

1. Sachverhalt

Zwischen dem 16-jährigen M und A kommt es wiederholt zu Handgreiflichkeiten. A droht, seinen älteren Bruder H einzuschalten. Der polizeilich als Intensivtäter geführte H ist für seine Gewaltbereitschaft bekannt und hat zuvor wiederholt mit M Streit begonnen.

Eines Abends fordert H den M auf, sofort zu einer Gaststätte zu kommen. M versteht dies zutreffend als Ankündigung von Schlägen. Aus Angst vor H bittet M seinen Vater V, ihn zu begleiten. V willigt ein, um die Angelegenheit zu klären und H zum Einlenken zu bringen. Dabei hält er auch eine körperliche Auseinandersetzung für möglich.

V fährt mit M und zwei jüngeren Freunden des M zu der Gaststätte. Er hat – wie des Öfteren – ein Butterflymesser in der Tasche, das er allerdings unter Verstoß gegen das WaffG besitzt. In aufgebrachtem Tonfall fordert V den Türsteher der Gaststätte auf, H herauszuschicken. M und seine Freunde stellen sich einige Meter abseits. H erscheint mit einem schweren Holzknüppel. Er wird von acht Personen begleitet, die ebenfalls Schlagwerkzeuge mit sich führen und den V umstellen.

Nach einem heftigen Wortwechsel schlägt H mit dem Knüppel wuchtig gegen den linken Arm des V. Als er erneut ausholt und in Richtung Kopfbereich

April 2011 Provokations-Fall

Notwehr / Gebotenheit / Provokation / sonst schuldhaftes Herbeiführen der Notwehrlage

§ 32 StGB

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einschränken.
2. Bei der Beurteilung dieses Vorverhaltens ist insbesondere zu berücksichtigen, ob diesem eine Vorprovokation des Angreifers vorausgegangen ist.
3. Ist das Vorverhalten sozialetisch nicht zu beanstanden, scheidet eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit von vornherein aus.
4. Das Notwehrrecht berechtigt den Verteidiger, gegebenenfalls auch unberechtigt geführte Waffen einzusetzen.
5. Auch ein Rückgriff auf das verbotene Führen der Waffe unter dem Gesichtspunkt fahrlässigen Handelns ist unzulässig.

BGH, Beschluss vom 4. August 2010 – 2 StR 118/10; veröffentlicht in NStZ 2011, 82.

zielt, geht V mit seinem Messer in der Hand auf ihn zu, wehrt den Schlag mit dem linken Arm ab und sticht gleichzeitig rechts um H herum von hinten in dessen Oberkörper. Der Stich trifft die Lunge und ist akut lebensgefährlich.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Betrachtet man die Gesamtumstände, ist zu überlegen, ob den V hinsichtlich der Notwehrsituation eine Mitverantwortlichkeit trifft, d. h. ob ihm eine sog. Notwehrprovokation vorgeworfen werden kann, und sein Notwehrrecht dadurch eingeschränkt ist.

Der gesetzliche Anknüpfungspunkt für sozialetische Einschränkungen ist das Wort „geboten“ in § 32 StGB. Die Fallgruppe der Notwehrprovokation erfasst neben der Absichtsprovokation¹ auch die hier relevante sonst schuldhaft Herbeiführung der Notwehrlage. Was letztere betrifft, ist man sich zwar einig, dass der Angriff als adäquate Folge des Vorverhaltens erscheinen und ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestehen muss.² Umstritten ist allerdings, welche Qualität das Vorverhalten haben muss. Eine verbreitete Ansicht im Schrifttum erkennt nur ein rechtswidriges Vorverhalten an.³ Hingegen soll insbesondere nach der Rechtsprechung bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Verhalten genügen.⁴ Für diese Ansicht ließe sich anführen, dass in der Realität ein bloß sozialwidriges Verhalten im Hinblick auf die Provokationswirkung einem rechtswidrigen nicht nachstehen muss und dass es sich bei den Einschränkungen der Notwehr um sozialetische Schranken handelt. Auf der anderen Seite sprechen folgende Argumente für die Gegenansicht: Der sich nur sozialwidrig verhaltende Verteidiger verlasse, im Gegensatz zu seinem Angreifer, nicht den Boden des Rechts. Er verliere daher nicht die Legitimation, sich auf das Rechtsbewährungsprinzip zu berufen.⁵ Außerdem fehlten geeignete Maßstäbe zur Beurteilung, wann ein Verhalten sozialetisch zu missbilligen ist. Ob es im Einzelfall wirklich tadelnswert sei, werde damit zu einer Frage der individuellen Anschauungen von Höflichkeit und Anstand.⁶

¹ Vgl. hierzu *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn. 228 ff.

² BGH NStZ 2006, 332, 333; *Erb*, in MüKo, StGB, 2003, § 32 Rn. 211.

³ *Perron*, in Sch/Sch, StGB, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 59 m. w. N.

⁴ BGH NStZ 2006, 332, 333.

⁵ *Perron* in Sch/Sch, StGB, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 59.

⁶ *Erb*, in MüKo, StGB, 2003, § 32 Rn. 208.

Die Vorinstanz beurteilte die Verhaltensweise des V als sozialetisch verwerflich und nahm eine schuldhaft Herbeiführung der Notwehrlage an. In diesem Fall wird das Notwehrrecht nach herrschender Meinung entsprechend der vom BGH entwickelten Drei-Stufen-Theorie eingeschränkt: Grundsätzlich muss der Verteidiger versuchen, dem Angriff auszuweichen. Ist dies nicht möglich, muss er sich auf Schutzwehrmaßnahmen beschränken, wobei auch leichtere Verletzungen zumutbar sind. Um schwerere Verletzungen abzuwenden, sind ihm schließlich Trutzwehrmaßnahmen gestattet. Dabei hängt das Ausmaß der Zurückhaltung einerseits von der Schwere der Provokation und andererseits von der Schwere der drohenden Rechtsgutsverletzung ab.⁷

Trotz dieser Einschränkung konnte sich der V nach Ansicht des Landgerichts auf sein Notwehrrecht berufen und war aus dem vorsätzlichen Delikt nicht strafbar. Gleichwohl warf das Gericht ihm Fahrlässigkeit vor. Als Anknüpfungspunkt kam hierbei nicht die konkrete Verletzungshandlung in Betracht, da diese durch Notwehr gerechtfertigt war, sondern das vorwerfbare Vorverhalten des Täters. Gegen diese Konstruktion, die der Sache nach auf die problematische Rechtsfigur der „actio illicita in causa“⁸ hinausläuft, werden von der herrschenden Meinung jedoch folgende Einwände vorgebracht: Zwar kann ein vorwerfbares Vorverhalten bei Voraussehbarkeit des Erfolges eine Sorgfaltswidrigkeit darstellen. Doch könne der Verteidiger nicht ein und denselben Erfolg zugleich einerseits rechtmäßig und andererseits rechtswidrig herbeiführen. Ist der Verteidiger durch Notwehr gerechtfertigt, entfalle die rechtliche Missbilligung des Erfolgs. Dann aber sei aufgrund des fehlenden

⁷ BGHSt 42, 97, 100; BGH NStZ 2002, 425, 426; *Herzog*, in NK, StGB, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 124; *Rengier*, Strafrecht AT, 2009, § 18 Rn. 80.

⁸ Vgl. hierzu kritisch *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn. 242.

Erfolgsunwerts eine Bestrafung aus einem Erfolgsdelikt, hier aus § 229 StGB, ausgeschlossen.⁹ Außerdem sei die objektive Zurechnung des Erfolgseintritts zu verneinen. In dem zwar provozierten, aber dennoch rechtswidrigen Angriff liege eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Angreifers. Er selbst trage deshalb die Verantwortung für die Folgen einer rechtmäßigen Abwehr.¹⁰

Schließlich ist problematisch, dass V, obwohl er eine körperliche Auseinandersetzung für möglich hält, das gefährliche Butterflymesser, welches er zudem unter Verstoß gegen das WaffG besitzt, in der Tasche hat. In der Literatur wird dieses Problem unter dem Stichwort der Abwehrprovokation diskutiert. Es überzeugt, im Grundsatz eine Einschränkung des Notwehrrechts in diesem Fall abzulehnen. Den Verteidiger treffe durch die Aufrüstung an sich an der konkreten Notwehrlage kein Vorwurf. Der Angreifer müsse ihn so nehmen, wie er ihn vorfindet. Deswegen komme es auch nicht darauf an, ob das Beisichführen des Abwehrmittels gegen das WaffG verstößt. Eine Einschränkung komme nur ausnahmsweise – parallel zur Absichtsprovokation – in Betracht, wenn der Verteidiger gezielt das gefährliche Abwehrmittel auswählt, um den erwarteten Angreifer möglichst schwer verletzen zu können.¹¹

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH problematisiert zum einen, ob das vorsätzliche Handeln des V durch

Notwehr gemäß § 32 StGB gerechtfertigt gewesen ist.

Im Rahmen der Gebotenheit der Notwehrhandlung prüft er, ob V die Notwehrlage vorwerfbar herbeigeführt hat. Wie schon in einer vorangegangenen Entscheidung¹² führt er aus, dass bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einschränken könne. Unter diesem Gesichtspunkt prüft er das Verhalten des V und kommt zu dem Ergebnis, dass V sich nicht in sozialetisch zu missbilligender Weise verhalten habe. Wenn ein gewaltbereiter Intensivtäter den 16-jährigen Sohn nach vorheriger Bedrohung zu einer Schlägerei auffordert, müsse es der Vater nicht dem Zufall überlassen, ob und wann dieser wieder auf seinen Sohn treffen würde. Er dürfe ihn, auch in aufgebrachtem Tonfall, zur Rede stellen. Daran ändere auch die Begleitung durch weitere Jugendliche nichts, wenn diese abseits stehen. Der BGH stützt seine Begründung vor allem darauf, dass H zuvor den M zu einer Schlägerei „eingeladen“ und bedroht hat. Er bezieht damit bei der Beurteilung eines vorwerfbaren Verhaltens den Gedanken der Vor-Provokation ein.¹³

Weiter führt der BGH aus, dass dem V auch im Hinblick auf die Möglichkeit eines rechtswidrigen Angriffs das Beisichführen des zur Tat verwendeten Messers nicht vorgeworfen werden könne, denn er sei nicht verpflichtet gewesen, dem Intensivtäter aus dem Weg zu gehen oder nur schutzlos zu begegnen. Auch der Umstand, dass das Führen des Butterflymessers gegen § 52 WaffG verstoßen hat, rechtfertige keine andere Bewertung, da er das Messer hätte einsetzen dürfen, weil kein anderes geeignetes Abwehrmittel zur Verfügung gestanden hat.

Zum anderen äußert sich der BGH dazu, ob dem V zumindest fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann.

⁹ Roxin, JZ 2001, 667, 667 f.; Jäger, JR 2001, 512, 514; Rengier, Strafrecht AT, 2009, § 18 Rn. 83; Krey, Strafrecht AT I, 3. Auflage 2008, Rn. 520a m. W. N.

¹⁰ Engländer, Jura, 2001, 534, 537; Roxin, JZ 2001, 667, 668.

¹¹ Rengier, Strafrecht AT, 2009, § 18 Rn. 102 m. w. N.; gegen jede Einschränkung Herzog, in NK, StGB, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 119; für eine Anwendung der a. i. i. c. Lindemann/Reichling, JuS 2009, 496, 500.

¹² „Zugfenster-Fall“, BGHSt 42, 97.

¹³ So auch Perron, in Sch/Sch, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 59.

An eine schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage kann er hierbei nicht anknüpfen, da er diese verneint. Einen Rückgriff auf das verbotene Führen des Butterflymessers hält er für nicht zulässig. Es wäre ein Widerspruch, wenn die Rechtsordnung einerseits die Erlaubnis zur Ausübung des Notwehrrechts erteilt, andererseits aber gerade für diesen Fall die Bestrafung aufgrund eines Delikts androhte, dessen tatbestandliche Voraussetzungen mit der Ausübung dieser Befugnis erfüllt werden. Dies gelte jedenfalls dann, wenn für den Fahrlässigkeitsvorwurf nicht wie in einer früheren Entscheidung¹⁴ auf eine vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage zurückgegriffen werden kann.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Beschluss des BGH bringt keine grundsätzlichen Neuerungen. Das Gericht bestätigt darin seine früheren Entscheidungen.¹⁵ Bei der Beurteilung einer sozialetisch zu missbilligenden, vorwerfbaren Provokation der Notwehrlage verhält es sich allerdings auffallend zurückhaltend.¹⁶

Der der Entscheidung zu Grunde liegende Fall verdeutlicht einmal mehr, dass an der Entstehung einer Notwehrsituation nicht selten sowohl der Angreifer als auch der Verteidiger beteiligt sind. Die Notwehrprovokation ist daher für die tatgerichtliche Praxis und die Fallbearbeitung von großer Bedeutung. Der Umstand, dass in Rechtsprechung und Literatur die unterschiedlichsten Lösungsansätze zu den verschiedensten Konstellationen vertreten werden, führt zu einer schier unüberschaubaren Komplexität dieser Thematik. Eine ausführliche Darstellung in der Klausur ist kaum leistbar. In der Fallbearbeitung empfiehlt es sich, zwischen der absicht-

lichen und der sonst schuldhaften Herbeiführung der Notwehrlage zu unterscheiden. Gegebenenfalls muss auf Sonder-Konstellationen, wie etwa die Abwehrprovokation, eingegangen werden. Gelangt man zu einer Einschränkung des Notwehrrechts, ist nach dem oben skizzierten Stufen-Modell zu verfahren. Interessant sind vor allem die Konstellationen, in denen der Täter die Notwehrlage zwar vorwerfbar herbeiführt, sich aber trotzdem im Rahmen des durch die Notwehr Erlaubten bewegt, denn hier kann schließlich eine Strafbarkeit aus dem passenden Fahrlässigkeitsdelikt diskutiert werden.

5. Kritik

Die konkrete Begründung des BGH, mit der er die vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage ablehnt, erscheint zumindest nicht unangreifbar. Man könnte das Verhalten des V insofern als sozial-ethisch verwerflich ansehen, als dass er sich nicht um eine Deeskalation der Situation bemüht hat. V hätte mit seinem Sohn nicht zur Gaststätte fahren müssen, sondern hätte der Polizei von der „Einladung“ zur Schlägerei berichten können. Damit hätte er allerdings wohl nicht verhindern können, dass H zu einem späteren Zeitpunkt erneut mit M Streit beginnt. Auch könnte man dem V vorwerfen, dass er den Kontakt zu dem gewaltbereiten H verbal aggressiv hergestellt hat. Dann allerdings würde unberücksichtigt bleiben, dass es der H gewesen ist, der die Verhaltensweise des V seinerseits dadurch provoziert hat, dass er seinem Sohn Schläge angedroht hat. Es wird deutlich, dass man geteilter Auffassung sein kann, ob das Verhalten des V wirklich sozial-ethisch tadelnswert gewesen ist oder nicht vielleicht eine adäquate Reaktion auf das gleichermaßen nicht sozialverträgliche Verhalten des H dargestellt hat. Würde man für die Beurteilung einer sonst schuldhaften Herbeiführung einer Notwehrlage auf ein rechtswidriges Vorverhalten abstellen, wäre vorliegend eindeutig feststellbar, dass das Vorver-

¹⁴ „Schrotflinten-Fall“, BGH NStZ 2001, 143, vgl. dazu auch famos 03/2001.

¹⁵ BGHSt 42, 97 und BGH NStZ 2001, 143.

¹⁶ Diese restriktive Tendenz setzt sich im Beschluss vom 10.11.2010, 2 StR 483/10, fort.

halten des V nicht rechtswidrig und sein Notwehrrecht dadurch nicht eingeschränkt gewesen ist. Es ist daher grundsätzlich begrüßenswert, dass der BGH die sozialetischen Missbilligung eines Verhaltens zurückhaltend bewertet, es bleibt jedoch die Frage, warum er sich im Interesse der Rechtssicherheit nicht dazu entschließt, nur ein rechtswidriges Vorverhalten genügen zu lassen.

Auch das generelle Festhalten des BGH an einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für den Fall, dass der Verteidiger trotz sonst vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage gerechtfertigt ist, erscheint aufgrund der oben genannten Bedenken kritikwürdig. Dabei führt der BGH bei der Prüfung einer fahrlässigen Körperverletzung aufgrund des verbotenen Führens des Butterflymessers selbst aus, dass es widersprüchlich wäre, wenn die Rechtsordnung zum einen die Befugnis zur Ausübung des Notwehrrechts erteilte, zum anderen aber gerade dann die Bestrafung aufgrund eines Delikt androhte, dessen tatbestandliche Voraussetzungen mit der Ausübung dieser Befugnis erfüllt werden. D. h. es wäre widersprüchlich, wenn einerseits V den H mit dem unerlaubt geführten Messer in Notwehr verletzen durfte, andererseits ihm aber gerade dann eine Bestrafung aufgrund fahrlässiger Körperverletzung drohte, obwohl der tatbestandliche Erfolg unter Billigung der Rechtsordnung geschaffen wurde. Warum dies nicht für den Fall der sonst vorwerfbaren Herbeiführung der Notwehrlage gelten soll, ist fraglich. Denn auch dann bedeutet es einen Widerspruch in sich, eine erlaubte Körperverletzung, als fahrlässige, also unerlaubte Körperverletzung zu bewerten.

(Sandra Allzeit / Daniel Skalski)