

Urs Kindhäuser | Michael Pawlik (Hrsg.)

Notwehr in Deutschland und China

Weltanschaulicher Hintergrund und
dogmatische Grundfragen



Nomos

Studien zu Recht und Rechtskultur Chinas

Herausgegeben von
Björn Ahl, Universität zu Köln

Band 8

Urs Kindhäuser | Michael Pawlik (Hrsg.)

Notwehr in Deutschland und China

Weltanschaulicher Hintergrund und
dogmatische Grundfragen



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5632-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9715-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der vorliegende Band ist aus einer Tagung hervorgegangen, die vom 12. bis zum 15. April 2018 an der Universität Bonn stattgefunden hat. Allen Referenten danken wir für ihre Mitwirkung sehr herzlich. Der Deutsche Akademische Austauschdienst hat die Veranstaltung sowie den Druck des Buches aus Mitteln des Auswärtigen Amtes in großzügiger Weise gefördert; auch dafür sind wir sehr dankbar. Die Mitarbeiter des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht (Abteilung 1) der Universität Freiburg, namentlich Frau Iryna Burd, Frau Magdalena Fauth, Frau Margot Nostadt, Herr Harald Rothfuß, Herr David Sam, Herr Timo Stockmann und Herr Stefan Uhl, sowie Frau Lara Schäfer und Herr Joseph Raderbauer von der Universität Bonn haben sich um die Organisation der Tagung, die Bearbeitung der Manuskripte und die Druckfertigmachung des Werks außerordentlich verdient gemacht. Für dessen Aufnahme in die Schriftenreihe „Studien zu Recht und Rechtskultur Chinas“ gilt unser herzlicher Dank dem Herausgeber, Herrn Prof. Dr. Björn Ahl.

Bonn und Freiburg, im Dezember 2019

Die Herausgeber

Inhalt

Einleitung	11
------------	----

Urs Kindhäuser/Michael Pawlik

Weltanschaulicher Hintergrund und positiv-rechtliche Grundstruktur der Notwehrregelungen in China und Deutschland

Notwehr – Grundlagen und Geschichte	33
-------------------------------------	----

Joachim Renzikowski

Entwicklungslinien der Notwehr in China	53
---	----

Daniel Sprick

Die Verfremdung der Notwehr und die Funktion des Strafrechtssystems	79
--	----

Lao Dongyan

Verhältnis der Notwehr zur rechtlichen Rahmenordnung

Notwehrbefugnis von Amtsträgern?	107
----------------------------------	-----

Volker Erb

Notwehrbefugnis von Amtsträgern	119
---------------------------------	-----

Wang Gang

The Application of the Principle of Legal Procedure Priority in Justifiable Defense	149
--	-----

Yu Chong

Defensivnotstand

Defensiver Notstand 179

Günther Jakobs

Der rechtfertigende Defensivnotstand zur Abwehr der von
schuldhaftem menschlichem Verhalten ausgehenden Gefahren 193

Zhang Zhengyu

Notwehreinschränkungen

Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Güterabwägungen 211

Volker Haas

Die Verhältnismäßigkeit der Notwehrhandlung im chinesischen
Strafrecht 225

Jiang Su

Notwehr gegen nicht vorwerfbares Verhalten? 249

Helmut Frister

Notwehr gegen schuldlos Handelnde? – Zur Auslegung des
notwehrfähigen „rechtswidrigen Angriffs“ 261

Zhao Xueshuang

Notwehrprovokation 297

Carl-Friedrich Stuckenberg

Zeitliche Grenzen, Irrtum, Exzess

Zum gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff bei der Notwehr 323

Zhao Shuhong

Verteilung des Irrtumsrisikos bei Notwehr	337
<i>Walter Perron</i>	
Affekt und Strafrecht: Thesen zur Theorie und Dogmatik des Notwehrexzesses, § 33 StGB	351
<i>Benno Zabel</i>	
Notwehrexzess: Von einer Erfolgs- zu einer Handlungsperspektive	363
<i>Chen Xuan</i>	
Autoren und Herausgeber	375

Einleitung

Urs Kindhäuser/Michael Pawlik

I. Problemstellung

„Dürfte von angeborenen, von Urrechten des Menschen die Rede sein, so würde vor allem das Recht der Nothwehr als solches zu bezeichnen sein, denn die Pflicht zu sittlicher Gestaltung seines Lebens, die der Grund aller seiner Rechte ist, und die rechtlich geordnete Gemeinschaft nothwendig voraussetzt, bringt in erster Linie das Recht mit sich, jeder rechtswidrigen Gewaltthat zu ihrer Verhinderung mit Gewalt zu begegnen.“ Hälschner, dessen Lehrbuch dieses Zitat entnommen ist,¹ deutet die Notwehrbefugnis als ein Naturrecht, das eine Elementarbedingung einer auf sittlichem Fundament ruhenden Rechtsordnung ausdrücke und deshalb von einem Staat anzuerkennen sei. Ähnlich begreift Binding die Notwehr als ein „allgemeines Recht aller“, das bereits „vor dem Staate“ bestanden habe; mit dem Staat sei nur ein neues Subjekt dieses Rechtes erwachsen.² Aus einem solchen Verständnis ist unschwer Hobbes' These herauszuhören, dass es ein durch keinen Vertrag aufhebbares natürliches Recht der Menschen gebe, sich selbst zu schützen, wenn kein anderer dazu in der Lage ist.³ Selbst in der heutigen Strafrechtswissenschaft finden sich Stimmen, die in der Notwehrbefugnis „das jedermann von Natur aus zustehende Recht der Selbstbehauptung durch Verteidigung der eigenen Person gegen den rechtswidrigen Angriff eines anderen“ sehen.⁴ Jedenfalls ist die Legitimität der Notwehrbefugnis in der heutigen (deutschen) Strafrechtsdogmatik unbestritten; sie gilt als

1 Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt, Bd. 1, 1881, S. 477.

2 Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 733; vgl. ferner Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzbuchungen, 2. Aufl. 1847, § 25, S. 83; Welcker, Art. Nothwehr, in: Rotteck/Welcker, Staatslexikon, 1. Aufl., Bd. 11, 1841, S. 649 f.

3 Hobbes, Leviathan, hrsg. von Fetscher, 1984, 21. Kap., S. 171.

4 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 32/I.

„der eindeutigste, handgreiflichste Fall eines Rechtfertigungsgrundes“,⁵ der „in der Rechtsüberzeugung des Volkes verwurzelt“ sei.⁶

Doch so einfach, wie es scheint, liegen die Dinge bei der Notwehrberechtigung nicht. Gerade die „Selbstverständlichkeit“, der das Recht auf Selbstverteidigung seine Legitimität verdankt, mag ein Grund für die Probleme sein, welche die Notwehrbefugnis aufwirft. In der jeweiligen Ausgestaltung und dem jeweiligen Anwendungsbereich der Notwehrbefugnis spiegeln sich die stetigen Wandlungen unterworfenen Freiheits- und Solidaritätsvorstellungen ebenso wie die Präferenzen in der Güterbewertung und die Stabilität der politischen Organisation einer Gesellschaft wider. Eine umfassende Verteidigungsbefugnis kennt das deutsche Strafrecht erst seit der Aufklärung, welche die Freiheit des Bürgers ins Zentrum der Rechtsvorstellung rückte und die Bewahrung der eigenen Güter zu den unveräußerlichen Rechten des Einzelnen rechnete. In älteren Kodifikationen wird die Notwehrbefugnis zumeist auf Gefährdungen von Leib und Leben beschränkt.⁷ Noch das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 sah Restriktionen für die Verteidigung von Sachgütern vor und forderte Angemessenheit sowie fehlende Ausweichmöglichkeiten. Erst das Preußische StGB gestattete in § 41 die unbeschränkte Verteidigung auch geringwertiger Gegenstände, eine Regelung, die später das deutsche StGB übernahm. Bemühungen, der Notwehrbefugnis wieder engere Grenzen zu ziehen, schlugen sich u.a. in dem sog. Radbruch-Entwurf von 1922⁸ nieder und bestimmen noch die gegenwärtige Diskussion. Rechtsprechung und vorherrschende Doktrin in Deutschland unterwerfen zwar heute die Notwehr sozialethisch begründeten Begrenzungen, kappen die Verteidigungsbefugnis damit aber nur in Randbereichen. Ungeachtet der weitgehend bis zur Bagatellgrenze für zulässig gehaltenen Verteidigung von Sachwerten entspricht es nahezu einhelliger Auffassung, dass Güter der Allgemeinheit und des Staates nicht notwehrfähig sind.

Indessen gewinnen die Stimmen, die dem Notwehrrecht seine Schärfe nehmen wollen, stetig an Gewicht, worin sich die zunehmende Krise klas-

5 *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Aufl. 1992, § 26/1.

6 Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962, BT-Drucks. IV/650, S. 157.

7 Geschichtliche Überblicke bei *Fasten*, Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit, 2011, S. 5 ff.; *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 19 ff.; *Levita*, Das Recht der Nothwehr, 1856, S. 31 ff.

8 Hierzu *Schubert/Regge*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, I. Abt., Bd. 1, 1995, S. 147.

sisch-liberaler Denkmuster und der damit einhergehende Bedeutungszuwachs des Sozialstaatsgedankens in den gesellschaftlichen Wertungen zeigt. Zunächst wird dies mit Blick auf die nähere Bestimmung von Angriff und Angreifer deutlich, die eine Notwehrsituation zu begründen vermögen. Teils wird vorsätzliches Handeln verlangt,⁹ teils wird nur schuldhaftes Handeln einer zurechnungsfähigen Person für einschlägig gehalten¹⁰ und für die danach aus dem Notwehrbereich herausfallenden Fälle der weniger eingriffsintensive Rechtfertigungsgrund des Defensivnotstands herangezogen. Für solche Restriktionen spricht zum einen, dass die Geltung der Rechtsordnung, deren Verteidigung die Notwehr nach herrschender Auffassung (auch) dient, nur bei schuldhaftem Handeln in Frage gestellt wird.¹¹ Zum anderen unterscheidet sich die Notwehr von anderen Notrechten insbesondere dadurch, dass der Angreifer für die von ihm ausgehende Bedrohung verantwortlich ist, weil er sein gefährdendes Verhalten wegen dessen Rechtswidrigkeit hätte vermeiden können und müssen; Folgenverantwortung setzt nach allgemeinen Grundsätzen stets Zurechenbarkeit kraft normativer Steuerungsfähigkeit voraus. Wird der notwehrfähige Angriff auf das Verhalten von Personen beschränkt, die in der Lage sind, ihr Verhalten wieder in rechtliche Bahnen zu lenken, so wird die im deutschen Strafrecht fehlende Proportionalität zwischen den durch den Angriff drohenden Schäden und der mit der Verteidigung verbundenen Verletzung des Angreifers und seiner Güter sozialethisch erträglicher; dem Angreifer geschieht nichts, was er zu vermeiden nicht selbst in der Hand hätte.¹²

Ein wesentliches Kriterium für die Begrenzung der Notwehrbefugnis ist das Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs, die nur bei dessen unmittelbarem Bestehen und Andauern gegeben ist. Überschreitet der Verteidiger diesen zeitlichen Rahmen, so kann zu seinen Gunsten allenfalls noch der Entschuldigungsgrund eines Notwehrexzesses eingreifen. Da das Notwehrrecht grundsätzlich Privatpersonen die Verteidigung eigener oder fremder Individualgüter ermöglichen soll, ist es eine bis heute dogmatisch

9 Vgl. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 321 und passim.

10 *Hoyer*, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, 96; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: FS für Eduard Dreher, 1977, S. 140 ff.; *Kindhäuser*, Zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, in: FS für Wolfgang Frisch, 2013, S. 493.

11 *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12/16; *Otto*, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 8/19 f.

12 Eingehend hierzu *Frister*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291 ff.

offene Frage, ob die Notwehrbefugnis auch mit polizeilichen Aufgaben betrauten Amtswaltern als Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht. Schließlich gehört zu den nach wie vor ungelösten Standardproblemen der Notwehr die Frage, inwieweit ein „Mitverschulden“ des späteren Verteidigers am Entstehen der Notwehrlage zu einer Beschränkung oder gar einem Ausschluss der Verteidigungsmöglichkeiten führt. Letzteres kommt etwa bei einer Absichtsprovokation unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs in Betracht.

Die aufgezeigten Fragen stellen sich nicht nur der deutschen, sondern auch der chinesischen Strafrechtswissenschaft, die sich vor dem Hintergrund der spezifischen politischen und weltanschaulichen Bedingungen ihres Landes seit gut vier Jahrzehnten um befriedigende Antworten bemüht, und zwar nicht zuletzt in einer intensiven und durchaus kritischen Auseinandersetzung mit der deutschen Dogmatik. Gerade weil die Notwehr nicht nur von hoher praktischer Relevanz ist, sondern sich an ihr so klar wie an kaum einem anderen Institut des Strafrechts der Einfluss staatsphilosophischer und politischer Überzeugungen auf die strafrechtliche Dogmatik studieren lässt, lag es nahe, chinesische und deutsche Strafrechtswissenschaftler zu einer Tagung zusammenzuführen, um die Sicht des anderen besser kennenzulernen und gemeinsam nach Lösungswegen zu suchen. Die im Rahmen dieser Tagung gehaltenen Vorträge vereint der vorliegende Band.

II. Die einzelnen Beiträge

1. Der Band wird eröffnet durch den Beitrag „Notwehr – Grundlagen und Geschichte“. In ihm skizziert *Joachim Renzikowski* den geschichtlichen Werdegang des heutigen deutschen Notwehrrechts und der zu seiner Legitimation angeführten Begründungsansätze als Indikator gesellschaftspolitischer Grundanschauungen. Ursprünglich habe es die Trennung zwischen Rache bzw. Privatstrafe einerseits und Selbstverteidigung andererseits nicht gegeben. Erst mit der Entwicklung hin zum staatlichen Gewaltmonopol sei das Bedürfnis nach Selbstschutz dort, wo ihn der Staat nicht (mehr) gewährleisten könne, entstanden. Nach anfänglicher Begrenzung auf die Verteidigung von Leib und Leben habe ab dem 17. Jahrhundert die Erweiterung auf dingliche Rechte begonnen. Das in der Notwehrregelung des Preußischen Allgemeinen Landrechts noch enthaltene Verhältnismäßigkeitserfordernis sei im Gefolge der im 19. Jahrhundert aufkommenden liberaleren Sichtweise der Beziehung zwischen Bürger und Staat entfernt worden.

Auch die dem Notwehrrecht zugrundeliegenden Legitimationstheorien waren, wie Renzikowski zeigt, einem tiefgreifenden Wandel ausgesetzt. Das christliche Naturrecht habe das Notwehrrecht als ein angeborenes Recht des Angegriffenen begriffen, dem die Pflicht entspreche, sich selbst zu erhalten. Hobbes' Staatsphilosophie zufolge hätten die Bürger zugunsten eines starken Staates zwar grundsätzlich auf die eigenmächtige Durchsetzung ihrer Interessen verzichtet. Deren natürliches Recht auf Selbstschutz lebe aber wieder auf, soweit die Obrigkeit einen effektiven Schutz nicht gewährleisten könne. Nach Samuel Pufendorf schuldeten die Menschen es einander gegenseitig, die natürlichen Gesetze zu befolgen und den Frieden zu wahren. Kant sehe mit dem subjektiven Recht „die Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen“, sogar „nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft“. Die Verteidigung verletze nicht das Recht des Angreifers, vielmehr werde dieser in die Grenzen seines eigenen Rechts zurückgezwungen. Die auf Berner zurückgehende Kurzformel „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“ schließlich knüpfe an Hegel an, der wiederum zwischen der „Wirklichkeit“ des Rechts und der „Unwirklichkeit“ des Unrechts unterscheide; die zur Vermittlung der Wirklichkeit des Rechts erforderliche Manifestation der Nichtigkeit des Unrechts könne nicht nur durch Strafe, sondern auch durch die Notwehr geschehen.

Der überwiegende Teil der gegenwärtigen deutschen Strafrechtswissenschaft folgt demgegenüber einem abwägungsorientierten Ansatz und sieht den maßgeblichen Grund für den grundsätzlichen Verzicht der Notwehr auf Proportionalität darin, dass der Verteidiger (auch) das Interesse der Allgemeinheit an der Bewährung der Rechtsordnung wahrnehme. Renzikowski kritisiert, dass ein solcher Ansatz zu einer Antinomie führe, soweit die Bewährung des Rechts zu einem Interesse gemacht werde, welches von eben dieser Rechtsordnung geschützt werden solle und welches gleichberechtigt mit anderen Interessen verrechnet werden könne. Der Ansatz führe zudem in die Irre, weil der Verteidiger gleichsam zum Auftragnehmer des Staates werde, der dessen originäre Aufgaben wahrnehme, womit jedoch die Beschränkung der Notwehr auf die Verteidigung privater Rechte nicht erklärt werden könne.

2. Den historischen und weltanschaulichen Hintergrund des chinesischen Notwehrrechts erhellt *Daniel Sprick*. In seinem Beitrag „Entwicklungslinien der Notwehr in China“ erörtert er die grundlegenden Entwicklungen des Notwehrrechts der letzten vierzig Jahre in China unter Rückbezug auf die während dieser Zeit vollzogene allgemeine Transformationen des chinesischen Rechtssystems. Die Notwehr sei zur Beobachtung von Rechts-

entwicklungen einer Gesellschaft besonders geeignet, da sie eng mit fundamentalen Gerechtigkeitserwägungen verwoben sei, die im Spannungsfeld individueller Freiheit und sozialer Bindung einer Rechtskultur zu verorten seien.

Zu Beginn stellt Sprick die legislatorischen Entwicklungen dar. Unter Mao Zedong sei es nicht wirklich zu Kodifikationsvorhaben gekommen. Erst nach dessen Tod sei unter Deng Xiaoping ein umfassendes Programm zur Rechtsetzung angestoßen worden, woraufhin im Jahr 1979 ein erstes Strafgesetzbuch verabschiedet worden sei, das 1997 durch das heute geltende ersetzt worden sei. In diesem habe der Gesetzgeber zum einen den Notwehrexzess beträchtlich ausgedehnt; zudem sei festgesetzt worden, dass eine Strafmilderung/-befreiung – anders als in dem Strafgesetzbuch von 1979 – nicht mehr nur „zu erwägen“ sei, sondern zu ergehen „habe“. Auch der Anwendungsbereich der regulären Notwehr sei erweitert worden. Einerseits seien die bisher als Schutzgüter fungierenden Persönlichkeitsrechte um die Vermögensrechte ergänzt worden, was laut Sprick seinen Grund im Wandel des Wirtschaftssystems hin zu einer Marktwirtschaft hatte. Andererseits sei der Staat als eigenständiges Schutzgut statuiert worden, was als deutliches Bekenntnis zum Primat staatlicher Interessen und der Nachordnung privater Belange zu verstehen sei.

Anschließend untersucht Sprick die Entwicklung der notwehrrelevanten Rechtspolitik. Trotz des grundsätzlichen Prinzips der Gesetzlichkeit sei das „Prinzip der Anleitung durch Politiken“ immer dann zur Anwendung gekommen, wenn der Sinngehalt von Normen zu klären gewesen sei, was bei der Notwehr zu deutlichen Unterschieden im Kontext der beiden überragenden Rechtspolitikern geführt habe. Die erste sei Resultat des u.a. durch den tiefgreifenden Transformationsprozess und den offiziell verordneten Wertewandel zu Beginn der 1980er Jahre bedingten signifikanten Anstiegs der Kriminalitätsrate. Auf diesen sei mit „Bestimmungen über das harte Zuschlagen bei schweren Straftaten“ reagiert worden, gefolgt von einer zwanzigjährigen Ära der Verschärfung des formellen und materiellen Strafrechts. Nachdem sich gezeigt habe, dass die Ziele der Kriminalitätsbekämpfung mit der Politik des „harten Zuschlagens“ nicht zu erreichen seien, sei 2006 eine neue Strafrechtspolitik der „Verbindung von Milde mit Härte“ beschlossen worden, die insbesondere zu einer Zurückdrängung der Todesstrafe geführt habe. Ferner könne nun etwa ein Notwehrexzess dann strafrei sein, wenn der in Notwehr Handelnde eine Schadensersatzleistung vornehme und die Vergebung des Opfers erlange.

Sodann geht Sprick auf die Rechtsprechung ein. Diese habe ihren Ermessensspielraum in Fragen der Notwehr nicht im Sinne der Gesetzgebung genutzt. Vielmehr messe sie weiterhin der Schädigung des Angreifers einen (zu) großen Stellenwert bei und fokussiere sich (zu) stark auf den Erfolgsunwert. Auch beschränke die Rechtsprechung (zu) häufig die Notwehr nur deshalb, weil die Ursache für eine (Mit-)Herbeiführung der Notwehrlage beim Angegriffenen gesehen werde. Es stehe zu befürchten, dass eine ständige Praxis der Rechtsprechung zementiert werde, die sich zunächst an dem Erfolgsunwert der Notwehr orientiere, um sodann allenfalls einen Exzess und dadurch bedingte mildernde Umstände in der Strafzumessung anzunehmen.

3. Kennzeichnend für die gegenwärtige Situation in China ist eine beträchtliche Diskrepanz zwischen der gesetzlichen Regelung des Notwehrrechts und seiner Umsetzung durch die Judikative. Diese Problematik analysiert *Lao Dongyan* in ihrem Beitrag „Die Verfremdung der Notwehr und die Funktion des Strafrechtssystems“. Während durch die Reform von 1997 das Notwehrrecht habe ausgeweitet werden sollen, sei die Praxis bei der Annahme einer gerechtfertigten Notwehr nach wie vor zurückhaltend, was der Fall des Yu Huan aus dem Jahr 2017 zeige. Die Rechtswissenschaft habe sich daraufhin an einer am deutschen Vorbild orientierten neuen dogmatischen Konstruktion des Notwehrrechts versucht. Nach Auffassung der Autorin liegt das Problem jedoch nicht nur in der dogmatischen Konstruktion der Notwehr, sondern vor allem in der mangelnden Umsetzung gesetzlicher Normen durch die chinesische Rechtspraxis im Allgemeinen.

Zunächst stellt Lao Dongyan die Grundhaltung der chinesischen Justiz zum Notwehrrecht dar, die von einer sehr restriktiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale geprägt ist und obendrein über das Gesetz hinausgehende weitere Anforderungen aufstellt. Die gesetzlichen Normen über das Notwehrrecht haben daher wegen ihrer völligen Missachtung in der Praxis nach Auffassung der Autorin ihre Gültigkeit verloren. Sie führt diese Praxis insbesondere auf ein verfehltes Funktionsverständnis des gerichtlichen Urteils zurück, das durch die politisch vorherrschende „Stabilität zuerst“-Denkweise verstärkt worden sei. Zudem sei die Rezeption ausländischen Rechts nur teilweise erfolgreich, da dieses zwar in sich funktionsfähig sei, aber keine Anerkennung durch die Judikative finde, deren primäre Funktion traditionell in der Lösung von Streitigkeiten anhand von Einzelfallerwägungen gesehen werde. Die Hauptfunktion moderner Rechtssysteme bestehe dagegen in der allgemeinen Erwartungsstabilisierung durch ein Urteil nach dem Gesetz.

Eine Lösung des Problems sieht Lao Dongyan weder in gesetzgeberischen Maßnahmen noch in dogmatischen Neukonstruktionen der Notwehr. Einzig die Etablierung eines autonomen Rechtssystems, das sich auf die streng gesetzgebundene Bewertung von Handlungen als Recht oder Unrecht richte und selbständig operiere, könne den Normen über das Notwehrrecht Geltung verleihen. Abschließend stellt die Autorin die für ein solches Rechtssystem notwendigen Veränderungen und deren Auswirkungen auf die Funktion des Strafrechts und auf die Strafrechtsdogmatik dar.

4. Ein besonders heikles Thema bildet sowohl in Deutschland als auch in China das Verhältnis der Notwehr zur rechtlichen Rahmenordnung. In seinem Beitrag „Notwehrbefugnis von Amtsträgern?“ geht *Volker Erb* der Frage nach, in welchem Verhältnis das allgemeine Notwehrrecht in Deutschland zu den polizeirechtlichen Spezialbefugnissen steht. Diese Frage wird praktisch relevant, wenn hinsichtlich der Diensthandlung eines Polizeibeamten das Notwehrrecht zu einem anderen Ergebnis führt als das Polizeirecht. So liegt es, wie Erb darlegt, beispielsweise dort, wo ein Polizist Mittel verwendet, die in der abschließenden Aufzählung der polizeirechtlich zulässigen Mittel des unmittelbaren Zwangs nicht erwähnt sind. In diesem Fall fehle für deren Einsatz eine polizeirechtliche Grundlage. Demgegenüber lasse das Notwehrrecht prinzipiell jedes im Einzelfall erforderliche Mittel zu. Abweichende Ergebnisse seien ferner möglich, wenn es um den Aspekt der Verhältnismäßigkeit geht. Dieser sei keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Notwehr, während die polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen stets dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterlägen.

In der umstrittenen Frage nach dem Rangverhältnis beider Rechtsgrundlagen plädiert Erb für eine Anwendung von § 32 dStGB auf Hoheitsträger. Ein Grund dafür sei der in den Polizeigesetzen enthaltene Notrechtsvorbehalt. Zudem fehlten noch immer in drei Bundesländern Regelungen über einen tödlichen Schusswaffengebrauch; diese Lücken hätten aber nur dann keine unerträglichen Auswirkungen, wenn man stattdessen auf das Notwehrrecht zurückgreife. Allerdings sei das Notwehrrecht nur für das Straf- und Zivilrecht relevant; ein Polizist dürfe bei einer von § 32 dStGB gedeckten Handlung also nicht bestraft und nicht persönlich in Anspruch genommen werden. Wenn die Maßnahme allerdings nicht auch den polizeirechtlichen Voraussetzungen genüge, könne sie grundsätzlich disziplinarrechtlich geahndet werden. Erb spricht sich jedoch dafür aus, dass selbst eine solche Ahndung zu unterbleiben habe, wenn es um die erfolgreiche Abwehr eines massiven Angriffs auf die körperliche Unversehrtheit gehe. Denn der Staat könne eine Pflicht, zur Schonung von Angreifern mehr als geringfügige Einbußen der körperlichen Unversehrtheit hinzunehmen, niemandem

aufzulegen, ohne Recht und Unrecht in ihr Gegenteil zu verkehren. Insoweit strahle das Notwehrrecht auf das Disziplinarrecht aus.

5. Auch *Wang Gang* setzt sich in seinem Beitrag „Notwehrbefugnis von Amtsträgern“ mit der Frage auseinander, ob und inwieweit sich Amtsträger auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe berufen dürfen und welche Folgen dies für die öffentlich-rechtliche Rechtmäßigkeit ihres Handelns hat. Dazu stellt er zunächst die in Deutschland, England und China zu diesem Thema bestehenden Theorien vor, die er im Anschluss rechtsvergleichend kritisch würdigt.

In Deutschland reiche das Meinungsspektrum von den öffentlich-rechtlichen Theorien, die die Rechtmäßigkeit der Handlungen eines Amtsträgers grundsätzlich ausschließlich nach dem öffentlichen Recht beurteilen, über die gemischt öffentlich-rechtliche Theorien, die disziplinarrechtliche Rechtmäßigkeit und strafrechtliche Rechtfertigung nach getrennten Kriterien beurteilen, bis hin zu den strafrechtlichen Theorien, die bei Erfüllung der Notwehrvoraussetzungen grundsätzlich eine umfassende Rechtmäßigkeit des Handelns annehmen. In der anglo-amerikanischen Literatur werde hingegen nahezu einhellig davon ausgegangen, dass sich auch Amtsträger auf Rechtfertigungsgründe berufen dürften, umstritten sei lediglich, ob diese Normen auch *ex ante* als Eingriffsbefugnisse aufzufassen seien bzw. ob eine dahingehende Differenzierung überhaupt möglich sei. Auch in China sei die Notwehr(hilfe)befugnis von Amtsträgern von der herrschenden Meinung grundsätzlich anerkannt, allerdings werde dies in der Praxis selten relevant und in diesen wenigen Fällen werde häufig eine Notwehrüberschreitung angenommen.

Nach umfassender Würdigung gibt *Wang Gang* letztlich der strafrechtlichen Theorie den Vorzug, wonach sich ein Amtsträger grundsätzlich auf Notwehr berufen kann und ein strafrechtlich gerechtfertigtes Handeln eines Amtsträgers auch öffentlich-rechtlich legitimiert ist. Diese Lösung verstoße weder gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot noch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und sei auch mit der Natur der Notwehr vereinbar.

6. *Yu Chong* betrachtet das Verhältnis zwischen staatlichen Befugnissen und der Notwehr aus Sicht des notwehrübenden Privaten. Sein Beitrag „The Application of the Principle of Legal Procedure Priority in Justifiable Defense“ setzt sich mit der Frage auseinander, in welchem Verhältnis festgelegte staatliche Rechtsdurchsetzungsverfahren zur Anwendbarkeit der Notwehr stehen. Nach seiner Auffassung ist das Prinzip des Vorrangs staatlicher Hilfe bzw. staatlicher Verfahren weder ein allgemeiner Grundsatz der rechtfertigenden Notwehr noch Teil ihrer Anwendungsvoraussetzungen,

sondern vielmehr ein den Rechtfertigungsgründen vorgelagertes Konzept. Es sei ein geläufiger Fehler, das Prinzip des Vorrangs staatlicher Hilfe als Teil der Notwehrvoraussetzungen anzusehen und es entweder beim „rechtswidrigen Angriff“ zu prüfen, sodass Notwehr unzulässig wäre, wenn das verletzte Interesse umfassend durch ein bestimmtes Gerichtsverfahren geschützt ist, oder es bei der „Gegenwärtigkeit des Angriffs“ einzuordnen, sodass staatlicher Hilfe Vorrang vor der Notwehr zu gewähren wäre, wenn die Rechtsverletzung nicht gegenwärtig ist. Nach Ansicht des Autors finden die Vorschriften über die Notwehr erst dann Anwendung, wenn eine Ausnahme vom vorgelagerten Prinzip des Vorrangs staatlicher Hilfe gegeben ist. Dann aber sei dieses Prinzip nicht erneut zu berücksichtigen; es habe also der sich Verteidigende weder die Pflicht, sich zurückzuziehen, noch die Pflicht, auf öffentliche Hilfe zu warten, sondern er werde in seinem Verteidigungsverhalten allein durch die allgemeinen Voraussetzungen der Notwehr beschränkt.

Yu Chong begründet seine Meinung unter Bezugnahme auf die theoretischen Grundlagen der Notwehr und führt dabei das Verhältnis zwischen dem Prinzip des Vorrangs staatlicher Hilfe und der Notwehr näher aus. Die persönliche Verteidigung rechtlicher Interessen im Notfall sei grundsätzlich als Ergänzung zu staatlicher Hilfe vorgesehen. Um aber zu vermeiden, dass in Notwehrsituationen das Recht negiert und Macht missbraucht werde, sei das Prinzip des Vorrangs staatlicher Hilfe zur Festlegung der Grenzen des Anwendungsbereichs der Notwehr heranzuziehen. Der Autor konkretisiert diese Grenzen, indem er die Eigenschaften des Prinzips des Vorrangs staatlicher Hilfe und dessen Anwendungsbereich näher analysiert.

7. Eng mit der Notwehr verwandt ist der Defensivnotstand. *Günther Jakobs* konturiert in seinem Beitrag „Defensiver Notstand“ die systematische Grundlage und den Anwendungsbereich dieses Rechtsinstituts. Der defensive Notstand sei nur partiell positiviert in § 228 dBGB, dessen Wortlaut wegen seiner Fixierung auf fremdes Eigentum defizitär sei. Der darin zum Ausdruck kommende Grundgedanke könne jedoch verallgemeinert werden. Ein Bündel von garantierten (notwehrfähigen) Rechten und von Pflichten bilde einen Organisationskreis; Person sei die Bezeichnung für die zentrale Verwaltung dieses Kreises, und zwar als Bereich freier Verwaltung. Die Verträglichkeit mit anderen Organisationskreisen setze voraus, dass der Verwaltende bei seiner Organisation darauf achte, die Selbstverwaltung anderer nicht zu stören.

Anhand des Falles, dass ein Organisationskreis durch schuldloses Organisationsverhalten übergriffig zu werden droht, etwa wenn ein Kind an-

greift, erörtert Jakobs sodann den Anwendungsbereich des Defensivnotstands. Das Hauptproblem in dieser Konstellation sei die Interpretation der Schonungsklausel des § 228 dBGB. Dabei gehe es vor allem um die Frage, ob notfalls in existenzielle Güter der schuldlosen Person irreparabel eingegriffen werden dürfe. Zumindest für den Fall lebensgefährlicher Angriffe sei dies zu bejahen: In einer freiheitlichen Gesellschaft sei keine Person, die sich selbst äußerlich defektfrei verhalte, dazu verpflichtet, sich von einer seelisch kranken Person oder einem Kind erstechen zu lassen. Schwierig sei aber auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen Eingriffe in nicht-existenzielle Güter des Angreifers „außer Verhältnis“ zum erzielten Vorteilen ständen. Nach Jakobs ist dies differenzierend zu beurteilen. Die Verhältnismäßigkeit sei umso eher zu verneinen, als es um die Beseitigung einer extern generierten Zufallsgefahr gehe. Hier könne der Inhaber recht früh solidarische Rücksicht verlangen, da seine Organisation nicht mehr zur Gefahr beitrage, als deren zufälliger Durchgang zu sein. Bei einer intern erzeugten Zufallsgefahr sei der Organisationskreis immerhin Grund der Gefahr, weshalb ein strengerer Maßstab angelegt werden könne. Bei einer rechtmäßigen, aber gefahrgeneigten Organisation schließlich habe der Inhaber aus der Gefahrneigung Nutzen ziehen können, sodass er in nochmals erhöhtem Maße an den Kosten der Bereinigung beteiligt werden müsse. Da aber auch das erlaubte, aber gefahrgeneigte Organisieren ein rechtmäßiger Organisationsmodus sei, schieden Eingriffe in existenzielle Güter aus.

8. Zhang Zhengyu vergleicht in seinem Beitrag „Der rechtfertigende Defensivnotstand zur Abwehr der von schuldhaftem menschlichem Verhalten ausgehenden Gefahren“ die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Defensivnotstandsrechts in Deutschland und China. Während beide Rechtsordnungen eine Notstandslage und -handlung sowie ein subjektives Rechtfertigungselement forderten, bestünden insbesondere bei der Einordnung einer Dauergefahr als gegenwärtige Gefahr, bei der Bestimmung der Grenzen des Notstandsrechts durch eine Interessenabwägung und/oder eine Angemessenheitsprüfung sowie bei der dogmatischen Abgrenzung zwischen Aggressiv- und Defensivnotstand und dem Erfordernis eines Rettungswillens Differenzen.

Zhang Zhengyu kritisiert dabei die deutsche Einordnung des Defensivnotstands als Unterfall des allgemeinen Notstandsrechts. Der Defensivnotstand könne nicht mit der Verpflichtung zur zwischenmenschlichen Solidarität erklärt werden, wie es beim Aggressivnotstand der Fall sei. Der Defensivnotstand beruhe vielmehr auf dem Grundsatz, dass der Gefährdete Gefahren, die seiner Rechtssphäre von Seiten eines anderen drohen, nicht

hinnehmen müsse. Der Interessenabwägung komme im Fall des Defensivnotstands daher eine andere Funktion zu. Das Prinzip der Solidarität rechtfertige hier nicht den Eingriff, sondern setze gerade die Grenzen zulässiger Verteidigungshandlungen fest.

Schließlich erörtert der Autor die Frage, ob die Tötung eines anderen durch einen Defensivnotstand gerechtfertigt werden kann, und bejaht dies im Ergebnis sowohl für Deutschland als auch China, wenn auch auf unterschiedlichen Wegen, in eng umgrenzten Fällen.

9. § 32 Abs. 2 dStGB definiert die Notwehr als die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist danach nicht erforderlich. Diese sehr verteidigerfreundliche Position ist keineswegs selbstverständlich. In seinem Beitrag „Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Güterabwägungen“ geht *Volker Haas* zunächst auf die Geschichte dieses Rechtsinstituts ein. Das Preußische Allgemeine Landrecht habe gefordert, dass das gewählte Mittel mit dem abzuwendenden Schaden im Verhältnis stehe. Dagegen habe sich ab Ende des 18. Jahrhunderts die liberale Aufklärungsphilosophie gewandt. So habe Kant dem Angegriffenen sämtliche zur Abwehr erforderlichen Mittel zugestanden; Einschränkungen gehörten dem Bereich der Ethik, nicht aber dem des Rechts an. Die von Hegel beeinflusste Strafrechtswissenschaft habe diese Linie fortgeführt und die Einschränkung des Notwehrrechts durch Güterproportionalitätserwägungen einhellig abgelehnt. Kritik hieran habe sich erst ab dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts mit dem Aufkommen des statistischen Positivismus gehäuft. Der auf Radbruch zurückgehende Gesetzentwurf von 1922 habe infolgedessen die Voraussetzung einer Verteidigung „in angemessener Weise“ statuiert. Nach dem zweiten Weltkrieg sei dann das Merkmal der Gebotenheit in der Notwehrvorschrift zum Anknüpfungspunkt von Einschränkungen bei krassem Missverhältnis gemacht worden.

Um Güterabwägungen zu legitimieren, sind nach Haas zwei Ansätze denkbar. Die Begrenzung könne sich erstens aus den der Notwehr immanenten Prinzipien ableiten oder zweitens aus externen normativen Quellen speisen. Drittens lasse sich der Standpunkt vertreten, dass auf jedwede Güterproportionalität zu verzichten sei. Im Rahmen des ersten Ansatzes werde u.a. auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs als immanente Schranke zurückgegriffen. Allerdings impliziere ein krasse Missverhältnis keineswegs, dass der Verteidiger einen rechtlich missbilligten Schädigungszweck verfolge. Der zweite Ansatz stütze die Begrenzung der Notwehr häufig auf den Rechtsgrund der Solidarität. Es werde aber oft versäumt, zu erklären, wa-

rum der Verteidiger überhaupt solidarische Rücksichtnahme mit dem Angreifer üben müsse. Selbstverständlich sei ein solches Ansinnen keineswegs. So greife die Duldungspflicht beim Notstand des § 34 dStGB und die Hilfeleistungspflicht bei § 323c dStGB nur dann ein, wenn die Inanspruchnahme erforderlich sei, um die Rechtsgüter des Gefährdeten vor Schaden zu bewahren. Bei einem vorsätzlichen und schuldhaften Angriff könne sich jedoch der Angreifer selbst helfen, indem er den Angriff unterlasse oder abbreche. Überzeugender ist es nach Haas, die Schutzwürdigkeit des Angreifers darauf zu stützen, dass vollkommene Autonomie bloß ein ideales Konstrukt sei, das sich einer empirischen Feststellung entziehe. Nahezu unmöglich sei bereits, die für die Beurteilung der Autonomie erforderliche Tatsachengrundlage vollständig zu ermitteln. Daher sei die Einschränkung des Notwehrrechts in Ausnahmefällen legitim. Der zu unterstellende Rest an Heteronomie sei der entscheidende Grund, warum sich der Angreifer auch bei einem vorsätzlichen und schuldhaften Angriff nicht aus der Rechtsgemeinschaft expediere; er bleibe Rechtsperson.

10. Das chinesische Notwehrrecht gibt Verhältnismäßigkeitserwägungen einen weitaus größeren Raum als das deutsche. *Jiang Su* widmet sich in seinem Beitrag „Die Verhältnismäßigkeit der Notwehrhandlung im chinesischen Strafrecht“ der Abstufung und dem Bewertungsmaßstab der in § 20 Abs. 2 chStGB zur Begrenzung der Notwehr aufgestellten Merkmale, namentlich der „offensichtlichen Überschreitung der gebotenen Grenzen der Notwehr“ und der „Verursachung eines gravierenden Schadens“. Anhand eines Falles aus der Praxis erläutert Jiang Su die verschiedenen Ansichten zum Verhältnis der in § 20 Abs. 2 chStGB genannten Merkmale und spricht sich sodann für eine „eigenständige doppelte Überschreitung“ beider Merkmale als Voraussetzung der Begrenzung des Notwehrrechts aus. Eine Beurteilung allein anhand des gravierenden Schadens berücksichtige weder die Verteidigungsfähigkeit noch die Notwehrlage oder die Notwehrhandlung des Angegriffenen, was der Vorstellung von sozialer Gerechtigkeit, die der Notwehr zugrunde liege, zuwiderlaufe.

Anschließend stellt Jiang Su die in China herrschenden Theorien zur Bestimmung der Grenzen der Notwendigkeit vor, wobei er der Lehre von der Erforderlichkeit und Gebotenheit den Vorzug gibt. Nur so könne die Eigenständigkeit der Merkmale der „offensichtlichen Überschreitung der gebotenen Grenzen der Notwehr“ und der „Verursachung eines gravierenden Schadens“ gewahrt werden. Eine Interessenabwägung der betroffenen Rechtsgüter dürfe dabei – entgegen der gerichtlichen Praxis – nicht erfolgen. Die notwendigen Grenzen der Notwehr seien vielmehr anhand der Kri-

terien der Intensität des Angriffs, der Verteidigungsfähigkeit des Angegriffenen und der konkreten Notwehrlage zu prüfen, wie der Autor anhand praktischer Beispiele darlegt.

Sodann skizziert Jiang Su, nach welchen Maßstäben die chinesischen Gerichte das Merkmal des gravierenden Schadens üblicherweise bewerten, und kritisiert mit Blick auf das Rechtsbewährungsprinzip den vorherrschenden Ansatz, die Folgen für das Angriffsgut und das Verteidigungsgut zu vergleichen. Aus der Gesetzessystematik ergebe sich vielmehr, dass das Vorliegen eines gravierenden Schadens eigenständig zu bestimmen und erst oberhalb des Schweregrads einer schweren Körperverletzung anzunehmen sei.

11. Weniger weitreichend als ein genereller Verhältnismäßigkeitsvorbehalt ist die Anerkennung einzelner Fallgruppen von Notwehreinschränkungen. *Helmut Frister* untersucht in seinem Beitrag „Notwehr gegen nicht vorwerfbares Verhalten?“ Notwehreinschränkungen bei „Schwächen“ des Angreifers und geht dabei zunächst der logisch vorgelagerten Frage nach, ob die Verteidigung gegen nicht bzw. nur vermindert vorwerfbares Verhalten überhaupt der Notwehr oder nicht vielmehr dem weniger weitreichenden Defensivnotstand zuzuordnen sei. Danach erst könne sich die Frage nach einer Einschränkung der durch die Notwehr begründeten Verteidigungsbefugnisse stellen. Nach dem noch herrschenden dualistischen Notwehrverständnis, wonach durch die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs einerseits das gefährdete Rechtsgut verteidigt und zugleich die Rechtsordnung „bewahrt“ – also die Geltung verletzter Normen bestätigt – werde, hänge die Legitimation der Notwehrbefugnisse ebenso von der Vorwerfbarkeit des in Frage stehenden Verhaltens ab wie die Legitimation einer Strafe. Ein nicht vorwerfbares Verhalten stelle die Geltung der verletzten Norm nicht in Frage. Frister selbst bekennt sich demgegenüber zu einem individualrechtlichen Notwehrverständnis, das den Grund der Notwehrbefugnis in der Eigenverantwortlichkeit des Angreifers für die Rechtsgüterkollision sieht. Von diesem Ausgangspunkt aus gelangt er jedoch ebenfalls zu einer Begrenzung auf die Verteidigung gegen vorwerfbares, wenn auch nicht „volldeliktisches“ Verhalten.

Kann die danach gebotene Begrenzung des Notwehrrechts mit § 32 dStGB vereinbart werden? Die herrschende Meinung verneine dies. Da der Wortlaut des § 32 dStGB einen rechtswidrigen Angriff voraussetze, nicht aber einen schuldhaften, handle es sich bei jener Begrenzung um eine nach Art. 103 Abs. 2 dGG verbotene teleologische Reduktion. Frister plädiert demgegenüber dafür, die Begrenzung schon beim Begriff des Angriffs zu

verorten, indem man in dessen Definition das Erfordernis der Selbstverantwortlichkeit aufnehme. Dies verstoße nicht gegen das sog. Verschleifungsverbot, da für das Merkmal der Rechtswidrigkeit ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibe. Auf der Basis dieser Auslegung entfalle das Bedürfnis nach einer Einschränkung der notwehrrechtlichen Verteidigungsbefugnisse bei nicht schuldhaften „Angriffen“.

12. Der Beitrag „Notwehr gegen schuldlos Handelnde? – Zur Auslegung des notwehrfähigen ‚rechtswidrigen Angriffs‘“ von *Zhao Xueshuang* behandelt die Frage nach der Notwehrfähigkeit eines schuldlosen Angriffs aus der chinesischen Perspektive. Die in China herrschende objektive Rechtswidrigkeitstheorie nehme grundsätzlich eine solche Notwehrfähigkeit an, schränke das Notwehrrecht aber ein, während die Mindermeinung ein Notwehrrecht gänzlich versage. Jedoch vermögen nach Ansicht der Autorin die für beide Theorien herkömmlich angeführten Argumente nicht zu überzeugen. Das Merkmal des rechtswidrigen Angriffs müsse vielmehr nach dem Zweck des Notwehrrechts ausgelegt werden. Dieser bestehe in der Wiederherstellung des Rechtsverhältnisses, das durch zurechenbare Störung beeinträchtigt wurde. Die in China herrschende Rechtsgüterabwägungstheorie zur Legitimation des Notwehrrechts sei dabei wenig hilfreich, da bei der nach dieser Theorie vorzunehmenden Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter die Schuldfähigkeit des Angreifers keine Rolle spiele. Auch mit dem Rechtsgutsbegriff oder einer Duldungspflicht des Angreifers könne das Notwehrrecht gegen schuldlos handelnde Angreifer nicht legitimiert werden.

Im Anschluss an Kant und Hegel bekennt Zhao Xueshuang sich stattdessen zu einer interpersonalen Notwehrbegründung. Der Angegriffene verteidigt danach mithilfe der Notwehrbefugnisse seinen Rechtsraum gegen Missachtung. Achtung oder Missachtung gegenüber einer anderen Person vermöge nur derjenige zum Ausdruck zu bringen, der die Möglichkeit habe, sich am „Gesetz der Freiheit“ (Kant) zu orientieren. Ein zurechnungsunfähiger Täter hingegen könne, auch wenn er über die tatsächliche Fähigkeit verfüge, fremde Güter zu beeinträchtigen, bei seinem Handeln nicht vom „Gesetz der Freiheit“ erreicht werden. Daher finde das Notwehrrecht auf die Taten Zurechnungsunfähiger von vornherein keine Anwendung; gegen den schuldlos Handelnden stehe vielmehr nur der weniger weitreichende Defensivnotstand zur Verfügung.

13. *Carl-Friedrich Stuckenberg* beleuchtet in seinem Beitrag Fragen der Notwehreinschränkung bei „Notwehrprovokation“. Seit dem Mittelalter sei im gemeinen Recht die Ansicht weit verbreitet gewesen, dass derjenige, der

einen Streit vom Zaun breche, sich gegen den, der sich dadurch zu Tötlichkeiten hinreißen lasse, nicht auf Notwehr berufen könne. So sei es auch noch im 18. und 19. Jahrhundert in einigen Partikulargesetzbüchern kodifiziert gewesen. Erst mit der Entstehung des „schneidigen“ deutschen Notwehrrechts in der Mitte des 19. Jahrhunderts habe sich die Meinung durchgesetzt, dass die Notwehrbefugnis des Provokateurs nicht geschmälert sei. Nach dem Zweiten Weltkrieg sei dann die Annahme sozialetischer Einschränkungen in bestimmten Fallgruppen zur vorherrschenden Meinung geworden.

Die Vielfalt der im heutigen Schrifttum vertretenen Positionen teilt Stuckenberg in vier Gruppen ein, nämlich (1.) solche, die die tatbestandlichen Voraussetzungen der Notwehr verneinten, (2.) solche, die auf die *ratio* des Notwehrrechts oder andere allgemeine Rechtsgedanken wie Rechtsmissbrauch oder Ingerenz zurückgriffen, sowie (3.) Stimmen, die eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse ganz ablehnten, von denen aber (4.) einige eine Haftung des Provokateurs über die *actio illicita in causa* zuließen. Die Position der Rechtsprechung habe trotz des praktisch seit 1871 nicht veränderten Wortlauts der Notwehrvorschrift erheblich geschwankt. Der BGH habe zunächst – wie auch schon das Reichsgericht – dem Absichtsprovokateur das Notwehrrecht verweigert. Für den sonst schuldhaft Provozierenden habe der BGH 1972 ein Modell gestufter Abwehrberechtigung entwickelt: (1.) Ausweichen/Hilfholen, (2.) Schutzwehr und (3.) Trutzwehr. Unklar und widersprüchlich sei die Judikatur bei der Frage, ob das Provokationsverhalten rechtswidrig oder lediglich sozialetisch missbilligenswert gewesen sein muss. Die einschlägigen Urteile stimmten nur darin überein, dass der Angriff bei vernünftiger Betrachtung die adäquate und voraussehbare Folge der Provokation sein und zwischen Vorverhalten und Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestehen müsse. Angesichts der Unschärfe des Maßstabs der sozialetischen Missbilligung erscheint Stuckenberg die von Loos formulierte Befürchtung eines „Abgleitens in die Kadijustiz“ nicht unbegründet.

14. Ein besonders wichtiges Thema in der aktuellen chinesischen Diskussion sind die zeitlichen Grenzen der Notwehr. In seinem Beitrag „Zum gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff bei der Notwehr“ zeigt Zhao Shuhong die verschiedenen Theorien zu Beginn und Ende der Gegenwärtigkeit eines rechtswidrigen Angriffs auf und veranschaulicht diese anhand praktischer Fälle. Dabei setzt er sich ausführlich mit der Frage auseinander, ob Notwehr vorliegt, wenn eine beraubte Person ihren Räuber verfolgt und anschließend dessen Tod verursacht. Seiner Ansicht nach handelt es sich hierbei um einen Fall der Notwehrrüberschreitung im Sinne des § 20 Abs. 2

chStGB, da sich der während der Verfolgung fortdauernde Angriff lediglich auf das Eigentum und nicht mehr auf die körperliche Unversehrtheit richte und die Verursachung des Todes zur Verteidigung von Eigentum die allgemeinen Grenzen der Notwehr überschreite.

Auch der Problematik von Verteidigungsvorrichtungen, die zur Abwehr zukünftiger Angriffe installiert werden, widmet Zhao Shuhong in diesem Zusammenhang nähere Überlegungen. Solche Vorrichtungen könnten die Voraussetzungen der Notwehr erfüllen, wenn die Anlage mit Verteidigungswillen auf rein privatem Grund errichtet worden und geeignet sei, den gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff im Rahmen der gebotenen Grenzen abzuwenden.

Im zweiten Teil seines Beitrages behandelt Zhao Shuhong schließlich die Frage, ob unrechtmäßiges Verwaltungshandeln einen rechtswidrigen Angriff darstellen und die dagegen gerichtete Verteidigung eines Bürgers mithin durch Notwehr gerechtfertigt sein kann. Nach seiner Auffassung liegt entgegen der chinesischen Rechtsprechung in einem solchen Verwaltungshandeln in bestimmten Fällen ein rechtswidriger Angriff, gegen den Notwehr geübt werden dürfe, denn durch eine unsachgemäße Rechtsanwendung würden die Interessen der einzelnen Person und die Menschenrechte der Bürger verletzt.

15. Wer sich einem Angriff gegenüber sieht, muss in aller Regel schnell reagieren; entsprechend groß ist die Gefahr, dass er einem Irrtum erliegt. *Walter Perron* setzt sich in seinem Beitrag „Verteilung des Irrtumsrisikos bei Notwehr“ anhand zweier aktueller BGH-Urteile mit den wesentlichen Varianten der Putativnotwehr auseinander: der Fehleinschätzung der Gefährlichkeit eines tatsächlichen Angriffs und der irrtümlichen Annahme einer Notwehrlage.

Zunächst untersucht Perron das Strafbarkeitsrisiko des tatsächlich Angegriffenen, der sich über die Intensität des Angriffs irrt. Hinsichtlich der das Ausmaß der Gefahr bestimmenden Umstände sei mit dem BGH und einem Teil der Lehre auf die ex-post-Perspektive abzustellen und daher eine Rechtfertigung durch Notwehr abzulehnen. Es liege aber ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der nach ganz herrschender Ansicht zumindest in seinen Rechtsfolgen dem Tatbestandsirrtum gleichgestellt werde, sodass jedenfalls eine Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat ausscheide. Nur wenn der Irrtum vermeidbar war, komme eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht. Insofern müsse zugunsten des Angegriffenen beachtet werden, dass er kaum Zeit zum Überlegen habe, weshalb ein vermeidbarer Irrtum nur dann anzunehmen sei, wenn die Unrichtigkeit seiner Annahmen derart offensichtlich war, dass er sie ohne Eingehung weiterer Risiken hätte erkennen

können. Doch selbst bei Bejahung der Vermeidbarkeit führe dies wegen § 33 dStGB nicht notwendig zu einer (Fahrlässigkeits-)Strafbarkeit. Was den Angreifer angeht, so habe dieser zwar ein Notwehrrecht, da die Verteidigungshandlung – jedenfalls nach der herrschenden Meinung – objektiv rechtswidrig bleibe, jedoch unterliege dieses wegen der vorwerfbaren Provokation deutlichen Einschränkungen. Im Ergebnis nimmt Perron dem Verteidiger in dieser Variante das Risiko einer Fehleinschätzung der Gefährlichkeit des Angriffs somit in weitem Umfang ab und bürdet sie dem Angreifer auf.

Etwas anders verhält es sich nach Perron in der zweiten Konstellation, in der tatsächlich überhaupt keine Notwehrlage gegeben war. Auch hier liege ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der nach herrschender Meinung die Vorsatzstrafbarkeit ausschließe. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf hänge wiederum davon ab, ob der Irrtum vermeidbar war. Sollte man zu einem solchen Vorwurf gelangen, scheide insoweit anders als bei der ersten Konstellation § 33 dStGB aus, da diese Vorschrift nach ganz herrschender Meinung eine tatsächliche Notwehrlage voraussetze. Dem vermeintlichen Angreifer komme auch hier ein Notwehrrecht zu, das nur dann eingeschränkt sei, wenn für ihn der Irrtum des vermeintlichen Verteidigers erkennbar ist. In einem solchen Falle könne die Einschränkung allerdings nicht dazu führen, dass er erhebliche eigene Gefährdungen hinzunehmen habe. Im Ergebnis steht demnach der wiederum weitgehenden Entlastung des irrenden Verteidigers hier keine vergleichbare Belastung des vermeintlichen Angreifers gegenüber.

16. Beträchtliche Unterschiede zwischen Deutschland und China bestehen in der systematischen Einordnung sowie den Rechtsfolgen des Notwehrexzesses. In seinem Beitrag „Affekt und Strafrecht – Thesen zur Theorie und Dogmatik des Notwehrexzesses, § 33 StGB“ erörtert *Benno Zabel* die zentralen Problemfelder der deutschen Diskussion.

Die Regelung des § 33 dStGB trage einerseits der psychischen Ausstattung und dem (drohenden) Verlust personaler Selbstkontrolle, andererseits aber auch dem allgemeinen Interesse an einer stabilen und sicheren Ordnung Rechnung. Systematisch handle es sich bei dieser Vorschrift nach überwiegender Ansicht um einen Entschuldigungsgrund. Dieser beruhe auf einer zweifachen Minderung individueller Verantwortung: Zum einen vermindere das bestehende Notwehrrecht das Tatunrecht. Zum anderen sei durch die affektbedingte Ausnahmesituation auch das Unrechtsbewusstsein gemindert. Dies habe zur Folge, dass die Überschreitungshandlung unmittelbar aus der Konfrontation mit einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff resultieren müsse und sich nicht gegen unbeteiligte Dritte richten

dürfe. Zudem müsse sie durch „Schwächeaffekte“ (im Gegensatz zu sog. sthenischen Affekten) jedenfalls mitbestimmt worden sein. Anschließend setzt sich Zabel mit den verschiedenen Konstellationen der Notwehrüberschreitung auseinander, bei denen vielfach umstritten ist, ob sie unter § 33 dStGB fallen oder nicht.

Zabel zufolge zeigt § 33 dStGB ein grundsätzliches Problem strafrechtlicher Zurechnung und prozessualer Konfliktlösung auf. Letztlich entscheidend sei stets, ob das erkennende Gericht dem Beschuldigten zugestehe, dass er die vorgebrachten Zustände und Gefühle auch *haben konnte*, dass also das Gefühl oder eben das affektbedingte Verhalten aus der Sicht des Gerichts als Entschuldigungsgrund rekonstruierbar ist.

17. *Chen Xuan* stellt in seinem Beitrag „Notwehrexzess: Von einer Erfolgs- zu einer Handlungsperspektive“ einen spektakulären Fall der chinesischen Strafrechtspraxis aus dem Jahr 2017 vor, der sich mit Fragen des Notwehrexzesses beschäftigt. Dabei rückt er insbesondere die Frage in den Mittelpunkt, aus welcher Perspektive und anhand welchen Maßstabs ein Notwehrexzess festgestellt werden sollte.

Entgegen den herkömmlichen erfolgsorientierten Notwehrtheorien der chinesischen Rechtspraxis, namentlich der Erforderlichkeitslehre und der Angemessenheitslehre, die eine Proportionalität zwischen angegriffenem und zu verteidigendem Rechtsgut fordern und daher die Tötung des Angreifers regelmäßig als Exzess bewerten, verfolgt *Chen Xuan* einen handlungsorientierten Ansatz. Anstatt nur auf die Herbeiführung eines erheblichen Schadens abzustellen, sei für einen Notwehrexzess die Beurteilung der Verteidigungshandlung als offensichtliche Überschreitung des Erforderlichen maßgeblich. Erforderlich sei, was den Angriff mit Sicherheit beende. Eine Güterabwägung spiele dabei grundsätzlich keine Rolle.

Anhand der von ihm aufgestellten Kriterien zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung und der sich daraus ergebenden Voraussetzungen eines Notwehrexzesses beurteilt *Chen Xuan* sodann den eingangs vorgestellten Fall und kommt zu dem Ergebnis, dass dort in der tödlichen Verteidigungshandlung kein Notwehrexzess gelegen habe. Der vom chinesischen Gesetzgeber 1997 eingefügte dritte Absatz des Notwehrparagrafen sei nicht als Regel-Ausnahme-Verhältnis in dem Sinne zu verstehen, dass eine Tötung als Notwehrhandlung grundsätzlich verboten und nur zur Abwehr schwerwiegender Gewalttaten gegen die persönliche Sicherheit zulässig sei, sondern lediglich als erläuternde Vorschrift zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung, der im Ergebnis keine eigenständige Bedeutung zukomme.

Weltanschaulicher Hintergrund und positiv-rechtliche
Grundstruktur der Notwehrregelungen
in China und Deutschland

Notwehr – Grundlagen und Geschichte

Joachim Renzikowski

I. Zum Begriff der Notwehr

Nach der Definition des § 32 StGB (nahezu wortgleich § 227 BGB) ist Notwehr „die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden“. Damit ist die Notwehr ein Rechtfertigungsgrund, das bedeutet: In einer Notwehrlage wird das Verbot, einen anderen zu verletzen (*neminem laede*), im Hinblick auf den Angreifer außer Kraft gesetzt. Die Tat ist nicht rechtswidrig und verboten, sondern rechtmäßig und erlaubt.¹

Voraussetzung der Notwehrbefugnis ist die unmittelbar drohende Verletzung eines subjektiven Rechts durch das Verhalten eines Menschen (Notwehrlage). Zur Verteidigung der öffentlichen Ordnung oder der Sicherheit des Staates ist der einzelne Bürger jedoch nicht berufen. Gegenwärtig ist der Angriff, wenn die Rechtsverletzung unmittelbar bevorsteht oder noch andauert.² Maßnahmen zur Abwehr von künftig zu befürchtenden Angriffen („Präventivnotwehr“) sind keine Notwehr, sondern unterfallen den Regeln über den Notstand (§§ 34 StGB; 228, 904 BGB).³ Im Unterschied zur repressiven Strafe als Reaktion auf ein begangenes Delikt soll die Verteidigung den Übergriff präventiv verhindern; eine – nachträgliche – Rache ist keine Notwehr.

1 *Renzikowski*, Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: *Philosophia Practica Universalis*, FS für Joachim Hruschka, 2005, S. 660 ff.

2 *Erb*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 100 f., wobei für die sog. „Staatsnotwehr“ eine Ausnahme in Betracht gezogen wird; vgl. *Perron*, in: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 6 f. unter Verweis auf RGSt 83, 215 (220), wo – höchst fragwürdig – die Erschießung eines vermeintlichen Spions gerechtfertigt wurde. Dagegen zu Recht *Roxin*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I: Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 41.

3 *MüKo-StGB/Erb*, § 32 Rn. 105 m.w.N.

Wegen des staatlichen Gewaltmonopols ist die Notwehr gegenüber der staatlichen Gefahrenabwehr subsidiär.⁴ Soweit die private Verteidigung gegen einen Angriff erforderlich ist, unterliegt sie jedoch, anders als die Befugnisse zur Gefahrenabwehr im Notstand (vgl. §§ 34 StGB; 228, 904 BGB), grundsätzlich keiner Bindung an die Verhältnismäßigkeit. So muss der Verteidiger dem Angriff nicht etwa ausweichen,⁵ sondern darf die zur sofortigen und sicheren Abwehr erforderlichen Maßnahmen ergreifen, ohne dass es dabei auf einen Vergleich der betroffenen Güter ankommt.⁶ Äußertenfalls gestattet § 32 StGB die Tötung des Angreifers zur Abwehr eines Angriffs auf das Eigentum.

Die Notwehrbefugnis steht primär dem Angegriffenen selbst zu. Von seinem Verteidigungsrecht abgeleitet ist die Nothilfe, die stellvertretende Verteidigung durch einen hilfsbereiten Dritten. Eine aufgedrängte Nothilfe gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Angriffsopfers ist daher unzulässig.⁷

Die Notwehr ist als Rechtfertigungsgrund in allen Rechtsordnungen anerkannt, so dass ihr naturrechtliche Geltung zugeschrieben wird. In den Einzelheiten ist die „Schneidigkeit der Notwehr“ jedoch durchaus strittig. Kontrovers diskutiert werden insbesondere die Fragen, ob und inwieweit die Tötung des Angreifers bei Bagatell- oder bei Sachangriffen zulässig ist sowie welche subjektiven Anforderungen – Vorsatz, Schuld? – an den Angriff selbst gestellt werden sollen. Anschaulich wird diese Problematik in dem ebenso althergebrachten wie berühmten ‚Obstdiebstahl‘, in dem ein gelähmter Bauer den jugendlichen Obstdieb mit einer Schrotflinte aus dem Kirschbaum schießt.⁸ Die Entführung des Bankierssohns Jakob von Metzler hat schließlich die Frage aufgeworfen, ob im Extremfall der Einsatz von

4 Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008, S. 107 ff., 236 ff.

5 Vgl. BGH NJW 2003, 1955, 1957; MüKo-StGB/Erb, § 32 Rn. 118; Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 78.

6 Vgl. statt vieler BGH GA 1956, 49: „Der Verteidiger muss von mehreren möglichen Verteidigungsarten diejenige auswählen, die dem Angreifer den geringsten Schaden zufügt. Hierbei braucht er aber Beschädigungen seines Eigentums oder eigene körperliche Verletzungen nicht in Kauf zu nehmen. Er ist berechtigt, solche objektiv wirksamen Mittel als Verteidigungsmittel anzuwenden, die die Beseitigung der Gefahr mit Sicherheit erwarten lassen.“

7 Grundlegend Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 99 ff.

8 Vgl. auch RGSt 55, 82 ff.

Folter als Notwehr gerechtfertigt sein kann, um das Leben eines Menschen zu retten.⁹

Im internationalen Vergleich fällt die Rigorosität der deutschen Regelung des Notwehrrechts auf. So gestattet etwa Art. 33 Abs. 1 des schweiz. StGB nur eine „den Umständen angemessene“ Abwehr. Ähnlich untersagt § 3 Abs. 1 Satz 2 des österreichischen StGB die Notwehr, „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“. Enger ist auch die völkerstrafrechtliche Regelung der Notwehr in Art. 31 Abs. 1 lit. c des Römischen IGH-Statuts. Dort sind die notwehrfähigen Güter eingeschränkt und es wird nur eine verhältnismäßige Verteidigung zugelassen.¹⁰ Schließlich verbietet Art. 2 Abs. 2a der Europäischen Menschenrechtskonvention die Tötung von Menschen zur Verteidigung von Sachwerten. Ihre Geltung für das Notwehrrecht der Staatsbürger untereinander ist allerdings umstritten.¹¹

Die Rechtspraxis in Deutschland begrenzt den Gesetzeswortlaut des § 32 StGB durch sog. „sozialethische Notwehrrschranken“. Demnach soll das Notwehrrecht in folgenden Fallgruppen eingeschränkt werden: bei extremem Missverhältnis zwischen angegriffenem Gut und Abwehr, gegenüber Angriffen im Zustand verminderter oder fehlender Schuld (vor allem Kinder, Betrunkene), innerhalb von engen persönlichen Beziehungen (z.B. Ehe) sowie bei einem provozierten Angriff.¹²

II. Zur Geschichte des Notwehrrechts¹³

Ursprünglich lässt sich eine strikte Trennung zwischen Rache und Privatstrafe einerseits und Selbstverteidigung in Notwehr andererseits nicht feststellen. So enthält das Recht zur Tötung des Diebes bei handhafter Tat etwa

9 Vgl. dazu *Merkel*, Folter und Notwehr, in: FS für Günther Jakobs, 2007, S. 375 ff. einerseits und *Roxin*, Rettungsfolter?, in: FS für Kay Nehm, 2006, S. 205 ff. andererseits.

10 *Rönnau/Hohn*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 6 ff., 56 ff.

11 S. *Zieschang*, Tödliche Notwehr zur Verteidigung von Sachen und Art. 2 IIa EMRK, GA 2006, 415 ff.

12 Zu den Einzelheiten s. *LK/Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 225 ff.

13 Zum Folgenden vgl. *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 19 ff.; *Krey*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ

im römischen Zwölftafelgesetz aus dem 5. Jahrhundert vor Christus, aber auch im germanischen Recht bis ins Mittelalter beide Elemente. Erst mit der Herausbildung staatlicher Institutionen entwickelt sich ein eigenes Notwehrrecht. Die mittelalterlichen Bemühungen der Staatsgewalt um das staatliche Gewaltmonopol versuchen, die unbeschränkte Selbsthilfe (Fehde) zurückzudrängen. Als Ausgleich werden staatliche Verfahren zur Verfolgung von Straftaten eingerichtet. Der Vorrang gerichtlicher Rechtsdurchsetzung vor Selbstjustiz schafft das Bedürfnis nach Anerkennung eines Notwehrrechts, nach Selbstschutz dort, wo ihn der Staat nicht (mehr) gewährleisten kann.

Allerdings ist die Notwehr zunächst nur zur Verteidigung von Leib und Leben gestattet (so insbesondere Art. 140 *Constitutio Criminalis Carolina*¹⁴). Darüber hinaus wird die Nothilfe auch zum Schutz von Hab und Gut eines anderen straffrei gestellt (Art. 150 Abs. 2 *Constitutio Criminalis Carolina*¹⁵), was darauf hindeutet, dass Selbstverteidigung und Nothilfe damals nicht als gemeinsames Institut verstanden werden.

Ab dem 17. Jahrhundert beginnt mit Benedikt Carpzov die allmähliche Erweiterung der notwehrfähigen Rechte auf Sachenrechte. Erstmalig wird eine allgemeine Notwehrbefugnis im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 geregelt, wobei § 520 ausdrücklich die Verhältnismäßigkeit der Verteidigung statuiert.¹⁶ Das ändert sich im Lauf des 19. Jahrhunderts mit dem Aufkommen einer liberaleren Sichtweise des Verhältnisses zwischen Bürger und Staat. Beginnend mit Art. 125 ff. des

1979, 702 ff.; *Siciliano*, Das Leben des fliehenden Diebes. Ein strafrechtliches Politikum, 2003, S. 117 ff.

14 „Item so eyner mit eynem tödtlichen waffen oder weer überlaufft, anficht oder schlecht, vnd der benöttigt kan füglich an ferlichkeyt oder verletzung, seines leibs, lebens, ehr und guten leumuts nicht entweichen, der mag sein leib vnnnd leben on alle strafft durch eyn rechte gegenweer retten, Vnd so er also den benötiger entleibt, er ist darumb nichts schuldig, ist auch mit seiner gegenweer, biß er geschlagen wirdt zu warten nit schuldig, vnangesehen ob es geschriben rechen vnnnd gewonheyten entgegen wer. Das die notweer bewisen soll werden.“

15 „Item so eyner zur rettung eynes andern leib, leben oder gut jemandt erschlecht, Item so leut tödten, die jr sinn nit haben. Mer so eynem jemandt von ampts wegen zufahen gebürt, der vnzimlichen freuenlichen vnd sorglichen widerstand thut, vnd der selbig widersessig darob entleibt würde.“

16 § 520 Zwanzigster Titel PrALR im neunten Abschnitt über die Privatverbrechen lautet: „Auch muß das zur Abwendung des Schadens gewählte Mittel mit dem Schaden selbst, welcher durch die Nothwehr abgewendet werden soll, in Verhältniß stehen.“

Bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813¹⁷ entfällt die Proportionalität zwischen Angriff und Abwehr. Die Wandlung des Notwehrrechts zur scharf kritisierten „Totschlagsmoral“¹⁸ dokumentiert das verbreitete Verständnis des rechtswidrigen Angriffs als jede drohende Einbuße von Gütern, die der Berechtigte nicht zu dulden braucht.¹⁹ Eine derart umfassende Befugnis

17 Art. 125: „Rechtswidrige Gewaltthaten und verbrecherische Angriffe auf Personen oder Güter, zu deren Abwendung die Aufforderung obrigkeitlicher Hülfe unmöglich, oder die gegenwärtige obrigkeitliche Hülfe unzureichend ist, darf ein jeder von sich selbst und Andern durch Privatgewalt abzuwenden versuchen, und die in solcher rechtmässigen Vertheidigung geschehene Vergewaltigung, Beschädigung oder Tödtung des Angreifers ist unsträflich, so ferne die gesetzlichen Grenzen (Art. 127) dabei nicht überschritten worden sind.“

Art. 126: „Jeder ist befugt, einem Andern, welcher in rechter Nothwehr sich befindet, mit thätlicher Hülfe beizustehen, und hat alsdann für sich selbst und für diesen Andern alle Rechte der Nothwehr mit den dabei zu beobachtenden Pflichten, wie der Angegriffene selbst.“

Art. 127: „Die gewaltsame Privatvertheidigung ist nicht entschuldigt, wenn Zeit und Gelegenheit zu anderen dem Angegriffenen nicht unbekannten Mitteln vorhanden waren, durch welche derselbe ohne alle andere Gefahr sich dem Angriffe zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen, oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermochte.“

Art. 128: „Bei vorhandener Nothwendigkeit zu einer gewaltsamen Privatvertheidigung darf ihre Ausübung nicht weiter getrieben und kein gefährlicheres Vertheidigungsmittel gebraucht werden, als nothwendig ist zur Abwendung der Gefahr.“

Darum ist 1) der Gebrauch lebensgefährlicher Vertheidigungsmittel strafbar, wenn der Angreifer durch ungefährliche Gewalt übermannt oder abgehalten werden konnte; 2) wer durch eine bloß abhaltende Gegenwehr sich des Angriffs zu erwehren Macht und Gelegenheit hatte, wird strafbar durch den Gebrauch einer auf Leib oder Leben gerichteten angreifenden (offensiven) Vertheidigungsgewalt; wie auch 3) wenn derselbe statt einer bloß ungefährlichen Verwundung des Gegners, welche in seiner Macht gestanden, denselben lebensgefährlich verletzt oder getödtet hat.“

Art. 129: „Innerhalb der vorbestimmten Grenzen ist die Vertheidigung gestattet 1) gegen alle gewaltthätigen mit Gefahr für Gesundheit, Leben, Freiheit oder Keuschheit verbundenen Angriffe auf die Person selbst; 2) gegen denjenigen, der bei einem Diebstahle ertappt wird; 3) gegen verbrecherische Gewaltthaten, welche auf Beschädigung oder Vernichtung liegenden oder beweglichen Eigenthums gerichtet sind; 4) gegen diejenigen, welche in eines Andern unbewegliches Besizthum gewaltthätig einzufallen, einzubrechen, oder sonst auf unerlaubte Weise einzudringen suchen.“

18 Geyer, Thatbestand des Verbrechens, in: v. Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, IV. Bd., 1877, S. 94.

19 Vgl. RGSt 21, 168, 171; 27, 44, 46; von Jhering, Der Kampf um's Recht, 1872, S. 95 ff.

zum defensiven Rechtsschutz fragt auch nicht danach, ob der Angriff überhaupt vermeidbar war. Die heutige Formulierung der Notwehr in § 32 StGB entspricht im Wesentlichen § 41 des preußischen StGB von 1851.²⁰

Die Entwicklung des Notwehrrechts ist also eng mit der Geschichte der Staatsgewalt verbunden. Insofern erweist sich das Notwehrrecht – und das gilt auch für seine verschiedenen Begründungen – als Indikator gesellschaftspolitischer Grundanschauungen.²¹

III. Begründungen der Notwehrbefugnis in der Geschichte

Ungeachtet ihrer Dignität – schon das Römische Recht kennt den Grundsatz „*vim vi repellere licet*“²² – bedarf die eigenmächtige Ausübung von Gewalt in einer bürgerlichen Gesellschaft, in der gewaltsame Rechtsdurchsetzung dem Staat übertragen ist, der Begründung. Eine rechtswissenschaftliche Begründung – und nur darum kann es überhaupt gehen – fragt nach den Gründen für ein solches Selbsthilferecht, unabhängig von der zufälligen gesetzlichen Ausgestaltung in einer bestimmten Rechtsordnung.²³ Hier können nur einige der wichtigsten Ansätze vorgestellt werden.

20 „Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn die That durch die Nothwehr geboten war. Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder Anderen abzuwenden.“ Satz 3 regelt den Notwehrexzess (vgl. § 33 StGB).

21 *Schroeder*, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: FS für Reinhart Maurach, 1972, S. 127 ff.; s. auch *Arzt*, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, in: FS für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 77 ff.

22 Digesten 43, 16, 1, 27; s. dazu auch *R. Haas* (Fn. 13), S. 36 ff.

23 S. das berühmte Diktum von *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Kants Gesammelte Schriften*, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Bd. VI, 1907, S. 203, 230: „Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus’ Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat.“