintergrund der Kriminalisierung, München 1992.

Kratzsch, D., Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts, JuS 1975 435.

ders., Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, Berlin 1968.

Krause, F. W., Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, 329.

ders., Zur Problematik der Notwehr, in FS-Bruns, Köln 1978, 71.

Krey, V., Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, 702.

Krey, V./Esser, R., Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., Stuttgart 2004, 5. Aufl., 2012.

Krey, V./Heinrich, M., Strafrecht. Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, I, 14. Aufl., 2008.

Kunz, K. L., Die automatisierte Gegenwehr, Zur Zulässigkeit der Offensivverteidigung mit selbsttätigen Schutzvorrichtungen, GA 1984, 539.

Kühl, K., Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2005, 6. Aufl., 2008, 7. Aufl., 2012.

ders., Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der missfällt?, in FS-Triffterer, Wien 1996, 149.

ders., Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 1993, 57.

ders., Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, 177.

ders., "Sozialethische" Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, 244.

Küper, W., "Blutrache", "Heimtücke" und Beteiligung am Mord, JZ 2006, 608.

ders., Notstand und Zeit. Die "Dauergefahr beim rechtfertigenden und entschuldigenden Notstand, in FS-Rudolphi, Neuwied 2004, 151.

ders., Der entschuldigende Notstand - ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1983, 88.

ders., Die Rechtsprechung des BGH zum tatbestandssystematischen Verhältnis von Mord und Totschlag - Analyse und Kritik. JZ 1991, 761, 862, 910.

ders., Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, Notstand, Pflichtkollision, Handeln auf dienstliche Weisungen, in JuS 1987, 81.

ders., Der verschuldete rechtfertigende Notstand, Berlin 1983.

ders., Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision "Leben gegen Leben", JuS 1981, 785.

ders., Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, Berlin 1979.

Lackner, K./Kühl, K., Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2011.

LaFave, W. R., Substantive Criminal Law, 2. ed., St. Paul, (Minn.) 2003.

ders., Criminal Law, Student Edition, 3. ed., St. Paul (Minn.) 2000.

Lampe, O., Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968, 88.

Larenz, K., Referat zum 42. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Teil 1, 1957.

ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991.

Lattanzi, G., Codice Penale. Annotato con la Giurisprudenza, Milano 2007.

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, §§ 32-60, Jescheck, H.-H./Ruß, W./Willms, G. (Hrsg.) 10 Aufl., New York 1985; Jähnke, B./Laufhütte, H. W./Odersky, W. (Hrsg.), 11. Aufl., Berlin 2003; Laufhütte, H. W./Saar, R. R-van/Tiedemann, K. (Hrsg.), 12 Aufl., Berlin 2006. (zit. *Bearbeiter, LK*)

Lenckner, T., Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, 295.

ders., Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr, GA 1968, 1.

ders., Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), Tübingen 1965.

ders., Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, 299.

Lesch, H., Die Notwehr, in FS-Dahs, Köln 2005, 81.

Leuze-Mohr, M., Häusliche Gewalt gegen Frauen - eine straffreie Zone? Warum Frauen als Opfer männlicher Gewalt in der Partnerschaft auf Strafverfolgung der Täter verzichten - Ursachen, Motivationen, Auswirkungen, Baden-Baden 2001.

Leverick, F., Killing in Self-Defence, New York 2006.

Liszt, F. v./Eb., Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20 Aufl., Berlin 1914, 26. Aufl., Berlin/Leipzig 1932.

Ludwig, D., „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht. Eine Studie zu den temporalen Erfordernissen der Notrechte unter vergleichender Einbeziehung der Gefahrerfordernisse des Polizeirechts, Frankfurt a. M. u.a. 1991.

Lüderssen, K., Notwehrelemente in der Strafe - Strafelemente in der Notwehr, in: Verschiedene Autoren, La insostenibile situazione del Derecho Penal, 2000, 167.

Maguigan, H., Battered Women and Self-Defence: Myths and Misconceptions in Current Reform Proposals, (1991) 140 U. Pa. L. Rev. 379.

Mantovani, F., Legittima difesa comune e legittima difesa speciale, in: Riv. it. dir. proc. pen. 2006, 432.

ders., Principi di Diritto Penale. Parte generale, Padova 2002.

ders., Diritto penale. Parte generale, 3. ed., Padova 1992.

Manzini, V., Trattato di diritto penale italiano, 2. Vol., 5. ed., Torino 1987.

Marinucci, G., Cause di giustificazione, in: Digesto penale, 2. Vol., Torino 1988, 130.

ders., Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht, in: A. Eser/ W. Perron (Hrsg.) Rechtfertigung und entschuldigung, III, Freiburg i. Br. 1991, 55.

Marinucci, G./Dolcini, E., Manuale di diritto penale. Parte generale, 2. ed., Milano 2006, 4. ed., 2012.

Marra, G., Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere, in *Dir. e Giust.* 2006, IV, 97.

Martin, G., Defensivnotstand unter besonderer Berücksichtigung der “Haustyrannentötung”, Zürich/Basel/Genf 2010.

Marxen, K., Die Grenzen der Notwehr bei Auseinandersetzungen in der Ehe (BGH NJW 1969, 802 u. BGH NJW 1975, 62), in Lüderssen/Sack (Hrsg.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, 1. Bd, Frankfurt a. M. 1980, 63.

ders., Die “sozialethischen Grenzen der Notwehr, Frankfurt a. M. 1979.

Matt, H./Renzikowsky, J., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2013.

Maurach, R./Zipf, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl., Heidelberg 1992.

Maurach, R./Gössel, K. H./Zipf, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Aufl., Heidelberg 1989, 8. Aufl., 2014.

Maurach, R./Schroeder, F. C./Maiwald, M., *Strafrecht Besonderer Teil*, Bd 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 9. Aufl., Heidelberg 2003, 10. Aufl., 2009.

McColgan, A., General Defences, in: D. Nicolson and L. Bibbings (eds.), *Feminist Perspectives on Criminal Law*, London 2000, 137.

ders., In Defence of Battered Women Who Kill, (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 508.

Mitsch, W., *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Hamburg 2004.

ders., Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, *JA* 1989, 79.

Mommsen, C., Der besonders schwere Fall des Totschlags (§ 212 II StGB) - zwischen Mord und Totschlag?, *NStZ* 1998, 487.

Montenbruck, A., *Thesen zur Notwehr*, Heidelberg 1983.

Murdoch, B. J., Is Imminence Really Necessity? Reconciling Traditional Self-Defence Doctrine with the Battered Woman Syndrome, (2000) 20 *N.Ill.U.L.Rev.* 191.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), 1. Aufl., 2003, 2. Aufl., 2011. (zit. *MK-Bearbeiter*)

Murmann, U., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., München 2013.

Müssig, B., Antizipierte Notwehr, *ZStW* 115 (2003), 224.

Neumann, U., Individuelle und überindividuelle Notwehrbegründung in Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip, in K. Lüderssen/C. Nestler-Tremel/E. Weigend (Hrsg.), *Frankfurt a.M.* 1990, 215.

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paeffgen (Hrsg.), 3. Aufl., Baden-Baden 2010, 4. Aufl., 2013. (zit. *Bearbeiter*; NK)

Nothhafft, S., Himmel und Erde - Frauen in Gewaltverhältnissen und die Schwierigkeiten, sie zu verteidigen, wenn sie ihren Peiniger töten: ein deutsch-amerikanischer Strategievorschlag, in *MschKrim* 1999, 111.

Nourse, V., Reconceptualizing Criminal Law Defenses, (2003) 151 *U.Pa.L.Rev.* 1691.

ders., Self-Defense and Subjectivity, *U.Chi.L.Rev.* 68 (2001), 1235.

ders., The „Normal“ Successes and Failures of Feminism and the Criminal Law, (2000) 75 *Chicago-Kent L.Rev.* 951.

Nuvolone, P., Sistema del diritto penale, Padova 1982.

ders., Le due forme dell'eccesso colposo, *Giust. pen.* 1949, II, 803.

Oetker, F., Notstand und Notwehr in vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Bd. 2, Berlin 1908.

Ormerod, D./Smith, J.C./Hogan, B., Criminal Law, 11. ed., New York 2005.

Otte, L., Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Frankfurt a. M. 1998.

Otto, H., Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 4. Aufl., Berlin 1992, 7. Aufl., 2004, 8. Aufl 2009.

ders., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.3.2003 - 1 StR 483/02 (=BGHSt 48, 255), *NStZ* 2004, 142.

ders., Neue Entwicklungen im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte, *Jura* 2003, 612.

ders., Die Mordmerkmale in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, *Jura* 1994, 141.

Padovani, T., Diritto penale, 2. ed., Milano 1993, 7. ed., 2004, 9. ed., 2008.

Difesa Legittima, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 3. Vol., Torino 1989, 496.

Paeffgen, H.-U., Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in *GS-Kaufmann*, Köln u.a. 1989, 399.

Pagliari, A., Principi di Diritto Penale. Parte Generale, 3. ed., Milano, 1987, 8. ed., 2003.

Palazzo, F., Corso di Diritto Penale. Parte Generale. 2. ed., Torino 2006, 4. ed., 2011.

Pawlik, M., Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, *GA* 2003, 12.

ders., Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002.

Penso, G., La Difesa Legittima, Milano 1939.

Perron, W., Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitvoraussetzungen, in: A. Eser/H. Nishihara (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, IV, Ostasiatisch-deutsches Strafrechtsskolloquium Tokio 1993, Freiburg i. Br. 1995, 67.

ders., Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, in: A. Eser/W. Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg i. Br. 1991.

- ders.*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme, Baden-Baden 1986.
- Petrocelli, B.*, La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica, 1940.
- Pintore, E. J.*, Das präventive Selbstverteidigungsrecht im Lichte allgemeiner Rechtsgrundsätze, Frankfurt a. M. 2011.
- Pisani, N.*, La legittima difesa, in Ronco, Commentario sistematico al codice penale, Il reato, 2. Vol., 2. ed., Torino 2011, 724.
- Plate, J.*, Psyche, Unrecht und Schuld. Die Bedeutung der psychischen Verfassung des Täters für die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit, München 2002.
- Puppe, I.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Rasch, W.*, Tötung des Intimpartners, Stuttgart 1964.
- Rath, J.*, Das subjektive Rechtfertigungselement. Zur kriminalrechtlichen Relevanz eines subjektiven Elements in der Ebene des Unrechtsausschlusses - auf der Grundlage einer Rechtsphilosophie im normativen Horizont des Seins. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung, Berlin/Heidelberg/New York 2002.
- Rengier, R.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München 2010, 5. Aufl. 2013, 6. Aufl., 2014.
- ders.*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 9. Aufl., München 2008, 12. Aufl., 2012.
- ders.*, Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen, NStZ 2004, 233.
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 2.8.1983 - 5 StR 503/83 (=BGH NStZ 1984, 20).
- Renzikowski, J.*, Notstand und Notwehr, Berlin 1994, 246.
- Ridder, M.*, Die Gegenwärtigkeit des Angriffs im Falle der Notwehr, Diss., Köln 1931.
- Riz, R.*, Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher Nr. 90, Berlin 1969.
- Riz, R./Bosch, J.*, Italienisches Strafgesetzbuch, Zweisprachige Ausgabe, Bozen 1995.
- Robinson, P. H.*, Criminal Law Defenses. Criminal Practice Series, 2 Vol., St. Paul (Minn.) 1984.
- ders.*, Criminal Law Defenses, A systematic analysis, 82 Colum.L.Rev. 199.
- Romano, M.*, Commentario sistematico del codice penale, 1. Vol., Milano 1987, 1995, 2004.
- ders.*, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht, in: A. Eser/W. Perron (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Freiburg i. Br. 1991, 117.
- Romano, M./Grasso G.*, Commentario sistematico del Codice Penale, 2. Vol., 3. Aufl., Milano 2005.

- Ronco, M.*, Codice Penale Ipertestuale Commentato, M. Ronco/S. Ardizzone/B. Romano (a cura di), 4. ed., Torino 2012.
- ders.*, Legittima difesa, in: Digesto penale, Agg., 4. Vol., 2. tomo, Torino 2008, 642.
- Rosen, C. J.*, On self defense, imminence and woman who kill their batterers, North Carolina Law Review, Vol. 71. (1993), 371.
- ders.*, The Excuse of Self-Defense: Correcting a Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill, The American University Law Review, Vol. 36 (1986-87) 1.
- Rosen, R. A.*, On Self-Defence, Imminence, and Women Who Kill Their Batterers, (1993) 71 N. C. L. Rev. 371.
- Rotsch, T.*, Die Tötung der Familientyrannen: heimtückischer Mord? Eine Systematisierung aus aktuellem Anlass, JuS 2005, 12.
- Roxin, C.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006.
- ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2. Aufl., München 2003.
- ders.*, Anmerkung BGHSt 39, 133, NSTZ 1993, 335.
- ders.*, Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, in A. Eser/G.P. Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, Bd. 1, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., 1987, 229.
- ders.*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in FS-Jescheck, Bd. 2, Berlin 1985, 457.
- ders.*, Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?, in GS-Tjong, Tokio 1985, 181.
- ders.*, Die "sozialethische Einschränkungen" des Notwehrrechts - Versuch einer Bilanz, NSTW 93, 1981, 68.
- ders.*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973.
- Salger, H.*, Zur forensischen Beurteilung einer Affekttat im Hinblick auf eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit, in: Tröndle-FS, Berlin New York 1989, 201.
- Sangero, B.*, Self-Defence in Criminal Law, Oxford/Portland 2006.
- Sarno Ma., Sarno F.*, L'evoluzione della legittima difesa, Milano 2008.
- Schaffstein, F.*, Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, 132.
- Scheldon, D.*, Evidence: Cases and Materials, 2. ed., Edinburgh 2002.
- Schmidhäuser, E.*, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, 97.
- ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch, 2. Aufl., Tübingen 1984.

ders., Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975.

ders., Über die Wertstruktur der Notwehr, in FS-Honig, Göttingen 1970, 185.

Schönke, A./Schröder, H., Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2006, 28. Aufl., 2010, 29. Aufl., 2014. (zit. *Bearbeiter*, Sch/Sch).

Schroth, U., Strafrecht. Besonderer Teil, ein Repetitorium, 5. Aufl., Stuttgart 2010.

ders., Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, NJW 1984, 2562.

Schumann, H., Zum Notwehr und seinen Schranken - OLG Ham, NJW 1977, 590, JuS, 1979, 559.

Seeberg, R., Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, Frankfurt a. M. 2005.

Seelmann, K., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Basel 2007.

Sengbusch, R., Die Subsidiarität der Notwehr, Berlin 2008.

Siciliano, D., Das Leben des fliehenden Diebes: Ein strafrechtliches Politikum. 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2013.

Smith, J./Hogan, B., Criminal Law, 7. ed., London/Dublin/Edinburgh, 1992, 11. ed., New York 2005.

Smith, P., Feminist Jurisprudence, New York 1993.

Spendel, G., Der BGH und das Mordmerkmal der "Heimtücke". Zum Beschluss des BGH v.2.8.1983 - 5 StR 503/83, StV 1984, 45.

ders., Keine Notwehrein-schränkungen unter Ehegatten, JZ 1984, 507.

ders., Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrfordernis, in FS-Bockelmann, München 1979, 245.

Stangl, B., Verhältnismäßige Notwehr, Hamburg 2013.

Steele W. W./ Sigman, C. W., Re-examining the Doctrine of Self-Defence to Accomodate Battered Women, (1991) 18 Am. J. Crim. L. 170.

Sternberg-Lieben, I., Einschränkungen der Notwehr, JA 1996, 568.

Stile, A., Der Irrtum als Unrechts- oder Schuldausschluss im italienischen Strafrecht, in: A. Eser/W. Perron (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Freiburg i. Br. 1991, 311.

Stratenwerth, G., Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Berlin u.a. 2000.

Stratenwerth, G./Kuhlen, L., Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, Die Straftat, 5. Aufl., Köln/Berlin/München 2004, 6. Aufl., 2011.

Suppert, H., Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", Bonn 1973.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, H.-J. Rudolphi/E. Horn/E. Samson (Hrsg.),

Stand Oktober 2012. (zit. *Bearbeiter*, SK)

Szegö, A., Ai confini della legittima difesa - Un'analisi comparata, Padova 2003.

Taylor, J. L., Provoked Reason in Men and Women: Heat-of-Passion Manslaughter and Imperfect Self-Defence, (1986) 33 UCLA L. Rev. 1979.

Trechsel, S., Haustyrannen“mord” - ein Akt der Notwehr?, Sonderheft KritV 2000, 183.

Uniacke, S., Self-Defence and Natural Law, (1991) 36 am. J. Juris. 73.

Van Rienen, R., Die “sozialethischen” Einschränkungen des Notwehrrechts, Baden-Baden 2009.

Viganò, F., Difesa legittima, in: Commentario Dolcini/Marinucci, 1. Vol., Milano 2006.

ders., Sulla nuova legittima difesa, in: Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2006, 826.

ders., Spunti per un progetto “alternativo” di riforma della legittima difesa, in: Studi in onore di G. Marinucci, Milano 2005.

Von Scherenberg, C. F., Die sozialethischen Einschränkungen der Notwehr, Frankfurt a. M. u.a. 2009.

Voß, A., Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, Berlin 2013.

Wagner, H., Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, Berlin 1984.

Walker, L., Battered Women Syndrome and Self-Defence, (1992) 6 Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y 321.

ders., The Battered Woman Syndrome, New York 1984.

Wallace, S., Beyond Imminence: Evolving Interational Law and Battered Women's Right to Self-Defence, (2004) 71 U. Chi. L. Rev. 1765.

Walther, S., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.4.2002 - 3 StR 503/01 (= BGH JZ 2003, 50).

Walus-Wigle, J./Meloy J. R., Battered woman syndrome as a criminal defence, Journal of Psychiatry and Law, 1988, 392.

Warda, G., Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr, Jura 1990, 344.

Watzek, J., Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, in: A. Eser (Hrsg.), Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive, Freiburg i. Br. 1997.

Weber, H., Einführung in das schottische Recht, Darmstadt 1968.

Welke, W. A., Der „Haustyrannenmord“ im deutschen Straftatsystem. Diskutiert unter Einbeziehung neuerer Tendenzen im common law, ZRP 37 (2004) 15.

Wells, C., Battered Woman syndrome and Defences to Homicide: Whre Now?, (1994) 14 Legal

Stud. 266.

Welzel, H., Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969.

Wessels, J./Beulke, W., Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 42. Aufl., Heidelberg u.a. 2012; 43. Aufl., 2013.

Wessels, J./Hettinger, M., Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 32. Aufl., Heidelberg 2008, 36. Aufl., 2012.

Widmaier, G., Dogmatik und Rechtsgefühl - Tendenzen zur normativen Einschränkung des Mordtatbestands in der neueren BGH-Rechtsprechung, NJW 2003, 2788.

Wintzer, D., Notwehrsituationen in der amerikanischen Kriminalliteratur, München 2000.

Wittmann, F., Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa. Frankfurt a. M u.a. 1997.

Wohlers, W., Einschränkungen der Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, JZ 1999, 434.

Wössner, M., Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA, Berlin 2006.

Zaina, C. A., La nuova legittima difesa, San Marino 2006.

Zienschang, F., Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen?, Jura 2003, 527.

Zimmermann, T., Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, Baden-Baden 2009.

MERKMAL DER GEGENWÄRTIGKEIT IM NOTWEHRRECHT BEI NEUEN KONFIKTMUSTERN AUS RECHTSVERGLEICHENDER SICHT

Scuola di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza, indirizzo unico, ciclo XVII°

Binazionale Promotion Università degli Studi di Padova und Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Doktorand : Dr. Michela D'Angelo

Betreuer : Prof. Mauro Ronco, Università degli Studi di Padova

Co-Betreuer : Prof. Walter Perron, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Forschungsgegenstand

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit dem Merkmal der Gegenwärtigkeit im Notwehrrecht, über das schon seit Jahrzehnten eine intensive Debatte stattfindet, die zunehmend auch international an Bedeutung gewonnen hat. Die Analyse verschiedener Rechtsordnungen ergibt, dass im Mittelpunkt die Frage steht, von welchem Zeitpunkt an ein Recht auf Notwehr anzusehen ist. Daran lehnt sich eng das Thema der „Präventiv-Notwehr“ und die rechtliche Einordnung von Konstellationen, in denen der Eintritt des drohenden Schadens erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zu erwarten, aber sofortiges Handeln notwendig ist, um ihm wirksam begegnen zu können. Ein besonderes Beispiel hierfür ist die sog. „Haustyrannen-Tötung“.

Forschungsziel

Auf Basis einer näheren Bestimmung des Gegenwärtigkeitserfordernisses soll die Frage beantwortet werden, ob sich die vorbeugende Verteidigung des späten Opfers etwa bei der „Haustyrannen-Tötung“ durch Notwehr begründen lässt. Dabei scheint es erforderlich, auf den Grundgedanke der Notwehr einzugehen, dem Einzelnen den Schutz individueller Rechtsgüter gegen rechtswidrige Angriffen zu gewährleisten, soweit ihm keine effektiven staatlichen Maßnahmen zur Verfügung stehen.

Forschungsmethode

Im Rahmen dieser Untersuchung werden Deutschland, Italien, und *Common-Law-System* - insbesondere England, Schottland und die Vereinigten Staaten - zum Rechtsvergleich herangezogen. Ausgangspunkt für diese Arbeit ist das italienische Notwehrrecht. Hier wird das Vorliegen der „gegenwärtigen Gefahr“ einer ungerechten Rechtsgutsverletzung vorausgesetzt, welche bei der „Präventiv-Notwehr“ in der Regel abgelehnt wird. In diesem Zusammenhang kommt den Ansätzen der deutschen Rechtswissenschaft bei Notwehr und Notstand besondere Bedeutung zu. Danach lässt

sich eine Rechtfertigung durch Notwehr von präventiver Verteidigung aufgrund fehlender Gegenwärtigkeit des Angriffs von vornherein ausschließen. Von großem Interesse ist ebenfalls der Vergleich mit dem englischen und dem schottischen Recht einerseits, und dem US-amerikanischen Recht andererseits, wobei die Notwehrlage durch eine unmittelbar bevorstehende Gefahr charakterisiert wird. Dazu kommt noch, dass dort die Beurteilung über das Gegenwärtigkeitserfordernis teilweise auf subjektiven Elementen beruht. Bemerkenswert ist hier die vor US-amerikanischen Gerichten entwickelte Tendenz zur Rechtfertigung durch Notwehr der lebensgefährlichen Verteidigungsreaktion misshandelter Frauen unter Berufung auf das sog. *“battered-woman-Syndrome”*.

Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in vier Hauptteile. Die ersten drei enthalten jeweils einen Landesbericht über die untersuchten Rechtssystemen. In jedem Teil wird ein Überblick über das Notwehreinstitut und seine Grundgedanken angestrebt. Im Zentrum stehen das Gegenwärtigkeitserfordernis und die Frage der *“Präventivnotwehr”* unter besonderer Berücksichtigung der *„Haustyrannen-Tötung“*. In dem letzten Teil widmet sich die Arbeit dem Vergleich der in den vorhergehenden Teilen gewonnenen Erkenntnisse über das Gegenwärtigkeitserfordernis und die Frage der *“Präventivnotwehr”* und schließlich der Darstellung der Ergebnisse und der eigenen Stellungnahme.

Ergebnisse und Schlussfolgerungen

Die Untersuchung hat ergeben, dass eine Rechtfertigung präventiver Verteidigungshandlung gegen zukünftige bzw. immer wiederkehrende Angriffe allgemein abzulehnen ist, denn das Gegenwärtigkeitserfordernis muss als konstituierendes Element der Notwehr angesehen werden. Daher ist für die Frage der *„Präventiv-Notwehr“* die Ebene der Rechtswidrigkeit nicht von Interesse. So wird diese Konstellation nach dem Beispiel des *Common Law*-Systems eher auf der Schuldebene durch Anerkennung eines Entschuldigungsgrundes oder anderer Schuldminderungs- bzw. Schuldausschlussgründe behandelt. Im Ergebnis scheint jedoch eine solche Lösung, die Besonderheiten dieser speziellen Situationen nicht ausreichend zu berücksichtigen und somit den schwächeren Part der Konfliktslage nicht angemessen zu schützen. Wenn man aber bedenkt, dass bei der *“Präventiv-Notwehr”* der Umstand, dass der Gefahrverursacher aufgrund des pflichtwidrigen Übergriffs in eine fremde Rechtssphäre auf der Seite des Unrechts steht, allemal schwerer als die zeitliche Nähe des Schadenseintritts wiegt, denn diese ist gegenüber dem Gesichtspunkt einer Notwendigkeit sofortigen Einschreitens gerade nur von untergeordneter Bedeutung, dann wäre es durchaus denkbar, dass hier die Solidaritätspflicht, der normalerweise einer Suspendierung des Tötungsverbots entgegensteht, entfällt und selbst eine gezielte Tötung gerechtfertigt sein könne.

STUDIO COMPARATO SUL REQUISITO DELL'ATTUALITA' NEI NUOVI PARADIGMI CONFLITTUALI DI LEGITTIMA DIFESA

Scuola di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza, indirizzo unico, ciclo XVII°

Dottorato in Cotutela Università degli Studi di Padova e Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Dottorando : Dott.ssa Michela D'Angelo

Supervisore : Ch.mo Prof. Mauro Ronco, Università degli Studi di Padova

Cotutore : Ch.mo Prof. Walter Perron, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Oggetto della ricerca

La presente ricerca ha ad oggetto lo studio comparatistico del requisito dell'attualità nella legittima difesa, sul quale verte da decenni in diversi ordinamenti giuridici un intenso dibattito.

Al centro della discussione si pone il momento a partire dal quale sia invocabile il diritto di legittima difesa, cui si collega la problematica relativa alla c.d. “difesa preventiva” ed al trattamento giuridico delle situazioni in cui pur in assenza di un'aggressione in atto è necessario agire all'istante per neutralizzare il pericolo in modo efficace. Il caso esemplare è rappresentato qui dall'ipotesi della donna maltrattata abitualmente dal „tiranno di casa“, la quale, approfittando di un momento di inoffensività del partner, previene gli ulteriori abusi uccidendolo nel sonno.

Obiettivi

Sul presupposto di una più precisa determinazione del requisito dell'attualità, lo studio si prefigge di stabilire se la reazione preventiva della vittima di future aggressioni ovvero di aggressioni abituali possa ritenersi giustificata a titolo di legittima difesa. Onde è necessario approfondire il fondamento teorico dell'istituto, che risiede nell'esigenza di assicurare al singolo individuo la tutela dei diritti soggettivi individuali contro aggressioni ingiuste, nelle situazioni in cui, in considerazione dell'attualità dell'aggressione, non risulti possibile ricorrere agli strumenti difensivi predisposti dallo Stato.

Metodo

Lo studio prende in considerazione l'ordinamento giuridico italiano, quello tedesco ed alcuni sistemi di *Common Law* (in particolare, Inghilterra, Scozia e USA). Spunti di riflessione per la ricerca sono offerti dall'ordinamento giuridico italiano, che tra i presupposti della legittima difesa richiede la sussistenza di un “pericolo attuale” di offesa ingiusta ed esclude l'applicabilità della scriminante alle

ipotesi di c.d. “difesa preventiva”.

In tale contesto acquistano un particolare rilievo i contributi dell'ordinamento tedesco in tema di legittima difesa e stato di necessità, secondo cui l'operatività della scriminante nei casi di “difesa preventiva” è in principio da escludersi a causa dell'assenza di un'aggressione attuale.

Di grande interesse per la ricerca è altresì il confronto con il diritto inglese e scozzese, e con il sistema giuridico nordamericano, in cui la situazione difensiva si caratterizza per la presenza di un pericolo imminente e la prognosi circa la sussistenza del requisito dell'attualità si basa in parte su elementi soggettivi. Una particolare attenzione, a tale proposito, è riservata ad una certa tendenza sviluppatasi dinanzi ad alcune Corti americane di giustificare la reazione difensiva della donna maltrattata invocando la c.d. “*battered-woman-Syndrome*”.

Struttura della ricerca

La ricerca si articola principalmente in quattro parti. Le prime tre parti sono dedicate all'esame dell'istituto della legittima difesa e dei suoi fondamenti nei diversi ordinamenti giuridici, cui segue un approfondimento sul requisito dell'attualità e sulla problematica della c.d. „legittima difesa preventiva“, con particolare riguardo al caso della donna maltrattata dal tiranno di casa.

Sulla base del confronto comparatistico degli ordinamenti dianzi esposti, l'ultima parte dello studio offre un'esposizione dei risultati conseguiti in ordine al requisito dell'attualità e delle soluzioni prospettabili nelle ipotesi di „difesa preventiva“.

Risultati e conclusioni

La presente ricerca ha dimostrato che, a causa della mancanza del requisito dell'attualità, quale elemento imprescindibile per l'esercizio della legittima difesa, deve escludersi l'operatività della scriminante nei casi di “difesa preventiva” contro aggressioni future ovvero abituali. Ne consegue che in tema di “difesa preventiva” non rileva il piano dell'antigiuridicità. Al contrario, dal confronto con i diversi ordinamenti giuridici è emersa la generale tendenza a ricondurre le ipotesi di “difesa preventiva” sul piano soggettivo della fattispecie, attraverso il riconoscimento di cause di esclusione della colpevolezza ovvero di circostanze attenuanti soggettive. Tale soluzione, tuttavia, non sembra tenere debito conto delle peculiarità delle situazioni in oggetto, finendo così per penalizzare la parte debole del rapporto conflittuale. Per altro, se nei casi di “difesa preventiva”, in considerazione della improcrastinabilità della difesa, si subordinasse la prossimità temporale dell'offesa alla circostanza che l'azione difensiva è diretta contro la fonte del pericolo che ingiustamente minaccia la sfera giuridica altrui, si potrebbe anche ritenere che, in ragione della sospensione del principio solidaristico, in simili circostanze un'uccisione per scopi difensivi possa risultare giustificata.

COMPARATIVE STUDY ON THE ACTUALITY REQUIREMENT IN THE NEW CONFLICTING PARADIGMS OF SELF-DEFENSE

Ph.D. School of Law, XVII cycle

Jointly supervised Ph.D. at the University of Padua and Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Ph.D. student: Dr. Michela D'Angelo

Supervisor: Professor Mauro Ronco, University of Padua

Joint supervisor: Professor Walter Perron, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Subject of research

This research relates to the comparative study of the requirement of actuality in self-defense, which has been debated intensely since several decades in various legal systems.

At the center of the debate arises the moment at which the right of self-defense can be appealed to. Another linked problem is the so-called "preventive defense" and the legal treatment of those situations where despite the absence of an aggression, you need to act immediately to neutralize the danger effectively. A good example is represented here by the hypothesis of a woman, usually battered by the "tyrant of the house", which, taking advantage of a moment of harmlessness of the partner, prevents further abuses by killing him while he sleeps.

Aims

On the assumption of a more precise determination of the actuality requirement, this work aims to determine whether the preventive reaction of the victim of future aggressions or of regular aggressions can be justified as self-defense. So, it is necessary to deepen the theoretical foundation of this institute, which lies in the need to secure to the individual the protection of his/her rights against unjust aggressions, in those situations where, considering the actuality of the aggression, it wouldn't possible to resort to the defensive instruments created by the State.

Method

The research takes into account the Italian and German legal systems and some systems of *common law* (in particular, England, Scotland and the USA). Some food for thought is offered by Italian law system, which, among the requirements of self-defense, requires the existence of "actual danger" of unjust offense and excludes the applicability of the justification defense to the case of so-called "preventive defense".

In this context, the contributions of German law regarding self-defense and necessity are particularly important. According to this system, the operation of the cause of justifying in the hypothesis of "preventive defense" is in principle excluded because of the absence of an actual aggression.

Of great interest to the research it is also a comparison with the English and Scottish laws, and the North American legal system, where the defensive situation is characterized by the presence of an imminent danger and the prognosis about the existence of the imminence requirement is based in part on subjective elements. Particular attention in this regard is devoted for a certain tendency developed by some American courts to justify the defensive reaction of the battered woman invoking the so-called "*battered woman syndrome*".

Structure of the research

The research is divided into four principal parts. The first three parts are devoted to the examination of the institution of self-defense and its foundations in the different legal systems, followed by a depth study on the requirement of actuality and the problem of so-called "legitimate preventive defense", with particular regard to the case of the woman battered by the tyrant's house.

On the basis of the comparison of legal systems, as described above, the last part of the research offers an exhibition of achievements concerning the requirement of actuality and the solutions that can be contemplated in cases of "preventive defense".

Results and conclusions

Due to the lack of the actuality requirement, which is a needed element for the exercise of self-defense, this research has shown that the application of the defense must be excluded in the case of "preventive defense" against future or habitual aggression. It follows that on "preventive defense" the level of the objective justification defenses is not relevant. On the contrary, from the comparison of the different legal systems, has emerged the general tendency to bring the idea of "preventive defense" to the subjective level of the particular case, through the recognition of excuse defenses or of subjective mitigating circumstances. This solution, nevertheless, does not seem to take due account of the peculiarities of such situations, ending up by penalizing the weakest part of the conflictual relationship. Moreover, if in the hypothesis of "preventive defense", given the undelayability of defense, it would subordinate the temporal proximity of the offense to the fact that the defensive action is directed against the source of the danger that threatens unjustly the legal rights of others, you might as well come to retain that, in reason of the suspension of the principle of solidarity, in similar circumstances even a kill for defensive purposes can be justified.