

Münchener Juristische Beiträge · Band 42

Surasit Sangviroatjanapat

**Einschränkungen des Notwehrrechts
im Rahmen ehelicher Beziehungen und
anderer enger Lebensgemeinschaften nach
dem deutschen und thailändischen Recht**

Eine rechtsvergleichende Untersuchung



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen Akademischen
Austauschdienstes

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Zugleich: Dissertation, München, Univ., 2003

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem
Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanla-
gen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung,
vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2003

ISBN 3-8316-0280-8

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis
Literaturverzeichnis

XX
XXIII

Teil 1: Das deutsche Recht	1
§ 1. Die Grundprinzipien des Notwehrrechts	
A. Monistische Notwehrbegründungen	2
I. Die Maßgeblichkeit allein des Individualschutzprinzips	2
1. Zum Begriff des Individualschutzprinzips	2
a. Der Selbsterhaltungstrieb des Menschen?	2
b. Die Pflicht zur Notwehr oder Nothilfe?	2
c. Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag?	3
d. Das Urrecht des Menschen	4
2. Die Folgerungen aus dem Individualschutzprinzip	5
3. Die Inkonsistenz des Verzichts auf	
Ausweichpflicht und Verhältnismäßigkeitsprinzip	6
a. Verzicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz?	7
b. Verzicht auf die Ausweichpflicht?	13
II. Die Maßgeblichkeit allein des Rechtsbewährungsprinzips	14
1. Die Auffassung von Schmidhäuser	14
2. Die Auffassung von Bitzilekis	15
3. Die Auffassung von Haas	17
4. Zulassung der Nothilfe und Rechtsbewährungsprinzip	18
5. Zum Begriff des Rechtsbewährungsprinzips	20
a. Unmittelbar generalpräventive Wirkung der Notwehr?	20
b. Unmittelbar spezialpräventive Wirkung der Notwehr?	22
c. Die Verteidigung der normativen Geltung der	
Rechtsordnung?	23
d. Der Satz „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu	
weichen“	24
B. Dualistische Notwehrbegründungen	26
C. Andere Begründungen	29
I. Zur Kritik an Renzikowskis Ansicht	29
II. Zur Kritik an Klesczewskis Meinung	30
III. Zur Kritik an Kargls Auffassung	31
IV. Zur Kritik an Leschs Meinung	32
§ 2. Geschichtliche Übersicht über das Notwehrrecht	
I. Das römische Recht	33
II. Das mittelalterliche Recht	33
III. Die CCC von 1532	35
IV. Die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts	35
V. Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR)	36
VI. Das Bayerische StGB von 1813	37
VII. Das Preußische StGB von 1851	38
VIII. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871	39
IX. Die Weimarer Republik und Das Dritte Reich (1933-1945)	39
X. Die nachkriegsgeschichtliche Entwicklung	40

§ 3. Lösungsvorschläge zur Notwehreinschränkung		
I.	Allgemeine Rechtsgrundsätze	41
1.	Das Zumutbarkeitsprinzip	41
2.	Das Rechtsmissbrauchsprinzip	41
3.	Das Güterabwägungsprinzip	41
4.	Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	44
II.	Strafrechtliche Grundsätze	45
1.	Das Garantenprinzip	47
2.	Restriktive Auslegung des Begriffs des „rechtswidrigen Angriffs“	47
3.	Das Merkmal der „Gebotenheit“ als gesetzlicher Anhaltspunkt für eine Notwehreinschränkung	47
		51
§ 4. Die Ausfüllung der Gebotenheitsklausel durch die zwei Grundprinzipien des Notwehrrechts		
I.	Der schuldlose oder in seiner Schuld wesentlich geminderte Angriff	54
II.	Der unerhebliche Angriff	54
III.	Der vom Angegriffenen rechtswidrig provozierte Angriff	56
		62
§ 5. Die Frage der Notwehreinschränkungen innerhalb ehelicher, familiärer und sonstiger Lebensgemeinschaften		
A.	Der Standpunkt des BGH	77
B.	Der Standpunkt des Schrifttums	77
I.	Keine Einschränkung des Notwehrrechts	79
1.	Die Notwehreinschränkung als Verstoß gegen das Gesetzmäßigkeitsprinzip?	79
a.	Das Analogieverbot	80
aa.	Die Grenzen der Auslegung im Strafrecht	80
bb.	Das Erforderlichkeitsmerkmal als Begrenzung der Einschränkung der Ehegattennotwehr?	82
cc.	Das Analogieverbot und der Allgemeine Teil des StGB	83
dd.	Analogieverbot und Rechtfertigungsgründe	84
b.	Das Bestimmtheitsgebot und die Gebetenheitsklausel gemäß § 32 I	86
2.	Die Grundgedanken der Notwehr als Begründung für eine Nichteinschränkung der Notwehr?	87
3.	Andere Begründungen für die Nichteinschränkung der Notwehr?	91
II.	Die Einschränkung des Notwehrrechts	92
1.	Zur Kritik an der Auffassung von Montenbruck	93
2.	Zur Kritik an der Ansicht von Bitzilekis	93
3.	Zur Kritik an der Meinung von Otto	94
4.	Zur Kritik am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	95
5.	Zur Kritik am Solidaritätsgedanken	95
6.	Zur Kritik am Garantenpflichtgedanken	96
7.	Zur Kritik am Rechtsgedanken des geminderten Rechtsbewährungsinteresses.	98

§ 6. Der eigene Lösungsvorschlag	99
I. Verfassungsrechtliche Aspekte	99
1. Die Einwirkungen der Grundrechte auf das Strafrecht	100
a. Allgemeines	100
aa. Die Theorie von der unmittelbaren Drittwirkung	100
bb. Die Theorie von der mittelbaren Drittwirkung	102
cc. Die Theorie von der staatlichen Schutzwicht	105
2. Die Einwirkung des Art. 6 I GG über die Gebotenheitsklausel auf das Notwehrrecht	105
II. Eheliche und familiäre Lebensgemeinschaften unter dem besonderen Schutz des Art. 6 I GG	109
1. Der Schutzbereich von Ehe und Familie	109
a. Der Begriff der Ehe	109
aa. Die staatliche Kontrolle	110
bb. Die grundsätzliche Unauflöslichkeit der Lebensgemeinschaft	110
cc. Die Voraussetzung der verschiedengeschlechtlichen Gemeinschaft	111
b. Der Begriff der Familie	111
aa. Die Kleinfamilie	111
III. Nichteheleiche und gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Art. 6 I GG	113
1. Definitionen	113
2. Das Institut der Ehe und die nichteheleiche Lebensgemeinschaft	114
3. Das Institut der Ehe und die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft	115
4. Das Institut der Familie im Zusammenhang mit der nichteheleichen und der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft	118
IV. Art. 6 I GG als Rechtsgrundlage zur Einschränkungen des Notwehrrechts	119
1. Notwehreinschränkungen innerhalb ehelicher und familiärer Lebensgemeinschaften	119
2. Notwehreinschränkungen innerhalb nichteheleicher und gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften?	119
3. Notwehreinschränkungen innerhalb anderer Beziehungen?	120
V. Die Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes?	121
§ 7. Die Grenzen des Notwehrrechtes innerhalb ehelicher, familiärer und sonstiger Lebensgemeinschaften	125
I. Das Merkmal der Erforderlichkeit	125
1. Allgemeines	125
a. Das Merkmal der Geeignetheit der Verteidigung: Der Grad der Eignung der Abwehrhandlung	126
b. Der Grundsatz des mildesten Mittels: obrigkeitliche und fremde private Hilfe	128
c. Subsidiarität der Notwehr: obrigkeitliche und fremde private Hilfe	130

2. Vorwarnpflicht	134
II. Die Ausfüllung der Gebotenheitsklausel durch die zwei Grundprinzipien des Notwehrrechtes	136
1. Die Minderung des Rechtsbewährungsinteresses	136
a. Die Ausweichpflicht	136
aa. Allgemeines	136
bb. Ausweichpflicht bei ehelichen und familiären Auseinandersetzungen	137
b. Das Eingehen eines Risikos	139
aa. Der Gedanke der Duldungspflicht?	139
bb. Der Gedanke der Gefahrtragungspflicht	140
III. Rechtliche Folgen einer Überschreitung der Grenzen des Notwehrrechtes	141
Teil 2: Das thailändische Recht	144
§ 8. Geschichtliche Übersicht über die Entwicklung des thailändischen Rechts	144
I. Das alte Recht	144
1. Die Sukothai-Epoche (1238-1350)	144
2. Die Ayudaya-Epoche (1351-1767)	144
3. Die Bangkok-Epoche vor der modernen Kodifikation (1767-1851)	146
II. Die moderne Kodifikation (ab 1851)	146
1. Gründe für die Reform des thailändischen Rechtssystems	146
a. Äußere Ursachen	146
aa. Der Imperialismus	146
bb. Die Einführung der europäischen Technologien in Siam	148
b. Innere Ursachen	148
aa. Die wirtschaftliche Blütezeit in Siam seit 1855	148
bb. Inhaltliche Kritik am thailändischen Recht	148
2. Die Justizreform	149
3. Die Rezeption des englischen Rechts in Siam	149
4. Die erste moderne Kodifikation des thailändischen StGB des Jahres 1908	151
§ 9. Die Grundprinzipien des thailändischen Notwehrrechts	153
I. Das natürliche Recht	153
II. Die spezialpräventive Lehre	153
III. Der Mangel an obrigkeitlicher Hilfe	153
IV. Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen	154
V. Der Gesichtspunkt des gesellschaftlichen Nutzens	154
VI. Zur Kritik an der thailändischen Literatur	154
§ 10. Die Voraussetzungen des thailändischen Notwehrrechts	156
I. Das alte Recht (der Codex der drei Siegel)	156
1. Das Gesetz über den Streit und die Prügelei („wi-wart“)	156
2. Das Gesetz über die Ehe („phua mia“)	156
3. Das Gesetz über die Räuberei („djohn“)	156
II. Das thailändische StGB von 1908	157
III. Das geltende thailändische StGB von 1957	158
1. Die Voraussetzungen der Notwehrlage	158

a. Der Angriff	158
b. Die Rechtswidrigkeit des Angriffs	159
c. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs	161
d. Der Ausschluss des Notwehrrechts	163
aa. Derjenige, der die Auseinandersetzung als ursprünglicher Angreifer begonnen hat, darf sich nicht auf Notwehr berufen	164
bb. Derjenige, der freiwillig mit einem anderen kämpft, darf sich nicht auf Notwehr berufen	164
cc. Derjenige, der in einen Angriff eingewilligt hat, darf sich nicht auf Notwehr berufen	165
dd. Derjenige, der den Angriff absichtlich herausgefordert hat, um einen Vorwand zu haben, den Angreifer zu verletzen, darf sich nicht auf Notwehr berufen	165
2. Der Täter handelt, um ein eigenes oder ein fremdes Recht zu schützen	166
a. Selbstverteidigung und Nothilfe	166
b. Die notwehrfähigen Güter	167
c. Die Beschränkung der Notwehr auf den Angreifer und seine Rechtsgüter	167
d. Keine Ausweichpflicht	168
e. Der Verteidigungswille	169
3. Die Abwehrhandlung muss im richtigen Verhältnis zum Angriff stehen	170
§ 11. Die Grenzen der Notwehr im thailändischen Recht	171
I. Die Grenzen des Notwehrrechts im Codex der drei Siegel	171
II. Die Grenzen des Notwehrrechts im thailändischen StGB von 1908	171
1. Die Abwehrhandlung darf nicht außer Verhältnis zum Angriff stehen	171
2. Die Abwehrhandlung darf die gesetzlichen Befugnisse nicht überschreiten	172
III. Die Grenzen des Notwehrrechts im geltenden thailändischen StGB von 1957	172
1. Die Abwehrhandlung darf nicht außer Verhältnis zum Angriff stehen	172
a. Allgemeines	172
b. Der Standpunkt des thailändischen Schrifttums	173
c. Der Standpunkt der thailändischen Rechtsprechung	175
2. Die Grenze der notwendigen Abwehr darf nicht überschritten werden	176
a. Der Standpunkt der thailändischen Literatur	176
aa. Zur Kritik an Tingsapats Auffassung	177
bb. Zur Kritik an Sangoudhais Meinung	177
cc. Zum eigenen Lösungsvorschlag	177
b. Der Standpunkt der thailändischen Rechtsprechung	178
§ 12. Das Notwehrrecht in ehelichen, familiären und sonstigen Beziehungen als Ausnahmefall?	180
I. Der Standpunkt der Rechtsprechung	180
1. Die Notwehrlage	180

2. Die Grenzen des Notwehrrechts	180
II. Der Standpunkt des Schrifttums	182
Zusammenfassung	183

Teil 1: Das deutsche Recht

§ 1. Die Grundprinzipien des Notwehrrechts

In der Literatur¹ heute vorherrschend ist eine auch von der Rspr.² gebilligte dualistische Notwehrbegründung, die davon ausgeht, dass die Notwehr gemäß § 32³ auf den beiden Gedanken des Individualschutzes einerseits und der Rechtsbewährung andererseits beruht, aus denen jeweils Folgerungen hinsichtlich des Umfangs und der Tragweite der Notwehrregelung zu ziehen sind. Diese dualistische Notwehrkonzeption hat auch in der Begründung der Gesetzesmaterialien ihren Niederschlag gefunden⁴. Allerdings halten einige Autoren entweder allein das Individualschutzprinzip oder aber ausschließlich das Rechtsbewährungsprinzip für maßgeblich. Demgegenüber befürworten andere

¹ Vgl. Roxin, AT³, 1997, § 15, Rn. 1; ders., ZStW 75 (1963), 566 f.; ders.,² 1973, 26 f.; ders., Schaffstein-FS, 1975, 116; ders., Jescheck-FS I, 1985, 459; ders., JZ 2000, 99; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB²⁶, 2001, § 32, Rn. 1, 1a; Jescheck/Weigend, AT⁵, 1996, § 32, 12 (S. 337), § 32 III 3; Herzog, NK², 2001, § 32, Rn. 92, 99; Tröndle/Fischer, StGB⁵⁰, 2001, § 32, Rn. 2; Lenckner/Kühl, StGB²⁴, 2001, § 32, Rn. 1; Baldus, LK⁹, 1974, § 53, Rn. 1; Spendl, LK¹⁰, 1985, § 32, Rn. 14; Samson, SK², 1977, § 32, Rn. 2; Maurach/Zipf, AT/I⁸, 1992, § 26 I, Rn. 4; Bockelmann/Volk, AT¹, 1987, § 15 I 3; Wessels/Beulke, AT³¹, 2002, § 8 V 2, Rn. 343; Eser/Burkhardt I¹, 1992, Fall 10, Rn. A 33, Rn. 4; Otto, AT⁴, 2000, § 8 II, Rn. 17; ders., Würtenberger-FS, 1977, 138; Blei, AT¹⁸, 1983, § 39 III; Haft, AT⁸, 1998, § 4, 2b; Ebert, AT³, 2001, 71 f.; ders., JZ 1983, 637; Stiller, 1999, 129; Suppert, 1973, 374; Courakis, 1978, 74; Choi, 1988, 12; Born, 1984, 28 f.; Felber, 1979, 88 ff., 95 ff., 132 f.; Himmelreich, 1971, 84, 92; Perron, 1991, 87; Marxen, 1979, 31; Krause, Bruns-FS, 1978, 81 f.; ders., GA 1979, 331 f.; Seebode, Krause-FS, 1990, 380; Bockelmann, Honig-FS, 1970, 30; ders., Dreher-FS, 1977, 243; Stree, JuS 1973, 462; H. Schröder, JR 1962, 188; ders., JuS 1973, 158; Schumann, JuS 1979, 560, 564; Kühl, Triffterer-FS, 1996, 150; ders., JuS 1993, 179; ders., Jura 1990, 247; ders., Bemmelen-FS, 1997, 198; ders., AT¹, 2002, § 7, Rn. 6 ff.; Krey, JZ 1979, 714; Hirsch, Dreher-FS, 1977, 217, 223; Lenckner, GA 1968, 3 ff.; ders., GA 1961, 309; ders., GA 1985, 300, 307; ders., 1965, 24, 137; ders., JZ 1973, 254; Rudolph, JuS 1969, 464; ders., A. Kaufmann-GS, 1989, 386, 394; ders., JR 1991, 211; Geilen, Jura 1981, 200; Hinz, JR 1993, 355 f.; Wimmer, GA 1983, 157; Pelz, NSfZ 1995, 307 f.; Bertel, ZStW 84 (1972), 7 f.; Warda, Jura 1990, 346; ders., GA 1996, 406; Hassemer, JuS 1973, 61; ders., Bockelmann-FS, 1979, 239; Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 177; Seelmann, ZStW 89 (1977), 44; Kunz, ZStW 95 (1983), 987; Wohlers, JZ 1999, 437; Ameling, GA 1982, 392; Eue, JZ 1990, 766; Seier, NJW 1987, 2479; Satzger, JuS 1997, 803; Sternberg-Lieben, JA 1996, 130; Saurau, NSfZ 1988, 451; Kudlich, JuS-Lernbogen 11/99, S. L 86 f.; Kretschmer, Jura 2002, 115; Gropengießer, Jura 2000, 264; ders., JR 1998, 90; Eggert, NSfZ 2001, 228; Schröder, JuS 2000, 238; Thiel, 2000, 83 f., 158; D./I. Sternberg-Lieben, JuS 1999, 446; Wittermann, 1997, 11; Kuhn, 2001, 109; Schaffstein, Schröder-GS, 1978, 112 f.; Radtke, JuS 1993, 579; Kindhäuser, LPK-StGB¹, 2002, § 32, Rn. 1; Drescher, JR 1994, 424; Eser, Nishihara-FS, 1998, 55 f.; Krey, AT I, 2001, § 12, Rn. 424; Vormbaum, JR 1992, 164; Ellerbrok, 2001, 22; Riemenschneider/Paetzold, Jura 1996, 319; Sangvirojanapat, Dunlapaha 52 (4:1996), 134; auch Fechner, 1991, 172 f., der aber nicht vom Rechtsbewährungsprinzip, sondern vom Prinzip des strafgesetzlich bestätigten Normzusammenhangs spricht; ebenso schon Lobe, 1933, 34; Hold v. Ferneck, 1905, 136; v. Bar, 1909, 142 f.

² Vgl. BGHSt 24, 356, 359; BGH NJW 1980, 2263; BGH MDR 1972, 792; RGSt 21, 168, 170; 55, 82, 85 f.; BSG JZ 2000, 97.

³ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁴ Vgl. die Begründung zu § 37 E 62, S. 156 f. (BT-Drucks. IV/650, 156 f.).

wiederum weder das Individualschutzprinzip noch das Rechtsbewährungsprinzip; das Notwehrrecht lasse sich vielmehr aus anderen Rechtsgedanken herleiten. Das Ganze bedarf mithin der näheren Erläuterung.

A. Monistische Notwehrbegründungen

I. Die Maßgeblichkeit allein des Individualschutzprinzips

1. Zum Begriff des Individualschutzprinzips

Das Individualschutzprinzip besagt, dass jeder das natürliche Recht hat, zum Schutz eigener oder fremder Rechtsgüter Notwehr zu üben, ohne erst weitere Gründe dafür vorbringen zu müssen⁵. Dieser Gedanke lässt sich aus der Naturrechtslehre herleiten, wofür es aber verschiedene Begründungen gibt, die im folgenden zu erörtern sind.

a. Der Selbsterhaltungstrieb des Menschen?

Man ging im klassischen Altertum, etwa bei Aristoteles und der Stoa⁶ sowie bei Hunnius⁷, davon aus, dass sich aus dem Selbsterhaltungstrieb des Menschen das Recht ableiten lasse, sich selbst gegen einen Angriff zu verteidigen. Dem folgt ein Teil des Schrifttums⁸. Mir erscheint das bedenklich⁹. Denn der Selbsterhaltungstrieb (instinctus naturalis se defendendi) zwingt nicht unbedingt zur Selbstverteidigung. Es kann genauso gut auch sein, dass man aufgrund dieses Selbsterhaltungstriebes vor Angriffen flieht.

b. Die Pflicht zur Notwehr oder Nothilfe?

Die Ausübung von Notwehr¹⁰ und Nothilfe¹¹ wird von einigen Autoren nicht nur als ein Recht, sondern auch als eine Pflicht des Berechtigten gegenüber sich selbst

⁵ Vgl. Jescheck/Weigend, AT⁵, 1996, § 32 I 1 (S. 336); Kohl, AT⁴, 2002, § 7, Rn. 8.

⁶ Vgl. Bitzilekis, 1984, 24. Bei der Notwehr spricht Aristoteles von „Zwangslagen“. Hier geht er von dem Begriff des „Hekusion“ (Freiwilligen) und dem des „Akusion“ (Unfreiwilligen) aus, nimmt aber überwiegend hekusiche Handlungen an, vgl. Welzel, 1980, 28 ff., 37.

⁷ Vgl. Schaffstein, 1930 (Nachdruck 1973), 70.

⁸ Vgl. Jagusch, LK⁸, 1957, § 53, Anm. 1; Spendel, LK¹⁰, 1985, § 32, Rn. 11; Klose, ZStW 89 (1977), 86; Joecks, StGB³, 2001, § 32, Rn. 2; Kinnen, MDR 1974, 633.

⁹ Zur Kritik siehe auch Haas, 1978, 195 f.

¹⁰ Vgl. hierzu Obrecht, Berlich und Carpzon (vgl. Schaffstein, 1930 (Nachdruck 1973), 70; v. Bar, 1909, 130), aber auch Köstlin (vgl. Himmelreich, 1971, 72; Frister, GA 1988, 296).

¹¹ So etwa Harpprecht (vgl. Schaffstein, 1930 (Nachdruck 1973), 80) und Berlich (vgl. Haas, 1978, 59 f.).

und der
nur ein
Maurac
Dritter
zu über
von der
setzen
Rechtsv
enthalte

Individ
das Sel
Staat n
unerhet
vom St
wäre,

¹² Vgl. B
Himmelr
¹³ Vgl. B
¹⁴ Vgl. M
¹⁵ Vgl. H
¹⁶ Ausfül
¹⁷ Z.B. b
FS, 1998
H.Mayer
Rechtlö
es mit W
wurde, v
rechtlös"
nach Zac
meinen,
Staates, o
kein Rec
Himmelr
¹⁸ Vgl. R
1985, § 99; H.M.
Koch, Z
NSTZ 19
1894, 13
362). Zu
jüngerer

und der Gesellschaft aufgefasst. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen, die Notwehr ist nur ein Recht und keine Pflicht¹², das gleiche gilt auch für die Nothilfe¹³. Deshalb ist Maurach/Zipf¹⁴ nicht beizupflichten, wenn sie meinen, im Falle des § 323 c sei ein Dritter verpflichtet, dem Angegriffenen zu helfen, und dies sei auf das Notwehrrecht zu übertragen. Denn die Voraussetzungen für eine Verwirklichung des § 323 c sind von den Voraussetzungen für die Erfüllung des § 32 zu unterscheiden: zum einen setzen die Voraussetzungen für die Verwirklichung des § 323 c keine Rechtswidrigkeit des Angriffs voraus¹⁵, und zum anderen gilt die in § 323 c enthaltene Zumutbarkeitsklausel nicht für das Notwehrrecht¹⁶.

c. Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag?

Schließlich, so heißt es bei einigen Autoren¹⁷, lasse sich das Individualschutzprinzip aus der Lehre vom Gesellschaftsvertrag herleiten, nach der das Selbsthilferecht des einzelnen als vorstaatliches Recht wieder auflöbe, wenn der Staat nicht in der Lage sei, seine Bürger zu schützen. Dem folgt ein nicht unerheblicher Teil des Schrifttums¹⁸. Das Wesen der Notwehr lässt sich aber nicht vom Staatsbegriff des contract social ableiten. Denn wenn diese Auffassung richtig wäre, dürfte der Angegriffene sich gegen einen rechtswidrigen Angriff von

¹² Vgl. Bockelmann/Volk, AT¹, 1987, § 15 I 4; Bitzilekis, 1984, 65; Schmidhäuser, GA 1991, 118 f.; Himmelreich, 1971, 73; v. Hippel, 1930 (Nachdruck 1971), 203, Fn. 5.

¹³ Vgl. Bockelmann/Volk, AT¹, 1987, § 15 I 4; Köhler, AT, 1997, 276.

¹⁴ Vgl. Maurach/Zipf, AT/¹, 1992, § 26 II, Rn. 51.

¹⁵ Vgl. Haas, 1978, 256.

¹⁶ Ausführlich hierzu § 3 I 1 (S. 41).

¹⁷ Z.B. bei Grotius, Rousseau, Kant (vgl. Bitzilekis, 1984, 25) und Hobbes (vgl. Klesczewski, Wolff-FS, 1998, 231). Kant versteht den Gesellschaftsvertrag als Idee und nicht als historische Tatsache (vgl. H.Mayer, Engisch-FS, 1969, 59). Nach Fichte führt der vom Rechtsbrecher verletzte Staatsvertrag zur Rechtlosigkeit des Rechtsverbrechens. Er meint, „Wer den Bürgervertrag in einem Stücke verletzt, sei es mit Willen, oder aus Unbedachtsamkeit, da, wo im Vertrage auf seine Besonnenheit gerechnet wurde, verliert der Strenge nach dadurch alle seine Rechte als Bürger und Mensch, und wird völlig rechtlos“ (Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, 260, zit. nach Zaczky, 1981, 97); dagegen Bitzilekis, 1984, 34; Zaczky, 1981, 101 sowie Kuhl, 1997, 330 f., die meinen, es handele sich hier nicht um eine Frage des Notwehrrechts, sondern um die Berechtigung des Staates, den Verletzer des Bürgervertrages aus dem Staat auszuschließen. Nach Himmelreich kann es kein Recht der Notwehr geben, wo das gesamte rechtliche Verhältnis aufgehoben ist. (vgl. Himmelreich, 1971, 73).

¹⁸ Vgl. Roxin, AT¹, 1997, § 15, Rn. 2; Jescheck/Weigend, AT⁵, 1996, § 32 I 1 (S. 336); Spendl, LK¹⁰, 1985, § 32, Rn. 4; Kühl, AT⁴, 2002, § 7, Rn. 8; ders., JuS 1993, 179; Günther, SK⁷, 1999, § 32, Rn. 12, 99; H.Mayer, AT, 1967, § 22 I 1 c) (S. 97); Klose, ZStW 89 (1977), 86; Krause, Bruns-FS, 1978, 74; Koch, ZStW 104 (1992), 790; Delonge, 1988, 71; Kinnen, MDR 1974, 633; Fletcher, 1993, 37; Pelz, NSIZ 1995, 307 f.; Graf zu Dohna, 1905, 130; v. Feuerbach, Lehrbuch, ¹¹1832, § 36, § 37; v. Buri, 1894, 134. Im gleichen Sinne die Entstehungsgeschichte des Preuß. StrGB (vgl. Goltdammer, 1851, 362). Zu dem älteren Schrifttum des von Immanuel Kant inspirierten, schon vor 1800 einsetzenden sog. jüngeren deutschen Naturrechts, ausführlich Kuhl, 1997, 326 ff.

vornherein nicht selbst verteidigen, wenn der Staat in der Lage ist, den Angegriffenen vor dem rechtswidrigen Angriff zu schützen, und zwar unabhängig davon, ob die Selbstverteidigung im Vergleich zur staatlich organisierten Abwehr das mildere Mittel wäre. Das würde dem Erforderlichkeitsmerkmal widersprechen. Außerdem würde der Angreifer für vogelfrei erklärt¹⁹. Und überhaupt geht es beim Gedanken des Gesellschaftsvertrages gar nicht um die Frage: Warum hat man das Notwehrrecht? Vielmehr geht es bei der Lehre des Gesellschaftsvertrages allein um die Frage: Wie entsteht der Staat? Mit dem Notwehrrecht hat der Gedanke des Gesellschaftsvertrages nichts zu tun²⁰.

d. Das Urrecht des Menschen

Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen²¹, dass das Selbstverteidigungsrecht ein Urrecht des Menschen darstellt, das viel älter ist als der Staat. Dem ist man auch im Schrifttum teilweise gefolgt²². Im Gegensatz zum Gedanken des Gesellschaftsvertrages ist dieser Auffassung nach das Selbstverteidigungsrecht von der Hilfsbereitschaft des Staates unabhängig, das Recht auf Notwehr bleibt dem Einzelnen auf jeden Fall erhalten. Das bedeutet aber nicht, dass es dabei keine Grenzen des Notwehrrechtes gibt, da es hier letztlich nur um die Frage geht, warum überhaupt man das Notwehrrecht hat.

Man könnte freilich das Selbstverteidigungsrecht auch als eine vom Staat abgeleitete Gewaltermächtigung betrachten, wie einige Autoren²³ dies meinen. Daraus ergäbe sich, dass es ohne den Staat kein Selbstverteidigungsrecht geben könnte. Mit anderen Worten: das Selbstverteidigungsrecht wäre vom Vorhandensein des Staates abhängig. Dies ist aber wenig überzeugend. In Wahrheit wird das Selbstverteidigungsrecht nicht vom Gesetzgeber geschaffen, sondern von ihm bereits

¹⁹ Vgl. Kühl, 1997, 330; Kłeszczewski, Wolff-FS, 1998, 231.

²⁰ Ähnlich Himmelreich, 1971, 72, der aber darauf abstellt, dass der Staat durch den Gesellschaftsvertrag das ureigenste Selbsterhaltungsrecht des einzelnen rauben würde.

²¹ So z.B. Samuel Pufendorf (vgl. Bitzilekis, 1984, 25 f.; Haas, 1978, 82).

²² Vgl. Jescheck/Weigend, AT¹, 1996, § 32 I 1 (S. 336); Tröndle/Fischer, StGB⁵⁰, 2001, § 32, Rn. 2; Spendel, LK¹⁰, 1985, § 32, Rn. 15; Kühl, AT⁴, 2002, § 7, Rn. 8; ders., JuS 1993, 179; ders., Jura 1990, 247; Krause, Bruns-FS, 1978, 74; Krey, JZ 1979, 713; Sax, JZ 1977, 329, Fn. 18; Constadinidis, 1982, 107; Himmelreich, 1971, 72; Wacke, Jura 1991, 166; Suppert, 1973, 43 f.; Hälschner, Strafrecht I, 1881, 477; v. Bar, 1909, 140.

²³ Vgl. Seelmann, ZStW 89 (1977), 57; Schwabe, NJW 1974, 671; Nagler-Jagusch, LK⁷, I (1954), § 53 a.F. Anm. IV 1 (S. 371); Merten, 1975, 56; Bitzilekis, 1984, 28; Haas, 1978, 146; H. Mayer, AT, 1967, 96; Graf zu Dohna, 1905, 130; dagegen Koriath, Müller-Dietz-FS, 2001, 368.

vorgefunden und anerkannt. Nicht überzeugend ist auch die Auffassung von Klose²⁴, wenn er meint, Notwehr habe obersten Verfassungsrang. Das geht zu weit, da es dem Grundsatz des Vorrangs der Verfassung widersprechen würde.

2. Die Folgerungen aus dem Individualschutzprinzip

Auf der Grundlage des Individualschutzprinzips erfasst daher das Notwehrrecht erstens²⁵ nicht Rechtsgüter der Allgemeinheit, sondern nur Individualrechtsgüter, darf zweitens²⁶ die Nothilfe nicht dem Willen des Angegriffenen widersprechen und kommt drittens²⁷ beim untauglichen Versuch kein Notwehrrecht in Betracht, weil hier keine Gefährdung für ein Individualrechtsgut gegeben ist.

Einige Autoren²⁸ sind der Ansicht, dass das Merkmal der Gegenwärtigkeit des Angriffs für den individualrechtlichen Ausgangspunkt des Notwehrrechts spreche. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Wenn der Angriff abgeschlossen ist, fehlt es nämlich nicht nur am Individualschutz-, sondern auch am Rechtsbewährungsinteresse, da die Notwehr in diesem Fall nicht zur Bewährung der Rechtsordnung dient, es sich bei der Reaktion gegen den Angreifer vielmehr nur um Rache handelt. Gegen die Auffassung, dass das Merkmal der Gegenwärtigkeit des Angriffs für die individualrechtliche Notwehrlehre spreche, ist außerdem einzuwenden, dass der Angegriffene dann doch dem Angriff ausweichen müsste, auch wenn ein

²⁴ Vgl. Klose, ZStW 89 (1977), 87f. sowie Klug, H. Peters-GS, 1967, 440.

²⁵ Vgl. Roxin, AT³, 1997, § 15, Rn. 1; ders., ZStW 93 (1981), 75; Jescheck/Weigend, AT³, 1996, § 32 (S. 337); Gropp, AT², 2001, § 6, Rn. 69. Das würde aber nicht bedeuten, dass die Notwehr allein zum Schutz der Individualrechtsgüter und nicht zur Bewährung der Rechtsordnung diente, wie Montenbruck, 1983, 25, meint. Vielmehr sind die Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des Staates nicht notwehrfähig, weil dies dem Rechtsgedanken des staatlichen Gewaltmonopols widersprechen würde.

²⁶ Vgl. BGHSt 5, 245, 248; BGH StV 1987, 59. Das Schrifttum hat sich dieser Meinung ganz überwiegend angeschlossen, vgl. Roxin, AT³, 1997, § 32, Rn. 1; ders., ZStW 93 (1981), 76; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB²⁶, 2001, § 32, Rn. 25/26; Krey, AT I, 2001, § 12, Rn. 523; Hassemer, JuS 1977, 478, Fn. 2; Ebert, AT³, 2001, 72; Born, 1984, 178 f.; Sangviroatjanapat, Dunlapaha, 52 (4:1996), 148, Fn. 82; Kinnen, MDR 1974, 633; Thiel, 2000, 82; schon v. Bar, 1909, 194 f. Ebenso im Ergebnis, aber mit anderen Begründungen: Kargl, ZStW 110 (1998), 63 f., der meint, das Nothilferecht lasse sich auf eine intersubjektivistische Begründung zurückführen, sowie Seier, NJW 1987, 2480 ff., der das „Nothilfeverbot“ als Unterlassungsgestattung betrachtet, dessen Wirksamkeit von den Einwilligungsregeln abhängig sei. Dass die Nothilfe in diesem Fall allein individualrechtlich und nicht überindividualrechtlich begründbar ist, wird uns an anderer Stelle beschäftigen (vgl. dazu unter § 1 A II 4, S. 18 ff.).

²⁷ Vgl. Roxin, AT³, 1997, § 32, Rn. 1; ders., ZStW 93 (1981), 75; Fuchs, 1986, 44; Kargl, ZStW 110 (1998), 56; Thiel, 2000, 84. Ebenfalls, aber im Rahmen einer überindividualistischen Notwehrkonzeption heben folgende Autoren die Ablehnung des Notwehrrechtes beim untauglichen Versuch hervor: Bitzilekis, 1984, 59; Schmidhäuser, GA 1991, 130 f.

²⁸ Vgl. Fuchs, 1986, 45; Felber, 1979, 88 f.; Wagner, 1984, 18.

rechtswidriger, gegenwärtiger Angriff vorläge. Denn nur so könnte der Angegriffene seine Rechtsgüter in optimaler Weise vor dem Angriff schützen.

3. Die Inkonsistenz des Verzichts auf Ausweichpflicht und Verhältnismäßigkeitsprinzip

Zwar liegt der Notwehr ersichtlich zunächst der Gedanke des Selbstschutzes zugrunde, wenn § 32 II vom Angriff „auf sich oder einen anderen“ und nicht von einem „Angriff auf die Rechtsordnung“ spricht²⁹. Es lässt sich aber allein mittels des auf das private Schutzinteresse des einzelnen abstellenden Aspekts der Notwehrkonzeption nicht erklären, warum ein Angegriffener bei der Notwehr nicht die Flucht ergreifen muss³⁰. Wenn sich das Notwehrrecht allein auf das Individualschutzprinzip zurückführen ließe, dann müsste der Angegriffene doch fliehen, weil er dadurch seine Rechtsgüter vor einem rechtswidrigen, gegenwärtigen Angriff zumindest genauso gut oder aber sogar besser schützen könnte. Ein weiteres Problem einer rein individualistischen Notwehrbegründung besteht darin, die besondere Schärfe des Notwehrrechts, den prinzipiellen Verzicht auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes³¹, überzeugend zu erklären³².

²⁹ Vgl. Fuchs, 1986, 43.

³⁰ Vgl. Roxin, AT³, 1997, § 15, Rn. 2; ders., ZStW 93 (1981), 70 f.; ders., Schaffstein-FS, 1975, 116; ders., ²1973, 26; ders., Jescheck-FS I, 1985, 459; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB²⁶, 2001, § 32, Rn. 1a, 40; Ebert, AT³, 2001, 76; Wessels/Beulke, AT³², 2002, § 8 V 2, Rn. 339; Samson, SK¹, 1977, § 32, Rn. 19; Blei, AT¹⁸, 1983, § 39 III; Haft, AT³, 1998, § 4 2 b) (S. 85); Haas, 1978, 309 f., 354; Bitzilekis, 1984, 46; Perron, 1991, 87; Stiller, 1999, 42 f.; Kühn, 1993, 181; ders., Triffterer-FS, 1996, 150; Otto, Würtenberger-FS, 1977, 139; Rudolphi, A. Kaufmann-GS, 1989, 386; Lenckner, GA 1985, 300; ders., GA 1961, 309; ders., GA 1968, 3; ders., JZ 1973, 254; Warda, Jura 1990, 347; Geilen, Jura 1981, 315 f.; Bertel, ZStW 84 (1972), 8; Hinz, JR 1993, 355 f.; Kargl, ZStW 110 (1998), 41; H. Schröder, JR 1962, 188; Eggert, NSZ 2001, 228; D./I. Sternberg-Lieben, JuS 1999, 446; Kühn, 2001, 109, 172, wo richtigerweise die überindividualistische Komponente zur Verneinung der Ausweichpflicht herangezogen wird.

³¹ Vgl. Roxin, AT³, 1997, § 15, Rn. 47; Jescheck/Weigend, AT⁵, 1996, § 32 II 2 b) (S. 343); Tröndle/Fischer, StGB⁵⁰, 2001, § 32, Rn. 17; Lackner/Kühl, StGB²⁴, 2001, § 32, Rn. 11; Maurach/Zipf, AT/I, 1992, § 26 II, Rn. 30; Kühl, AT⁴, 2002, § 7, Rn. 4, 116; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB²⁶, 2001, § 32, Rn. 34; Jakobs, AT¹, 1993, 12/30; dagegen Lilie, Hirsch-FS, 1999, 288.

³² Vgl. Roxin, AT³, 1997, § 15, Rn. 2; ders., ZStW 93 (1981), 71; ders., ²1973, 26; ders., Schaffstein-FS, 1975, 116; ders., Jescheck-FS I, 1985, 459; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB²⁶, 2001, § 32, Rn. 1a; Samson, SK¹, 1977, § 32, Rn. 19; Ebert, AT³, 2001, 76; Blei, AT¹⁸, 1983, § 39 III (S. 149); Haft, AT³, 1998, § 4 2 b) (S. 85); Felber, 1979, 90; Bitzilekis, 1984, 46 f., 126; Stiller, 1999, 70; Lührmann, 1999, 55; Haas, 1978, 309 f.; Kühn, 2001, 109; Kühl, JuS 1993, 181; Rudolphi, A. Kaufmann-GS, 1989, 386; Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 177; Bertel, ZStW 84 (1972), 8; Lenckner, GA 1968, 3; Hinz, JR 1993, 355; Born, 1984, 28; D./I. Sternberg-Lieben, JuS 1999, 446. Bei all diesen Autoren wird richtigerweise die überindividualistische Komponente zur Verneinung des Verhältnismäßigkeitsprinzips herangezogen, vgl. dazu schon RGSt 55, 85 f.: Ein „Rücksicht auf die Verhältnismäßigkeit der Güter“ könnte „unmöglich da gerechtfertigt sein, wo das Recht im Kampf gegen das Unrecht geschützt werden soll“. Nicht zutreffend Schmidhäuser, Honig-FS, 1970, 194, dessen Gedanke aber auf dem Begriff „die empirische Geltung der Rechtsordnung“ beruht, im Jahre 1991 gründet er den Verzicht auf das