

JAVIER WILENMANN

Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff

*Freiburger
Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen
12*

Mohr Siebeck

FREIBURGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Band 12



Javier Wilenmann

Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff

Die Dogmatik des Defensivnotstands
im Strafrecht

Mohr Siebeck

Javier Wilenmann, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaften an der juristischen Fakultät der Universidad de Chile in Santiago, Chile; LL.M. Universität Regensburg; 2013 Promotion an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universidad Adolfo Ibañez, Santiago, Chile.

ISBN 978-3-16-153290-0 / eISBN 978-3-16-160445-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1864-3701 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um die leicht geänderte Fassung meiner im Wintersemester 2013/2014 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg angenommenen Dissertation. Sie beschäftigt sich allgemein mit dem Defensivnotstand im deutschen Strafrecht. Sie zielt darauf ab, eine systematisch begründete Rekonstruktion des Defensivnotstands anzubieten. Rand- und Grenzfälle einschließlich der sehr stark diskutierten Fälle der Gefahrengemeinschaften mit einseitigen Rettungschancen werden nicht ausführlich thematisiert, obwohl ihre Abgrenzung zum echten Defensivnotstand behandelt wird.

Zu bedanken ist in erster Linie meinem verehrten Lehrer Herrn Prof. Dr. Michael Pawlik, der die Arbeit großzügig betreute und begleitete, mir aber völlige geistige Freiheit für die Auseinandersetzung mit dem Thema gewährte. Herrn Prof. Dr. Wolfgang Frisch danke ich ganz herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für zahlreiche Gespräche und Kommentierungen, die der Verbesserung der vorliegenden Fassung wesentlich dienten. Ich bedanke ihm auch sowie Prof. Dr. Dres. hc Rolf Stürner und Prof. Dr. Thomas Würtenberger für die Annahme der Dissertation in der Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Reihe.

Alle meine Freunde, die mir mit Gespräche, Diskussionen oder Literaturhinweisen bei der Erstellung der Arbeit geholfen haben, möchte ich auch danken. Dazu zählen vor allem Dr. Juan Pablo Mañalich und Herr Ivó Coca-Vila. Den Mitarbeitern der Lehrstühle von Prof. Dr. Pawlik zunächst in Regensburg und später in Freiburg seien auch ganz herzlich gedankt.

Die Durchführung der Promotion und die erfolgreiche Erstellung der Dissertation waren nur dank eines Stipendiums des DAADs möglich. Ganz herzlich möchte ich nicht nur der Institution selbst, sondern auch meine Betreuerin im DAAD, Frau Elke Massa, danken.

Schließlich gilt ein besonderer Dank meinen Eltern, die meine Arbeit immer gefördert und unterstützt haben, und vor allem meiner Frau, Bernardita, die mich während des ganzen Laufes der Promotion unterstützte, begleitete und den größeren Teil der Betreuung unserer Tochter, Elisa, leidenschaftlich übernahm. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Santiago den 17. Januar 2014

Javier Wilenmann von Bernath

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung.....	1
Kapitel I Das System von Abwehr- und Notrechten	9
I. Einleitung Das System der Rechtfertigungsgründe. Eine Kritik der Lehre des überwiegenden Interesses	11
II. Grundlagen des Systems von Abwehr- und Notrechten. Autonomie, Verantwortung und Solidarität	33
1. Recht und Autonomieverteilung.....	34
2. Autonomie als Rechtsquelle, Verantwortung als entsprechende Pflichtquelle	41
3. Solidarität als Schranke der formalen Autonomie	122
4. Fazit: Solidarität und Autonomie als Grundlagen des Systems von Abwehr- und Notrechten	148
III. Allgemeines System von Abwehr- und Notrechten	150
1. Der Kontext der Neudefinierung der systematischen Bearbeitung der Abwehr- und Notrechte: Das System von Abwehr- und Notrechten nach Hruschka und Jakobs.....	150
2. Das allgemeine System von Abwehr- und Notrechten	160
3. Die Institute der Abwehr- und Notrechte	176
4. Das System von Rechtsfolgen in Notlagen.....	192
IV. Zwischenergebnis.....	202
Kapitel II Die Dogmatik des Defensivnotstands	205
I. Einleitung: Billigkeit der schwachen Verantwortung. Dogmatik des Defensivnotstands als Dogmatik der Mangelhaftigkeit der Notwehr?	207

II. Rechtliche Grundlagen.....	211
III. Die Regeln der Zuschreibung von schwacher Verantwortung.....	216
1. Personale Bedingungen der schwachen Verantwortung: Gibt es sie überhaupt?.....	216
2. Normative Bedingungen der schwachen Verantwortung.....	237
3. Zeitliche Bedingungen der schwachen Verantwortung: Gegenwärtigkeit der Gefahr und präventive Verteidigung.....	398
4. Verbindung zwischen Defensivnotlage und Nothandlung: Die Erforderlichkeit beim Defensivnotstand.....	424
IV. Die Rechtsfolgen des Defensivnotstands.....	438
1. Einleitung: Begründung der Rechtsfolgen des Defensivnotstands. Zur Differenzierung zwischen Defensivnotstand und tragischem Notstand.....	438
2. Formale Autonomie und Solidarität im Defensivnotstand.....	449
V. Zwischenergebnis.....	453
Fazit.....	457
Schrifttum.....	461
Personenregister.....	483
Sachregister.....	483

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung.....	1
Kapitel I Das System von Abwehr- und Notrechten	9
I. Einleitung Das System der Rechtfertigungsgründe. Eine Kritik der Lehre des überwiegenden Interesses	11
II. Grundlagen des Systems von Abwehr- und Notrechten. Autonomie, Verantwortung und Solidarität	33
1. Recht und Autonomieverteilung.....	34
a) Einleitung.....	34
b) Der Begriff der formalen Autonomie	36
c) Formale Autonomie, Freiheitsbegriff und Solidarität als Teilmomente des Systems von Abwehr und Notrechten	40
2. Autonomie als Rechtsquelle, Verantwortung als entsprechende Pflichtquelle	41
a) Einleitung zum Problem der Zuschreibung von Verantwortung.....	41
b) Schuld, Charakterschuld und Sozialtherapie	50
c) Zwei Begriffe der Verantwortung und Legitimation der Zuweisung von Lasten	62
d) Verantwortung als legitimierte Urheberschaftszuschreibung: Die starke Verantwortung als gestärkte schwache Verantwortung.....	65
i) Spannungen der strafrechtlichen Verantwortung.....	65
ii) Transzendental-pragmatische Begründung der Verantwortung.....	69
iii) Methodologische Stufe der Behandlung der Verantwortung: Die Unterscheidung zwischen kausaler und normativer Erklärung	72

iv) Pragmatische Stufe: Die nichtinstitutionelle Wirklichkeit der Zuschreibung von Verantwortung	85
v) Pragmatik der nichtinstitutionellen Zuschreibung von Verantwortung	87
vi) Die Handlung als Grundeinheit bei institutioneller und nicht-institutioneller Zuschreibung von Verantwortung	91
vii) Der Bedarf nach präskriptiver und politischer Ergänzung	94
viii) Zweckbezogene Erklärung der Zuschreibung von Verantwortung und Verteilung von Freiheit durch Normen	95
ix) Demokratische Ergänzung durch Festlegung der Bedingungen der Nichtzuschreibung	100
x) Strukturen der Zurechnung als normtheoretische Anpassung an Normstrukturen	103
e) Verantwortung als rein distributives Urteil	105
i) Rechtsinstitute jenseits der Handlung	105
ii) Lastenverteilung und Defensivnotstand	109
iii) Das distributive Natur der schwachen Verantwortung	111
iv) Zweckbezogene Begründung der schwachen Verantwortung	111
f) Starke Verantwortung und schwache Verantwortung	117
3. Solidarität als Schranke der formalen Autonomie	122
a) Einleitung: Solidarität und Autonomie	122
b) Freiheit und Anerkennung	125
c) Methodologisches Begreifen der Freiheit in den Momenten des Rechts	133
d) Der Konflikt zwischen Solidarität und formaler Autonomie: Pawliks Interpretation von § 127 der Grundlinien	136
e) Der Begriff der rechtlichen Solidarität: ein Familienstreit	139
4. Fazit: Solidarität und Autonomie als Grundlagen des Systems von Abwehr- und Notrechten	148
III. Allgemeines System von Abwehr- und Notrechten	150
1. Der Kontext der Neudefinierung der systematischen Bearbeitung der Abwehr- und Notrechte: Das System von Abwehr- und Notrechten nach Hruschka und Jakobs	150
a) Hruschkas Arbeiten über Notwehr und Notstand	150
b) Jakobs und die Prinzipien der Abwehr- und Notrechte	157
2. Das allgemeine System von Abwehr- und Notrechten	160
a) Einleitung: Drei Systeme von Abwehr- und Notrechten	160
b) Allgemeine Beschreibung des Systems	162

c) Abwehr gegen rechtswidrigen Angriff und Abwehr gegen verantwortliche Gefährdung.....	166
d) Das Begründungspotenzial der Solidarität und die wechselseitige Beschränkung hinsichtlich der formalen Autonomie.....	173
3. Die Institute der Abwehr- und Notrechte	176
a) Abwehr- und Notrechte als Institute	176
b) Verantwortung begründende Gegenstände: gegenwärtige, rechtswidrige Angriffe und gefährlicher Zustand	180
c) Entstehung der Erlaubnis: Die Erforderlichkeit als Verbindung zwischen Erlaubnis und Verantwortung	184
4. Das System von Rechtsfolgen in Notlagen.....	192
a) Tatbestand, Rechtsfolge und Einschränkung der Verletzungsbefugnis aus Rücksicht auf die Interessen des Eingriffsadressaten: Allgemeine Beschreibung des Systems von Einschränkungen.....	192
b) Das „wesentliche Überwiegen“ als Anerkennung des abstrakten Anspruchs auf Freiheit.....	196
c) Die Struktur der Abwägung	200
IV. Zwischenergebnis.....	202
Kapitel II Die Dogmatik des Defensivnotstands	205
I. Einleitung: Billigkeit der schwachen Verantwortung. Dogmatik des Defensivnotstands als Dogmatik der Mangelhaftigkeit der Notwehr?	207
II. Rechtliche Grundlagen.....	211
III. Die Regeln der Zuschreibung von schwacher Verantwortung.....	216
1. Personale Bedingungen der schwachen Verantwortung: Gibt es sie überhaupt?.....	216
a) Die Begründung der Verantwortung trotz mangelnder persönlichen Konstitution	217
b) Negative Dogmatik der persönlichen Bedingungen der Notwehr.....	230
c) Positive persönliche Bedingungen des Defensivnotstands?	233
2. Normative Bedingungen der schwachen Verantwortung	237
a) Einleitung.....	237
b) Norm, Handlung und Zustand	239
i) Norm und Handlung als Eckpfeiler der Zurechnungslehre – Die Fremdheit der schwachen Verantwortung hinsichtlich Norm und Handlung.....	239

ii) Gegenwärtige Forschungen wider das Dogma der Handlung im Bereich der schwachen Verantwortung	254
iii) Das Strafrecht jenseits der Handlung	261
iv) Die Regeln der Zuschreibung von schwacher Verantwortung nach einem Verhaltensstandardmodell	274
c) Wann ist die Gefährdung überhaupt der Verantwortlichkeit des Eingriffsadressaten zuschreibbar?	279
i) Auslösung des Defensivnotstands durch kausale Verbindung	279
ii) Auslösung des Defensivnotstands durch quasi-kausale Verbindung: Die normative Verbindung als unbestimmtes Zurechnungsurteil	285
iii) Die Struktur des Urteils der schwachen Verantwortung: Kausale Gefährdung in Zuständigkeitsbedingungen	290
d) Das System der Zuständigkeiten beim Defensivnotstand	296
i) Einheit der Zuständigkeit oder Trennung? Zur Unterscheidung zwischen Herrschaftsverantwortung und Verhaltensverantwortung	297
ii) Quasi-Angriffszuständigkeit	313
iii) Weitere allgemeine Kriterien der Verhaltenszuständigkeit?	332
iv) Unabhängige Anerkennung der Ingerenz bei Aufhebung von Sicherungsmaßnahmen	337
v) Zuständigkeit aus (übri- ger) tatsächlicher Übernahme: Verantwortung aus kommunikativer Verminderung der Handlungsmöglichkeiten des Nottäters	338
vi) Defensivnotstand bei positiver, institutioneller Zuständigkeit?	340
vii) Zwischenergebnis: Die Lehre der Verhaltenszuständigkeit	342
viii) Zuständigkeit aus Sachherrschaft: Die Sachwehr	343
ix) Das negative Ende der Zuständigkeit	362
e) Zwischenbetrachtung: Das Schema der schwachen Verantwortung beim Defensivnotstand	370
f) Die Beziehung zwischen unechten Unterlassungsdelikten und schwacher Verantwortung	372
i) Sind unechte Unterlassungsdelikte und der Defensivnotstand verbunden?	372
ii) Die Notwehr als Verteidigungsstruktur gegen Unterlassungsangriffe	379

iii) Warum sind die Strukturen der unechten Unterlassungsdelikte und des Defensivnotstands überhaupt ähnlich?	385
g) Formelle Rechtmäßigkeit und sachliche Rechtswidrigkeit	388
h) Zwischenergebnis: Die normativen Bedingungen des Defensivnotstands	395
3. Zeitliche Bedingungen der schwachen Verantwortung: Gegenwärtigkeit der Gefahr und präventive Verteidigung.....	398
a) Die Gegenwärtigkeit der Gefahr beim Defensivnotstand	398
b) Die Behandlung von Haustyrannenmordfällen.....	411
4. Verbindung zwischen Defensivnotlage und Nothandlung: Die Erforderlichkeit beim Defensivnotstand	424
a) Einleitung: Die Struktur der Erforderlichkeit und der Defensivnotstand.....	424
b) Subsidiarität beim Defensivnotstand: Das Primat der Institutionen.....	426
i) Die Zweiteilung der Subsidiarität	426
ii) Subsidiarität als Erforderlichkeit	428
iii) Subsidiarität jenseits der Erforderlichkeit	428
c) Erforderlichkeit <i>stricto sensu</i> : Ist eine Ausweichpflicht beim Defensivnotstand begründbar?.....	429
d) Kommen Selbstaufopferungen des Nottäters beim Defensivnotstand in Betracht?	436
IV. Die Rechtsfolgen des Defensivnotstands	438
1. Einleitung: Begründung der Rechtsfolgen des Defensivnotstands. Zur Differenzierung zwischen Defensivnotstand und tragischem Notstand	438
2. Formale Autonomie und Solidarität im Defensivnotstand	449
V. Zwischenergebnis	453
Fazit	457
Schrifttum	461
Personenregister.....	483
Sachregister.....	483

Einleitung

Nach einer allgemein vertretenen Meinung besteht ein wichtigster Fortschritt der jüngsten Dogmatik des Allgemeinen Teils in der Anerkennung des Defensivnotstands¹. Die unabhängige Anerkennung des Defensivnotstands erlaube, systematisch wenig befriedigende Lösungen im Bereich des Aggressivnotstands und der Notwehr zu überwinden. Im Fall des Aggressivnotstands ist dies besonders deutlich in Bezug auf die Verteidigung gegen fremde Tiere, wobei der Defensivnotstand als Sachwehr positive Anerkennung im BGB gefunden hat². Da Tiere nicht rechtswidrige Angriffe im Sinne des § 32 StGB verüben können, ist die Notwehrvorschrift in solchen Fällen nicht anwendbar³. Die Verweigerung eines Verteidigungsrechts außerhalb der strengen Grenzen des § 34 StGB scheint trotzdem ganz ungerecht zu sein. Das Opfer verteidigt sich ja gegen das fremde Tier. Die Beschreibung der Verteidigung als eine Beschädigung des Vermögens eines ganz unbeteiligten Dritten ist daher offensichtlich fehl am Platz⁴. Ohne Defensivnotstand könnte diese Lage trotzdem nicht anders durch die Kategorien der Strafrechtsdogmatik beschrieben werden. Der Nottäter sollte sich lediglich dann verteidigen können, wenn die durch das Tier in Gefahr gebrachten Interessen den Interessen des Eingriffsadressaten (also die Nichtverletzung des Tiers) wesentlich überwiegen.

¹ So z.B. *Zimmermann*, Rettungstötungen, S. 162; *Otte*, Defensivnotstand, S. 30; *Roxin*, FS-Jescheck, S. 458 und *Frister*, GA 1988, S. 294–295; *ders.*, AT, 3. Teil, 17. Kapitel Rn. 21.

² Dass die Entstehung des Defensivnotstands im § 228 BGB mit der Frage nach der Verteidigung gegen Tiere geschichtlich verbunden ist, zeigt *Stratenwerth*, ZStW 68, S. 56 und ausführlich *HKK-BGB-Haferkamp*, § 228 Rn. 29. Dies betont auch *Roxin*, FS-Jescheck, S. 457, wenn er behauptet, dass die praktische Bedeutung der früheren anerkannten Version des Defensivnotstands – die Sachwehr – „sich im wesentlichen auf die Abwehr angreifender Hunde“ beschränkt. Ähnlich *Puppe*, Rechtfertigung, S. 168–169.

³ Anders aber *LK¹¹-Spendel*, § 32, Rn. 39–45, mit nicht unbeachtlichen Argumenten (zu den Argumenten für die Gewährung eines Notwehrrechts gegen Tiere ausführlicher *Otte*, Defensivnotstand, S. 36 ff.). Spendels Argument basiert auf der Tatsache, dass ohne Anerkennung der Notwehr gegen Tiere der Schutz gegen sie schwächer als gegen andere Menschen, sogar bei Anerkennung des Defensivnotstands, wäre. Auf dieses Argument wird mit Recht von *Jakobs*, Rechtszwang, S. 15–16, geantwortet, dass die Zuschreibung der Personalität nicht nur als Recht auf Respekt ausgelegt werden muss, sondern vielmehr auch als eine Last. Juristische Pflichten sind dem Tier nicht zuzuschreiben.

⁴ Ähnlich *Engländer*, Nothilfe, S. 97.

Die Anerkennung des Defensivnotstands erlaube es, diese Probleme zu überwinden⁵.

Aber auch in Bezug auf die Notwehr erlaubt der Defensivnotstand nach einer weit verbreiteten Meinung, bessere Lösungen zu finden⁶. Vor allem im Bereich der sog. Präventivnotwehr hat der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand Popularität gefunden. Während die Behandlung der Präventivnotwehr als Notwehr sowohl systematisch als auch präskriptiv nicht eingängig scheint, erlaubt die Anerkennung des Defensivnotstands jedoch die Intuition zu befriedigen, dass es sich nicht um eine Aggressivnotstandslage handelt, also um Rettung der eigenen Interessen in Bezug auf einen Unbeteiligten.

Wenn man die Dogmatik des Defensivnotstands näher analysiert, kann man trotzdem schnell bemerken, dass die „nahezu unumstrittene“ Anerkennung des Defensivnotstands nur als terminologischer Begriff stattfindet. In der Behandlung der Begründung, der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen des Defensivnotstands gibt es wesentliche Unterschiede. Einige sehen eine grundlegende Beziehung zwischen Aggressiv- und Defensivnotstand, so dass der Defensivnotstand auch eine Äußerung der Idee der Solidarität wäre⁷, während eine gegnerische Meinung ihn als Manifestation der Verantwortung bzw. Verteidigung von Autonomiebereichen wie im Fall der Notwehr betrachtet⁸. Eine dritte, vielleicht noch herrschende Meinung betrachtet den Defensivnotstand als Äußerung des Prinzips des überwiegenden Interesses. Dies ist stark mit der Frage der Anwendbarkeit von § 34 StGB sowie mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Defensivnotstands verbunden. Nach der Lehre der Verantwortung verursacht die Anwendbarkeit des Defensivnotstands grundsätzlich eine Umkehrung der Bewertungsstruktur des § 34 StGB. Die Lehre der Gesamtabwägung sieht dagegen den Defensivnotstand als im § 34 StGB enthalten, so dass die Zurechnung der Gefahr nur ein „Pluspunkt“ bei der Bewertung der Interessen wäre⁹. Es versteht sich von selbst, dass die Behandlung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Defensivnotstands nur stark abweichend voneinander sein kann, wenn man von so unterschiedlichen Ausgangspunkten ausgeht. Die normative Voraussetzung des Defensivnotstands wird deshalb ganz unterschiedlich als Zurechnung von kausaler Verur-

⁵ Freilich wurde der Defensivnotstand als Sachwehr dank der Anwendbarkeit vom § 228 BGB vor langer Zeit anerkannt. Die neuere Bedeutung des Defensivnotstands ist vielmehr im Bereich der menschlichen Handlung zu finden. Das Beispiel des Tierangriffs zeigt jedoch begrifflich die systematischen Schwierigkeiten, die kraft der Polarisierung Notwehr-Aggressivnotstand gegeben sein könnten.

⁶ Siehe z.B. *Roxin*, FS-Jescheck, S. 458 ff.

⁷ So jüngst z.B. *Bott*, Lebensnotstand, S. 87–88 und 95–96; *Archangelskij*, Lebensnotstand, S. 75–77.

⁸ Ausführlicher Kapitel I Abschnitt III. 2. und 3.

⁹ *Hoyer*, FS-Küper, S. 178.

sachung der Gefahr durch den Eingriffsadressat¹⁰, objektive Zurechnung der Gefahr¹¹ oder Zuschreibung von bestimmten Formen von Verantwortung für die Gefahr bezeichnet. Kurzum: Außerhalb des Bereiches der Verteidigung gegen Sachen, bei dem § 228 BGB klar anwendbar ist, gibt es eine große Vielfältigkeit und deshalb Unklarheit in der Begründung, im Tatbestand und in der Rechtsfolge des Defensivnotstands.

Kaum kann deshalb der Defensivnotstand als ein einstimmig anerkanntes Institut beschrieben werden. Wenn einem Institut stark abweichende Grundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen zugewiesen werden, dann bezeichnet man lediglich unterschiedliche Institute mit demselben Namen. Und trotzdem ist ja die deutsche Strafrechtsdogmatik mit Recht davon überzeugt, dass ein System von Abwehr- und Notrechten ohne Anerkennung eines Institutes zwischen Notwehr und Aggressivnotstand nicht vollständig sein kann.

Zwei stark diskutierte Fälle in den letzten Jahren haben mit aller Deutlichkeit diese Spaltung zwischen der Zustimmung in Bezug auf das Bedürfnis nach Anerkennung eines solchen Instituts und der Vielfältigkeit in seiner Behandlung nachgewiesen¹². Im sog. Haustyrannenmordfall sowie im Fall des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeugs zeigt die Literatur erheblich voneinander abweichende Lösungen. Die Rechtfertigung der Tötung des Haustyrannen bzw. der Passagiere wird mit verschiedenen dogmatischen Argumenten verneint oder bejaht. Man diskutiert nicht nur, ob beide Fälle als Defensivnotstandsfälle behandelt werden können – also nicht nur im Bereich der Voraussetzungen des Defensivnotstands –, sondern sogar auch in Bezug auf die Rechtsfolge des Defensivnotstands in solchen Fällen, wenn er für anwendbar gehalten wird. Auch hier gibt es stark abweichende Meinungen. Einige meinen, dass der Defensivnotstand allgemein keine Umkehrung des Maßstabs des § 34 StGB verursacht, so dass die Rechtfertigung der Rettungstötung normativ unmöglich sei¹³. Andere erkennen eine Veränderung des Maßstabs des Aggressivnotstands an, aber verneinen die Rechtfertigung aufgrund der sog. „Nichtabwägbarkeit“ des Lebens und der damit verbundenen Argumente¹⁴. Eine dritte Meinung erkennt die Möglichkeit der Rechtfertigung der Tötung im Defensivnotstand an¹⁵. Aber die Fälle, in denen dies

¹⁰ So z.B. *Gropp*, GA 2006, S. 287 und *Rogall*, NSTZ 2008, S. 4–5.

¹¹ So z.B. *Köhler*, FS-Schroeder, S. 266 ff.

¹² Der Einfluss der Diskussion um § 14 Abs. 3 LuftSiG wird auch von *Coca Vila*, InDret 1–2011, S. 3 anerkannt.

¹³ Exemplarisch hier *Archangelskij*, Lebensnotstand, S. 72–77, *Schramm*, Familie, S. 146–153 und *Bott*, Lebenotstand, S. 87–88 und 94–97.

¹⁴ In Bezug auf den Haustyrannenfall so z.B. *Roxin*, AT, § 16 Rn. 87 und *Rotsch*, JuS 2005, S. 16.

¹⁵ So in Bezug auf unterschiedliche Fälle *MK-Erb*, § 34 Rn. 126; *Hirsch*, FS-Küper, S. 160 ff.; *Frisch*, FS-Puppe, S. 449; *Pawlik*, Notstand, S. 309 ff.; *Renzikowski*, Notstand, S. 268–269; *Otto*, NSTZ 2004, S. 143–144.

gegeben wäre, sind auch nicht einhellig behandelt: Die Vielfältigkeit der Meinungen bezüglich der Voraussetzungen des Defensivnotstands impliziert Vielfältigkeit in der Anerkennung der Fälle, in denen Tötungsbefugnisse zugelassen sind. In Bezug auf die Rechtfertigung von Tötungen im Defensivnotstand gibt es daher eine so breite Vielfältigkeit von Meinungen wie es möglich ist.

Nun könnte man die verschiedenen Meinungen in Bezug auf Tötungsrechte außerhalb der Lehre der Notwehr direkt evaluieren wollen, d.h., ohne vorher eine vollständige Dogmatik des Defensivnotstands zu entwickeln. Da es sich (auch) um eine Frage der Legitimität der Rechtsfolge „Tötungsrecht“ handelt, könnte man sie direkt axiologisch evaluieren. Innerhalb der Flut von Veröffentlichungen, die die Rechtfertigung des Abschuss von entführten Flugezeugen oder vom Haustyranen behandeln, scheinen die Meisten so zu verfahren. Dies ist zum Teil berechtigt: Die Legitimationsfrage der Rechtsfolge des Defensivnotstands kann nicht umgangen werden. Das deskriptive Wesen des Defensivnotstands und die präskriptiven Folgen, die aus der Verwirklichung des Tatbestandes des Defensivnotstands entstehen, müssen sich ja wechselseitig bestimmen. Eine Lehre des Defensivnotstands oder irgendeines strafrechtlichen Instituts kann nicht nur aus pragmatischen Gründen, sondern auch weil ansonsten die Frage nach der Legitimation des entsprechenden Instituts definitionsgemäß unvollständig wäre¹⁶, nicht unter Trennung der Beschreibung seines Tatbestandes und seiner Rechtsfolgen vorgehen¹⁷. Die Frage, ob und inwiefern die Gewährung von bestimmten Abwehrrechten überzeugend ist, integriert daher zu Recht die Dogmatik des Defensivnotstands. Sie integriert deshalb auch die methodologischen Annahmen der vorliegenden Arbeit. Dies knüpft an ein Verständnis der Lehre des Verbrechens an, nach dem sie sich als ein komplexer Diskurs verstehen lässt, dessen primärer Zweck die Begründung der Bedingungen der Legitimität der strafrechtlichen Pflichten und Rechtsfolgen ist¹⁸. Als wichtigste methodologische Annahme erscheint deshalb, was hier als „Prinzip des legitimierenden Diskurses“ bezeichnet wird: Tatbestand und Rechtsfolge müssen in einem innerlichen legitimatorischen Zusammenhang stehen, damit man von einer ausreichenden Erklärung eines rechtlichen Institutes ausgehen kann¹⁹. „Es geht nicht darum, reines Wissen

¹⁶ Ähnlich *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 406 ff.; *Hörnle*, Straftheorien, S. 45 ff.

¹⁷ Dazu *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 42–47.

¹⁸ Die hiesige Auffassung geht davon aus, dass die Legitimation von rechtlichen Pflichten entscheidend für die Rechtswissenschaft ist. Sie bietet kaum eine Begründung dieser These an, sondern setzt sie voraus. Für eine soziologische Begründung der Bedeutsamkeit der Legitimität der Rechtsnormen siehe nur *Baurmann*, Zehn Thesen, S. 410–413.

¹⁹ Wie sich ein solches Prinzip allgemein als methodologische Grundlage der dogmatischen Arbeit verstehen lässt, zeigen z.B. *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 11 ff., *ders.* Vorüberlegungen, S. 169 ff. und *Pawlik*, Betrug, S. 61–62.

zu entdecken, sondern darum, Wissen und die damit verbundenen Richtigkeitsansprüche samt ihrer Konsequenzen zu rechtfertigen.²⁰

Wenn man jedoch den Defensivnotstand lediglich als eine isolierte Frage der praktischen Philosophie behandelt – ist es korrekt, solche Handlungsmöglichkeiten anzuerkennen? –, können die Ergebnisse nur unzureichend sein. Wie die Lehre des Verbrechens besser als fast alle anderen Disziplinen zeigt, beeinflusst die Legitimation jedes Elements andere Elemente des Systems und daher die Bedingungen der Legitimität des Ganzen. Die bloße Stellung der Frage „Darf man in Bezug auf Menschen, von deren Sphäre erhebliche Gefahren ausgehen, tödliche Verteidigung ausüben?“ ohne systematische Platzierung sowie ihre direkte intuitive moralische Beantwortung – also ihre topische Behandlung – sind daher nicht ausreichend: Sie müssen sich im komplexen Diskurs der Legitimität der strafrechtlichen Institute als System anpassen lassen. Die ausführliche Behandlung dieser Frage verlangt daher die Entwicklung einer hinreichenden Lehre des Defensivnotstands.

Die vorliegende Arbeit zielt darauf ab, eine systematische und dogmatische Rekonstruktion des Defensivnotstands anzubieten.

Kapitel I und II stellen die erstgenannte Lehre dar. Da das Institut des Defensivnotstands stark mit systematischen Fragen verbunden ist, behandelt Kapitel I das ganze System der Abwehr- und Notrechte in der Rechtfertigungslehre des Allgemeinen Teils. Ohne eine solche systematische und grundlegende Platzierung lässt sich der Defensivnotstand nicht verstehen. Wie gezeigt werden soll, beruht der Defensivnotstand wie die Notwehr auf dem Gedanken der Verantwortung. Der Defensivnotstand gehört zur Gattung der Abwehrrechte und nicht der Notrechte, wie sein Name indizieren könnte. Trotz der Gemeinsamkeiten mit der Notwehr sind die Gedanken der Verantwortung, die bei beiden Instituten ausgelegt werden können, von unterschiedlicher Natur. Die Notwehr basiert auf einer Idee der Verantwortung nach ihrem traditionellen, personellen Verständnis: Der Täter wird als freier Urheber der Handlung und deren Folgen betrachtet, so dass bei pflichtwidrigem Verhalten die Kosten der Nichtbefolgung wegen seiner Entscheidung wider der Rechtstreue ihm zuzuweisen sind. Der Defensivnotstand beruht dagegen auf sachlicher Verantwortung, die lediglich in Bezug auf distributive Gerechtigkeit legitimiert werden kann. Einfach beschrieben: während die Konstruktion des Subjekts als Person sowie die Pflichtwidrigkeit ihrer Handlung die verletzenden Folgen der Verteidigung als Folgen der Handlung des Eingriffsadressaten beschreiben lassen, ist dies beim Defensivnotstand nicht notwendig. Die Verantwortung für die Kosten, die aus dem Verhalten des Eingriffsadressaten oder aus seinem Vermögen entstehen, basiert hier hingegen auf einer gerechten Verteilung von Lasten in Bezug auf Vorteile, die aus dem gemeinsamen Leben entstehen. Natürlich ist auch die traditionelle Verantwortung ein distri-

²⁰ Möllers, Vortüberlegungen, S. 170.

butives Institut. Die Art und Weise, in der die Distribution stattfindet, hat jedoch einen spezifischen Inhalt bei der traditionellen, starken Verantwortung. Während die erste Form der Verantwortung – die personale Form der Verantwortung bei Notwehr – in der zweiten enthalten ist, da die Zuweisung der Kosten einer Handlung zur personal verantwortlichen Partei immer gerecht ist, sind einige notwendigen Bedingungen der ersten Form von Verantwortungen nicht Merkmale der zweiten. Es ist daher möglich, von zwei Begriffen des Defensivnotstands zu sprechen: Defensivnotstand im weiteren Sinne bezeichnet irgendeine Zuweisung von Kosten einer erforderlichen Rettungshandlung, wenn diese Zuweisung in Bezug auf die Ausglei chung von Vorteilen und Nachteilen sich rechtfertigen lässt. Wenn diese Rechtfertigung durch starke Verantwortung stattfindet, handelt es sich um den Unterfall der Notwehr. Wenn diese Rechtfertigung durch schwache (nicht reaktive) Verantwortung stattfindet, handelt es sich um den Unterfall des Defensivnotstands im engeren Sinne. Beide Formen der Verantwortung erlauben unterschiedliche Rechtsfolgen zu legitimieren. Während die erste (starke) Form der Verantwortung eine abstrakte Betrachtung des Konflikts erlaubt, ist dies bei der sachlichen, schwachen Verantwortung nicht möglich. Wie im Fall des Aggressivnotstands sind die konkreten Belange der Parteien für die Bestimmung der Rechtfertigung daher im Defensivnotstand (im engeren Sinne) entscheidend. Da keine volle personale Verantwortung zugeschrieben werden kann, entscheidet das Recht den Konflikt nicht abstrakt wie im Fall der Notwehr, sondern wird er vielmehr durch partielle materielle Betrachtung der Freiheitsansprüche behandelt.

Kapitel II setzt diese Gedanken fort. Es zielt darauf ab, dogmatische Kriterien der Zuschreibung von Verantwortung im Sinne des Defensivnotstands zu entwickeln, sowie weitere Voraussetzungen zu bearbeiten. Entscheidend im Kapitel II ist auch die Behandlung der Rechtsfolge einer Defensivnotstandslage, also die Bestimmung der Weite der Verteidigungsbefugnis. Die Dogmatik des Defensivnotstands ergibt sich als Behandlung von Zuschreibungsregeln, welche den Sinn vermitteln können, den eigenen Freiheitsbereich überausgedehnt zu haben, sodass die daraus entstehenden Kosten vom Eingriffsadressaten primär getragen werden sollen. Die Dogmatik des Defensivnotstands ist daher eine Dogmatik der abstrakten Begründung *dieser* Rechtsfolge. Damit diese Rechtsfolge sich systematisch begründen lässt, muss den Tatbestand die Bedingungen der „schwachen Verantwortung“ erfüllen. Dies ist methodologisch problematisch. Wie Kapitel II zeigen soll, ist die Lehre des Verbrechens eine Äußerung einer starken Lehre der Verantwortung, nach welcher man nur für die mindestens potentiell bewussten Folgen der freien Handlung verantwortlich ist. Ein verteilendes Institut wie der Defensivnotstand kann nicht gänzlich in eine solche Methodologie integriert werden. Die Bestimmung der Verantwortung nach Normen, welche sich auf

Handlungen beziehen, kann nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden. Die Möglichkeit, eine Dogmatik des Defensivnotstands überhaupt durchführen zu können, hängt von der Möglichkeit ab, Verantwortung jenseits der starken Verantwortung begründen und operationalisieren zu können. Kapitel II zielt darauf ab.

Beide Kapitel organisieren sich als eine einheitliche Argumentation. Kapitel I zählt als reine systematische und theoretische Begründung von Kapitel II. Dies bedeutet, dass Kapitel I mit allgemeinen Fragen (strafrechtliche Verantwortung, Freiheit, System von Abwehr- und Notrechten) verbunden ist, und es deshalb auch ohne direktes Interesse am Defensivnotstand gelesen werden kann. Kapitel II beschäftigt sich seinerseits mit den dogmatischen und normtheoretischen Problemen, die in Verbindung mit dem Defensivnotstand auftauchen. Durch diesen fast kelsenschen Aufbau der Arbeit lässt sich das Begründungskapitel unabhängig von seiner Anwendung lesen, welche jedoch als seine Verwirklichung anzusehen ist. Das Anwendungskapitel lässt sich hingegen schwerlich ohne die Lektüre seines Begründungskapitels korrekt verstehen.

Kapitel I

Das System von Abwehr- und Notrechten

Personenregister

- Abegg*, Julius, 138
Augustinus, 405
- Bentham*, Jeremy, 23, 25, 27
Berner, Albert Friedrich, 434, 435
Bierling, Ernst Rudolph, 229, 262, 263, 264
Binding, Karl, 121, 216, 223, 224, 225, 226, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 253, 261, 270
Brammsen, Joerg, 334
Brandom, Robert, 11
- Coninx*, Anna, 447
- Engisch*, Karl, 54, 56, 323
Engländer, Armin, 228
Erb, Volker, 194
- Feuerbach*, Paul Johan Anselm, 432, 433
Fichte, Johann Gottlieb, 432, 433
Frankfurt, Harry, 51, 52, 54, 57
Freund, Georg, 245
Frisch, Wolfgang, 404
Frister, Helmut, 399, 410
- Goldschmidt*, James, 226, 254, 263, 265
Günther, Hans Ludwig, 198
Günther, Klaus, 48, 89, 90
- Haas*, Volker, 116, 117, 212, 218, 254, 259, 260, 261
Habermas, Jürgen, 133, 146
Hälschner, Hugo, 223, 242
Hegel, G.W.F., 40, 46, 51, 56, 58, 80, 81, 85, 89, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 137, 138, 139, 146, 184, 199, 241, 244, 254, 376, 438
- Herzberg*, Rolf, 229, 394
Hobbes, Thomas, 35, 39, 419, 420
Hold von Ferneck, Alexander, 225, 239, 246, 247, 248, 249, 253, 261
Hollands, Martin, 302, 303, 304, 305, 308, 345, 346
Hruschka, Joachim, 89, 120, 139, 140, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 173, 213, 237, 358, 385, 453
- Jakobs*, Günther, 79, 89, 111, 113, 150, 157, 158, 159, 160, 171, 177, 187, 255, 256, 267, 274, 297, 302, 304, 305, 312, 324, 358, 359, 385
Joerden, Jan, 139
- Kant*, Immanuel, 35, 37, 39, 46, 54, 56, 58, 59, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 80, 81, 82, 98, 102, 125, 126, 127, 128, 137, 146, 163, 184, 432
Kaufmann, Armin, 216, 226, 227, 254, 259, 265, 266, 270, 340
Kindhäuser, Urs, 51, 53, 255, 265, 267, 326
Kleszczewski, Diethelm, 185
Koch, Arndt, 281
Köhler, Michael, 254, 257, 258, 259, 260, 261, 265, 290, 344
Köstlin, Christian Reinhold, 33
Kühl, Kristian, 185
Küper, Wilfried, 399, 448
- Ladiges*, Manuel, 280, 281
Lenckner, Theodor, 12, 13, 16, 20, 197, 453
Lepsius, Oliver, 299, 300, 301, 302, 303, 307, 308, 347, 352, 360
Lesch, Heiko, 169, 170, 171, 407, 408

- Löffler*, Alexander, 224, 270
Ludwig, Dominik, 399
- Mañalich*, Juan Pablo, 51, 54, 56, 93
Meißner, Andreas, 139
Merkel, Adolf, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 54, 61, 63, 220, 221, 223, 225, 226, 227
Merkel, Reinhard, 187, 188, 189, 284, 310
Mezger, Edmund, 12, 17, 18, 20, 248, 249, 250
Mitsch, Wolfgang, 430, 431, 435
Moore, G.E., 50, 51, 60
- Nagler*, Johannes, 226, 250, 394
Nida-Rümelin, Julian, 49
- Otte*, Lars, 208, 209, 237, 280, 365, 366, 416
Otto, Harro, 111, 245, 448
- Pawlik*, Michael, 89, 136, 137, 159, 177, 200, 227, 228, 254, 255, 256, 261, 267, 269, 274, 297, 309, 310, 357, 359, 402, 451
- Quante*, Michael, 83
- Rawls*, John, 25, 26, 99, 115, 144
Renzikowski, Joachim, 116, 254, 259, 261, 270, 301, 318, 319
Ricoeur, Paul, 405
Roxin, Claus, 208, 209, 219, 237, 252, 280, 309, 415, 416, 453
Rudolphi, Hans Joachim, 301, 337, 388, 391, 394
- Schlick*, Moritz, 50, 54, 60, 61, 62, 63, 64, 75
Schmidhäuser, Eberhard, 30
Schumann, Heribert, 380, 381, 382, 383
Schünemann, Bernd, 245
Seelmann, Kurt, 12, 16, 20
Strawson, Peter, 85, 86, 87
- Träger*, Ludwig, 375
- Vogel*, Joachim, 255, 265, 266, 267, 268, 274, 375, 388
Von Wright, Georg, 272
- Welp*, Jürgen, 306, 327, 380
Welzel, Hans, 244

Sachregister

- Abwägung. *siehe auch* Aggressivnotstand
Rechtsfolgen
Aggressivnotstand
– Grundlagen. *Siehe* Solidarität und System von Abwehr- und Notrechten
Grundlagen
– Lehre der Gesamtabwägung. *Siehe* Lehre des überwiegenden Interesses
– Rechtsfolge, 192–95
– tragischer Notstand, 442–49
Angriff, 164–65, 166–69, 180–84
– durch Schuldlose. *Siehe*
Defensivnotstand gegen Schuldlose
– durch Unterlassungen, 122–23
– Unterlassungsangriff. *Siehe* Notwehr gegen Unterlassungen
Ausweichpflicht, 190–91, 429–35
Autonomie. *Siehe auch* Freiheit
– formale, 34–41, 135–39, 171–73
- Besitz. *Siehe* Zuständigkeit
Sachherrschaft
Besitzdiener, 353–56
- Dauerangriff, 407–9
Dauergefahr, 402–4
Defensivnotstand
– bei formeller Rechtmäßigkeit, 388–95
– bei Präventivnotwehr, 329–30, 398–411
– gegen Schuldlose, 181–82, 217–19, 220–36, 330–32
– Grundlagen, 109–17
– methodologische Behandlung, 261–79
– negative Dogmatik, 207–10, 237
– normentheoretisches Problem, 245–53
– Rechtsfolge, 192–95
– Rechtsfolgen, 438–52
– Struktur, 290–96
- Unzulänglichkeit der Lehre der objektiven Zurechnung, 285–90
– Unzulänglichkeit des kausalen Kriteriums, 279–85
Deliktrecht. *Siehe* Zustandsverantwortung
Derekktion, 356
Determinismus. *Siehe* Willensfreiheit und Handlungskausalität
Duldungspflicht, 150–54
– beim erlaubten Risiko, 324–27
- Eigentum. *Siehe* Zuständigkeit
Sachherrschaft
Erforderlichkeit, 184–92
– beim Defensivnotstand, 424–26, 429–37
– Grund, 157–58, 187–89
– Struktur, 189–92
Erlaubtes Risiko, 324–29
Ersatz
– normentheoretische Struktur, 246–48
Ex ante Betrachtung, 293–95
- Flugzeugentführung, 444–48
Freiheit, 34–41
– bei Hegel, 125–39
– bei Kant, 125–28
– Theorie der Freiheit, 125–39
- Garantenstellung. *Siehe* Zuständigkeit
Gefahr
– Gefährdungsurteil, 291–96
Gefahrgemeinschaft, 442–49
Gegenwärtigkeit
– bei der Notwehr, 182
– beim Aggressivnotstand, 182–83
– beim Defensivnotstand, 398–411

- Handlung
– Handlungstheorie, 91–94, 240–43, 244–45
Handlungskausalität, 54–59
Haustyrannenfall, 411–13, 421–24
– entschuldigende Lösung, 413–21
- Ingerenz. *Siehe* Zuständigkeit
- Kompatibilismus, 50–54
Korrespondenzgedanke, 297–98
Lehre der objektiven Zurechnung
– bei Köhler, 257–59
Lehre des überwiegenden Interesses, 12–21, 196–200, 211–12
- Naturalismus, 59–62
Nichtabwägbarkeit des Lebens, 441–42
Normativität, 72–78
Normentheorie
– Adressatenproblem, 220–30
– als Ausdruck einer Lehre der starken Verantwortung, 239–41
– distributive Funktion, 226–27, 252–53
– Handlungstheorie als Teil der Normentheorie, 240–43
– Zustand als Begriff der Normentheorie, 270–74
Notstand. *Siehe* Aggressivnotstand und Defensivnotstand
Notwehr
– bei Fahrlässigkeit, 315–20
– gegen Unterlassungen, 379–85
– Grundlagen, 163–64, 166–68
- Obhutspflicht, 151–52
- Perforation, 235–36, 284–85
Person, 78–81, 83, 95–102
Polizeirecht. *Siehe*
Zustandsverantwortung
Pragmatismus
– transzendentaler, 69–71
Präventivnotwehr. *Siehe* Defensivnotstand
- Regressverbot. *Siehe* Zuständigkeit eines Dritten
- Sachwehr. *Siehe* Zuständigkeit
Sachherrschaft
- Schuld. *Siehe* Zurechnung und Willensfreiheit
– Trennung vom Unrecht. *Siehe* Unrecht
Selbstgefährdung. *Siehe* Zuständigkeit des Nottäters
Sicherungspflicht, 152–53
Solidarität, 123–24, 139–47, 173–76
Spannerfall, 417–18
Subsidiarität, 184–86
– beim Defensivnotstand, 426–29
System von Abwehr- und Notrechten, 173–76
– Grundlagen, 163–65, 171–73
– Struktur, 160–62, 163–65, 176–80
- Überwiegen
– wesentlich, 196–200
Unrecht
– distributives. *Siehe* Verantwortung schwache und Defensivnotstand
– objektives. *Siehe* Normentheorie
Adressatenproblem
– Unrecht-Schuld Trennung, 249–53
Unterlassung
– Struktur der unechten Unterlassungsdelikten, 372–78
Utilitarismus, 21–29
- Verantwortung
– Beziehung mit Zurechnung, 42–50
– normative Begründung, 94–102
– Pragmatik, 85–94
– schwache, 105–21, 157
– Spannungen, 65–69
- Willensfreiheit, 50–62
- Zurechnung
– Grund, 42–50
– Strukturen, 103–4
Zuständigkeit
– bei einer gerechtfertigten Verletzung, 393–94
– des Nottäters, 362–67
– eines Dritten, 367–70
– Ingerenz, 332–35, 337–38
– Kontrollverlust, 309–10
– normentheoretische Funktion, 254–57, 296–97
– Quasi-Angriff, 313–29

- Sachherrschaft, 298–310, 343–62
- tatsächliche Übernahme, 338–40
- Zweiteilung, 298–313
- Zustandsverantwortung, 105–9, 275–78,
299–304
- Zwillinge, 235–36, 281–82, 310–12