

*Münchner 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

## Münchner 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

1

## 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 Unrecht des Menschen

4

## 2. Die Folgerungen aus dem Individualschutzprinzip

5

## 3. Die Inkonsequenz 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 Kleszczewskis Meinung

30

## III. Zur Kritik an Kargls Auffassung

31

## IV. Zur Kritik an Leschs Meinung

32

## § 2. Geschichtliche Übersicht über das Notwehrrecht

33

## 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

<b>§ 3. Lösungsvorschläge zur Notwehreinschränkung</b>	<b>41</b>
I. Allgemeine Rechtsgrundsätze	41
1. Das Zumutbarkeitsprinzip	41
2. Das Rechtsmissbrauchsprinzip	41
3. Das Güterabwägungsprinzip	44
4. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	45
II. Strafrechtliche Grundsätze	47
1. Das Garantenprinzip	47
2. Restriktive Auslegung des Begriffs des „rechtswidrigen Angriffs“	47
3. Das Merkmal der „Gebotenheit“ als gesetzlicher Anhaltspunkt für eine Notwehreinschränkung	51
<b>§ 4. Die Ausfüllung der Gebotenheitsklausel durch die zwei Grundprinzipien des Notwehrrechts</b>	<b>54</b>
I. Der schuldlose oder in seiner Schuld wesentlich geminderte Angriff	54
II. Der unerhebliche Angriff	56
III. Der vom Angegriffenen rechtswidrig provozierte Angriff	62
<b>§ 5. Die Frage der Notwehreinschränkungen innerhalb ehelicher, familiärer und sonstiger Lebensgemeinschaften</b>	<b>77</b>
A. Der Standpunkt des BGH	77
B. Der Standpunkt des Schrifttums	79
I. Keine Einschränkung des Notwehrrechts	79
1. Die Notwehreinschränkung als Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip?	79
a. Das Analogieverbot	80
aa. Die Grenzen der Auslegung im Strafrecht	80
bb. Das Erforderlichkeitsmerkmal als Begrenzung der Einschränkung der Eehgattennotwehr?	82
cc. Das Analogieverbot und der Allgemeine Teil des StGB	83
dd. Analogieverbot und Rechtfertigungsgründe	84
b. Das Bestimmtheitsgebot und die Gebotenheitsklausel 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

<b>§ 6. Der eigene Lösungsvorschlag</b>	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 Schutzpflicht	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. Nichteheliche und gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Art. 6 I GG	113
1. Definitionen	113
2. Das Institut der Ehe und die nichteheliche Lebensgemeinschaft	114
3. Das Institut der Ehe und die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft	115
4. Das Institut der Familie im Zusammenhang mit der nichtehelichen und der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft	118
IV. Art. 6 I GG als Rechtsgrundlage zur Einschränkung des Notwehrrechts	119
1. Notwehreinschränkungen innerhalb ehelicher und familiärer Lebensgemeinschaften	119
2. Notwehreinschränkungen innerhalb nichtehelicher und gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften?	119
3. Notwehreinschränkungen innerhalb anderer Beziehungen?	120
V. Die Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes?	121
<b>§ 7. Die Grenzen des Notwehrrechtes innerhalb ehelicher, familiärer und sonstiger Lebensgemeinschaften</b>	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 Erfüllung 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
<b>Teil 2: Das thailändische Recht</b>	<b>144</b>
<b>§ 8. Geschichtliche Übersicht über die Entwicklung des thailändischen Rechts</b>	<b>144</b>
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
<b>§ 9. Die Grundprinzipien des thailändischen Notwehrrechtes</b>	<b>153</b>
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
<b>§ 10. Die Voraussetzungen des thailändischen Notwehrrechtes</b>	<b>156</b>
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
<b>§ 11. Die Grenzen der Notwehr im thailändischen Recht</b>	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
<b>§ 12. Das Notwehrrecht in ehelichen, familiären und sonstigen Beziehungen als Ausnahmefall?</b>	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 Literatur<sup>1</sup> heute vorherrschend ist eine auch von der Rspr.<sup>2</sup> gebilligte dualistische Notwehrbegründung, die davon ausgeht, dass die Notwehr gemäß § 32<sup>3</sup> 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 gefunden<sup>4</sup>. Allerdings halten einige Autoren entweder allein das Individualschutzprinzip oder aber ausschließlich das Rechtsbewährungsprinzip für maßgeblich. Demgegenüber befürworten andere

<sup>1</sup> Vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 1997, § 15, Rn. 1; ders., ZStW 75 (1963), 566 f.; ders., <sup>2</sup>1973, 26 f.; ders., Schaffstein-FS, 1975, 116; ders., Jescheck-FS I, 1985, 459; ders., JZ 2000, 99; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB<sup>26</sup>, 2001, § 32, Rn. 1, 1a; Jescheck/Weigend, AT<sup>5</sup>, 1996, § 32, 12 (S. 337), § 32 III 3; Herzog, NK<sup>2</sup>, 2001, § 32, Rn. 92, 99; Tröndle/Fischer, StGB<sup>30</sup>, 2001, § 32, Rn. 2; Lenckner/Kühl, StGB<sup>24</sup>, 2001, § 32, Rn. 1; Baldus, LK<sup>9</sup>, 1974, § 53, Rn. 1; Spendel, LK<sup>10</sup>, 1985, § 32, Rn. 14; Samson, SK<sup>2</sup>, 1977, § 32, Rn. 2; Maurach/Zipf, AT/1<sup>8</sup>, 1992, § 26 I, Rn. 4; Bockelmann/Volk, AT<sup>7</sup>, 1987, § 15 I 3; Wessels/Beulke, AT<sup>32</sup>, 2002, § 8 V 2, Rn. 343; Eser/Burkhardt I<sup>1</sup>, 1992, Fall 10, Rn. A 33, Rn. 4; Otto, AT<sup>6</sup>, 2000, § 8 II, Rn. 17; ders., Württemberg-FS, 1977, 138; Blei, AT<sup>18</sup>, 1983, § 39 III; Haft, AT<sup>8</sup>, 1998, § 4, 2b; Ebert, AT<sup>3</sup>, 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.; Himmele, 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., Bemmman-FS, 1997, 198; ders., AT<sup>4</sup>, 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; Rudolphi, 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, NSiZ 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; Amelung, GA 1982, 392; Eue, JZ 1990, 766; Seier, NJW 1987, 2479; Satzger, JuS 1997, 803; Sternberg-Lieben, JA 1996, 130; Sauren, NSiZ 1988, 451; Kudlich, JuS-Lernbogen 11/99, S. L 86 f.; Kretschmer, Jura 2002, 115; Gropengießer, Jura 2000, 264; ders., JR 1998, 90; Eggert, NSiZ 2001, 228; Schröder, JuS 2000, 238; Thiel, 2000, 83 f., 158; D./I. Sternberg-Lieben, JuS 1999, 446; Wittemann, 1997, 11; Kühn, 2001, 109; Schaffstein, Schröder-GS, 1978, 112 f.; Radtke, JuS 1993, 579; Kindhäuser, LPK-StGB<sup>1</sup>, 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; Sangviroatjanapat, 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>4</sup> 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 müssen<sup>5</sup>. 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 Stoa<sup>6</sup> sowie bei Hunnius<sup>7</sup>, 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 Schrifttums<sup>8</sup>. Mir erscheint das bedenklich<sup>9</sup>. 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 Notwehr<sup>10</sup> und Nothilfe<sup>11</sup> wird von einigen Autoren nicht nur als ein Recht, sondern auch als eine Pflicht des Berechtigten gegenüber sich selbst

<sup>5</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, AT<sup>5</sup>, 1996, § 32 I 1 (S. 336); Kühl, AT<sup>4</sup>, 2002, § 7, Rn. 8.

<sup>6</sup> 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 hekusionische Handlungen an, vgl. Welzel, 1980, 28 ff., 37.

<sup>7</sup> Vgl. Schaffstein, 1930 (Nachdruck 1973), 70.

<sup>8</sup> Vgl. Jagusch, LK<sup>8</sup>, 1957, § 53, Anm. 1; Spindel, LK<sup>10</sup>, 1985, § 32, Rn. 11; Klose, ZStW 89 (1977), 86; Joecks, StGB<sup>3</sup>, 2001, § 32, Rn. 2; Kinnen, MDR 1974, 633.

<sup>9</sup> Zur Kritik siehe auch Haas, 1978, 195 f.

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

<sup>11</sup> 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  
Rechtsw  
enthalte

Individu  
das Sel  
Staat r  
unerhet  
vom St  
wäre,

<sup>12</sup> Vgl. B  
Himmelr  
<sup>13</sup> Vgl. B  
<sup>14</sup> Vgl. M  
<sup>15</sup> Vgl. H  
<sup>16</sup> Ausfü  
<sup>17</sup> Z.B. b  
FS, 1998  
H.Mayer  
Rechtlos  
es mit W  
wurde, v  
rechtlos“  
nach Zac  
meinen,  
Staates,  
kein Rec  
Himmelr  
<sup>18</sup> Vgl. R  
1985, § 2  
99; H.M  
Koch, ZS  
NSIZ 19  
1894, 13  
362). Zu  
jüngeren

und der Gesellschaft aufgefasst. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen, die Notwehr ist nur ein Recht und keine Pflicht<sup>12</sup>, das gleiche gilt auch für die Nothilfe<sup>13</sup>. Deshalb ist Maurach/Zipf<sup>14</sup> 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 voraus<sup>15</sup>, und zum anderen gilt die in § 323 c enthaltene Zumutbarkeitsklausel nicht für das Notwehrrecht<sup>16</sup>.

### c. Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag?

Schließlich, so heißt es bei einigen Autoren<sup>17</sup>, lasse sich das Individualschutzprinzip aus der Lehre vom Gesellschaftsvertrag herleiten, nach der das Selbsthilferecht des einzelnen als vorstaatliches Recht wieder auflebe, wenn der Staat nicht in der Lage sei, seine Bürger zu schützen. Dem folgt ein nicht unerheblicher Teil des Schrifttums<sup>18</sup>. 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

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

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

<sup>14</sup> Vgl. Maurach/Zipf, AT<sup>18</sup>, 1992, § 26 II, Rn. 51.

<sup>15</sup> Vgl. Haas, 1978, 256.

<sup>16</sup> Ausführlich hierzu § 3 I 1 (S. 41).

<sup>17</sup> Z.B. bei Grotius, Rousseau, Kant (vgl. Bitzilekis, 1984, 25) und Hobbes (vgl. Kleszczewski, 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 Zaczyk, 1981, 97); dagegen Bitzilekis, 1984, 34; Zaczyk, 1981, 101 sowie Kühl, 1997, 330 f., die meinen, es handle 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).

<sup>18</sup> Vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 1997, § 15, Rn. 2; Jescheck/Weigend, AT<sup>5</sup>, 1996, § 32 I 1 (S. 336); Spendel, LK<sup>10</sup>, 1985, § 32, Rn. 4; Kühl, AT<sup>4</sup>, 2002, § 7, Rn. 8; ders., JuS 1993, 179; Günther, SK<sup>7</sup>, 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, NSZ 1995, 307 f.; Graf zu Dohna, 1905, 130; v. Feuerbach, Lehrbuch, <sup>11</sup>1832, § 36, § 37; v. Buri, 1894, 134. Im gleichen Sinne die Entstehungsgeschichte des Preuß.StRGb. (vgl. Golttdammer, 1851, 362). Zu dem älteren Schrifttum des von Immanuel Kant inspirierten, schon vor 1800 einsetzenden sog. jüngeren deutschen Naturrechts, ausführlich Kühl, 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 erklärt<sup>19</sup>. 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 tun<sup>20</sup>.

#### **d. Das Unrecht des Menschen**

Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen<sup>21</sup>, dass das Selbstverteidigungsrecht ein Unrecht des Menschen darstellt, das viel älter ist als der Staat. Dem ist man auch im Schrifttum teilweise gefolgt<sup>22</sup>. 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 Autoren<sup>23</sup> 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

<sup>19</sup> Vgl. Kühl, 1997, 330; Kliesczewski, Wolff-FS, 1998, 231.

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

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

<sup>22</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, AT<sup>5</sup>, 1996, § 32 I 1 (S. 336); Tröndle/Fischer, StGB<sup>50</sup>, 2001, § 32, Rn. 2; Spendel, LK<sup>10</sup>, 1985, § 32, Rn. 15; Kühl, AT<sup>4</sup>, 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.

<sup>23</sup> Vgl. Seelmann, ZStW 89 (1977), 57; Schwabe, NJW 1974, 671; Nagler-Jagusch, LK<sup>7</sup>, 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 Klose<sup>24</sup>, 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 erstens<sup>25</sup> nicht Rechtsgüter der Allgemeinheit, sondern nur Individualrechtsgüter, darf zweitens<sup>26</sup> die Nothilfe nicht dem Willen des Angegriffenen widersprechen und kommt drittens<sup>27</sup> beim untauglichen Versuch kein Notwehrrecht in Betracht, weil hier keine Gefährdung für ein Individualrechtsgut gegeben ist.

Einige Autoren<sup>28</sup> 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

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

<sup>25</sup> Vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 1997, § 15, Rn. 1; ders., ZStW 93 (1981), 75; Jescheck/Weigend, AT<sup>5</sup>, 1996, § 32 (S. 337); Gropp, AT<sup>4</sup>, 2001, § 6, Rn. 69. Das würde aber nicht bedeuten, dass die Notwehr allein zum Schutz der Individualrechtsgüter und nicht zur Bewährung der Rechtsordnung diene, 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.

<sup>26</sup> Vgl. BGHSt 5, 245, 248; BGH StV 1987, 59. Das Schrifttum hat sich dieser Meinung ganz überwiegend angeschlossen, vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 1997, § 32, Rn. 1; ders., ZStW 93 (1981), 76; Sch/Sch/Lenkner/Perron, StGB<sup>26</sup>, 2001, § 32, Rn. 25/26; Krey, AT I, 2001, § 12, Rn. 523; Hassemer, JuS 1977, 478, Fn. 2; Ebert, AT<sup>3</sup>, 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.).

<sup>27</sup> Vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 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.

<sup>28</sup> 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 Inkonsequenz 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“ spricht<sup>29</sup>. 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 muss<sup>30</sup>. 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 Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>31</sup>, überzeugend zu erklären<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Vgl. Fuchs, 1986, 43.

<sup>30</sup> Vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 1997, § 15, Rn. 2; ders., ZStW 93 (1981), 70 f.; ders., Schaffstein-FS, 1975, 116; ders., <sup>2</sup>1973, 26; ders., Jescheck-FS I, 1985, 459; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB<sup>26</sup>, 2001, § 32, Rn. 1a, 40; Ebert, AT<sup>3</sup>, 2001, 76; Wessels/Beulke, AT<sup>32</sup>, 2002, § 8 V 2, Rn. 339; Samson, SK<sup>2</sup>, 1977, § 32, Rn. 19; Blei, AT<sup>18</sup>, 1983, § 39 III; Haft, AT<sup>8</sup>, 1998, § 4 2 b) (S.85); Haas, 1978, 309 f., 354; Bitzilekis, 1984, 46; Perron, 1991, 87; Stiller, 1999, 42 f.; Kühl, JuS 1993, 181; ders., Triffler-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, NSiZ 2001, 228; D./I. Sternberg-Lieben, JuS 1999, 446; Kühn, 2001, 109, 172, wo richtigerweise die überindividualistische Komponente zur Verneinung der Ausweichpflicht herangezogen wird.

<sup>31</sup> Vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 1997, § 15, Rn. 47; Jescheck/Weigend, AT<sup>5</sup>, 1996, § 32 II 2 b) (S.343); Tröndle/Fischer, StGB<sup>30</sup>, 2001, § 32, Rn. 17; Lackner/Kühl, StGB<sup>24</sup>, 2001, § 32, Rn. 11; Maurach/Zipf, AT<sup>18</sup>, 1992, § 26 II, Rn. 30; Kühl, AT<sup>4</sup>, 2002, § 7, Rn. 4, 116; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB<sup>26</sup>, 2001, § 32, Rn. 34; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 1993, 12/30; dagegen Lilie, Hirsch-FS, 1999, 288.

<sup>32</sup> Vgl. Roxin, AT<sup>3</sup>, 1997, § 15, Rn. 2; ders., ZStW 93 (1981), 71; ders., <sup>2</sup>1973, 26; ders., Schaffstein-FS, 1975, 116; der., Jescheck-FS I, 1985, 459; Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB<sup>26</sup>, 2001, § 32, Rn. 1a; Samson, SK<sup>2</sup>, 1977, § 32, Rn. 19; Ebert, AT<sup>3</sup>, 2001, 76; Blei, AT<sup>18</sup>, 1983, § 39 III (S. 149); Haft, AT<sup>8</sup>, 1998, § 4 2 b) (S. 85); Felber, 1979, 90; Bitzilekis, 1984, 46 f., 126; Stiller, 1999, 70; Lüthmann, 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“ könne „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