

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive

Von Wissenschaftl. Mitarbeiter Dr. Jens Bülte, Heidelberg

Betrachtet man das Notwehrrecht im heutigen deutschen Strafrecht, wie die Rechtsprechung¹ und die herrschende Lehre² es herausgearbeitet haben, so fällt dieses Rechtsinstitut vor allem durch seine »Schneidigkeit« auf. Nach h. M.³ kann die Tötung eines Menschen auch dann durch Notwehr gerechtfertigt sein, wenn der Täter mit der Tötungshandlung Rechtsgüter schützen will, die nicht höchstpersönlicher Natur sind. Dieser Beitrag soll Zweifel an der Berechtigung eines so weitgehenden Notwehrrechts wecken und begründen, warum einerseits die Notwehr durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt werden muss und aus verfassungsrechtlichen Gründen eine tödliche Abwehrhandlung zum Schutz von Besitz oder Eigentum nicht gerechtfertigt sein kann, diese Wertung jedoch andererseits nur durch eine Änderung des § 32 StGB, nicht aber durch die Auslegung des Gesetzes zur Geltung gebracht werden kann.

I. Die Bedeutung der Güterabwägung in Rechtsprechung und herrschender Lehre

Der BGH hat in seiner ständigen Rechtsprechung, die auf die Judikatur des RG⁴ zurückgeht, festgestellt, dass im Rahmen des Notwehrrechts grundsätzlich kein Platz für eine Güterabwägung sei. Der Notwehrtäter dürfe Angriffe auf seine Rechtsgüter auch mit unverhältnismäßigen Mitteln abwehren, soweit die Inanspruchnahme des Notwehrrechts sich nicht als Rechtsmissbrauch darstelle.⁵ In einem Beschluss vom 15.4.1980⁶ stellt der BGH insofern ausdrücklich fest, die Frage des Verhältnisses zwischen dem gefährdeten und dem durch die Verteidigung verletzten Rechtsgut sei nicht relevant, solange die Verletzung des Angreifers nicht »außer jedem Verhältnis zu dem durch ihn drohenden Schaden steht und somit rechtsmißbräuchlich ist.«⁷ Eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Notwehrrechts hat die Rechtsprechung im Wesentlichen dann angenommen, wenn der Täter zur Abwehr eines Bagatellangriffs zu tödlichen Abwehrmaßnahmen gegriffen hat. So hat etwa schon das RG⁸ als obiter dictum festgestellt, dass ein Revolverschuss auf einen Menschen zur Abwendung eines Schadens an einem Bierkrug nicht durch Notwehr gerechtfertigt sei. Das OLG Braunschweig⁹ hat die Ver-

1 Vgl. nur BGHSt 42, 97 ff.; 48, 207 ff. m. w. N.; BGH NJW 1980, 2263 f.; 1983, 2267; 1989, 3027 f.; NSZ 1991, 32 f.; 1994, 581 f.; 2009, 626 f.; NSZ-RR 1999, 40 f.; 2007, 199 f.; GA 1965, 147 ff.

2 Freund, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, § 3 Rn 82 ff.; Gropp, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn 81 ff.; Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn 20 ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband 1, 8. Aufl. 1992, § 26 Rn 1; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn 58; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 40. Aufl. 2010, Rn 339 f.

3 BGHStV 1982, 219; NSZ 2003, 425; Wessels/Beulke, AT, Rn 340; a.A. Bernsmann ZStW 104 (1992), 290 ff.

4 RGSSt 55, 82, 83.

5 Vgl. nur Lenckner GA 1968, 1, 5; ferner die Nachw. bei Bernsmann ZStW 104 (1992), 290 ff.

6 BGH, Beschluss v. 15.4.1980, 1 StR 130/80, zitiert nach Juris.

7 Vgl. hierzu auch BGH GA 1968, 182, 183; BGH 1 StR 219/75 v. 27.5.1975.

8 RGSSt 23, 116, 117; vgl. auch Schaffstein MDR 1952, 132, 133.

9 OLG Braunschweig MDR 1947, 205.

teidigung eines Pfirsichbaums durch einen tödlich wirkenden Elektrozaun, das *OLG Stuttgart*¹⁰ tödliche Schüsse auf den Dieb einer Sirup-Flasche und das *BayObLG*¹¹ die Verteidigung eines Pfandrechts an einem Huhn durch Schläge mit einer Axt wegen eines krassen Missverhältnisses als nicht gerechtfertigt angesehen.¹² Auch der *BGH* hat in einigen Fällen ein tödliches Abwehrverhalten als so unverhältnismäßig angesehen, dass er eine Rechtfertigung durch Notwehr ablehnte.¹³

Eine etwas neuere Entscheidung des *LG München I*¹⁴ stellte unter Berufung auf diese ständige Judikatur fest, dass der lebensgefährliche Schuss auf einen jugendlichen Autoaufbrecher zur Verteidigung von Besitz und Eigentum an einem Autoradio eine rechtsmissbräuchliche Verteidigung darstelle.¹⁵ Auch wenn die erkennende Kammer der Auffassung war, mit diesem Urteil in der Tradition eines nur durch den Rechtsmissbrauch begrenzten Notwehrrechts zu stehen, hat die Entscheidung in der Literatur kaum Zustimmung gefunden. Denn in der Lehre wird überwiegend ein nicht durch eine Güterabwägung eingeschränktes Notwehrrecht angenommen.¹⁶ Die Anmerkungen zum Urteil des *LG München I* kritisieren daher die zu starke Einschränkung des Notwehrrechts durch eine Güterabwägung. Nach der h. L. kommt eine Einschränkung der Sachnotwehr durch tödliche Abwehrmittel nur bei Sachgütern »im Pfennigbereich« in Betracht.¹⁷ Einige Autoren kritisieren die Einschränkung des Notwehrrechts in Fällen des krassen Missverhältnisses sogar schon im Grundsatz. *Spendel*¹⁸ will »eine Aufweichung oder gar Aufhebung des Notwehrrechts« dadurch verhindern, dass nur bei einer »völlig maßlosen«, »außer jedem Verhältnis stehenden« Verteidigung eine Einschränkung zugelassen werde. Noch weiter geht *Schmidhäuser*, der jede »materialistische Güterabwägung innerhalb der Notwehr« ablehnt.¹⁹ Für eine Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Notwehr haben sich dagegen *Bernsmann*²⁰ und im Wesentlichen auch *F.-C. Schroeder*²¹ ausgesprochen, die die Anwendung von Abwehrmaßnahmen, die schwere oder gar tödliche Verletzungen bewirken, für unverhältnismäßig und damit nicht gerechtfertigt halten.

II. Vergleich mit anderen Rechtsordnungen

Die »Schneidigkeit«²² des deutschen Notwehrrechts im Vergleich mit den Notwehrrechten anderer Rechtsordnungen scheint sich zunächst – so auch schon das

10 OLG Stuttgart DRZ 1949, 42.

11 BayObLG NJW 1965, 163.

12 Zu weiteren Beispielen *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl. 2005, § 15 Rn 79; *Geilen* Jura 1981, 370, 374 ff.; *Schaffstein* MDR 1952, 132, 133.

13 BGHSt 21, 51 f.; BGH NStZ 1981, 22 ff.

14 LG München I NStZ 1988, 1860, 1861 f.

15 Krit. zu dieser Entscheidung *Mitsch* JA 1989, 79 ff.; *ders.* NStZ 1989, 26 f.; *Beulke* Jura 1988, 641 ff.; *Schroeder* JZ 1988, 567 ff.; *Puppe* JZ 1989, 728 ff.

16 Etwa *Wessels/Beulke*, AT, Rn 340; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn 50; *LK-Rönnau/Hohn*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 32 Rn 1, 3; *NK-Paeffgen*, StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn 107; *Krey* JZ 1979, 713; vgl. ferner die Nachw. bei *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290, 291; krit. *Stratenwerth*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1981, Rn 437.

17 *Mitsch* JA 1989, 79 ff.; *ders.* NStZ 1989, 26 f.

18 *LK-Spendel*, Bd. 1, 11. Aufl. 1993, § 32 Rn 318 f.

19 *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, Studienbuch, 2. Aufl. 1984, 6/75; ähnlich *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn 36; auch *Kratzsch* GA 1971, 65 ff.; *ders.* JuS 1975, 435 ff. hat sich gegen Einschränkungen der Notwehr ausgesprochen, stützt diese Ansicht jedoch auf Art. 103 II GG und tritt für Einschränkungen de lege ferenda ein.

20 *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290 ff.

21 *Schroeder*, FS-Maurach, 1972, S. 127, 139; vgl. aber *ders.* JZ 1988, 567 f.

22 Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rn 1; *Satzger/Schmitt/Widmaier-Rosenau*, StGB, 2009, § 32 Rn 1.

RG²³ – aus dem Gesetz selbst zu ergeben: § 32 I StGB formuliert, dass derjenige nicht rechtswidrig handelt, der eine Tat begeht, »die durch Notwehr geboten ist«. § 32 II StGB definiert diese Notwehr als die Verteidigungshandlung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Der Gesetzeswortlaut scheint hier keinen Raum für eine Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter gegeneinander zu geben. Das deutsche Notwehrrecht scheint aus diesem Blickwinkel auch unverhältnismäßige Verteidigungshandlungen zu rechtfertigen.

Mit dieser Lösung steht das deutsche Strafrecht allerdings in Europa weitgehend isoliert da.²⁴ Ähnlich ist wohl nur die Regelung in § 3 des österreichischen StGB, der im Übrigen mit § 3 des liechtensteinischen StGB identisch ist. Die Notwehr – auch die Anwendung äußerster Abwehrmittel – ist danach grundsätzlich zur Abwehr von Angriffen auf Besitz oder Eigentum ebenso wie zur Verteidigung gegen geringfügige Angriffe auf rechtlich geschützte Interessen gerechtfertigt. Eine Begrenzung, die in der Sache eine gesetzliche Normierung der in Deutschland durch Judikatur und Lehre vorgenommenen Einschränkungen in Fällen des krassen oder groben Missverhältnisses darstellt,²⁵ nimmt jedoch § 3 I 2 öStGB vor: »Die [Notwehr-]Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, daß dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.«²⁶ Damit ist dem österreichischen Strafrecht eine Güterabwägung im Rahmen der Notwehr nicht grundsätzlich fremd,²⁷ aber die Voraussetzungen für die Feststellung der Unangemessenheit sind streng, weil eine Notwehrein-schränkung nur dann stattfindet, wenn bei Unterlassen der Verteidigung aus objektiver ex-ante Sicht nur ein offensichtlich geringer Nachteil droht und sich aufgrund dieser geringen Angriffsintensität dem verständigen Beobachter die Übermäßigkeit der Verteidigungshandlung aufdrängt.²⁸

Im Schweizer StGB ist eine Verhältnismäßigkeitsabwägung dagegen ausdrücklich vorgesehen und nicht lediglich ein Ausschluss unverhältnismäßiger Verteidigungshandlungen normiert:²⁹ In Art. 15 SchwStGB heißt es, der rechtswidrig Angegriffene oder von einem Angriff Bedrohte sei berechtigt, den Angriff in einer »den Umständen angemessenen Weise« abzuwehren. Eine tödliche Verteidigung gegen Angriffe auf Sachgüter dürfte daher nach dem Schweizer Recht regelmäßig ausscheiden.³⁰ Eine ähnliche Formulierung enthält auch der französische code pénal, der in Art. 122–5 S. 1, 2. Hs. formuliert, dass der Angegriffene nicht verantwortlich sei, wenn seine Handlung durch Notwehr geboten ist, außer wenn ein Missverhältnis zwischen den eingesetzten Verteidigungsmitteln und der Schwere des Angriffs besteht.³¹ Ähnliches gilt für die Notwehrrechte in Großbritan-

23 RGSt 55, 82, 86.

24 LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn 50; vgl. ferner Dannecker in: Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, S. 147, 156.

25 So LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn 6.

26 Bundesgesetz v. 23.1.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB), BGBl. Nr. 60/1974 in der Fassung v. 30.12.2009, BGBl. I Nr. 142/2009.

27 Vgl. OGH EBVR 1971, 62; Burgstaller, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung, 1981, S. 75; Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT I, 7. Aufl. 2008, Kap. 17/37 f.; Fabrizio, StGB, 10. Aufl. 2010, § 3 Rn 7; Lewisch in: Wiener Kommentar, StGB, Stand 2010, § 3 Rn 91.

28 Fuchs, AT, Kap. 17/37 f.; vgl. auch LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn 6 m. w. N.

29 Vgl. BGE 107, IV 12, 15.

30 Vgl. LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn 6 m. w. N.

31 Die Vorschrift lautet im Originaltext: «N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la

nien, den USA, Italien, Spanien, Dänemark und Norwegen, die jeweils die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorschreiben.³²

III. Die Begründung des »schneidigen« Notwehrrechts

Zur Begründung des weitreichenden deutschen Notwehrrechts wird üblicherweise angeführt, der Täter sei zur Abwehr eines Angriffs auch mit unverhältnismäßigen Mitteln berechtigt, da »das Recht dem Unrecht nicht weichen« müsse.³³ Schon das *RG* hatte sich zur Rechtfertigung des Schrotschusses auf einen »Obstfrevler« darauf berufen, dass eine Rücksichtnahme auf die Verhältnismäßigkeit »unmöglich da gerechtfertigt sein [könne], wo das Recht im Kampf gegen das Unrecht geschützt werden soll; hier dem Verteidiger zuzumuten, bei der Wahrung seiner Rechte darauf zu achten, daß er dem widerrechtlichen Angreifer keinen Schaden zufügt, der höher bewertet wird, als der ihm selbst aus dem rechtswidrigen Angriffe drohende, ist nicht angängig.«³⁴ Der *Senat* räumt zwar ein, dass der Verteidiger zum Schutz eines verhältnismäßig geringfügigen Gutes vielfach aus sittlichen Gründen und seinem Billigkeitsempfinden auf eine Gefährdung des Lebens des Angreifers verzichten wird; eine entsprechende Prüfung könne jedoch von jenem nicht gefordert werden, zumal der Gesetzeswortlaut auch keinen Anhalt für ein solches Postulat erkennen lasse.³⁵ Diese Ausführungen, die heute im Wesentlichen noch von der herrschenden Ansicht unterstützt werden, lassen sich nur vor dem Hintergrund der dogmatischen Begründung des Notwehrrechts durch die Judikatur und die herrschende Lehre sowie der historischen Entwicklung des Rechtsinstituts nachvollziehen, erscheinen sie doch in einem rechtsstaatlichen Strafrecht, das das menschliche Leben als einen Verfassungshöchstwert³⁶ ansieht, beinahe als Ergebnis eines ethischen Orientierungsverlusts.

1. Skizze der historischen Entwicklung des Notwehrrechts

Mithin ist zunächst die Frage zu beantworten, wie sich ein Notwehrrecht entwickeln konnte, das die Wahrung der Interessen des Verteidigers bzw. der Allgemeinheit in einer solchen Absolutheit über die Rechtsgüter des Angreifers stellt. Zu diesem Zweck soll zunächst eine skizzenhafte Darstellung der historischen Entwicklung erfolgen:³⁷ Die Rigorosität, mit der das so verstandene Notwehrrecht menschliches Leben im Verhältnis zum Sacheigentum in Frage stellt, könnte den Eindruck vermitteln, dass es sich um ein Relikt aus einem mittelalterlichen Strafrecht handelt, das drakonische und grausame Strafen und weder ein absolutes Recht auf Leben noch die Menschenwürde als Bezugspunkte kannte. Doch zeigt ein kurzer Blick in die Entwicklungsgeschichte des Notwehrrechts – wie *Rönnau/Hohn* zutreffend anmerken³⁸ – ein gegenteiliges Bild:

nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.», loi du 22 juillet 1992 (J.O. 1992, p. 9864).

32 LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 Rn 14 ff. m. w. N. Zu den Bestrebungen einer europäischen Vereinheitlichung des Notwehrrechts und zum Notwehrrecht in der Judikatur des EuGH *Dannecker* in: Tiedemann (Fn 24) S. X, vgl. ferner unten VI.

33 RGSt 21, 168, 170; Jescheck/*Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 32 I 1, S. 336; *Krey*, Deutsches Strafrecht AT, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, R. 424; *Kühl*, AT, § 7 Rn 10; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 86; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 340; *NK-Paeffgen*, § 32 Rn 107.

34 RGSt 55, 82, 85 f.

35 RGSt 55, 82, 86.

36 BVerfGE 39, 1, 36 ff.; 46, 160; *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 292 m. w. N.

37 Vgl. hierzu auch *Krey* JZ 1979, 702 ff.; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127 ff.

38 LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 Rn 1.

Während das germanische Recht ein Notwehrrecht i. e. S. noch nicht kannte³⁹ und das Recht, den Angreifer zu verletzen, als Ausfluss der Friedlosigkeit des handhaften Missetäters und damit als Sanktionsmaßnahme betrachtete,⁴⁰ ist ein solches Rechtsinstitut in den Landfrieden von 1152 und 1179 durchaus vorgesehen.⁴¹ Die Straffreiheit bei Tötungen war jedoch regelmäßig⁴² ausdrücklich auf Fälle beschränkt, in denen der Täter sich einem Angriff auf Leib und Leben ausgesetzt sah und daher zu tödlichen Abwehrmitteln griff.⁴³ Dabei wurde z. T. verlangt, dass der Angriff auf den Täter schon begonnen haben müsse, ein unbewaffneter Angriff nur unbewaffnet und nur ein bewaffneter Angriff mit Waffengewalt abgewehrt werden dürfe⁴⁴ oder der Verteidiger zunächst drei Schritte zurückweichen müsse, bevor er zur Trutzwehr greift.⁴⁵ Im Bamberger Stadtrecht wurde das Recht zur (tödlichen) Abwehr sogar davon abhängig gemacht, dass der Täter schon eine Wunde empfangen hatte.⁴⁶ Diese ungewöhnliche Regelung macht deutlich, wie sehr in diesen spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Vorschriften über die Notwehr noch die Grenze zwischen materiellen Voraussetzungen der Straffreiheit und prozessualen Beweisregeln⁴⁷, möglicherweise sogar die Grenze zur Bestrafung des Angreifers verwischt.

Die *Constitutio Criminalis Bambergensis* von 1517 (CCB, Art. 165), die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 (CCC, Art. 140) und noch die *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1768 (CCT Teil 2 Art. 84 § 1 Nr. 1) sahen dagegen in den Vorschriften über die Tötungsdelikte ein Notwehrrecht gegen Angriffe auf Leib oder Leben⁴⁸ vor und machten dieses nicht mehr davon abhängig, dass der Täter schon geschlagen worden war.⁴⁹ Die CCB wies jedoch ausdrücklich darauf hin, dass einer Gegenwehr das Ausweichen vorzuziehen sei, soweit dieses ohne Schaden – wobei im gemeinen Recht zumindest bei Soldaten und Adligen auch der Schaden an der Ehre verstanden wurde⁵⁰ – möglich sei.⁵¹ Die Betrachtung dieses Notwehrrechts, das wohl nach dem heutigen Verständnis diesen Namen nur bedingt verdient,⁵² macht deutlich, dass die Notwehrsituation ebenso wie die Verteidigungshandlung selbst mehr als Störung der öffentlichen oder göttlichen Ordnung denn als Ausübung eines Rechts des Angegriffenen angesehen wurde. Das erklärt auch, warum manche mittelalterlichen Stadt- oder Landrechte trotz der grundsätzlichen Gewährung des Notwehrrechts die Ausweisung des Verteidigers oder – wie der Sachsenspiegel – die Zahlung eines Wergelds vorsahen.⁵³

39 *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl. 1951, S. 40; weiterführend *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 290; *Krey JZ* 1979, 702, 703 f.; *J. Sander*, Die Begründung der Notwehr in der Philosophie von Kant und Hegel, 1939, S. 8 f.

40 Vgl. *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Bd. 1, 1920, S. 196 ff.; *J. Sander* (Fn 39), 1939, S. 8.

41 Vgl. *His* (Fn 40), S. 197; zur Notwehr in den Volksrechten *Levita*, Das Recht der Notwehr, 1856, S. 70 ff.; vgl. ferner *Berner Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 549.

42 Zu Ausnahmen in einzelnen Rechtsbüchern *His* (Fn 40), S. 198; *Krey JZ* 1979, S. 702, 704.

43 Vgl. *Eb. Schmidt* (Fn 39), S. 70; a.A. *Levita* (Fn 41), S. 78 ff.

44 Vgl. zu diesem Grundsatz und seiner Entwicklung *Schaffstein*, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, S. 74 f.

45 *His* (Fn 40), S. 199.

46 *His* (Fn 40), S. 198; *Eb. Schmidt* (Fn 39), S. 70.

47 Vgl. *Berner Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 550.

48 Vgl. zu den Einzelheiten und der Unterscheidung von der Nothilfe *Schaffstein* (Fn 44), S. 77; ferner *Krey JZ* 1979, 702, 704 f.; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 128.

49 Art. 165 CCB und Art. 140 CCC formulieren: »...ist auch mit seiner gegenweer, bis er geschlagen wirdt, zu warten nit schuldig«, vgl. Teil 2, Art. 84 § 1 Nr. 3 der *Constitutio Criminalis Theresiana*, 1768; vgl. auch *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 128.

50 Vgl. *Schaffstein* (Fn 44), S. 76; vgl. ferner *Berner Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 576.

51 Vgl. *Eb. Schmidt* (Fn 39), S. 114 f.; vgl. ferner *A. Sander* *Archiv des Criminalrechts* 1841, 68, 71.

52 Ein Nothilferecht zugunsten von Hab und Gut Dritter war jedoch auch in Art. 150 II CCC vorgesehen, vgl. zu diesem Widerspruch *Krey JZ* 1979, 702, 705; insbesondere im 19. Jahrhundert wurde vielfach auch die Ansicht vertreten, dass die CCC sehr wohl ein Recht zur Notwehr auch gegen Angriffe auf das Eigentum gegeben habe, vgl. *A. Sander* *Archiv des Criminalrechts* 1841, 68, 71.

53 Vgl. *Eb. Schmidt* (Fn 39), S. 71; *Krey JZ* 1979, 702, 704.

Im 17. Jahrhundert setzt sich in der Strafrechtslehre mehr und mehr der Gedanke durch, dass die Verteidigungshandlung auch zur Abwehr von Angriffen auf andere Rechtsgüter straflos sein müsse. Zunächst wird nicht mehr Leibes- oder Lebensgefahr, sondern nur noch ein Angriff auf eine Person gefordert. Zudem wird vielfach für den Verteidiger, der seine Güter mit einem tödlichen Abwehrmittel verteidigt, nicht mehr die *poena ordinaria*, sondern die *poena arbitraria* als die angemessene Strafe angesehen. Damit setzt eine Entwicklung ein, die zu der seit *Carpzov* h. L. führt, dass Angriffe auf das Eigentum oder Vermögen auch dann ein Recht zur Notwehr geben, wenn sie nicht gleichzeitig einen Angriff auf eine Person enthalten.⁵⁴ Der Grund für diesen Wandel ist in der Verallgemeinerung des zuvor allein im Zusammenhang mit den Tötungsdelikten diskutierten Notwehrrechts zu finden. Mit der Frage des Notwehrrechts gegen Angriffe auf das Eigentum war bislang stets die Frage der Tötung zur Abwehr des Angriffs verbunden. Durch die dogmatische Loslösung der Notwehr von den Delikten gegen das Leben, insbesondere durch *Carpzov*,⁵⁵ wurde diese Frage dahingehend modifiziert, dass sie nunmehr lautete: Ist die Anwendung von Gewalt zur Abwehr von Angriffen auf das Eigentum zulässig?

Die zuvor allein auf die tödliche Verteidigung zugespitzte Notwehrfrage wurde damit relativiert und für umfassende Verhältnismäßigkeitsüberlegungen erst geöffnet. *Carpzov* kommt zu dem Ergebnis, dass die Notwehr zur Verteidigung von Sachgütern straflos, tödliche Notwehr aber nur zur Abwehr von Angriffen auf hochwertige Rechtsgüter zulässig sein soll.⁵⁶ Damit erkennt er im Grunde das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen der Notwehr an.⁵⁷ Diese Ansicht blieb im gemeinen Recht herrschend.⁵⁸ Bei *Carpzov* klingt jedoch schon ein Gedanke an, der sich im 19. Jahrhundert deutlich wiederfindet.⁵⁹ Mit der Argumentation, dass schließlich das Recht der Strafjustiz anerkannt sei, Diebe und Räuber mit dem Tode zu bestrafen, begründet *Carpzov*, dass eine tödliche Abwehr von Angriffen auf Hab und Gut grundsätzlich zulässig sein müsse.⁶⁰ Dadurch rückt er die Pflicht zur Erduldung der Folgen der Notwehr für den Angreifer in die Nähe einer Strafe.⁶¹

Die gerechtfertigte Notwehr gegen Angriffe auf Hab und Gut sahen die großen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts denn auch ausdrücklich vor. So ließ der Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 im Kapitel über den Totschlag (Drittes Capitulum) in § 6 über die Rechtmäßigkeit der Notwehr eine Verteidigung gegen Angriffe auf »Haab und Gut« zu.⁶² Eine ähnliche Regelung beinhaltete auch das »Allgemeine Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung« Kaiser Josephs von Österreich aus dem Jahre 1787 (§ 96). Hier findet sich jedoch insofern eine Besonderheit, als die Notwehrregelung einen Einsatz tödlicher Gegenwehr gegen Angriffe auf Vermögen und Freiheit nur dann für zulässig erklärt, wenn der Täter sich gegen den Angriff nicht anders zu wehren vermag, will er sich nicht selbst an Leib oder Leben gefährden. Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 (PrALR) sah im Zwanzigsten Titel mehrere Einzelregelungen über die Notwehr vor. Nach §§ 518 ff. konnte grundsätzlich gegen jede Art von Angriffen auf geschützte Rechtsgüter die erforderliche Verteidigungsmaßnahme (§ 519) ergriffen werden.

54 Vgl. *Schaffstein* (Fn 44), S. 77.

55 Nachw. bei *Schaffstein* (Fn 44), S. 78.

56 Ähnlich auch *Böhmer*, vgl. die Nachw. bei *Krey* JZ 1979, 702, 706.

57 A.A. *Krey* JZ 1979, 702, 706.

58 Vgl. *Schaffstein* (Fn 44), S. 78 m. w. N.

59 Vgl. hierzu unten III. 2.

60 *Schaffstein* (Fn 44), S. 78 m. w. N.

61 So auch heute noch eine Konzeption, die die Notwehr als zusätzliche Sanktion ansieht, vgl. *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, S. 209, weit. Nachw. bei *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 62.

62 Nicht aber gegen die Ehre, vgl. *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 129.

Jedoch waren erhebliche Einschränkungen vorgesehen: Zum Ersten musste der Verteidiger stets den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten (§ 520). Zum Zweiten waren lebensgefährliche Abwehrmaßnahmen nur dann zulässig, wenn der Verteidiger sich dem Angriff nicht durch Ausweichen entziehen konnte (§ 523) und zum Dritten zur Verteidigung des Besitzes auch nur zulässig, wenn »sonst der Schade unersetzlich seyn würde«. ⁶³

Betrachtet man diese Entwicklung, so ist festzustellen, dass die Ausdehnung des Notwehrrechts auf andere Rechtsgüter als Leib und Leben zwar nicht in der Aufklärung ihren Ursprung hat, aber sich dort im Strafrecht zu entfalten begann. In den Gesetzeswerken des aufgeklärten Absolutismus kam dabei allerdings der Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch eine erhebliche Bedeutung zu. ⁶⁴

Mit der Entwicklung einer bürgerlichen Gesellschaft im 19. Jahrhundert ist diese Einschränkung des Notwehrrechts nach und nach verloren gegangen. Dies liegt wohl in dem Wandel des Staatsverständnisses vom Absolutismus zum modernen Staat des 19. Jahrhunderts begründet: Der Staat wurde vom absolutistischen Fürsorgestaat, in dem das Staatsoberhaupt die Interessen seiner unselbständigen Untertanen wahrnahm, zu dem liberalisierten Staatsgebilde, das *Lassalle* polemisierend als »Nachtwächterstaat« bezeichnete, ⁶⁵ zu einem Staat, der sich aus dem Privatleben der Bürger zurückzog und sich fortschreitend auf die Wahrung vor allem der Freiheits- und Eigentumsrechte des Individuums beschränkte. ⁶⁶ Dass bei einem solchen Staatsverständnis das Strafrecht dem Bürger das Recht zur Abwehr aller Angriffe auf seine Rechte, insbesondere das Eigentumsrecht, das erheblich an Bedeutung gewonnen hatte, notfalls auch mit schärfsten Mitteln geben muss, ist folgerichtig. Der Angriff auf das Eigentum wurde letztlich als Angriff auf die gesamte Existenz des Menschen verstanden, weil erst das Eigentumsrecht den Menschen »zum Gliede der Staatsgesellschaft« erhebe. Wer kein Eigentumsrecht habe, sei »bürgerlich tot«. Leben, Leib und persönliche Freiheit seien in dieser Beziehung die Mittel zum Erwerb von Eigentum. ⁶⁷ Zudem wurde der Angriff auf einen Gegenstand, soweit er in Anwesenheit des Eigentümers oder Besitzers geschehe, als gewalttätiger Angriff auf Körper und Freiheit des Eigentümers angesehen. ⁶⁸

Entsprechend findet sich im Bayerischen StGB von 1813 auch das Recht zur Abwehr von Angriffen »auf Personen und Güter« mittels Gewalt (Art. 125). ⁶⁹ Aber auch hier gilt – ebenso konsequent – sowohl die Subsidiarität der Notwehr gegenüber obrigkeitlicher Abhilfe gegen den Angriff als auch ein gestaffeltes Notwehrrecht, wie es die Rechtsprechung des *BGH* in Fällen der Einschränkung des Notwehrrechts bei Provokation oder Schuldlosigkeit des Angreifers vorsieht: ⁷⁰ Der Verteidiger musste sich dem Angriff entziehen, wenn dies gefahrlos möglich war (Art. 127), und durfte erst zur Trutzwehr greifen, wenn die Schutzwehr nicht ohne Beeinträchtigung eigener Rechte möglich war

63 Vgl. hierzu *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 129; *Krey* JZ 1979, 702, 706; eine ähnliche Regelung fand sich auch in § 81 des zweiten Entwurf der badischen Notwehrvorschrift, die eine lebensgefährliche Notwehr bei der Verteidigung geringfügigen Eigentums nicht zuließ, vgl. *A. Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 72.

64 *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 129 m. w. N.

65 Vgl. *Lassalle*, Das Arbeiterprogramm – Über den besonderen Zusammenhang der gegenwärtigen Geschichtsperiode mit der Idee des Arbeiterstandes, Rede vom 12.04.1862, abgedruckt in Ferdinand Lassalle, Gesammelte Reden und Schriften, Bernstein (Hrsg.), Bd. 2, 1919, S. 195 f.

66 Vgl. auch *SK-Günther*, StGB (Stand September 1999), § 32 Rn 5; *LK-Rönnau/Hohn*, § 32 Rn 4; *Krey* JZ 1979, 702, 706.

67 Vgl. hierzu *A. Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 79.

68 So *A. Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 87 ff.

69 Vgl. *A. Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 90.

70 *BGHSt* 24, 356 ff.; 26, 256 ff.; *BGH* NStZ 1982, 288; 1989, 474 f.; 1992, 327; *OLG Düsseldorf* NJW 1989, 439 ff.

(Art. 128).⁷¹ *RönnauHohn* sind zu Recht der Auffassung, mit der Gewährung eines so weitgehenden Notwehrrechts habe das Bayerische StGB eine neue Epoche eingeleitet, denn hier fällt die Bastion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die die Gesetzbücher des noch absolutistischen Zeitalters errichtet und verteidigt hatten.⁷² Die Konzentration des Notwehrrechts auf den Schutz von Individualrechtsgütern kommt nun auch in der Wortwahl zum Ausdruck, denn der in den älteren Gesetzestexten noch verwendete Begriff der Notwehr⁷³ wird durch das Wort der Privatverteidigung ersetzt.⁷⁴

In der späteren Entwicklung wird zwar der Begriff *Notwehr* durch § 41 des Preußischen StGB von 1851 (PrStGB) fortgeführt; aber das Notwehrrecht als solches bleibt ein Recht zur Verteidigung aller Individualrechtsgüter, auch des Eigentums und des Vermögens, mit äußersten Mitteln.⁷⁵ Die Notwehrregelung sollte im PrStGB ausweislich der Gesetzesmaterialien »liberaler« und die Grenzen der Notwehr »weniger ängstlich« gezogen werden;⁷⁶ auf ein Verhältnismäßigkeitserfordernis wie in § 520 des 20. Titels des PrALR wurde schon in dem Entwurf von 1827 bewusst verzichtet.⁷⁷ Dies zeichnete, wie *Beseler* feststellt, »alle neueren Deutschen Gesetzbücher« aus.⁷⁸ Entscheidend ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass das Preußische StGB sowohl die Subsidiarität der Notwehr gegenüber staatlicher Hilfe als auch den Vorrang des Ausweichens vor der Trutzwehr aufgibt.⁷⁹ Die Notwehrregelung des PrStGB wird nahezu unverändert in § 53 des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 (RStGB) bzw. in das StGB übernommen.⁸⁰

Der Gedanke der Einschränkung der Notwehr und der Verhältnismäßigkeit, der sowohl in der Rechtsprechung⁸¹ als auch in der Literatur⁸² abgelehnt worden war, flackerte nur kurzzeitig wieder auf. Der amtliche Entwurf eines RStGB von 1925 sah in § 21 vor, dass nur eine Verteidigung »in einer den Umständen angemessenen Weise« rechtmäßig sein solle. Doch dieser Entwurf konnte sich nicht durchsetzen, vielmehr wurde das Notwehrrecht nun mehr und mehr auch auf die Verteidigung der Rechtsgüter der Allgemeinheit ausgeweitet.⁸³ Mit *Schroeder*⁸⁴ kann jedoch festgestellt werden, dass nicht die unbeschränkte und nicht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzte Notwehr den Ausgangspunkt der historischen Entwicklung bildet, sondern »dieses nur eine verhältnismäßig kurze Periode der deutschen Rechtsentwicklung« ausmacht.⁸⁵

71 Diese Regelung des Bayerischen StGB findet sich nahezu identisch in den Art. 130 ff. des Gesetzbuchs für die Herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande von 1814.

72 Vgl. aber A. *Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 69 zu den Vorschlägen einer Einschränkung des Notwehrrechts gegen Angriffe, die allein auf Sachgüter gerichtet sind, im Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Baden (§ 81).

73 Unter dem Begriff *Notwehr* wurde vielfach nämlich gerade nicht die Verteidigung gegen Angriffe auf andere Güter als Leib und Leben verstanden, vgl. *Levita* (Fn 41), S. 66 m. w. N.

74 Wenn auch das Preußische ALR die Notwehr schon unter der Überschrift der Privatverbrechen behandelte; vgl. hierzu *Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, 1851, S. 185 f.

75 Vgl. *Goldammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, Teil I, 1851, S. 366 ff., 420f; ferner *Beseler* (Fn 74), S. 188; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 129.

76 *Goldammer* (Fn 75), S. 369, 420.

77 *Goldammer* (Fn 75), S. 366.

78 *Beseler* (Fn 74), S. 188 m. w. N.; anders noch A. *Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68.

79 Vgl. *Goldammer* (Fn 75), S. 366; *Beseler* (Fn 74), S. 188; vgl. aber auch BGH GA 1965, 147, 148 f.

80 Vgl. *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 130 ff. m. w. N. auch zu den Einschränkungen des Notwehrrechts während der nationalsozialistischen Diktatur über die Formel des »gesunden Volksempfindens«.

81 RGSt 55, 82, 85 f.; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 130 m. w. N.

82 Etwa v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1, AT, 26. Aufl. 1932, S. 198; *M.E. Mayer*, AT, 2. Aufl. 1923, S. 280; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, § 53 II a.E.; weit. Nachw. bei *Schroeder* in: FS-Maurach, S. 127, 130.

83 Vgl. die Nachw. bei *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 129; *Schaffstein* MDR 1952, 132, 133.

84 *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 137 f.

85 *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 137.

2. Gründe für die Ausweitung der Notwehr auf eine unbeschränkte Sachnotwehr

Die Ausgestaltung der Notwehr als Recht, das ausschließlich der Abwehr von Leibes- und Lebensgefahren diene, war vor dem Hintergrund eines mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Strafrechtsdenkens insofern konsequent, als das Strafrecht als Instrument zur Erhaltung der göttlichen oder staatlich-absolutistischen Ordnung angesehen wurde. Ebenso folgerichtig war wohl ein Privatverteidigungsrecht, auch gegen Angriffe auf Besitz oder Eigentum, unter dem Vorbehalt der Nichterlangung obrigkeitlicher Hilfe und dem Vorrang der Abwehr durch Ausweichen in den vom aufgeklärten Absolutismus geprägten Rechtsordnungen des späten 18. Jahrhunderts. Doch das weder im Hinblick auf das Schutzgut noch im Hinblick auf die Mittel eingeschränkte Notwehrrecht des 19. Jahrhunderts ist mit dem Grundverständnis von Staat und Strafrecht dieser vorangegangenen Epochen nicht mehr in Einklang zu bringen. Denn dem Verteidiger ist nunmehr ein absolutes Notwehrrecht gegeben, bei dessen Ausübung er sich ausschließlich an der Wahrung seiner privaten Interessen orientieren kann. Diese Ausrichtung entspricht weder dem mittelalterlich-sakralen noch dem aufgeklärt-absolutistischen utilitaristischen Staatsverständnis. Damit stellt sich die Frage, ob und welcher grundlegende Wandel im Verständnis von Strafrecht die Entwicklung zu einer grundsätzlich unbeschränkten Notwehr herbeigeführt hat.

Die Antwort ergibt sich aus der absoluten Auffassung von Strafrecht, die im 19. Jahrhundert vorherrschte und die auf den Ideen *Kants*⁸⁶, hinsichtlich der Notwehr aber noch mehr auf jenen *Hegels*⁸⁷ basiert.⁸⁸ Die Straftat wird darin als Negation des Rechts angesehen. Anders als bei anderen Notrechten stellt sich vor diesem Hintergrund die Notwehrlage nicht als Kollision von Rechten, sondern des Rechts mit dem nichtigen Unrecht dar.⁸⁹ Letzteres müsse in seiner Nichtigkeit manifestiert werden. Das Recht des Staates zu strafen wurzele ebenso wie das Recht des Individuums zur Notwehr in der äußerlichen, aber in sich nichtigen Existenz des Unrechts. Der Staat und der Einzelne seien nur verschiedene Werkzeuge, durch die das Recht seine Anerkennung durchsetze. Die Notwehrhandlung stellt damit auch die Herrschaft des Rechts wieder her.⁹⁰ Die Verteidigungshandlung erlangt auf diese Weise eine Doppelnatur, sie stellt einerseits Gefahrenabwehr und Rechterhaltung und andererseits Rechtsbegräftigung dar. Dem Verteidiger wird damit auch eine hoheitliche Aufgabe zugewiesen,⁹¹ die der Staat im konkreten Fall nicht erfüllen kann. Nach dem Verständnis des 19. Jahrhunderts übernimmt der Verteidiger damit auch die Aufgabe der Verhängung der Strafe, wenn er im *Hegelschen* Sinn durch die Negation der Negation des Rechts die Rechtsordnung bewährt.⁹²

Schmidhäuser formuliert diesen Gedanken etwas moderner. Er versteht den Angriff als eine offene Missachtung des Schutzes, den die Rechtsordnung dem angegriffenen Gut

86 Vgl. insbesondere *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797 in: Immanuel Kants *Sämtliche Werke*, Rosenkranz/Schubert (Hrsg.), 1838, S. 180 ff.

87 Vgl. insbesondere *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 82 ff., S. 88 ff.

88 Vgl. *Engländer* (Fn 61), S. 22 ff.; *J. Sander* (Fn 39), S. 37 ff.; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 130; *Kühl*, FS-Hirsch, 1999, S. 259 ff.

89 *Hegel* (Fn 87), § 99, S. 96 f.

90 *Levita* (Fn 41), S. 18; ebenso *Abbeg*, *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, II. Abhandlung, *Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tötungen*, 1830, S. 279; vgl. ferner *A. Sander* *Archiv des Criminalrechts* 1841, 68, 80 ff.; *J. Sander* (Fn 39), S. 37 f. m. w. N.

91 Auch wenn *Berner* – wie *Engländer* (Fn 61), S. 23 zutreffend feststellt – wohl nicht von einer überindividuellen Notwehrbegründung ausgegangen ist.

92 Vgl. *Berner* *Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 556 ff.

gewährt. Der Angreifer verneine damit ostentativ seine Mitträgerschaft an der rechtlichen Grundordnung, die sich in ihrer empirischen⁹³ Geltung als höchstes Gut im Gemeinwesen begreife.⁹⁴ Daher müsse auch um den Preis der Tötung des Angreifers verhindert werden, dass sich der Einzelwille des Angreifers offen gegen den Gemeinwillen behaupte. Dieses Verständnis findet sich ähnlich schon bei *John Locke*, der in der Begehung von Straftaten eine Erklärung des Übeltäters sieht, dass er nach anderen Regeln lebe als denen die der Vernunft und der Billigkeit entsprechen; dies stelle ein Vergehen gegen die Menschheit dar.⁹⁵ Soweit von dem Täter Gefahr drohe, habe der Verteidiger das Recht, dem Angreifer so viel Schaden zuzufügen, wie erforderlich ist, um die Gefahr abzuwenden, auch wenn dies die Tötung des Angreifers bedeute.⁹⁶ Damit ist auch der entscheidende Unterschied zwischen der Notwehr und dem Notstand festgestellt: Die Notwehr richtet sich gegen einen Rechtsangriff, und der Notstand dient der Abwendung einer Gefahr durch Naturgewalten i. w. S. *Berner*, der im Übrigen auch auf den Gesellschaftsvertrag als rechtsbegründend und letztlich auf *John Locke* zurückgreift,⁹⁷ formuliert daher wie folgt: »...beim Nothstande ist Naturmoth, bei der Notwehr Rechtsnoth.«⁹⁸ *Berner* führt weiter aus, es dürfe in der Notwehr jedes Recht gegen das Unrecht unbedingt verteidigt werden.⁹⁹

Vor diesem Hintergrund wird auch der von *Berner*¹⁰⁰ angeführte Grundsatz, dass es Unrecht sei, wenn das Recht dem Unrecht weichen müsse,¹⁰¹ verständlich und führt – da die mit einem Angriff auf Individualgüter verbundene Rechtsnot stets mit einer Naturnot verbunden ist, zu einem dualistischen Verständnis der Notwehr im deutschen Strafrecht. Die Notwehr ruht nach der auf diesem Grundgedanken basierenden h. M. auf zwei Säulen: dem Individualrechtsgüterschutz und dem Grundsatz der Rechtsbewahrung.¹⁰² Aus diesem Rechtsbewahrungsgedanken leitet die h. A.¹⁰³ her, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen der Notwehr grundsätzlich nicht zu beachten sei.¹⁰⁴ Betrachtet man, wie dies *Hegels* und *Kants*¹⁰⁵ Philosophien zugrunde liegt, das Recht und seine Bewahrung als absolute Größe, so erscheint diese Sichtweise konsequent.

- 93 Ebenso bestimmen die meisten Vertreter eines überindividualistischen oder dualistischen Notwehrverständnisses den Begriff der Rechtsordnung empirisch und nicht normativ oder als Rechtsidee, vgl. hierzu *Engländer* (Fn 61), S. 9 ff.
- 94 *Schmidhäuser*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 2. Aufl. 1970, 9/86; ablehnend *Seelmann* ZStW 89 (1977), 36, 58.
- 95 *Locke*, Two treaties of government, 1690, § 8, Nachdruck 1724, S. 199 f.
- 96 Ein ähnlicher Ansatz findet sich u. a. auch bei *Hoyer* JuS 1988, 89, 92; krit. *Engländer* (Fn 61), S. 58 ff.
- 97 *Berner* Archiv des Criminalrechts 1848, 547, 555, der sich jedoch insofern in Gegensatz zu *Kant* ([Fn 86], S. 185) und *Hegel* ([Fn 87], §§ 75 ff., S. 78 ff.; § 100, S. 98 f.) stellt, die die staatliche Strafe als Gegenstand eines Gesellschaftsvertrages für unmöglich, weil unvernünftig halten.
- 98 *Berner* Archiv des Criminalrechts 1848, 547, 552.
- 99 *Berner* Archiv des Criminalrechts 1848, 547, 554; ähnlich *A. Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 79 ff.
- 100 *Berner* Archiv des Criminalrechts 1848, 547, 557
- 101 Vgl. auch RGSt 21, 168, 170; BGHSt 24, 356; Jescheck/*Weigend*, AT, § 32 I 1, S. 336; *Preisendanz*, StGB, 30. Aufl. 1978, § 32 Anm. I; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 324; *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290, 291 m. w. N.; *Schmidhäuser*, FS-Honig, 1970, S. 185, 186.
- 102 BGHSt 24, 356, 359; *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 79; ebenso *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 71; *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 I 1, S. 336; *Kühl*, AT, § 7 Rn 6 ff.; *Maurach/Zipf*, AT, § 26 Rn 4; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 32 Rn 1 a; *Satzger/Schmitt/Widmaier-Rosenau*, § 32 Rn 2; a.A: *Friser*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2009, 16/3; *MüKo-Erb*, StGB, Bd. 1, 2003, § 32 Rn 12; *SK-Günther*, § 32 Rn 12 f. m. w. N., die die Notwehr ausschließlich auf die Basis des Individualgüterschutzes zurückführen. Auf eine reine Rechtsbewahrung als Grundlage der Notwehr stellt *Schmidhäuser*, Strafrecht AT Studienbuch, 6/51 ff.; *ders.*, FS-Honig, S. 185, 189 ab; ähnlich schon *A. Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 80.
- 103 BGH NStZ 1996, 29; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 340; *Fischer*, StGB, 58. Aufl. 2011, § 32 Rn 31.
- 104 *Jescheck/Weigend*, AT, § 31 I 2, S. 337.
- 105 Besonders deutlich wird dies an der Beurteilung des bekannten Beispiels vom »Brett des Carneades« durch *Kant* (vgl. hierzu *Kühl*, FS-Hirsch, S. 259, 265; *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Carneades, 1999) und seinem Ausspruch, dass wenn die Gerechtigkeit untergehe, auch kein Sinn mehr in der Existenz der Menschheit zu sehen sei (*Kant* [Fn 86], S. 180); eine Ansicht, die jedoch auch schon bei *Luther* in der wohl

Der dualistischen Auffassung ist eine vielschichtige¹⁰⁶ Gegenansicht¹⁰⁷ entgegengetreten, die die Notwehr allein auf eine individualrechtliche Basis stellt. Sie moniert im Hinblick auf die h. M. insbesondere, dass das Rechtsbewährungsinteresse von dem Schutzgut und dessen drohender Verletzung abhängt. Sei der Wert des Schutzguts gering, so könne das Interesse an der Bewährung der verletzten Norm ebenfalls nur gering sein und daher keine tödlichen Verteidigungsmittel rechtfertigen. Die Zulässigkeit einer im Hinblick auf eine Güterabwägung unangemessenen Verteidigungshandlung und damit die Entbehrlichkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung könne sich nur aus der Überlegung ergeben, dass der Angreifer die Notwehrlage selbst verursacht habe und daher eine Auflösung der Rechtsgutskollision zu seinen Ungunsten hinnehmen müsse.¹⁰⁸ Schließlich liege es in der Hand des Angreifers, die Notwehrlage zu beenden¹⁰⁹ und damit weiteren Schaden von seinen eigenen Rechtsgütern abzuwenden. Ferner wird die allein individualrechtliche Grundlegung der Notwehr damit gerechtfertigt, dass eine scharfe Notwehrregelung sich kaum auf die Rechtsbewährung berufen könne, wenn dieses Ziel bei seiner unmittelbaren Durchsetzung durch den Staat nur mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt werden dürfe.¹¹⁰

IV. Vorgaben des Grundgesetzes für das Notwehrrecht

1. Die unbeschränkte Notwehr und das menschliche Leben als Verfassungshöchstwert

In diese Bestandsaufnahme des Notwehrrechts hinein stellte *Bernsmann*¹¹¹ die Frage, wie sich ein Notwehrrecht, das eine Tötung des Angreifers auch dann erlaubt und nicht nur entschuldigt, wenn relativ geringfügige Angriffe auf höchstpersönliche Rechtsgüter oder sogar auf Besitz und Eigentum abgewehrt werden, mit dem »recht emphatisch beschworenen« Schutzauftrag des Staates für das menschliche Leben vereinbaren lasse.¹¹² Eine Rechtsordnung, die einerseits die Tötung ungeborenen Lebens unter Strafe stelle, setze sich erheblicher Kritik aus, wenn sie andererseits die Tötung von Menschen zur Verteidigung von Vermögenswerten billige.¹¹³ Auch die zur Ausschließung der Fälle »krassen Missverhältnisses« vorgenommenen Einschränkungen des Notwehrrechts kritisiert *Bernsmann*: Wenn die Notwehr bei einem drohenden Verlust von »1 DM« ausgeschlossen sei, nicht aber zur Abwendung des drohenden Ruins, so liege darin zwangsläufig eine Relativierung des menschlichen Lebens als doch eigentlich nicht abwägbaren absoluten Wertes.¹¹⁴ Vor diesem Hintergrund wendet sich *Bernsmann* gegen den ebenso verabsolutierten Grundsatz, dass das Recht

missverständlichen Auslegung des Sinnspruchs »fiat iustitia et pereat mundus« zu finden ist (Predigt 10.5.1535, Luthers Werke, Weimarer Ausgabe. Bd. 40, S. 138), vgl. *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1998, S. 73.

106 Vgl. hierzu die Nachw. bei *Engländer* (Fn 61), S. 38 ff.

107 Vgl. nur *Engländer* (Fn 61), S. 373; *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 31 und *Kroß*, Notwehr gegen Schweigegelderpresse, 2004, S. 56 ff., die das Rechtsgut der individuellen Entfaltungsfreiheit als mit angegriffen und so hochwertig ansehen, dass es gemeinsam mit dem angegriffenen Individualrechtsgut des Verteidigers das Leben des Angreifers überwiegen könne; ferner *Frister*, AT, 16/3 f. m. w. N.

108 *Frister*, AT, 16/3 f.; *ders.* GA 1988, 291, 301 f.; ähnlich *SK-Günther*, § 32 Rn 11, 106, 115.

109 *Mitsch* GA 1986, 533, 545; ähnlich auch *Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983, S. 33 ff. und *Merkel JZ* 2007, 377, die die Verteidigung als Ergebnis einer Selbstgefährdung ansehen; dagegen *Engländer* (Fn 61), S. 51 ff.

110 *MüKo-Erb*, § 32 Rn 10.

111 *Bernsmann ZStW* 104 (1992), 290 ff.

112 Vgl. zur Bedeutung der Schutzpflicht des Staates im Bezug auf das menschliche Leben *BVerfGE* 39, 1, 36 ff.; 88, 203, 251 ff.

113 Vgl. *Bernsmann ZStW* 104 (1992), 290, 293 ff. zu Beispielen tödlicher Notwehr gegen nicht lebensgefährliche Angriffe.

114 *Bernsmann ZStW* 104 (1992), 290, 294.

dem – in dem Angriff liegenden und nicht im Angreifer verkörperten konkreten¹¹⁵ – Unrecht nicht weichen müsse und gegen die These, dass der Täter mit seiner Abwehrmaßnahme neben seinen Individualrechtsgütern auch die Rechtsordnung mit äußerster Konsequenz verteidigen dürfe. Er stellt die Frage, ob darin nicht »eine verfassungsrechtlich nicht legitimierbare Geringschätzung des Lebensrechts des Angreifers« liege und die geringen Anforderungen, die die herrschende Meinung an die Ausübung des tödlichen Notwehrrechts stellt, nicht zur Eskalation von potenziell notwehrträchtigen Situationen beitrage.¹¹⁶ Letzteres Argument, dessen Richtigkeit nicht von der Hand zu weisen und dessen Bedeutung in einer modernen Kriminalpolitik kaum zu überschätzen sein dürfte, soll hier dennoch unberücksichtigt bleiben. Denn diese Frage ist von *Bernsmann*, der u. a. deutlich macht, dass es ein schlechtes Zeugnis für ein Strafrechtssystem ist, wenn die Rechtsprechung zum Notwehrrecht denjenigen, der einen gewaltsamen Konflikt durch Ausweichen vermeidet, als Feigling¹¹⁷ beschimpft,¹¹⁸ im Grundsatz überzeugend, wenn auch im Ergebnis mit wohl zu weitgehenden Konsequenzen¹¹⁹ beantwortet worden.

2. Das Recht als absoluter Wert im Rechtsstaat des Grundgesetzes

Die folgenden Überlegungen legen sich vielmehr die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation eines grundsätzlich uneingeschränkten und absoluten Notwehrrechts vor: Im Hinblick auf dieses Werte-Ungleichgewicht eines Strafrechts, das das Leben als nicht relativierbaren, unabwägbaren¹²⁰ Verfassungshöchstwert¹²¹ ansieht und es dennoch dem Grundsatz der Bewahrung der Rechtsordnung unterordnet, haben *Bernsmann*¹²² und *Schroeder*¹²³ eine Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen der Notwehr gefordert. Diese sei – so *Bernsmann* – auch besser im Stande, das Problem der Unfugabwehr und des Bagatellunrechts zu regeln als die absoluten Lösungen der h. L. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes setzt jedoch voraus, dass im Rahmen der Prämissen, auf denen dieses Rechtsinstitut aufbaut, überhaupt Raum für die Abwägung von Gütern ist, welche die Basis jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung bildet. Insofern ist unstreitig, dass Individualrechtsgüter prinzipiell gegeneinander abgewogen werden können; auf dieser Abwägung basiert § 34 StGB. Jedoch dürfte dies für die Bewahrung der Rechtsordnung nach herkömmlichem Verständnis nicht gelten. Der Rechtsbewahrungsgedanke ist i. S. der wohl h. M. seit dem frühen 19. Jahrhundert absolut gedacht. *Berner* bringt diese Ansicht mit der Frage auf den Punkt, warum derjenige zu bestrafen sein könne, der den Mut habe, irgendein Recht für sich oder andere im Falle der Not zu schützen.¹²⁴

115 Vgl. *Hirsch*, FS-Dreher, 1977, S. 223 Fn 43; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 138.

116 *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290, 304; darauf hat auch schon *Frank* (Reform des Reichsstrafgesetzbuches, 1910, Bd. I, S. 259) hingewiesen und ausgeführt, dass das Notwehrrecht »dem Publikum glücklicherweise unbekannt« sei, da eine Nutzung dieses Rechts »in vollem Umfang und in alle Konsequenzen hinein... geradezu unerträgliche Zustände« entstehen lassen könnte; vgl. ferner *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 III 1, S. 344; *Schöder*, FS-Maurach, S. 127, 140; *Schwabe* NJW 1974, 670, 671.

117 Besonders deutlich hier BGH GA 1965, 147: »Dem Unrecht durch schimpfliche Flucht aus dem Wege zu gehen, ist niemand verpflichtet, und als schimpflich konnte der Angekl., der schon vorher mit seinem langen Zuwarten vor dem Verlassen des Lokals viel Nachgiebigkeit gezeigt hatte, sein Davonlaufen in dieser Lage mit dem Grund empfinden, zumal in Gegenwart einer Frau...«, vgl. aber auch BGH NJW 1980, 2263 »unzumutbares Kneifen, schmähliche Flucht«; ferner OLG Stuttgart NJW 1950, 119; krit. auch *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 50.

118 Vgl. *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290, 296 f.

119 Vgl. die Kritik von *Renzikowski*, Notwehr und Notstand, 1994, S. 316 ff.; MüKo-Erb, § 32 Rn 2; *Loos*, FS-Deutsch, 1999, S. 233, 248.

120 *Fischer*, § 34 Rn 9, 12 m. w. N.

121 BVerfG NJW 2006, 751, 753 ff., 761 m. w. N.

122 *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290 ff.

123 *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 140 f.

124 *Berner* Archiv des Criminalrechts 1984, 547, 551 f.

Wenn *Frister*¹²⁵ moniert, dass gerade der Rechtsbewahrungsgedanke ein Einfallstor für Verhältnismäßigkeitserwägungen darstelle, so ist dies nur dann überzeugend, wenn man ein modernes Verständnis von Rechtsbewahrung zugrunde legt. Das klassische Verständnis kennt nämlich kein geringes oder weniger geringes Interesse an der Rechtsbewahrung.¹²⁶ Es betrachtet – wie die Ausführungen von *Schmidhäuser*¹²⁷ zeigen – die Rechtsordnung als absoluten Höchstwert, der durch die offene Missachtung als solcher in Frage gestellt wird und damit Schaden nimmt: »Entweder jedes Recht ist unverletzlich, oder keines. Die Unverletzlichkeit eines Rechtes hat nur darin ihren Grund, daß das Recht ein Recht ist.«¹²⁸ Von diesem Grundsatz der unbedingten Wiederherstellung des Rechts, welches das Unrecht überwiegt,¹²⁹ her gedacht ist es konsequent, keine Verhältnismäßigkeitserwägung zuzulassen, weil das Interesse, das der Verteidiger schützt, stets ein Höchstwert ist, der verletzt werden würde, wollte man dem Angegriffenen das Notwehrrecht – auch zur Rettung eines Menschenlebens – verwehren.

Erkennt man dieses absolute Interesse an dem Schutz der Rechtsordnung an, so wird man kaum eine Einschränkung des Notwehrrechts i. S. der Verhältnismäßigkeit annehmen dürfen. Jedoch wirft diese – etwa von *Schmidhäuser*¹³⁰ vertretene – Ansicht die Frage auf, warum dann aus dem Höchstrang und der Absolutheit der Rechtsordnung in ihrer empirischen Geltung nicht die Pflicht des Rechtsunterworfenen zur Bewahrung des Rechts durch Notwehr folgen soll, wie dies im gemeinen Recht – wenn auch mit anderer Begründung – herrschende Ansicht gewesen ist.¹³¹ Zudem würde dieses absolute Verständnis des Rechtsbewahrungsgedankens keine »sozial-ethischen Einschränkungen« der Notwehr zulassen. Solche Ausnahmen müssten dann tatsächlich als systemfremde und – im *Kantschen* Sinn – nicht rechtliche, sondern moralische Ergebniskorrekturen erscheinen.¹³²

3. Zur Relativierung der Rechtsbewahrung

Aus diesen Überlegungen lässt sich nur der Schluss ziehen, dass auch die Rechtsordnung »in ihrer empirischen Geltung« keinen absoluten Höchstwert darstellen kann, mithin relativierbar sein muss. Dies setzt die h. L. mit ihrer Einschränkung der Notwehr über die Figur des Rechtsmissbrauchs¹³³ ohnehin voraus, wenn sie insofern von einem »krassen Missverhältnis« spricht. Wenn sie nämlich die von der Notwehr betroffenen Rechtsgüter zueinander in ein Verhältnis setzt, um überhaupt ein Missverhältnis feststellen zu können, so nimmt sie gerade die Güterabwägung vor, deren Legitimität sie leugnet,¹³⁴ mag diese auch nur im absoluten Ausnahmefall zu Lasten des Verteidigers ausschlagen. Aus dieser Relativierbarkeit der Rechtsbewahrung als Notwehrinteresse folgt wiederum,

125 *Frister*, AT, 16/3 f.; *ders.* GA 1988, 291, 301 f.

126 Vgl. *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (Fn 86), S. 180 ff.; *Hegel*, *Grundlinien* (Fn 87), §§ 82 ff., S. 88 ff., § 99, S. 96 f.

127 Vgl. oben III. 2.

128 *Berner Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 561.

129 *Berner Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 579.

130 *Schmidhäuser*, FS-Honig, S. 185, 193 ff.

131 Vgl. *J. Sander* (Fn 39), S. 11 ff.; *Schaffstein* (Fn 44), S. 70; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 129 jew. m. w. N.; dagegen *Berner Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 556 f.

132 So i.E. auch *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 139.

133 Vgl. nur die Nach. bei *Engländer* (Fn 61), S. 316 ff.

134 Vgl. auch *Lenckner* GA 1968, 1, 2 ff. m. w. N.; vgl. zur herrschenden Meinung die Nachw. bei *Lilie*, FS Hirsch, S. 277, 278 ff.; ferner *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290, 310.

dass das Ziel der Rechtsbewährung stets in Relation zu dem Rechtsgut gesetzt werden muss, das durch die Verteidigung verletzt wird. Die Relativierbarkeit der Bewährung der Rechtsordnung als Wert ergibt sich zudem aus einer systemimmanent-logischen Überlegung: Eine Rechtsordnung, zu deren Grundpfeilern das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gehört,¹³⁵ kann sich nicht durch eine Handlung bewähren lassen, die genau diesem elementaren Prinzip widerspricht, zu dessen Verteidigung die Handlung vorgenommen wird.¹³⁶ Die Bewährung der Rechtsordnung als absolutes, unabwägbares Interesse ist damit im Rechtsstaat ein Paradoxon.

Die dualistische Ansicht der h. M. in Judikatur und Lehre wird man daher wohl nur auf die Weise retten können, dass man dem Umstand, dass der Angreifer sich selbst durch seine Handlung ins Unrecht gesetzt hat und der Verteidiger die Rechtsordnung bewährt, ein so erhebliches Gewicht im Rahmen der Abwägung einräumt, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung nur in seltenen Einzelfällen zu Lasten des Verteidigers ausgeht. Die Einbeziehung des Aspekts der Pflichtverletzung bei der Gefahrschaffung oder einer Duldungspflicht ist nicht unbekannt und hat insbesondere im Bereich des § 34 StGB große Bedeutung. Im Rahmen des Nötigungsnotstandes etwa gewinnt dieser Gedanke erhebliches Gewicht, wenn die herkömmliche Auffassung dem Genötigten die Rechtfertigung verweigert, weil er sich *auf die Seite des Unrechts* gestellt habe.¹³⁷ Doch auch eine Verabsolutierung in dieser Weise, die also nicht auf der Stufe des Ob der Abwägung sondern erst in der Abwägung selbst eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes blockiert, dürfte einem rechtsstaatlichen Strafrecht kaum gerecht werden.¹³⁸ Zutreffend ist, dass der Verteidiger, der Notwehr übt, mit der erfolgreichen Ausübung seines Notwehrrechts die Rechtsordnung dadurch mitverteidigt, dass er die Normgeltung bestärkt.¹³⁹ Die Notwehrhandlung bringt für die Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck, dass die Verletzung des Rechts nicht hingenommen werden muss und die Strafrechtsordnung das Verteidigungsverhalten gutheißt, auch wenn es zu irreparablen Schäden für den Angreifer führt.

Jedoch folgt aus dem gegenüber dem Angreifer erhobenen Unrechtsvorwurf, der die Pflicht zur Duldung der Notwehrhandlung neben dem Individualgüterschutz oder sogar über dieses Interesse hinaus begründen soll, dass der Verteidiger nicht (nur) Unrecht verhütet, sondern dem in dem Angriff liegenden Unrecht seine gerechtfertigte Handlung als das Recht entgegengesetzt, mithin eine Negation der Negation des Rechts bewirkt. Dabei handelt es sich zumindest um eine strafähnliche Maßnahme.¹⁴⁰ Wenn die Negation des Unrechts durch die Verteidi-

135 Schroeder, FS-Maurach, S. 127, 139 m. w. N.; vgl. ferner BVerfGE 61, 126, 134; 69, 1, 35; 111, 54, 82; ferner Maunz/Dürig-Grzeszick, Grundgesetz, 2009, Art. 20 Rn 107.

136 Vgl. Lenckner GA 1968, 1, 4.

137 So Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 117; ebenso Jescheck/Weigend, AT, § 44 II 3, S. 484; Wessels/Beulke, AT, Rn 443 m. w. N.; krit. Krey, AT, Rn 321; vgl. zum Streitstand Kühl, AT, § 8 Rn 127 ff.

138 Bernsmann ZStW 104 (1992), 290, 310.

139 Vgl. Roxin, AT Bd. I, § 15 Rn 2.

140 Auch dem Gesetzgeber war die generalpräventive Abschreckungswirkung des scharfen Notwehrrechts bekannt und willkommen, vgl. BT-Drs. IV/650, S. 175; hierzu auch Roxin, AT Bd. I, § 15 Rn 2; vgl. ferner Engländer (Fn 62), S. 15 ff.

gungshandlung in ihren Folgen die Schädigungswirkung des Angriffs übersteigt, so stellt sich die Frage, ob nicht schon damit genau das einzutreten droht, was bislang nur in den Fällen krassen Missverhältnisses angenommen wird: Die unverhältnismäßige Verteidigung schädigt die Rechtsordnung mehr als sie zu schützen.¹⁴¹

Betrachtet man weiterhin mit *Kühl*¹⁴² den Täter als »Statthalter des Rechts« in Situationen, in denen der Staat das Recht als sein Interesse nicht selbst schützen kann, wird man fragen müssen, mit welchen Mitteln der Staat, wenn er selbst aktiv werden könnte, dem Unrecht entgegenzutreten dürfte.¹⁴³ Der Rechtsstaat dürfte insofern nur verhältnismäßige Maßnahmen wählen, denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip »durchwaltet« zumindest die Strafrechtsordnung.¹⁴⁴ Diese Folgerung wird von *Krey*¹⁴⁵ zwar als Kurzschluss bezeichnet, aber das Argument für dieses Verdikt, das Notwehrrecht wurzele im natürlichen, privaten Recht der Notwehr¹⁴⁶ und lasse daher eine Verstaatlichung des Privatbereichs nicht zu, kann kaum überzeugen, wenn man den Bürger mit der Notwehr die Rechtsordnung bewahren lässt. Insofern überzeugt auch der Einwand nicht, das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei ausschließlich ein Instrument zur Beschränkung staatlicher Freiheitseingriffe gegenüber dem Bürger.¹⁴⁷ Denn der staatliche Freiheitseingriff wird hier durch den Verteidiger vorgenommen, der im Interesse der Rechtsordnung den Angreifer verletzt. Die vorgenannte Kritik gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Notwehrrecht ist insofern zu einseitig, als sie nicht hinreichend würdigt, dass sowohl Straftatbestände als auch Rechtfertigungsgründe Freiheitseingriffe enthalten können. Das Notwehrrecht beinhaltet auch einen Verzicht auf das jeden Bürger schützende Gewaltmonopol des Staates und damit eine Freiheitseinschränkung zu Lasten des Angreifers.¹⁴⁸

Daher wird die Rechtsbewährung zu einem im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abzuwägenden Interesse innerhalb der Bewertung einer Verteidigungshandlung. Dieses Interesse muss gemeinsam mit dem des Verteidigers an dem Schutz des Individualrechtsguts gegen das durch die Verteidigungshandlung verletzte Interesse abgewogen werden. Dabei wird die Abwägung zwar häufig gegen den Angreifer ausfallen, weil der Verteidiger neben seinem Individualrechtsgut das Rechtsbewährungsinteresse in die Waagschale werfen kann¹⁴⁹ und zudem auch berücksichtigt werden muss, dass der Angreifer seine Notwehrsituation stets zurechenbar und häufig schuldhaft herbeigeführt haben wird. Jedoch ist dieser Ausgang nicht zwingend. Sind wichtige höchstpersönliche Rechtsgüter des Angreifers betroffen, wie etwa das Leben oder die körperliche Unversehrtheit, so

141 Vgl. *Krey* JZ 1979, 702, 714.

142 *Kühl*, AT, § 7 Rn 10; ähnlich *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 2; *Krey* JZ 1979, 702, 713; ähnlich auch *Seelmann* ZStW 89 (1977), 36, 58; vgl. auch *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, §§ 36 f., S. 30 f.

143 Vgl. A. *Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 80; weitergehend dagegen *Berner* Archiv des Criminalrechts 1848, 547, 555 f., der den Bürger in der Notwehrlage aus den Pflichten des Gesellschaftsvertrages herausretten und daher nicht an den das Gewaltmonopol des Staates aufrichtenden Gewaltverzicht gebunden, mithin zur Wahrnehmung seines natürlichen Rechts zur Verteidigung befugt sieht.

144 Vgl. *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, 1970, S. 26; zustimmend *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 139; vgl. ferner *Engländer* (Fn 61), S. 25.

145 *Krey* JZ 1979, 702, 713.

146 Vgl. *Feuerbach* (Fn 142), § 36 f., S. 30 f.; weit. Nachw. bei *Kühl*, FS-Hirsch, S. 259, 260 f.; ähnlich wohl auch schon das römische Verständnis des Notwehrrechts, vgl. *J. Sander* (Fn 39), S. 9 f.; a.A. *Engländer* (Fn 61), S. 40 ff.; A. *Sander* Archiv des Criminalrechts 1841, 68, 80.

147 Vgl. SK-*Günther*, § 32 Rn 115 f.; dagegen *Schwabe* NJW 1974, 670 ff.

148 *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 138.

149 Vgl. *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290, 311.

kann es sein, dass auch das Rechtsbewährungsinteresse nicht in der Lage ist, das Interessengefälle zu Lasten des Rechtsguts des Verteidigers auszugleichen. In diesen Fällen muss der Verteidiger von einer schwerwiegenden Abwehrmaßnahme Abstand nehmen.¹⁵⁰

Verhältnismäßigkeitserwägungen schließen damit die Tötung eines Menschen zur Rettung von Sachwerten oder anderen weniger hochrangigen Rechtsgütern aus. Bedenkt man die Stellung des menschlichen Lebens als Verfassungshöchstwert auch im Verhältnis zum Interesse an der Rechtsbewährung, so kann dieses Interesse eine Tötung nicht rechtfertigen. Es wäre bedenklich, wenn die Judikatur eindringlich wiederholt, dass eine Wahrheitsfindung um jeden Preis im Strafprozess – und damit im Interesse der Rechtsbewährung – nicht zulässig sei,¹⁵¹ dann aber genau dieses Rechtsbewährungsinteresse dazu dienen soll, eine Tötung zu rechtfertigen. Die Tötung zur Bewährung des Rechts ist im Ergebnis das, was die Väter des Grundgesetzes in Art. 102 GG für abgeschafft erklärt haben: die Todesstrafe. Der gegenüber dem deutschen Notwehrrecht schon früh erhobene Vorwurf der »Totschlagsmoral«¹⁵² ist also nachvollziehbar.

4. Einschränkung des Notwehrrechts durch den Gedanken der Mindestsolidarität im Sozialstaat

Darüber hinaus kann ein weiterer Gedanke für eine Einschränkung des Notwehrrechts fruchtbar gemacht werden, der nur mittelbar in eine Güterabwägung einfließen kann, nämlich der Gedanke einer Mindestsolidarität.¹⁵³ Zwischen den Bürgern eines Staates, der sich auf die Rolle des Nachwächters zurückgezogen hat, mag eine Pflicht zur Solidarität¹⁵⁴ nicht bestehen; etwas anderes gilt jedoch zwischen den Mitgliedern eines sozialen Rechtsstaates. Das leitet *Jakobs* schon aus dem Grundgedanken des Beistandsgebots des § 323 a StGB her.¹⁵⁵ Diese Solidarität mag gegenüber dem rechtswidrig handelnden Angreifer geringer sein als im Verhältnis zu einem Unglücksopfer, jedoch wird sie nicht völlig aufgehoben.¹⁵⁶ Letztlich ergibt sich die rechtliche Kategorie dieser Mindestsolidarität aus der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip.¹⁵⁷ Denn dem Staat des Grundgesetzes obliegt das Bemühen um ein Mindestmaß an sozialer Verantwortung und normativer Sicherung innerhalb der verfassten Gemeinschaft.¹⁵⁸ Dieser Grundsatz der Solidarität wird nicht hinreichend berücksichtigt, wenn man dem Verteidiger das Recht zubilligt, zur Verteidigung seiner Rechtsgüter grundsätzlich ohne Ansehen des Verhältnisses zwischen drohender Verletzung und dem durch die Abwehr angerichteten Schaden jede Verteidigung vorzunehmen, die den Angriff sofort sicher und endgültig abzuwenden

150 Vgl. auch *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 139.

151 Vgl. BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; vgl. ferner BGHSt 19, 325, 329.

152 So *Geyer* in: v. Holtzendorf (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, 1877, Bd. 4, S. 94; vgl. aber schon *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts, Bd. II, 1799, S. 21, zitiert nach *J. Sander* (Fn 39), S. 27; vgl. auch *Lenckner* GA 1968, 1, 4.

153 Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 12/46; *Kühl*, AT, § 7 Rn 182; *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 92; *Erb* NStZ 2005, 593, 597; *Kühl*, FS-Hirsch, S. 259 ff.

154 Vgl. aber die Herleitung der Solidarität aus der Vernunft bei *Kant*, Metaphysik der Sitten (Fn 86), Tugendlehre, § 30, S. 313.

155 *Jakobs*, AT, 12/46; vgl. auch *Kühl*, FS-Hirsch, S. 259, 267.

156 *Jakobs*, AT, 12/46; *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 92; *Erb* NStZ 2005, 593, 597; a.A. *Kühl*, AT, § 7 Rn 182, der aber zugesteht, dass der Angreifer nicht vogelfrei werden könne; vgl. *ders.*, FS-Hirsch, S. 259, 263.

157 Vgl. *Kühl*, FS-Hirsch, S. 259.

158 *Maunz/Dürig-Herdegen*, GG, 2009, Art. 79 Rn 151.

verspricht. Schon *Schaffstein* hat eine Einschränkung des Rechts auf tödliche Notwehr zur Verteidigung von Sachgütern mit der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 II GG) begründet, wenn er diese Einschränkungen auch nur für geringfügige Sachwerte gelten lassen wollte.¹⁵⁹

V. Die Verhältnismäßigkeitsabwägung und das Analogieverbot

Die vorausgegangenen Überlegungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz führen jedoch unweigerlich zu einem verfassungsrechtlichen Problem: Die Beschränkung des Notwehrrechts über den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hätte eine Ausweitung der Strafbarkeit des Verteidigers zur Folge, und diese Ausweitung würde mit Art. 103 II GG kollidieren.¹⁶⁰ Das Analogieverbot gilt nach mittlerweile nahezu einhelliger Auffassung auch für den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs¹⁶¹ und nach überwiegender und zutreffender Ansicht auch für die Vorschriften im StGB über die Rechtfertigungsgründe.¹⁶² Daher geht *Kratzsch*¹⁶³ davon aus, dass das Analogieverbot schon die derzeit weitgehend akzeptierten Einschränkungen des Notwehrrechts in Fällen des krassen Missverhältnisses von Verteidigungserfolg und Schaden beim Angreifer verbiete. Der Wortlaut von § 53 a.F. StGB – heute im Wesentlichen § 32 StGB – schaffe einen zur angemessenen Rechtsausübung notwendigen Vertrauenstatbestand für den Bürger.¹⁶⁴ Die Wirkung dieses Vertrauens reiche so weit wie der Wortlaut der Rechtfertigungsnorm. Aus diesem ergebe sich ferner, dass Einschränkungen des Notwehrrechts im Hinblick auf das Mittel zur »Abwendung« des Angriffs unzulässig, ein Ausweichen nicht zuzumuten sei und die Erforderlichkeit durch ihren sprachlichen Bezug auf die Verteidigungshandlung nicht durch Verhältnismäßigkeitserwägungen hinsichtlich der betroffenen Rechtsgüter eingeschränkt wird. Der Begriff der Gebotenheit lasse ebenfalls keinen Spielraum für Ausnahmen, weil die Gebotenheit sich allein auf die Abwendung des Angriffs selbst beziehe.¹⁶⁵

Folgt man dieser Argumentation, so erscheinen auch die Versuche einer Einschränkung der Notwehr über den Wortlaut der Vorschrift zum Scheitern verurteilt: Eine Abwendung eines Angriffs mag man zwar auch noch dann annehmen dürfen, wenn jemand sich durch Ausweichen der Gefahrensituation für seine Rechtsgüter entzieht,¹⁶⁶ aber die Erforderlichkeit einer Verteidigung mit dem Hinweis auf das »gesunde Volksgefühl«¹⁶⁷ oder das »Naturrecht«¹⁶⁸ zu versagen, ist mit der Wortlautgrenze nicht vereinbar. Die Frage der Erforderlichkeit bezieht sich allein auf das Verhältnis zwischen Angriff und Abwehrmittel.

159 *Schaffstein* MDR 1952, 132, 135.

160 Vgl. hierzu ausführlich *Kratzsch* GA 1971, 65 ff.

161 Vgl. nur BGHSt 42, 158, 161; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt, 1977, S. 228 ff.; LK-*Dannecker*, § 1 Rn 259 ff. m. w. N.; a.A. *Hardwig* ZStW 78 (1966) 1, 8 f.

162 Vgl. nur BGHSt 42, 158, 161; *Engländer* (Fn 61), S. 298 ff.; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 168 f.; LK-*Dannecker*, § 1 Rn 261; *Schönke/Schröder-Eser*, § 1 Rn 14a; SK-*Rudolphi*, StGB (Stand Juni 1997), § 1 Rn 25a; *Engels* GA 1982, 109, 119; *Erb* ZStW 108 (1996), 266 ff.; *Kratzsch* GA 1971, 65 ff.; a.A. *Krey* (Fn 161), 1977, S. 233 ff.; *Roxin*, AT Bd. I, § 5 Rn 42; § 15 Rn 54; SK-*Günther*, § 32 Rn 104.; wohl auch *Lenckner* GA 1968, 1, 9.

163 *Kratzsch* GA 1971, 65 ff.

164 *Kratzsch* GA 1971, 65, 72 f.

165 *Kratzsch* GA 1971, 65, 75 ff.; dagegen *Engländer* (Fn 61), S. 304 ff.

166 A.A. *Kratzsch* GA 1971, 65, 75, 79.

167 RGSt 72, 52.

168 OLG Stuttgart DRZ 1949, 42.

Eine Möglichkeit, die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten sozialetischen Einschränkungen der Notwehr im Rahmen des Wortlauts von § 32 StGB zur Geltung zu bringen, bietet der Begriff der Gebotenheit.¹⁶⁹ Aber auch gegen diese Lösung sind Bedenken durchaus berechtigt: § 32 I StGB stellt mit der Formulierung »die durch Notwehr geboten ist« zumindest sprachlich nicht den Begriff der Gebotenheit als ausfüllungsbedürftiges normatives Tatbestandsmerkmal zur Verfügung, an das die Notwehreinschränkung anknüpfen könnte, sondern verweist letztlich nur auf § 32 II StGB.¹⁷⁰ Dort ist bestimmt, welche Verteidigungshandlung durch Notwehr geboten ist. Insofern ist es fraglich, ob der Gedanke des Rechtsmissbrauchs – den vor allem die Rechtsprechung den sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts zugrunde legt – oder der Gedanke der immanenten Grenzen des Notwehrrechts¹⁷¹ sich über den Begriff der Gebotenheit in die Vorschrift des § 32 StGB einschleusen lässt. Doch vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des § 53 a. F. StGB bzw. des § 32 StGB und dem Willen des Gesetzgebers wird der Begriff der Gebotenheit von der herrschenden Meinung¹⁷² anders verstanden, als es der Wortlaut nahe legt. Der Gesetzgeber des 2. StrRG 1975 habe von der zunächst vorgesehenen Streichung des Begriffs der Gebotenheit in § 53 a. F. StGB bewusst abgesehen, um die Möglichkeit zu eröffnen, Fälle aus dem Anwendungsbereich auszuschließen, die aus sozialetischen Gründen die Rechtfertigung nicht verdienen.¹⁷³ Daher komme der Gebotenheit die Bedeutung eines normativ-regulativen Merkmals zu.¹⁷⁴

Will man eine solche Einschränkung des Notwehrrechts über den Gebotenheitsbegriff in Extremfällen mit Blick auf den deutlichen Willen des Gesetzgebers, der die sozial-ethischen Einschränkungen der Notwehr als wünschenswert und richtig anerkannt hat, noch mittragen, so dürfte eine weitergehende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Notwehr wohl kaum noch mit dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers in Übereinstimmung zu bringen sein. Aus der Begründung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962¹⁷⁵ ergibt sich, dass der Gesetzgeber über den Begriff der Gebotenheit die Notwehr gegen Angriffe Schuldunfähiger zum Teil einschränken und in Extremfällen auch sozial-ethisch beschränken, keinesfalls jedoch eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung in das Notwehrrecht einbringen wollte.¹⁷⁶ Es würde mithin Rechtsfindung *contra legem* bedeuten, wollte man die Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Begriff der Gebotenheit in § 32 I StGB hineinlesen. Daher ist der Weg, vom Vertei-

169 Gegen diesen Begriff hat u. a. *Engländer* (Fn 61), S. 307 ff. m. w. N. jedoch verfassungsrechtliche Bedenken wegen eines Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz angemeldet.

170 Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich kein Hinweis darauf, dass der Begriff der Gebotenheit einen eigenen Bedeutungsgehalt erhalten sollte, vgl. *Goltdammer* (Fn 75), S. 417 ff.; Preußisches Obertribunal GA 1861, 768; *Lenckner* GA 1968, 1, 2; vgl. ferner *Engländer* (Fn 61), S. 304 ff.

171 Vgl. *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 59 ff.

172 BGHSt 42, 102; BSG JZ 2000, 96, 97; *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 55 ff.; *Fischer*, § 32 Rn 36; *SK-Günther*, § 32 Rn 103 ff.; krit. *LK-Spendel*, § 32 Rn 308; *Lenckner* GA 1968, 1, 6 ff.

173 SA-Bericht, BT-Drs. V/4095, S. 14; vgl. auch BT-Drs. IV/650, S. 156 f.

174 Vgl. *SK-Günther*, § 32 Rn 103 ff.

175 BT-Drs. IV/650, S. 156 f.

176 Eine nähere Regelung der Fälle, in denen die Notwehr aus sozialetischen Gründen einzuschränken sein sollte, hielt man auch seitens der Verfasser des Alternativ-Entwurfs zum StGB nicht für möglich, vgl. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1969, zu § 14 S. 51.

diger stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verlangen, versperrt. An dieser Bewertung ändert auch die Vorschrift des Art. 2 II lit. a EMRK nicht grundlegend etwas. Zwar sieht diese vor, dass die Tötung eines Menschen nur dann nicht als Verletzung der EMRK anzusehen ist, wenn sie unbedingt erforderlich ist, »um die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen...«. Aber selbst die Stimmen in der Literatur, die entgegen der h. L.¹⁷⁷ von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der EMRK auf das Notwehrrecht des Bürgers ausgehen, wollen mehrheitlich nur die Rechtfertigung einer absichtlichen oder mit direktem Vorsatz vorgenommenen Tötung eines Menschen zur Sachwehr¹⁷⁸ aus dem Bereich der Rechtfertigung ausschließen.¹⁷⁹ Nur wenige Stimmen sehen auch die Tötung mit *dolus eventualis* als von einem Rechtfertigungsausschluss erfasst an.¹⁸⁰ Die Pflicht zu einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die zu einer Verwehrung der Rechtfertigung der Herbeiführung schwerer Verletzungen zur Verteidigung von Besitz oder Eigentum führen würde, kann allerdings keinesfalls aus der EMRK hergeleitet werden.

Auch die Inkorporierung von Art. 2 II lit. a EMRK in das primäre Unionsrecht über Art. 6 II EUV dürfte de lege lata keine Änderung der Situation bedeuten. Zwar sind die nunmehr über diese Vorschrift zu zwingendem Unionsrecht gewordenen Garantien der Grundrechte-Charta und der EMRK wohl dem einfachen Gesetzesrecht übergeordnet. Aber aus diesem Unionsrechtscharakter ergibt sich auch, dass diese Garantien im nationalen Recht nur insofern Wirkung entfalten dürften, als eine spezifische Verbindung zu einem Rechtsbereich besteht, in dem die Union ihre Regelungskompetenz ausübt. Auf dem Gebiet des allgemeinen Strafrechts, also zur Schaffung einer das Prinzip der Notwehr allgemein berührenden Vorschrift, dürfte der Union jedoch nach dem primären Unionsrecht schon nicht die Kompetenz zukommen. Art. 83 I UAbs. 2 AEUV räumt der Union nur die Kompetenz zur Schaffung von strafrechtlichen Vorschriften in zu harmonisierenden grenzüberschreitenden Kriminalitätsbereichen wie Terrorismus, Menschenhandel, Geldwäsche, Steuerstrafrecht etc. ein. Eine darüber hinausgehende unmittelbare Wirkung des primären Unionsrechts auf das deutsche Strafrecht anzunehmen, wäre wohl auch mit den durch das *BVerfG* im Lissabon-Urteil aufgestellten Grundsätzen¹⁸¹ nicht vereinbar.

VI. Zur Ausgestaltung des Notwehrrechts de lege ferenda

Damit stellt sich nunmehr die Frage, wie eine Vorschrift, deren Wortlaut eine Einschränkung der Notwehr über die Verhältnismäßigkeit nur sehr bedingt und deren Entstehungsgeschichte und *telos* diese Einschränkung gar nicht zulassen, an die verfassungsrechtlichen Mindestbedingungen angepasst werden kann. Eine Berücksichtigung der Vorgaben der Werteordnung des Grundgesetzes kann daher nur de lege ferenda erreicht werden. Dass eine Änderung des Notwehrrechts erforderlich ist, ergibt sich einerseits aus

177 Ebert, AT, S. 77; Gropp, AT, § 6 Rn 80a; Jakobs, AT, 12/39; Jescheck/Weigend, AT, § 32 V; Krey, AT, Rn 504 ff.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn 35 f.; Wessels/Beulke, AT, Rn 343 a; SK-Günther, § 32 Rn 117; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn 62; ebenso Engländer (Fn 61), S. 352 ff.; Lenckner GA 1968, 1, 5.

178 Vgl. hierzu jedoch Lenckner GA 1968, 1, 6, der zu dem Ergebnis kommt, dass Art. 2 II lit. a EMRK die tödliche Notwehr gegen Angriffe auf Besitz oder Vermögen gerade nicht ausschließt.

179 Roxin, AT Bd. I, § 15 Rn 84 f.; Zieschang GA 2006, 405 ff.

180 Frister GA 1985, 553, 560 f.

181 BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 f., Rn 359 ff.

dem Rechtsstaatsprinzip, das die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung nur unter der Prämisse der Verhältnismäßigkeit wollen kann, und andererseits daraus, dass der Schutz des menschlichen Lebens nach dem Grundgesetz höchste Priorität hat.¹⁸²

Bei der Entwicklung einer entsprechenden Vorschrift, die einerseits das Notwehrrecht als solches in einer vom rechtfertigenden Notstand unterscheidbaren Weise erhält und den Grundsatz der Rechtsbewährung nicht völlig preisgibt, andererseits aber die Vorgaben des Grundgesetzes im Hinblick auf das menschliche Leben als Höchstwert und die Gesundheit des Menschen als Gut von außerordentlich hohem Rang gebührend berücksichtigt, sollte der Blick einerseits in der historischen Entwicklung zurück und andererseits über die Grenze hinaus in die europäischen Nachbarstaaten wandern. Der Vorschlag, im Notwehrrecht eine historische Anleihe zu nehmen, klingt vor dem Hintergrund der aufgezeigten Entwicklung befremdlich reaktionär, weil dies bedeutet, in die Zeit der Aufklärung oder doch zumindest in das frühe 19. Jahrhundert zurückzugehen; hier stellt sich naturgemäß die Frage, ob damit nicht wichtige Errungenschaften der Modernisierung des Strafrechts verloren gehen würden. Doch hält man sich die oben schon dargestellten Vorschriften des PrALR vor Augen, so wirkt diese Regelung erstaunlich modern und einem sozialen Rechtsstaat angemessen: Die Vorschriften in §§ 520 ff. des 20. Abschnitts gaben ein Notwehrrecht auch zum Schutz von Besitz und Eigentum oder anderer, nicht höchstpersönlicher Rechtsgüter, wobei sowohl die Aspekte der Erforderlichkeit als auch der Verhältnismäßigkeit im Wesentlichen berücksichtigt wurden. Sie könnten daher Pate für eine verfassungsgemäße bzw. den Vorgaben des Grundgesetzes angemessenere Regelung stehen.

Zieht man ferner die von *Dannecker*¹⁸³ angestellten rechtsvergleichenden und europarechtlichen Überlegungen hinzu, so rundet sich das Bild ab. *Dannecker* hat einen Vorschlag zur Schaffung einer europäischen Notwehrvorschrift vorgelegt, der die Notwehrrechte in den europäischen Staaten in ihrem Kern zusammenfasst: »Wer eine Tat begeht, die erforderlich ist, um einen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen in notwendiger und angemessener Weise abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig. Angemessenheit liegt nicht vor, wenn die Handlung bezüglich der Gefährlichkeit des Angriffs, der Schuld des Angreifers und des Werts des angegriffenen Rechtsguts unverhältnismäßig ist.«¹⁸⁴

Dabei wird zugrunde gelegt, dass »die Notwehr ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, der den Prinzipien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit entsprechen«¹⁸⁵ muss. Der Vergleich der europäischen Rechtsordnungen hat damit das zu Tage gefördert, was an Überlegungen auch schon im PrALR verankert gewesen ist und durch die »*extrem-liberalistische*«¹⁸⁶ Entwicklung des Notwehrrechts im 19. Jahrhundert und die Apotheose der Rechtsbewährung verloren gegangen ist. Die von *Dannecker* vorgeschlagene Regelung, die auch für das na-

182 Ausführlich zur verfassungsrechtlichen Bedeutung und Abwägung des Rechts auf Leben im Rahmen der Notwehr *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290 ff.

183 *Dannecker*, FS-Hirsch, S. 141, 154 ff.

184 *Dannecker*, FS-Hirsch, S. 141, 159.

185 *Dannecker*, FS-Hirsch, S. 141, 158; *ders.* in: Tiedemann (Fn 24), S. 147, 157.

186 So *Kratzsch* GA 1971, 65.

tionale Recht als Lösung diskutiert werden sollte, abstrahiert letztlich die stark kasuistischen Vorschriften des PrALR, legt den Schwerpunkt auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und bringt zusätzlich den Aspekt des Verschuldens beim Angreifer in die Abwägung mit ein. Wendet man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – ähnlich wie bei § 34 StGB¹⁸⁷ – unter Berücksichtigung des Verschuldens des Angreifers und des Unrechts der Angriffshandlung auch bei der Notwehr an, so stellt sich zwar das Problem, dass der Verteidiger mit der Interessenabwägung und damit mit einer normativen Beurteilung belastet wird, die im Einzelfall sehr schwierig sein kann. Jedoch kann dies nicht dazu führen, auf eine Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes insgesamt zu verzichten. Denn solche manchmal schwierigen Wertungen erlegt auch § 34 StGB dem Notstandstäter auf.¹⁸⁸ Auch er muss die Gesamtinteressenlage bewerten, einbeziehen, welche Pflichten zur Duldung in concreto bestehen, und dann seine Entscheidung treffen. Bevor ein Täter zu einer lebensgefährlichen Verteidigungshandlung greift, die im Notstand nicht zulässig ist, sollte man eine solche normative Entscheidung erwarten dürfen.¹⁸⁹ Ferner dürfte über eine Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowohl das Problem des Notwehrausschlusses bei der Unfugabwehr als auch die Problematik der Notwehrprovokation besser zu bewältigen sein.¹⁹⁰

Dass der Notwehrrübende regelmäßig gerade diese Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit anstellt, entspricht auch insofern der Lebenswirklichkeit, als die überwiegende Mehrzahl der Normadressaten es nicht einmal für möglich halten dürfte, dass eine Tötung in Notwehr auch bei der Verteidigung von Sacheigentum zulässig sein könnte. Zu einer Erschütterung der Normgeltung dürfte es insofern wohl kaum kommen, denn dass der Grundsatz, das Recht brauche dem Unrecht nicht zu weichen, »stark im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung verankert« sei,¹⁹¹ ist lediglich eine im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Überzeugung,¹⁹² die wohl heute in dieser Absolutheit kaum noch akzeptiert sein dürfte. Außerdem ist nicht ersichtlich, warum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der in der überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Notwehrrecht praktikabel ist und dem Verteidiger nicht unzumutbar erscheint, für Deutschland nicht vertretbar sein soll.¹⁹³ Dies wird man kaum mit den kulturellen Besonderheiten oder den Eigenheiten der deutschen Rechtsordnung begründen können, zumal ein nicht durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeschränktes Notwehrrecht – wie dargestellt – den Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Wertung des menschlichen Lebens als Verfassungshöchstwert widerspricht.

Aus diesen Gründen sollte der Vorschlag *Danneckers* nicht nur als Notwehrregelung in den Allgemeinen Teil einer europäischen Kodifikation des Strafrechts Eingang finden, sondern auch einer künftigen, notwendigen Neufassung des Notwehrrechts in Deutschland zugrunde gelegt werden. Dies gilt umso mehr, als das deutsche Strafrecht auf diese Weise einen weiteren Schritt hin zur Harmonisie-

187 Vgl. zu dieser Parallele auch *Lenckner* GA 1968, 1, 9 f.

188 Vgl. *Engländer* (Fn 61), S. 47; *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 139 f.

189 Vgl. *Bernsmann* ZStW 104 (1992), 290, 319; i. Erg. auch *Krey* JZ 1979, 702, 713, der dem Verteidiger eine Bewertung der Erheblichkeit des Angriffs auferlegt.

190 So zutreffend *Schroeder*, FS-Maurach, S. 127, 140.

191 So BGHSt 48, 207, 211; ebenso *Krey* JZ 1979, 702, 712.

192 BT-Drs. IV/650, S. 157.

193 A.A. wohl *Wagner* (Fn 107), S. 32, der davon ausgeht, das Gesetz trage der Bedrängnissituation des Angegriffenen Rechnung, wenn es auf eine Güterabwägung verzichtet.

zung des Strafrechts innerhalb des einheitlichen europäischen Raums der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts (Art. 67 ff. AEUV) machen würde.

VII. Fazit

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die im Hinblick auf die zu verteidigenden Rechtsgüter unbeschränkte und nicht durch die Verhältnismäßigkeit begrenzte Notwehr das Ergebnis einer relativ jungen Entwicklung ist. Während die Ausweitung des Notwehrrechts eine Folge der Entwicklung des Allgemeinen Teils des Strafrechts darstellt und in rechtsstaatlicher Hinsicht auch im Hinblick auf den Grundrechtsschutz als folgerichtig anzusehen ist, erscheint die Beseitigung der aus dem gemeinen Recht stammenden Verhältnismäßigkeitserwägungen erstaunlich. Sie dürfte wohl nur vor dem Hintergrund erklärbar sein, dass die insbesondere von *Kant* und *Hegel* geprägte¹⁹⁴ Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts in der Notwehr die Wiederherstellung des Rechts durch die Beseitigung des Unrechts ähnlich einer staatlichen Strafe sah und der Rechtsbewährung als solcher absoluten Charakter beimaß. Diese Sicht klingt auch bei *Roxin* noch an, wenn er feststellt, ein Verzicht auf die tödliche Sachnotwehr würde geradezu schwerste Diebstähle herausfordern, wenn Diebe wüssten, dass sie keinesfalls ihr Leben riskierten.¹⁹⁵

Dem rechtstaatlichen Strafrecht eines Sozialstaats in Europa und eines Teils des Europäischen Rechtsraums wird die derzeitige Notwehrregelung jedoch nicht gerecht. Sie verletzt das Rechtsstaatsprinzip, indem sie eine Verteidigung der Rechtsordnung um jeden Preis, selbst um den Preis eines Menschenlebens, postuliert, und missachtet die Wertordnung des Grundgesetzes, die dem Menschenleben den Höchstwert innerhalb der Verfassung zukommen lässt. Die derzeit vorgenommenen notdürftigen und zudem nicht unstrittigen Korrekturen des Notwehrrechts über die Gebotenheit und die sozialetischen Einschränkungen mögen dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit die Schärfe nehmen, aber verfassungsrechtlich zumindest bedenklich bleibt die Notwehrregelung dennoch. Eine Anpassung der Vorschrift *de lege ferenda* ist aus diesem Grund dringend notwendig, auch um das Notwehrrecht europäischem Rechtsstandard anzupassen. Denn die Notwehr ist nach europäischem Verständnis ein allgemeiner Rechtssatz, »der den Prinzipien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit entsprechen muss«.¹⁹⁶

194 Vgl. hierzu insbesondere *Berner Archiv des Criminalrechts* 1848, 547, 556 f.

195 *Roxin*, AT Bd. I, § 15 Rn 77; ähnlich auch *LK-Spendel*, § 32 Rn 319.

196 Vgl. *Dannecker* in: *Tiedemann* (Fn 24), S. 147, 157.