

# Die Rechtswidrigkeit des Angriffs als Voraussetzung des Notwehrrechts

Von Prof. Dr. Volker Erb\*

## Abstract

Die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs im Sinne von § 32 StGB wirft grundlegende Fragen auf, die bis heute nicht abschließend geklärt sind. In der Entwicklung der Diskussion spiegelt sich dabei in gewisser Weise der allgemeine Perspektivenwechsel der Strafrechtsdogmatik vom Erfolgsunrecht zum Handlungsunrecht wider. Eine genaue Betrachtung zeigt jedoch, dass auch die heute verbreitete Betrachtung der Rechtswidrigkeit des Angriffs aus der Handlungsperspektive zu Verzerrungen führen kann.

*The "unlawfulness" of the attack within the meaning of Section 32 StGB raises fundamental questions that have not yet been conclusively clarified. To a certain extent, the development of the discussion reflects the general change of perspective in criminal law dogmatics from the unlawfulness of success to the unlawfulness of action. A closer look, however, shows that even today's widespread view of the unlawfulness of the attack from the perspective of action can lead to distortions.*

## I. Erfolgsbezogene Rechtswidrigkeitsbetrachtung

Im älteren Schrifttum war es verbreitet, die Rechtswidrigkeit des Angriffs allein vom drohenden Erfolg des Angriffs her zu bestimmen. Hiernach sollte der Angriff automatisch „rechtswidrig“ sein, wenn der Angegriffene nicht aufgrund eines zugunsten des Angreifers gegebenen Rechtfertigungsgrundes positiv verpflichtet war, ihn zu dulden. Ob der Angreifer die Umstände erkennen konnte, die sein Verhalten gefährlich machten und deshalb als Angriff auf die Rechtsgüter des anderen erscheinen ließen, sollte hingegen keine Rolle spielen.<sup>1</sup> Als Hauptargument wurde angeführt, ohne eine besondere Eingriffsbefugnis der Gegenseite könne ein potentiell Geschädigter doch schwerlich dazu verpflichtet sein, eine Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter durch das Verhalten Dritter widerstandslos hinzunehmen.<sup>2</sup> Dieser Evidenzappell hat indes nur eine ganz vordergründige Plausibilität: Warum umgekehrt derjenige, der durch ein in jeder Hinsicht sorgfaltsgerechtes Verhalten zur Gefahr für fremde Rechtsgüter wurde, verpflichtet sein sollte, seinerseits eine massive Beeinträchtigung seiner eigenen Rechtsgüter hinzunehmen, die aus der Ausübung „schneidiger“ Notwehrbefug-

nisse der Gegenseite resultiert, ist ebenso wenig einzusehen.<sup>3</sup> Die Frage, wer in einer Konfliktlage, für deren Entstehung keiner der beiden Kontrahenten etwas kann, das Recht auf seiner Seite haben soll, kann nicht allein davon abhängen, wer primär was zu *verursachen* droht. Sie bedarf vielmehr einer subtilen Abwägung, für die die Schwarz-Weiß-Regelung von § 32 StGB offensichtlich ungeeignet ist. Eine sachgerechte Lösung für solche Konstellationen lässt sich nur über die Grundsätze des rechtfertigenden Notstands erreichen, ggf. unter Einbeziehung der Besonderheiten des Defensivnotstands.<sup>4</sup>

## II. Rechtswidrigkeitsbetrachtung aus der Perspektive des Angreifers

1. Den Weg für diese Lösung eröffnet ganz zwanglos die heute ganz h.M., wonach die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs nicht allein aus der objektiven Gefährlichkeit des Angriffsverhaltens abgeleitet werden kann, sondern zusätzlich einen Handlungsunwert voraussetzt. Ein solcher Handlungsunwert liegt vor, wenn in der Vornahme des Angriffsverhaltens zumindest ein objektiver Sorgfaltspflichtverstoß in Bezug auf die drohenden Folgen zu erblicken ist.<sup>5</sup> Kein „rechtswidriger Angriff“ liegt hiernach jedenfalls dann vor, wenn jemand durch die für ihn unerkennbare Gefährlichkeit seines Verhaltens in schicksalhafter Weise zur Bedrohung für fremde Rechtsgüter wird. So wird z.B. der Lokführer, der mit seinem Zug einen Streckenabschnitt befährt, in dem sich jemand auf dem Gleis befindet, vor dem er den Zug wegen des langen Bremswegs nicht rechtzeitig anhalten kann, nicht zu einem Angreifer, gegenüber dem irgend jemand Notwehrbefugnisse geltend machen könnte.<sup>6</sup> Für Fälle dieser Art dürfte das heute der allgemeinen Meinung entsprechen.

2. Das eigentliche Problem stellt sich dort, wo dem Angreifer nicht der Blick auf die Folgen seines Verhaltens versperrt ist, sondern wo er aufgrund einer für ihn unvermeidbaren Fehleinschätzung der Lage irrtümlich eine Situation annimmt, in der er befugt wäre, die Rechtsgüter des anderen zu verletzen: Auch hier, beim unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums, haben wir jemanden, der aus seiner Perspektive nicht zu erkennen vermag, dass er im Ergebnis ohne einen rechtfertigenden Anlass fremde

\* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Mainz. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 16.5.2023 bei einem online-Workshop des Kriminalpolitischen Kreises gehalten wurde.

<sup>1</sup> Gallas, in: FS Bockelmann, 1979, S. 155 (163 f. mit Fn. 21); Geilen, Jura 1981, 256; Spindel, in: LK-StGB, 11. Aufl. (1992), § 32 Rn. 57, 62; Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, 4. Aufl. (1987), S. 90; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), S. 341; Ebert, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2003), S. 75.

<sup>2</sup> Deutlich Bockelmann/Volk (Fn. 1), S. 90.

<sup>3</sup> Zutr. Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2019), § 32 Rn. 109.

<sup>4</sup> Näher Erb, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 40 m.w.N.

<sup>5</sup> Hirsch, in: FS Dreher, 1977, S. 211 (213 ff.); Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, 1998, S. 52 ff.; Sinn, GA 2003, 96 (103 ff.); Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, § 32 Rn. 109; Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 32 Rn. 19; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 21; Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 32 Rn. 24; Mitsch in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl. (2021), § 17 Rn. 17; Krey/Esser, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2022), Rn. 482 f.; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 14.

<sup>6</sup> Bsp. aus Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 40; ähnliches Bsp. bereits bei Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (641 ff.).

Rechtsgüter verletzt. Hieraus wird im Schrifttum verbreitet der Schluss gezogen, dass ein Handeln im unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum ebenfalls keinen rechtswidrigen Angriff darstellt.<sup>7</sup> Wer nicht erkennen kann, dass die Person, die ihm mit einer Waffe in der Hand gegenübertritt, ein Zivilfahnder mit entsprechenden polizeilichen Handlungsbefugnissen ist, wäre, wenn er in der Annahme eines rechtswidrigen Angriffs auf sein Leben selbst eine Waffe zieht und schneller schießt, also nicht nur wegen Putativnotwehr straflos. Sein eigenes Verhalten wäre infolge des unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums vielmehr schon objektiv nicht als rechtswidriger Angriff zu bewerten. Es könnte deshalb seinerseits keine Notwehrbefugnisse der Gegenseite auslösen.<sup>8</sup>

3. In einer Konstellation wie der vorliegenden wäre also ausgerechnet derjenige, der – wenn wir dies für das Vorgehen des Zivilfahnders einmal unterstellen – objektiv und subjektiv alles richtig gemacht hat, von Rechts wegen verpflichtet, die Gewalt der Gegenseite widerstandslos über sich ergehen zu lassen, wenn die erforderliche Gegenwehr den Rahmen dessen sprengt, was einer Rechtfertigung nach § 34 StGB zugänglich wäre. Ihm selbst bliebe dann allenfalls die Möglichkeit einer Entschuldigung nach § 35 StGB. Potentiellen Nothelfern, die zu ihm in keiner persönlichen Nähebeziehung stehe, bliebe auch diese Möglichkeit versagt. Der Irrende wäre demgegenüber privilegiert – er könnte seine Putativnotwehrhandlung ungestört ausführen, wenn sie keinen rechtswidrigen Angriff darstellt und deshalb ihrerseits keine Notwehrbefugnisse der Gegenseite auslöst. Wie diese einseitige Parteinahme der Rechtsordnung zugunsten des Irrenden legitimiert werden sollte, bleibt unerfindlich.

4. Wenig überzeugend erscheint auch das Ergebnis in einer Situation, in der beide Kontrahenten in spiegelbildlicher Form dem gleichen Irrtum unterliegen. Das wäre etwa in der folgenden Abwandlung des Zivilfahnder-Beispiels der Fall: Angenommen, beide hielten sich im gleichen Moment in unvermeidbarer Weise wechselseitig für Straftäter, die sich durch eine Ermordung des Gegenübers der drohenden Festnahme entziehen wollen. Auf der Grundlage der Ansicht, die einen durch eine unvermeidbare Putativnotwehrlage begründeten Angriff ebensowenig als rechtswidrig behandeln möchte wie eine echte Notwehrlage, müsste man hier für beide Kontrahenten die Rechtswidrigkeit ihres jeweiligen Angriffs verneinen. Damit würde man indessen beiden bescheinigen, rechtmäßig zu handeln. Mit einer solchen Einräumung gegensätzlicher Handlungsbefugnisse geriete die Rechtsprechung aber offenkundig in einen unüberbrückbaren Selbstwiderspruch.<sup>9</sup>

5. Soweit dieses Problem erkannt wird, versucht man ihm zumeist mit der Begründung auszuweichen, wer einen an-

deren im unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum angreift, handle zwar nicht rechtswidrig, sei aber auch nicht positiv gerechtfertigt.<sup>10</sup> Welchen Sinn es ergeben sollte, ein Verhalten, dem man die Rechtfertigung versagen will, gleichwohl als „nicht rechtswidrig“ zu bezeichnen, ist indessen nicht ersichtlich. Es handelt sich im Grunde genommen nur um eine Begriffsverwirrung, um Wertungswidersprüche zu kaschieren.

### III. Differenzierung zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene

Eine überzeugende Lösung muss demgegenüber an der Wurzel des Problems ansetzen: Der Grundsatz, wonach unvermeidbare Fehleinschätzungen kein Rechtswidrigkeitsurteil begründen können, trifft auf Tatbestandsebene zweifellos zu. Bei einer Übertragung auf die Rechtfertigungsebene führt er, wie die beiden Varianten des Zivilfahnder-Beispiels zeigen, hingegen entweder zu einer unangemessenen Parteinahme der Rechtsordnung oder zu widersprüchlichen Rechtswidrigkeitsurteilen. Deshalb ist die Übertragung jenes Grundsatzes auf die Rechtfertigungsebene als solche kritisch zu sehen. Der Schlüssel zur Lösung des Problems liegt in der Frage, worum es bei der Diskussion um die Berücksichtigung der Erkenntnismöglichkeiten des Täters im Rahmen des Rechtswidrigkeitsurteils eigentlich geht: Letzten Endes um nichts anderes als um die sachgerechte Verteilung des *Zufallsrisikos*. Die Gründe, die auf Tatbestandsebene dafürsprechen, den Handelnden von negativen Konsequenzen unerkennbarer Umstände zu entlasten, sind indessen nicht auf die Rechtfertigungsebene übertragbar.

1. Auf Tatbestandsebene kommt der Zufallsfaktor in erster Linie in Form von unvorhersehbaren Folgen einer Handlung zum Tragen. Diese stehen in jeder Hinsicht einem Naturereignis gleich, weil sie per se nicht in der Lage sind, die Motivation des Handelnden in irgendeiner Form zu beeinflussen. Deshalb erscheint es konsequent und sachgerecht, von der durch sie bedrohten Person zu verlangen, sie wie Naturereignisse hinzunehmen und allenfalls dann auf einen anderen abzuwälzen, wenn die Voraussetzungen einer Notstandsrechtfertigung gegeben sind. Dies verbietet ihre Einstufung als „rechtswidrigen Angriff“ i.S. von § 32 StGB. Deshalb kann sich im Ausgangsbeispiel des Zuges, der auf eine auf dem Gleis liegende Person zurast, niemand auf Notwehr berufen, wenn er diesem Zufall eine neue Wendung gibt, indem er den Zug in letzter Sekunde zum Entgleisen bringt.<sup>11</sup>

2. Die Belastung, die einem Bürger dadurch droht, dass er ggf. unvorhersehbare Auswirkungen fremden Verhaltens hinnehmen muss, erlangt nun eine völlig neue Qualität, wenn man den Ansatz auf die unvermeidbar-zufällige Fehleinschätzung von Ausnahmerechten durch andere

<sup>7</sup> *Graul*, JuS 1995, 1049 (1052); *Roxin*, in: FS G. Pfeiffer, 1988, S. 45 (51); *Otte* (Fn. 5), S. 59 f.; *Sinn*, GA 2003, 96 (107); *Mitsch*, JA 2016, 161 (167); *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 97, 111; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 21; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 32 Rn. 19, 32; *Frister*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2020), 16. Kap. Rn. 12; *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 14 Rn. 112 und § 15 Rn. 15.

<sup>8</sup> Zu diesem Bsp. bereits *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 43.

<sup>9</sup> Dazu bereits *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 43.

<sup>10</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 15 Rn. 15; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 97, 111; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 21.

<sup>11</sup> *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 40.

Personen überträgt. Ob man von den Folgen eines erlaubten Risikos im Verkehr betroffen ist, oder ob man von einem anderen in einem – wenn auch unvermeidbaren – Erlaubnistatbestandsirrtum getötet oder verletzt wird, dürfen schon in der allgemeinen Wahrnehmung zwei grundverschiedene Dinge sein: Während es im ersten Fall schon etwas gekünstelt anmutet, das zugrundeliegende Verhalten des anderen Verkehrsteilnehmers überhaupt als „Angriff“ zu bezeichnen, erscheint dies im Falle der in Putativnotwehr ausgeübten Gewalt fast selbstverständlich. Diesem Angriff immerhin die Rechtswidrigkeit abzusprechen, setzt die Wertung voraus, das Opfer der Putativnotwehrhandlung sei „näher dran“, die Folgen des fatalen Irrtums zu tragen als derjenige, der diesem Irrtum unterlegen ist. Diese Wertung erscheint jedoch alles andere als überzeugend: Wer vermeintlich gerechtfertigt gezielt Rechtsgüter eines anderen verletzt, agiert nicht mehr im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern nimmt ein besonderes Recht in Anspruch, eine bestimmte Handlung ohne die normalerweise gebotene Rücksicht auf andere durchzuführen. Damit ist das Risiko, dies infolge einer fehlerhaften Einschätzung der Voraussetzungen zu Unrecht zu tun, seiner Sphäre zuzuordnen.<sup>12</sup> Deshalb ist er es, der im Zweifel die Folgen einer solchen Fehleinschätzung zu tragen hat – selbst dann, wenn diese für ihn nach Lage der Dinge unvermeidbar war.

3. Dem ist in der Rechtfertigungsdogmatik dadurch Rechnung zu tragen, dass eine vorsätzliche Verletzung fremder Rechtsgüter grundsätzlich einen rechtswidrigen Angriff i.S. von § 32 StGB darstellt, solange das betreffende Verhalten nicht in jeder Hinsicht von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist. Ein bloßer Erlaubnistatbestandsirrtum genügt hierfür keinesfalls. Die in ihm begangene Tat bleibt auch dann ein rechtswidriger Angriff und eröffnet das Notwehrrecht des hiervon Betroffenen und evtl. Nothelfer, wenn der Irrtum unvermeidbar war.<sup>13</sup> Auf diese Weise wird eine unangemessene Parteinahme der Rechtsordnung zu Lasten desjenigen vermieden, der objektiv zu Unrecht angegriffen wurde. Soweit man gegenüber einem im unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum handelnden Angreifer umgekehrt die volle „Schärfe“ des Notwehrrechts für unangemessen hält, ist die Lösung an anderer Stelle zu suchen: Angriffe schuldlos Irrrender bilden bekanntlich eine der klassischen und allgemein anerkannten Fallgruppen sozialetischer Einschränkungen des Notwehrrechts.

4. Werfen wir abschließend noch einen Blick darauf, wie die angesprochenen Konstellationen eines beiderseits un-

vermeidbaren wechselseitigen Erlaubnistatbestandsirrtums zu lösen sind.

a) Hier ist zunächst zu bemerken, dass sich das Problem nur stellt, wenn sich beide Beteiligte in gleichwertigen Ausgangspositionen befinden, was nur ganz selten der Fall sein wird. Der Regelfall in der Praxis besteht darin, dass sich ein Beteiligter objektiv zu Unrecht angegriffen wähnt und deshalb selbst als erster einen „echten“ Angriff startet. Dieser ist dann wie gesagt unabhängig von der Vermeidbarkeit des Irrtums rechtswidrig i.S. von § 32 StGB. Die Person, gegen die sich der Angriff richtet, und evtl. Nothelfer derselben haben deshalb ein Notwehrrecht. Ob der Irrtum des Angreifers vermeidbar war, spielt dann erst im Rahmen einer evtl. sozialetischen Einschränkung eine Rolle – neben weiteren Faktoren, insbesondere der Erkennbarkeit des Irrtums für den Verteidiger.

b) Befinden sich die Kontrahenten ausnahmsweise in identischen Ausgangspositionen, indem sie sich wechselseitig als Angreifer betrachten, schon bevor eine Seite eine reale Angriffshandlung begonnen hat, dann liegen die Dinge wie folgt: Beide unternehmen ihren realen Angriff auf die Gegenseite aus einer Situation heraus, in der sie in Wirklichkeit selbst keinem Angriff ausgesetzt waren. Damit ist das Angriffsverhalten keines von beiden einer Rechtfertigung zugänglich. Da sie ihren Angriff insofern beide rechtswidrig begonnen haben, können sie sich nicht auf eine Rechtfertigung durch Notwehr berufen. Mit dieser Bescheinigung einer beiderseitigen Rechtswidrigkeit des Handelns tritt die Rechtsordnung anders als bei einer beiderseitigen Rechtfertigung nicht in einen inneren Widerspruch. Sie legt damit vielmehr nur den Grundstein für eine sachgerechte Lösung auf Schuldebene.<sup>14</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Die Rechtswidrigkeit des Angriffs i.S. von § 32 StGB setzt voraus, dass das Verhalten, mit dem der Angreifer fremde Rechtsgüter zu verletzen droht, im Hinblick auf die Herbeiführung dieses Erfolges zumindest objektiv sorgfaltswidrig ist. Eine vorsätzliche Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter ist demgegenüber ohne weiteres rechtswidrig, wenn sie nicht durch das Vorliegen aller Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt ist. Die irrtümliche Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes durch den Angreifer lässt die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens auch dann nicht entfallen, wenn sie unvermeidbar erscheint.

<sup>12</sup> Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 46.

<sup>13</sup> Zutr. OLG Hamm, BeckRS 2006, 04859 m. Bespr. Jahn, JuS 2006, 466; Hörnle, JZ 2006, 950 (957 f.); Heinrich, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2022), Rn. 1133; ähnlich Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), Vorb. § 32 Rn. 116 f.; im Ergebnis auch Hirsch, in: FS Dreher, 1977, S. 211 (225); Schüler, Der Zweifel über das Vorliegen einer Rechtfertigungslage, 2004, S. 55 ff.; Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 8; Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 22 a.E.; grds. auch Momsen/Savic, in: BeckOK-StGB (Stand: 1.5.2023), § 32 Rn. 49 ff. (mit Befürwortung einer Ausnahme für den Fall eines Irrtums, den das Opfer der Putativnotwehrhandlung in zurechenbarer Weise ausgelöst hat).

<sup>14</sup> Dazu bereits Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 47.