

stürmte nach deren Öffnung bis zur Wohnungstür des Angeklagten im zweiten Stock und trat diese gewaltsam ein. V. hatte eine Blutalkoholkonzentration von etwa 2,2 Promille; er neigte im alkoholisierten Zustand zu Gewalttätigkeiten und hatte zuvor anderenorts eine Auseinandersetzung mit seiner Ehefrau gehabt. Er hatte diese zu Boden geschlagen, nachdem sie sich geweigert hatte, mit den gemeinsamen drei kleinen Kindern in dem von V. gesteuerten Pkw nach Hause zu fahren. Es war ihr gelungen, mit einem der Kinder vor V. zu flüchten und sich zu verstecken.

Nachdem V. in die Wohnung des Angeklagten und seiner Schwiegermutter, der Zeugin P., eingedrungen war, packte er die Zeugin, beschimpfte sie und versuchte, sie aus der Wohnung zu ziehen. Der Angeklagte versuchte beruhigend auf V. einzuwirken; dieser schubste ihn jedoch zurück, worauf der Angeklagte zu Boden fiel. Unter weiteren Beschimpfungen und der Drohung, sie umzubringen, gelang es V., die sich heftig wehrende und laut schreiende Zeugin P. am Nachthemd und an den Haaren in das Treppenhaus zu ziehen. Dort ging sie zu Boden. Er zerrte sie nun nach und nach die Treppe hinunter. Daraufhin lief der Angeklagte in sein Schlafzimmer und nahm dort aus dem Nachttischchen den Revolver der Marke »Sturm-Ruger«, der mit einer scharfen Patrone geladen war. Er war noch »ganz leicht benommen«, da er kurz zuvor aus dem Schlaf gerissen worden war und die eingenommenen Medikamente (Valoron und Voltaren) »noch leicht wirkten«. Obwohl er selbst die Patrone in den Revolver geladen hatte, war ihm diese Tatsache in der konkreten Situation nicht bewusst; denn der Vorgang lag bereits mehrere Jahre zurück. Er ging daher fälschlicherweise davon aus, der Revolver sei nicht geladen.

Im Treppenhaus hatte V. die Zeugin P., die sich immer wieder am Geländer festzuhalten versuchte, inzwischen drei Treppenabsätze nach unten gezogen. Beim Eintreffen des Angeklagten lag sie gerade mit dem Rücken auf dem Podest zwischen Erdgeschoss und erstem Stock, wobei sich ihre Füße noch auf den untersten Stufen in Richtung des ersten Obergeschosses befanden. V. hielt sie an den Haaren und zog daran. Er beschimpfte sie, bedrohte sie weiter und trat mehrfach mit den Füßen auf sie ein. Um weitere Körperverletzungshandlungen des V. gegen sie zu verhindern, richtete der Angeklagte aus einer Entfernung von weniger als zwei Metern den Revolver auf dessen Gesichtsbereich und zog den Abzug schnell hintereinander drei- oder viermal durch. Er hoffte, V. werde erschrecken und von der Zeugin P. ablassen. Bei der wiederholten Betätigung des Abzuges löste sich ein Schuss, der V. unmittelbar unterhalb der Nase traf, im dritten Halswirbel stecken blieb und binnen kurzer Zeit zu dessen Tod führte.

2. Das LG nimmt an, der Angeklagte habe in einer Nothilfelage mit Verteidigungswillen gehandelt, jedoch fahrlässig das Maß des zur Abwehr des Angriffs Erforderlichen überschritten; er habe Drohen, nicht Schießen wollen. Auch sei dem Angeklagten vor dem Schusswaffengebrauch eine deutliche Ankündigung und Warnung abzuverlangen gewesen. Sein Irrtum über den Ladezustand des Revolvers sei für ihn leicht erkennbar und vermeidbar gewesen. Er habe sich durch einfaches Aufklappen der Revolvertrommel vom Ladezustand der Waffe überzeugen können. Sein Handeln sei auch nicht entschuldigt (nach § 33 StGB), weil er nicht aus Verwirrung, »gesteigerter Furcht« oder

Straf- und Strafprozessrecht

§§ 32, 33 StGB

1. Kommt bei objektiv gegebener Notwehrlage der Angreifer durch Fahrlässigkeit des Abwehrenden zu Schaden, so ist in den Grenzen dessen, was als Abwehrhandlung objektiv erforderlich gewesen wäre, die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges auch dann gerechtfertigt, wenn er konkret vom Abwehrenden nicht gewollt war und bei Anwendung der ihm möglichen Sorgfalt hätte vermieden werden können.

2. Zu den Grenzen der Notwehr und der strafbefreienden Notwehrüberschreitung bei einem Angriff auf die Person nach gewaltsamem nächtlichen Eindringen in die Wohnung des Verteidigers und beim Einsatz einer lediglich mit einer Patrone geladenen Schusswaffe als Abwehrmittel.

Beschluss des BGH v. 21. 3. 2001 – 1 StR 48/01.

Aus den Gründen:

I. 1. Nach den vom LG getroffenen Feststellungen verfügte der Angeklagte über eine Waffenbesitzkarte für sogenannte Langwaffen, nicht aber für einen Revolver und eine Pistole, die er im Jahr 1991 erworben hatte. Den Revolver setzte er am 27. 2. 2000 in einer Nothilfelage ein:

In der Tatnacht schliefen der 66jährige Angeklagte und seine Lebensgefährtin, die Zeugin P., in ihrer Wohnung. Der Angeklagte, der wegen eines Bandscheibenleidens und einer chronischen Handgelenksarthrose bereits 1996 berentet wurde, hatte vor dem Zubettgehen Medikamente, darunter ein Schmerzmittel eingenommen. Gegen 0.45 Uhr läutete der betrunkene Schwiegersohn der Lebensgefährtin, V., an der Haustür,

Schrecken das Maß des durch Nothilfe Gerechtfertigten überschritten habe.

II. Die Verurteilung des Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Urteilsgründe lassen besorgen, dass das LG die Grenzen des Notwehrrechts nicht zutreffend bestimmt hat; zudem sind die zugrundeliegenden Feststellungen ebenso wie die tatsächliche Würdigung lückenhaft. Darüber hinaus leiden die Ausführungen zur Frage einer strafbefreienden Überschreitung der Grenzen der Notwehr an einem Erörterungsmangel. Hinsichtlich des Ausübens der tatsächlichen Gewalt über den in der Notwehrlage eingesetzten Revolver ist die Strafkammer von einem zu weitgehenden Schuldumfang ausgegangen. Schließlich ist die Annahme von Tateinheit zwischen den Waffendelikten und dem etwaigen Tötungsdelikt rechtsfehlerhaft.

1. Die nur fahrlässige, aber letztlich ebenfalls vom Verteidigungswillen des Angeklagten getragene Herbeiführung der Todesfolge beim Einsatz der Schusswaffe als Drohmittel wäre gerechtfertigt (§ 32 StGB), wenn der Angeklagte in der gegebenen besonderen Lage, in der seine Schusswaffe mit nur einer Patrone geladen war, unter der Voraussetzung einer angemessenen Androhung auch einen gezielten, möglicherweise tödlichen Schuss auf den Angreifer hätte abgeben dürfen. Kommt bei objektiv gegebener Notwehrlage der Angreifer durch Fahrlässigkeit des Abwehrenden zu Schaden, so ist in den Grenzen dessen, was als Abwehrhandlung objektiv erforderlich gewesen wäre, die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges auch dann gerechtfertigt, wenn er konkret vom Abwehrenden nicht gewollt war und bei Anwendung der ihm möglichen Sorgfalt hätte vermieden werden können (*Schönke/Schröder-Lenckner*, StGB 26. Aufl. § 32 Rdn. 65; *Tröndle/Fischer*, StGB 50. Aufl. § 32 Rdn. 14; vgl. auch BGH bei *Dallinger*, MDR 1958, 12, 13; OLG Hamm NJW 1962, 1169). Wäre der Abwehrende also bei gewollter Abgabe eines gezielten Schusses auf den Angreifer gerechtfertigt gewesen, dann muss diese Rechtfertigung erst recht und zur Vermeidung eines Wertungswiderspruches auch dann greifen, wenn er sich bei seiner Abwehr für ein milderes Mittel entscheidet und der Angreifer – wie hier – bei einer beabsichtigten Drohung mit der Schusswaffe zu Tode kommt, weil sich – vom Nothilfeleistenden nicht gewollt – ein Schuss löst. Mithin kommt es im vorliegenden Falle darauf an, ob der Angeklagte bei bewusster Abgabe eines gezielten Schusses durch Notwehr gerechtfertigt gewesen wäre.

2. In der Rspr. des BGH ist anerkannt, dass der lebensgefährliche Einsatz einer Schusswaffe nur das letzte Mittel der Verteidigung sein kann. Grundsätzlich muss der Verteidiger – wenn eine bloß verbale Androhung von vornherein aussichtslos erscheint – vor dem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Waffeneinsatz wie etwa einen ungezielten Warnschuss versuchen. Jedoch gilt auch für die Verwendung einer Schusswaffe, selbst einer solchen, die wie vom Angeklagten ohne waffenrechtliche Erlaubnis eingesetzt wird, der allgemeine notwehrrechtliche Grundsatz, dass der Verteidiger berechtigt ist, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das er zur Hand hat und das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist er auf die für den Angreifer minder einschneidenden nur dann verwiesen, wenn ihm Zeit zur Auswahl sowie zur Abschätzung der Gefährlichkeit zur Verfügung steht und die für den Angreifer weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig auszuräumen. Ein nicht bloß geringes Risiko, dass das mildere Mittel fehlschlägt und dann keine Gelegenheit für den Einsatz des stärkeren bleibt, braucht der Verteidiger zur Schonung des rechtswidrig Angreifenden nicht einzugehen. Dabei sind Stärke und Gefährlichkeit des Angriffs gegen die Verteidigungsmöglichkeiten abzuwägen. Ist dem Angreifer die Existenz einer dem Verteidiger zur Verfügung stehenden Waffe unbekannt, muss je

nach Lage vom Verteidiger regelmäßig verlangt werden, dass er die Verwendung der Waffe androht, ehe er sie lebensgefährlich einsetzt (vgl. nur BGHSt. 26, 146; 26, 258; BGH NStZ 1996, 29; StV 1999, 143 m. w. Nachw.).

3. Die Ausführungen des LG werden diesen Maßstäben nicht in jeder Hinsicht gerecht. Die bisherigen Feststellungen reichen nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die Abgabe des Schusses auf den Kopf des angreifenden V. mit naheliegender tödlicher Wirkung durch Notwehr gerechtfertigt gewesen wäre oder ob der Angeklagte jedenfalls nach § 33 StGB straffrei bleiben muss.

a) Die getroffenen Feststellungen legen allerdings nahe, dass der Einsatz der Schusswaffe hier erforderlich war. Der Angeklagte, ein zur Tatzeit 66jähriger Rentner mit einem Bandscheibenleiden und einer Handgelenksarthrose, war mit seiner Lebensgefährtin in seiner eigenen Wohnung angegriffen worden; beide befanden sich in einem auch grundrechtlich besonders geschützten Bereich (vgl. Art. 13 Abs. 1 GG). Zu diesem hatte sich der angreifende V. durch Eintreten der Tür Zugang verschafft. Am Zustandekommen der Trunkenheit und des Aggressionsausbruchs des Angreifers war der Angeklagte nicht beteiligt; hinsichtlich seiner Lebensgefährtin ergibt sich aus den Feststellungen nichts anderes. Er hatte zunächst versucht, V. zu beschwichtigen. Dies war fehlgeschlagen; er war selbst zu Boden gegangen. Bei V. handelte es sich – wie der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt – ersichtlich um einen durchaus kräftigen jungen Mann. Aufgrund seiner alkoholbedingten Enthemmung und seiner zustandsbedingten Neigung zu Gewalttätigkeiten war er erkennbar durch Zureden nicht zu bremsen. Eine körperliche Auseinandersetzung mit ihm konnte naheliegender Weise für den Angeklagten nicht ernstlich in Betracht kommen. V. drohte, die Zeugin P. umzubringen und zerrte die schreiende, sich am Treppengeländer festhaltende, zu Boden gebrachte Frau, die sich heftig wehrte, nach und nach die Treppe hinunter. Dabei trat er mehrfach auf sie ein. Bei dieser festgestellten »Auseinandersetzungslage« drängte es sich auf, dass augenblicklich auch schwerwiegende und lebensgefährliche Verletzungen der Zeugin P. eintreten konnten. Es liegt auf der Hand, dass etwa ein Aufschlagen des Kopfes der Zeugin auf die Treppenstufen ebenso in Betracht kam wie eine schwerwiegende Rücken- oder gar Rückgratverletzung. Das ergibt sich schon aus der vom LG beschriebenen Vorgehensweise des Angeklagten und den Feststellungen zur Lage der Zeugin bei Rückkehr des nunmehr bewaffneten Angeklagten in das Treppenhaus. Wenn das LG dennoch ohne nähere Angaben ausführt, die unmittelbare Gefahr einer schweren Verletzung oder der Tötung der Zeugin P. habe zu diesem Zeitpunkt nicht bestanden, so steht das nicht ohne weiteres im Einklang mit dem festgestellten Verlauf. Es hätte der Darlegung besonderer Umstände bedurft, die diese Bewertung hätten tragen können. Das gilt zumal deshalb, weil der Angeklagte sich ausdrücklich dahin eingelassen hatte, er habe tödliche Verletzungen seiner Lebensgefährtin befürchtet. Das LG meint indessen, »akute Anzeichen dafür« habe der Angeklagte nicht zu schildern vermocht. Das ist schon deswegen rechtsfehlerhaft, weil die Einlassung des Angeklagten im Einklang mit den im übrigen getroffenen Feststellungen steht. Diese ergeben ohne weiteres eine beträchtliche Gefahr für Leib und Leben der Zeugin P., zumal der äußerst aggressiv auftretende enthemmte V. gedroht hatte, diese umzubringen. Wollte die Strafkammer bei dieser Sachlage dennoch eine erhebliche Leibes- oder Lebensgefahr verneinen, so hätte sie das näher begründen müssen. Es konnte nicht Sache des Angeklagten sein, weitere Gründe für seine Befürchtung erheblicher Verletzungen oder gar des Todes der Zeugin P. vorzubringen. Das diese nicht unbegründet war, ergibt sich aus dem vom LG festgestellten Geschehensablauf.

b) War der Einsatz der Schusswaffe durch den Angeklagten – da andere schnell wirksame Mittel zur Abwehr des massiven

Angriffs auf seine Lebensgefährtin ersichtlich nicht zur Verfügung standen – erforderlich, so wäre zu erwägen gewesen, dass ihm – hätte er die Situation richtig erfasst – für die Abgabe eines Schusses nur eine einzige Patrone zur Verfügung stand (vgl. zu ähnlichen Fallgestaltungen BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 4, 6 »letzte Patrone«). Diese Besonderheit des Falles führt angesichts der Erregung des Angeklagten sowie der naheliegenden Gefahr des Eintretens auch schwerster Verletzungen beim Hinunterzerren der zu Boden gebrachten, auf dem Rücken liegenden Lebensgefährtin, der ausgesprochenen Todesdrohung und dem Eintreten des Angreifers auf das Opfer dazu, dass der Angeklagte sich nicht auf die Abgabe eines Schusses etwa auf die Beine des Angreifers beschränken musste. Dies wäre – zumal in Rücksicht auf die Aggressivität des Angreifers – eine mit hohem Fehlschlagsrisiko behaftete Abwehr gewesen, bei der ihm anschließend kein weiterer Schuss für eine erfolgreiche Verteidigung mehr zur Verfügung gestanden hätte. Die Abgabe eines Warnschusses kam aus demselben Grund nicht in Betracht, wäre im Übrigen im Treppenhaus ohnehin in hohem Maße gefährlich für alle Beteiligten gewesen. Schließlich wäre weiter zu bedenken gewesen, dass dem Angeklagten wegen des dynamischen Geschehensablaufes kaum Zeit zum Überlegen verblieb und er durch den Angriff in seiner eigenen Wohnung aus dem Schlaf gerissen worden war. Bei dieser Lage, der Stärke und Gefährlichkeit des Angriffs und den gegebenen, stark eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten lag es nahe, auch die Abgabe eines gezielten, den Angriff sicher sofort beendenden Schusses für objektiv erforderlich zu erachten. Die Erwägungen des LG gehen auf die Besonderheiten des Falles nicht hinreichend ein; sie lassen nicht erkennen, dass es die Grundsätze der Rspr. zur Auslegung der Notwehrvorschrift genügend bedacht hat.

c) In diesem Zusammenhang begegnet es weiter rechtlichen Bedenken, dass das LG bei seiner rechtlichen Bewertung die Auseinandersetzung als »innerfamiliäre Streitigkeit« bezeichnet. Das könnte darauf hindeuten, dass es von einer Einschränkung des Notwehrrechts ausgeht. Dies wäre in zweifacher Hinsicht rechtsfehlerhaft: Die Urteilsfeststellungen ergeben, dass dem Angriff des V. gerade kein Streit vorausgegangen ist, an dem die Zeugin P. oder der Angeklagte beteiligt war. Der Angriff erfolgte vielmehr unvermittelt und ohne erkennbaren äußeren Grund. Das Notwehrrecht war schließlich nicht deshalb eingeschränkt, weil der Angreifer mit der Tochter der Zeugin P. verheiratet war. Dies geht auf die Willensentschließung der Tochter zurück, die mit V. in einer anderen Wohnung lebte. Ein irgendwie geartetes sonstiges, zu erhöhter Rücksichtnahme in der gegebenen Lage verpflichtendes persönliches Näheverhältnis zwischen dem Angreifer und der Zeugin P. oder dem Angeklagten ist nicht ersichtlich. Es wäre hier für die Frage einer etwaigen Begrenzung des Notwehrrechts auch deshalb unerheblich, weil der Angriff nach gewaltsamem Eindringen in die Wohnung der Zeugin P. und des Angeklagten, einem besonders schutzwürdigen Bereich, erfolgte. Etwas anderes ergibt sich auch nicht im Blick auf die Alkoholisierung des V. Dieser neigte in einem solchen Zustand gerade zu Gewalttätigkeiten. Das kann unter den vorliegenden Umständen indessen nicht dazu führen, dass der Verteidigende ein hohes Maß an Leibes- und gar an Lebensgefahr ohne Aussicht auf erfolgversprechende Abwehr hinnehmen muss.

d) Danach hängt die Annahme des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr weiter davon ab, ob und wie der Angeklagte den Schusswaffengebrauch androhen musste und ob dies geschehen ist (vgl. dazu auch BGH StV 1999, 146). Das LG hält hier eine »deutliche« Ankündigung des Waffeneinsatzes und eine vorherige Warnung für geboten, die es im Ergebnis vermisst. Die Würdigung hierzu ist indessen lückenhaft; sie lässt zudem besorgen, dass die Strafkammer die Anforderungen an eine solche Androhung überspannt hat. Die Androhung hat den Sinn, dem Angreifer vor einem lebensgefährlichen Einsatz der Waffe davon

Kenntnis zu geben, dass der Verteidigende über eine solche verfügt. Je nach »Auseinandersetzungslage« ist auch die ins Auge gefasste Verwendung, also der konkrete Einsatz anzudrohen. Wie dies zu geschehen hat, ist nicht zwingend vorgegeben. Anders als etwa bei einem für solche Konfliktlagen Ausgebildeten, der auch für extreme Belastungssituationen richtige Verhaltensweisen eingeübt hat, kann von einem aus dem Schlaf gerissenen, auf einen Angriff nicht gefassten Menschen nicht ohne weiteres ein in jeder Hinsicht überlegtes Verhalten erwartet werden. Entscheidend ist, dass der Angreifer in den Stand gesetzt wird, die Bewaffnung des Verteidigers wahrzunehmen und zu erkennen, dass dieser bereit ist, die Waffe gegen ihn einzusetzen, falls er mit seinem Angriff fortfährt. Dazu ist nicht stets ein mündlicher Anruf oder Hinweis erforderlich; vielmehr hängt die Art und Weise der Androhung ebenfalls von den jeweiligen Umständen des Falles ab. Je nach der Intensität und Gefährlichkeit des Angriffs in dem beim Einsatz der Schusswaffe gegebenen Stadium kann deshalb möglicherweise schon eine Drohwirkung genügen, die von dem bloßen Vorzeigen der Schusswaffe und einem etwaigen Zielen auf den Angreifer ausgeht. Hierauf geht das Urteil nicht näher ein. Das LG führt lediglich aus, der Angeklagte habe »weder mit Worten auf die Waffe aufmerksam gemacht noch deren Einsatz für den Fall angedroht, dass er nicht von der Zeugin P. ablasse«. Was mit Letzterem gemeint ist, bleibt unklar. Da der angreifende V. sich treppabwärts vor der Zeugin P. befand und dabei war, diese weiter auf der Treppe herabzuzerren, während der Angeklagte von oben aus seiner Wohnung herbeilief, liegt nahe, dass V. die Schusswaffe in der Hand des Angeklagten vor deren Einsatz erkannt hatte, aber seinen Angriff dennoch fortsetzte. Möglicherweise konnte er zuvor auch wahrnehmen, dass der Angeklagte die Waffe auf ihn gerichtet hatte. Das hätte der Erörterung bedurft, weil eine solche konkludente Drohung angesichts des Maßes der Gefahr für die Zeugin P. hier ausreichend sein konnte. Das LG meint zwar im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung, dem angreifenden V. sei keine Zeit zur Reaktion verblieben. Wie es zu dieser Annahme kommt, wird aber durch die Beweiswürdigung nicht erhellt. Bei der erforderlichen Würdigung der Beweise ist zu bedenken, dass nach dem Zweifelssatz zu Gunsten des Angeklagten als Verteidiger von der ihm günstigeren Sachverhaltsannahme auszugehen ist, wenn sich bestimmte, nicht fernliegende Möglichkeiten des Tatverlaufs nicht zur Überzeugung des Tatrichters ausschließen lassen. Danach bedarf die Frage der Notwehr insgesamt der erneuten Prüfung.

4. Auf all das käme es indessen nicht an, wenn der Angeklagte – was hier nahe liegen dürfte – jedenfalls wegen Notwehrüberschreitung straffrei zu bleiben hätte. Nach § 33 StGB wird nicht bestraft, wer als Verteidiger die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet. Die Strafkammer hat dies geprüft und verneint. Das begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Angeklagte hatte sich auf Furcht vor schwerwiegenden Verletzungen seiner Lebensgefährtin berufen. Die Kammer führt aus, er habe sich zwar in verständlicher Erregung befunden, keinesfalls aber in Panik. Die Notwehrüberschreitung sei nicht aus »gesteigerter Furcht« erfolgt. Eine erhebliche Beeinträchtigung seiner Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit habe nicht vorgelegen. Das lässt besorgen, dass die Strafkammer auch zu hohe Anforderungen an die Annahme einer strafbefreienden Notwehrüberschreitung gestellt hat. Zwar ist nicht schon jedes Angstgefühl als Furcht im Sinne des § 33 StGB zu beurteilen; vielmehr muss durch das Gefühl des Bedrohtheits die Fähigkeit, das Geschehen zu verarbeiten und ihm angemessen zu begegnen, erheblich reduziert sein (vgl. BGHR StGB § 33 Furcht 2, 4; BGH NStZ-RR 1997, 65). Der Affekt muss nicht die alleinige oder auch nur überwiegende Ursache für die etwaige Überschreitung der Notwehrgrenzen gewesen sein; es genügt, dass er – neben anderen gefühlsmäßigen Regungen – für die Notwehrüberschreitung mitursächlich war. Damit wird dem

Umstand Rechnung getragen, dass der Angreifer die ihn treffenden Folgen einer überzogenen Abwehr selbst und allein verantworten muss, wenn er durch sein Handeln einen jener Affekte ausgelöst hat (Verwirrung, Furcht oder Schrecken), die den Angegriffenen über die Grenzen der Notwehr hinausgehen ließen (BGH StV 1999, 146/147).

Auf dieser rechtlichen Grundlage hätte die Strafkammer alle Tatumstände berücksichtigen müssen und das Geschehen nicht nur unter dem Gesichtspunkt der vorherigen Medikamenteneinnahme und des Überraschtwerdens im Schlafe würdigen dürfen; sie hätte auch die Wirkungen erwägen und darstellen müssen, die für den Angeklagten von dem überraschenden und massiven nächtlichen Angriff auf seine Lebensgefährtin gerade in der eigenen Wohnung ausgingen. Für eine erhebliche Verringerung der Fähigkeit zu einer angemessenen Reaktion konnte hier auch sprechen, dass der Angeklagte in seiner – auch vom LG angenommenen – Erregung den Ladezustand seiner Waffe nicht bedachte.

5. Darüber hinaus ist im Auge zu behalten, dass die genannten Umstände selbst unter der Annahme fahrlässiger Tötung auch Bedeutung für die Frage der Voraussehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung haben und deshalb auch in diesem Punkt tragfähiger Bewertung bedurft hätten. Der bloße Hinweis darauf, der Angeklagte, der annahm, seine Waffe sei ungeladen, hätte sich durch einfaches Aufklappen der Revolvertrommel vom Ladezustand der Waffe überzeugen können, sein Irrtum sei deshalb vermeidbar gewesen, genügt dazu nicht. Er wird in seiner bündigen Kürze der Befindlichkeit des Angeklagten und der Angriffslage nicht vollends gerecht.

6. Die Verurteilung des Angeklagten kann schließlich schon deshalb keinen Bestand haben, weil auch der Schuldspruch wegen des tateinheitlichen Ausübens der tatsächlichen Gewalt über den vom Angeklagten eingesetzten Revolver mit einem Rechtsfehler behaftet ist und das LG das Konkurrenzverhältnis zu dem Tötungsdelikt nicht zutreffend beurteilt hat. Da der Angeklagte sich auch nach Auffassung des LG in einer Nothilfesituation befand, durfte er den Revolver in dieser Lage – wenigstens als Drohmittel – verwenden. Damit entfällt zugleich die Strafbarkeit wegen des damit einhergehenden Ausübens der tatsächlichen Gewalt über diese Waffe (BGH NStZ 1981, 299; BGHR StGB § 32 Abs. 1 Rechtfertigung 1). Die Strafkammer hat die damit teilweise gegebene Strafflosigkeit des Waffendelikts nicht berücksichtigt und ist daher von einem zu weitgehenden Schuldumfang ausgegangen. Sie hat ausdrücklich den langandauernden Besitz gleich zweier Schusswaffen straferschwerend gewertet. Die in der Nothilfesituation gerechtfertigte Verwendung des Revolvers begründet überdies eine Zäsur. Das strafbare unerlaubte Ausüben der tatsächlichen Gewalt und der anschließende Einsatz der Waffe – auch dann, wenn ihn der neue Tatrichter wiederum als strafbar erachten sollte – würden sich vielmehr als mehrere Taten erweisen (§ 53 StGB; BGHR StGB § 32 Abs. 1 Rechtfertigung 1; vgl. für diesen Fall zum Verschlechterungsverbot *Kuckein* KK 4. Aufl. § 358 Rdn. 30 m. w. Nachw.).

Anmerkung

Der 1. Strafsenat des BGH behandelt in dieser Entscheidung neben Fragen der Vorhersehbarkeit und der Schusswaffendelikte drei bekannte und schon lange diskutierte Notwehrprobleme: Die fahrlässige Tötung in einer Notwehrsituation, in der eine vorsätzliche Tötung gerechtfertigt gewesen wäre, die genauere Bestimmung der »Erforderlichkeit« i. S. des § 32 Abs. 2 StGB insbesondere im Fall des Schusswaffengebrauchs und schließlich den Notwehrexzess aus »Furcht« i. S. des Art. 33 StGB. Während die Ausführungen des Senats zum ersten und zum dritten Punkt nur wenig Raum einnehmen, steht die Erforderlichkeitsproblematik vom Umfang her deutlich im Vordergrund.

Die fahrlässige Herbeiführung des Todes in Notwehrsituationen,

die bei vorsätzlicher Tatbegehung aus § 32 StGB gerechtfertigt gewesen wäre, wird nach auch bisher kaum umstrittener Auffassung in Rechtsprechung und Literatur gleichfalls aus Notwehr gerechtfertigt. Die Einigkeit betrifft allerdings nur das Ergebnis, nicht seine Begründung. Anders als früher BGH bei Dallinger, MDR 1958, 12, 13, wo nur von einer »gewollten Verteidigungshandlung« die Rede war, also allein darauf abgestellt worden war, dass ein genereller Verteidigungswille bestand, setzt der Senat jetzt ausdrücklich auf ein »erst-recht«-Argument. Die Begründung ist nur schwer mit der herrschenden Auffassung vereinbar, dass Fahrlässigkeit nicht ein »minus«, sondern ein »aliud« im Verhältnis zum Vorsatz darstellt. Es ist ihr auch entgegengehalten worden, dass bei objektiver Rechtfertigung bereits die Verletzung der Sorgfaltspflicht und damit von vornherein die Fahrlässigkeit entfalle (so ausführlich *Otto* in seiner Rezension des hier zu besprechenden Beschlusses, NStZ 2001, 591, 595). Entscheidend dürfte jedenfalls sein, dass es bei objektiver Rechtfertigung am Erfolgswert fehlt und ein etwaiger bloßer Handlungswert bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht selbständig (etwa als Versuch) strafbar ist.

Am Ende nimmt der Senat noch kurz zum Notwehrexzess aus »Furcht« Stellung. Zunächst verwundert etwas die Feststellung im Anschluss an die Ausführungen zur Erforderlichkeit, »auf all das käme es indessen nicht an«, wenn sich die Straffreiheit aus dem Vorliegen eines Notwehrexzesses nach § 33 StGB ergebe. Das ist natürlich richtig, soweit es das praktische Ergebnis betrifft (keine Strafbarkeit), nicht richtig dagegen, wenn man auch die auf gänzlich unterschiedlichen rechtlichen Wertungsebenen liegenden Urteile über Rechtfertigung bzw. Entschuldigung mit berücksichtigt. Ob er gerechtfertigt oder nur entschuldigt ist, kann für den Angeklagten von erheblicher Bedeutung sein. Was den Maßstab für »Furcht« i. S. des § 33 angeht, so hält sich der Senat an die Leitlinien der bisherigen Rechtsprechung und weist das LG zu Recht auf einige tatsächliche Umstände hin, die hierbei noch zu berücksichtigen gewesen wären.

Im Zentrum der Entscheidung des Senats steht allerdings die Problematik der Erforderlichkeit im allgemeinen und speziell beim Schusswaffengebrauch. Der Senat stellt zunächst noch einmal allgemein klar, dass der Einsatz einer Schusswaffe nur das letzte Mittel der Verteidigung sein könne und dass »grundsätzlich« der Verteidiger den Gebrauch der Schusswaffe androhen oder, wenn dies aussichtslos erscheint, einen weniger gefährlichen Einsatz der Waffe wie etwa einen gezielten Warnschuss versuchen müsse. Er weist aber dann ebenso generell darauf hin, dass man auch beim Gebrauch einer Schusswaffe sich desjenigen Abwehrmittels bedienen dürfe, »das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet«, eines Mittels, »das geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig auszuräumen«. In dieser Kombination der Aussagen, mit denen der Senat sich in einer Tradition der neueren Rechtsprechung weiß, liegt eine Paradoxie, die bisher auch in der Literatur noch kaum besondere Aufmerksamkeit erregt hat. Reicht es für die Erforderlichkeit einerseits schon aus, dass die Art der Abwehr sofort und endgültig die Gefahr beseitigt, so braucht sich der Verteidiger unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit auf kein milderes Mittel verweisen zu lassen, falls ein vorhandenes milderes Mittel weniger schnell oder weniger sicher in Bezug auf die Endgültigkeit der Abwehr der Gefahr ist. Dann aber kann er auch nicht im Fall des Schusswaffengebrauchs »grundsätzlich« dazu verpflichtet sein, erst den Schuss anzudrohen oder einen Warnschuss abzugeben und durch das Aufschieben des gezielten Schusses ein »geringes Risiko« (so ausdrücklich auch der Senat) hinzunehmen. Oder umgekehrt: Geht man von diesem Schonungsprinzip (wie es hier einmal genannt sei) aus, wonach der Einsatz der Schusswaffe nur das letzte Mittel sein darf, und hält man dies für ein Element der Erforderlichkeit, so darf man für die Bestimmung der Erforderlichkeit nicht nur auf Schnelligkeit und

Endgültigkeit der Abwehr abstellen. Diese Paradoxie muss vielmehr in die eine oder in die andere Richtung irgendwie aufgelöst werden. Man wird nämlich auch nicht behaupten können, in der Praxis stelle sich das Dilemma nicht, eine Androhung des Waffengebrauchs oder ein Warnschuss seien »grundsätzlich« in ihrer Abwehrwirkung so schnell und endgültig wie der sofortige gezielte Schuss. Ganz im Gegenteil: in aller Regel wird der sofortige gezielte Schuss das sicherere Abwehrmittel sein. Will man diesen sofortigen gezielten Schuss »grundsätzlich« nicht – und es erscheint durchaus nachvollziehbar, dass man ihn nicht will – so muss man dies deutlich sagen und offen erkennbar der Interpretation von § 32 zugrundelegen.

Wenn gleichwohl die Rechtsprechung seit längerem die beiden Aussagen so nebeneinander verwendet, als gebe es im Grundsatz zwischen ihnen keinen Widerspruch und als müsse man nur einmal den Akzent stärker auf die eine und ein anderes Mal stärker auf die andere Aussage legen, so ist dies aus einer rein praktischen Sicht von Rechtsprechung durchaus verständlich: man will sich im Dienst der Einzelfallgerechtigkeit eine gewisse Flexibilität zwischen zwei Polen weiterhin ermöglichen: einmal sind dann eben die Anforderungen an die Erforderlichkeit, ein anderes Mal die an das Schonungsprinzip stärker zu gewichten, je nach dem, wo die Vorinstanz ihren aus Sicht des BGH vielleicht etwas einseitigen Akzent gesetzt hat.

Die Einschränkung des Prinzips der Erforderlichkeit durch das Schonungsprinzip ist entstanden auf dem Umweg über eine der Fallgruppen, die man gewöhnlich unter die sog. »sozialethischen Notwehrein-schränkungen« zählt: die beiden ersten Entscheidungen, auf die sich der 1. Senat auch in der vorliegenden Entscheidung bezieht, nämlich die beiden Entscheidungen im 26. Band der amtlichen Sammlung (BGHSt. 26, 143, 146 und BGHSt. 26, 256, 258) aus dem Jahr 1975, betrafen Fälle der Notwehrprovokation, in denen die Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung bei der Verteidigung fordert. Erst später ist dann diese Art des Schonungsprinzips als allgemeine Einschränkung bei der Verwendung gefährlicher, möglicherweise tödlicher Waffen auf andere Fälle ausgedehnt und zu einem von Provokationssituationen unabhängigen allgemeinen Prinzip erklärt worden (BGH NStZ 1996, 29; BGHStV 1999, 143, 144; 145, 146), das als »Regel« bezeichnet wird, allerdings »nicht ausnahmslos« gelten soll. In den genannten Entscheidungen wird in diesem Sinn das Schonungsprinzip formuliert, jeweils im konkreten Fall aber, ebenso wie im vorliegenden Beschluss (und anders als in BGH NStZ 1994, 529, wo das »zwar ... aber« zum Schonungsprinzip hin-führt), dem Schonungsprinzip das traditionelle Kriterium der Erforderlichkeit (Orientierung an der sofortigen, endgültigen Abwehr, deshalb erlaubter gezielter Schusswaffengebrauch) vorgeordnet: »Jedoch gilt auch für die Verwendung einer Schusswaffe ...« schließt der Senat im vorliegenden Fall an die Erwägungen zum Schonungsprinzip an und nennt dann Gründe dafür, warum der Schusswaffengebrauch in concreto nicht angedroht zu werden brauchte (der Angreifer hätte den Revolver sehen können) und warum kein Warnschuss abgegeben werden musste (nur eine Patrone war vorhanden; es wäre in einem Treppenhaus zu gefährlich gewesen, einen Warnschuss abzugeben). Überraschend im Vergleich mit den früheren Entscheidungen ist allerdings, dass der Senat diese Einzelfragen des Schonungsprinzips erörtert, nachdem er vorher schon festgestellt hat, die Erforderlichkeit liege vor: »War der Einsatz der Schusswaffe durch den Angekl. – da andere schnell wirksame Mittel zur Abwehr des massiven Angriffs auf seine Lebensgefährtin ersichtlich nicht zur Verfügung standen – erforderlich, so wäre noch zu erwägen gewesen ...«, und dann tritt der Senat erst auf die Frage der einen Patrone und der Unnötigkeit einer Androhung oder eines Warnschusses ein.

Es fragt sich, ob man dies als Andeutung dafür lesen kann, dass der BGH zwischen der Erforderlichkeit und dem Schonungs-

prinzip zu unterscheiden beginnt und sieht, dass das Schonungsprinzip nicht nur nicht dem bisherigen Verständnis der Erforderlichkeit immanent, sondern nicht einmal, wie zu sehen war, mit ihm widerspruchlos vereinbar ist. Ist etwa das vom BGH entwickelte und nun offenbar zur gefestigten Rechtsprechung zählende Schonungsprinzip für den Fall des Gebrauchs gefährlicher Waffen eine weitere Fallgruppe unter den sog. »sozialethischen« Notwehrein-schränkungen, deren Begründung bekanntlich umstritten ist, die aber gewöhnlich als rudimentäre Ausprägungen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit (oder Proportionalität) im Notwehrrecht angesehen werden? Diese bekannten Einschränkungen betreffen allerdings bestimmte Arten des Angriffs (geringfügige Angriffe, Angriffe von Kindern, Irrenden, Provozierenden und zum Angegriffenen in einer engen persönlichen Beziehung Stehenden). Mit Ausnahme der letztgenannten ohnehin sehr problematischen und umstrittenen Fallgruppe kann man in der Tat sagen, dass das Gewicht des Angriffs in diesen Fallgruppen geringer wiegt, da er sich nicht oder jedenfalls weniger als üblich gegen die Rechtssubjektivität des Angegriffenen wendet und ihn somit nicht oder nur in geringerem Maße als Person in Frage stellt. Es ist also nicht falsch, wenn man in diesen bisher diskutierten Fallgruppen einen Einbruch des Verhältnismäßigkeitsprinzips in das Notwehrrecht sieht, den man freilich nicht mit »Sozialethik« begründen sollte. Er folgt schlicht aus dem Rechtsprinzip, das sich dort – und nur dort – einem Proportionalitätserfordernis für die Abwehr entzieht, wo die Rechtssubjektivität des Angegriffenen als solche in Frage gestellt ist. Berücksichtigung von Proportionalität also muss man umgekehrt fordern, wo und soweit dies nicht der Fall ist. Das Schonungsprinzip ist demgegenüber nicht unmittelbar vom Gewicht des Angriffs abhängig, setzt also nicht Ziele in eine Relation, sondern ist Element einer Mittel-Zweck-Abwägung. Es gehört also durchaus zum Problembereich der Erforderlichkeit, die ja auch bisher schon kein rein ökonomisches Prinzip war – sonst hätte man den geringstmöglichen Einsatz im Sinne einer Ressourcenschonung beim Verteidiger und nicht einer Rechtsgüterschonung beim Angreifer verstehen müssen. Auch bisher also enthielt die »Erforderlichkeit« genannte Mittel-Zweck-Abwägung bei der Notwehr Elemente der Schonung des Angreifers. Die hier als Schonungsprinzip bezeichnete weitere Einschränkung des Notwehrrechts beschneidet nur zusätzlich die Orientierung des Mittels zur Abwehr an deren Sofortigkeit und Endgültigkeit. Man mag dies in einem veränderten Verständnis von Erforderlichkeit berücksichtigen oder der Erforderlichkeit (im bisherigen Verständnis) als zusätzliche Einschränkung des Notwehrrechts zur Seite stellen. Wichtig erscheint nur, sich einzugestehen, dass das Schonungsprinzip mit der bisherigen Bestimmung der Erforderlichkeit nicht vereinbar ist. Während der Senat in seinen allgemein gehaltenen Ausführungen zu Beginn die Differenz nicht benennt, deutet er sie in der anschließenden Trennung der Erfordernisse von Androhung und Warnschuss von der Erforderlichkeit an.

Das Notwehrrecht wird durch die Anreicherung mit dem Schonungsprinzip stärker an ein allgemeines Erfordernis der Angemessenheit der Abwehr gebunden. Das ist international eine durchaus geläufige Einschränkung des Notwehrrechts. Das geltende Schweizer Recht z. B. spricht in Zusammenhang mit der Notwehr ausdrücklich von einer »Angemessenheit« der Abwehr. Damit wird nicht etwa mit einer vagen Menschenfreundlichkeit kokettiert, wie die Kritiker einer Notwehrein-schränkung gelegentlich argwöhnen. Vielmehr wird berücksichtigt, dass auch beim Fehlen staatlicher Hilfe durch den Angriff nicht ein Rückfall in den Naturzustand entsteht, sondern weiterhin zwei Rechtssubjekte mit prinzipieller wechselseitiger Respektierungspflicht einander gegenüberstehen. Das Ziel, auch mit dem, der sich über die Person des anderen erhoben hat, langfristig wieder ein auf Gleichheit basierendes Rechtsverhältnis zu ermöglichen, fordert die Schonung seines Lebens jedenfalls so

lange, wie eigene Güter nicht durch Zuwarten stärker gefährdet werden. Da eine geringe Unsicherheit insoweit immer bestehen wird, würde diese Einschränkung des Notwehrrechts leerlaufen, würde man nicht auch die Hinnahme dieses geringen Risikos vom Verteidiger erwarten. Es erscheint deshalb ein vernünftiger Grundsatz, wenn die Rechtsprechung eine Androhung oder einen Warnschuss fordert, sofern das Risiko, dass die Verteidigungschancen des Angegriffenen dadurch gemindert werden, nur gering ist. Und es ist richtig, wenn der Senat die tatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Notwehreinschränkung im vorliegenden Fall bezweifelt.

Prof. Dr. Dr. h. c. *Kurt Seelmann*, Basel