

recht

2/22

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

40. Jahrgang

Inhalt

- 55 *Matthias Kradolfer*
Rückwirkung im Verwaltungsrecht
- 67 *Karen Schobloch*
**Zwischen Vorwurf und Verständnis:
Komplexitäten von Notwehrfällen im Strafrecht**
- 79 *Thomas Jutzi/Quirin Meier*
Ausstrahlungswirkung im Finanzmarktrecht
- 102 *Flavio Todisco*
**Die ARGE der Bauwirtschaft im Lichte
des schweizerischen Kartellrechts**
-

Im Fokus

- 115 *Stephan Bernard*
**Unabhängige Strafverteidigung als zwingender
Baustein des Rechtsstaates**



Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2022

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 261.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 190.–

Ausland: Europa CHF 271.–

Welt CHF 287.–

Onlineabo: CHF 216.–

Einzelheft: CHF 68.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 82,

mediavermarktung@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2022

Gesamtherstellung: Stämpfli Kommunikation, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht,
Privatrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,
Wirtschafts- und Europarecht,
Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Zürich

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsrecht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht,
Universität Basel

Karen Schobloch

Zwischen Vorwurf und Verständnis: Komplexitäten von Notwehrfällen im Strafrecht

Grundwidersprüche zwischen Sein und Sollen in der Praxis

Die Lektüre der dünnen Notwehrregeln in Art. 15 und 16 StGB lässt die Schwierigkeiten, die in der Praxis bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von Notwehrfällen oftmals zu bewältigen sind, kaum erahnen. Probleme macht dabei vor allem die hohe Komplexität der zugrunde liegenden Lebenssachverhalte und ihre Einbindung in das rechtliche Gerüst. Für eine strafrechtliche Bewertung muss die subjektive Realität der Beteiligten mit einer, zumindest scheinbar, objektiven Grundsätzen verpflichteten Normativität in Einklang gebracht werden, was manchmal so unmöglich scheint, wie Öl mit Wasser zu verbinden. Und doch fordert ein Schuldstrafrecht, welches den Menschen ins Zentrum stellt, dass eben diese Verbindung gelingt. Das ist die grosse Herausforderung des Notwehrrechts, vor der alle Akteure im Strafverfahren stehen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die akademische Dogmatik bieten für die tatsächlichen Probleme teilweise nur unzureichende Antworten. In diesem Beitrag wird versucht, hier eine Brücke zu schlagen. Aus einer Überprüfung der dogmatischen Gewissheiten auf ihre historischen Wurzeln einerseits und ihrer Geeignetheit, die Dynamik eines Konflikts in rechtsgenügender Weise einzuarbeiten, andererseits ergeben sich Vorschläge für neue Akzente in der Dogmatik wie auch für die Praxis.¹

Inhaltsübersicht

- I. Bruchlinien zwischen Konflikt, Tat, Verfahren und Urteil
 1. Wechselnde Opfer- und Täterrollen
 2. Die vergebliche Suche nach Eindeutigkeit
 3. Grundwidersprüche der Notwehr
- II. Umgang mit den Widersprüchen: ausgewählte Einzelfragen
 1. Notwehrhandlung
 2. Einschätzung des Vorliegens einer Notwehrlage/ extensiver Exzess
- III. Folgen für die Akteure im Strafverfahren

I. Bruchlinien zwischen Konflikt, Tat, Verfahren und Urteil

1. Wechselnde Opfer- und Täterrollen

Wer sich gegen einen Angriff auf Leib oder Leben hat verteidigen müssen und dabei sein Gegenüber geschädigt, verletzt oder gar getötet hat, hat zwar äusserlich überlebt. Innerlich aber sind diese Personen gezeichnet und tragen zumeist schwer an dem Erlebten. Sie müssen nicht nur damit fertig werden, existenziell bedroht worden zu sein, sondern auch verarbeiten, dass der Eigenschutz nur zu dem Preis möglich war, den anderen womöglich getötet zu haben. Hinzu kommt die Aufarbeitung: Wer gerade noch Opfer einer akuten Bedro-

hungslage war, in der er sich selbst helfen musste, weil ihm sonst kein Schutz zur Seite stand, erwartet nun in der Untersuchung und vor Schranken fraglos Schutz durch das Recht. Doch auch diese Hoffnung wird zunächst enttäuscht. Stattdessen findet man sich in der Beschuldigtenrolle in einem Strafverfahren, als Täter oder Täterin, und muss sich wegen der Verletzung oder Tötung des Angreifers rechtfertigen – und versteht die Welt nicht mehr. Diese formelle Verkehrung der erlebten Rollen verstärkt die Selbstzweifel, etwas zugleich sehr richtig, womöglich aber auch sehr falsch gemacht zu haben, deutlich. Für die Betroffenen sind diese Widersprüchlichkeiten sehr belastend, zumal, wenn Untersuchung und Verfahren lange dauern oder das Ergebnis über diverse Instanzen mehrfach erheblich schwankt. Doch damit nicht genug: Jenen Notwehrfällen, denen eine nahe menschliche Beziehung zugrunde lag – und das sind die meisten –², ist eigen, dass Opfer- und Täterrollen meist bereits während der Beziehung, vor allem aber in der Konfliktentwicklung ständig wechselten. Höhen und Tiefen, Hoffnung und Enttäuschung lagen dann häufig nah beieinander. Diese konflikthafte Verstrickung führt dazu, dass die Rollen oft nicht mehr unterscheidbar sind und sich Ursache und Wirkung der einzelnen Stadien des Kon-

Dr. iur. Karen Schobloch, Rechtsanwältin, Mediatorin, DAS Advanced Counseling UZH.

¹ Für die Schriftform überarbeitete Fassung eines Vortrags bei der Stiftung Juristische Weiterbildung Zürich «Unrechts- und Schuldabschluss» vom 7. April 2021 unter der Leitung von Prof. Dr. Gunhild Godenzi und Oberrichter lic. iur. Beat Gut.

² Der folgende Beitrag bezieht sich auf jene Notwehrsituationen, in denen die Konfliktparteien vor der Tat in eine Beziehung zueinander getreten waren. Dies ist überwiegend der Fall. Manchmal kennen sich die Parteien lebenslang (Familienkonflikte), oft für eine gewisse Zeit (Beziehungen, Geschäftspartner, Freundschaften), gelegentlich auch erst seit Kurzem. Nur in seltenen Fällen besteht gar keine Beziehung. Für Letztere werden die Überlegungen zur Konfliktodynamik keine zusätzlichen Aspekte liefern.

fliktverlaufs längst nicht mehr trennen lassen. Die emotionalen Folgen für jene, die diese verwickelte Lage in einer akuten Eskalation in Sekundenschnelle haben klären müssen, sind regelmässig zermürend. Es ist nun also auch noch der Tod oder die Verletzung dieses Gegenübers – des Freundes, des Vaters, der Kollegin, der nahen Verwandten – auszuhalten, aber diese Trauer ist gesellschaftlich nicht anerkannt. Trauert jemand um das Opfer seiner Notwehrhandlung, wird von aussen sofort infrage gestellt, ob der andere wirklich der «Böse» gewesen sein kann, ob also die Notwehr nötig gewesen war. Dieser Wirbel von Schuldgefühl, Überlebensrechtfertigung, wechselnden Rollenzuschreibungen und traumatischen Erinnerungen stellt hohe Anforderungen an die Akteure im Strafverfahren, ist doch ihr Handeln geeignet, sekundäre Traumatisierungen hervorzurufen.

2. Die vergebliche Suche nach Eindeutigkeit

Konfliktbeziehungen, zumal wenn sie dysfunktional waren, haben viele Facetten. Eskalieren sie in eine Notwehrsituation, so sind weder Anlass noch Tat ohne die zugrunde liegende Konfliktlage nachvollziehbar. Das, was in einem Strafverfahren nach möglichst objektiven Kriterien von unbeteiligten Dritten abgewogen und bewertet werden soll, hatte nicht nur einen langen, manchmal lebenslangen Vorlauf emotionaler Verstrickung, sondern war auch in der akuten Eskalation in der Regel fast ausschliesslich von Emotionalität geprägt.

In der strafrechtlichen Aufbereitung bedeutet dies, dass vieles von dem, was zum Verständnis der Tat nötig ist, juristisch eingeordnet werden muss, denn gerade eine normative Einordnung des Akteurstatus (Täter/Opfer) sowie die Schuldfrage dürfen nicht auf objektiv Sichtbares oder vermeintlich objektiv Verstehbares beschränkt sein. Diese Einordnung fällt in der Regel in doppelter Hinsicht schwer: Zum einen ist viel Material zu bewältigen, das sich nicht in der Beschreibung äusserer Handlungsabläufe erschöpft, zum anderen besteht die menschliche Neigung, zu viel Komplexität durch Ausblenden zu reduzieren. Das geschieht umso eher, wenn es sich um unsichtbare Gedanken, Absichten oder Emotionen handelt, die womöglich im Laufe des Konflikts auch noch mehrfach geschwankt haben. Vor jenen Instanzen, bei denen sich das Gericht einen persönlichen Eindruck der Beteiligten verschafft, gelingt diese eher ganzheitliche Sicht leichter. Je höher man in den Instanzen kommt, desto weiter entfernt sich die Beurteilung aber von der subjektiven Erlebnisrealität der Betroffenen, mit dem Ergebnis, dass die Massstäbe

«objektiver», also strenger werden. So kommt auch zustande, dass im Instanzenzug ein und derselbe Fall mehrfach zwischen Verurteilung und Freispruch hin- und herpendelt, was für die Betroffenen fast unaushaltbar ist. Es ist aber auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten – Rechtssicherheit, Schuldstrafrecht – eine Entwicklung, die zu denken geben muss.

Die Strafrechtsdogmatik hat für die Bewältigung dieser Komplexitäten wenig Hilfreiches zu bieten. Auch wenn das Strafrecht binäre Ergebnisse im Sinne eines Ja/Nein erfordert – es gibt auf Tatbestands- und Rechtfertigungsebene kein «ein bisschen» erfüllt oder gerechtfertigt –, ist es notwendig, sich vor Augen zu führen, dass dies lediglich ein normatives Ergebnis ist, das in der Lebenswirklichkeit keine eindeutigen Entsprechungen hatte. Konflikte sind weder einfach noch übersichtlich. Sie sind im Gegenteil von einem komplizierten Durcheinander von Rollen, Emotionen, Erwartungen etc. geprägt, die alles andere als objektives Entscheiden ermöglichen. Vor diesem Hintergrund von jemandem unter existenzieller Bedrohung, die nur in seltenen Fällen bezugslos einfach so aus heiterem Himmel kommt, zu verlangen, dass seine Entscheidungen in den verschiedenen Phasen der Notwehrsituation (lag bereits ein Angriff vor, war er schon zu Ende, war oder erschien die Verteidigungshandlung wirklich als die mildeste, die zur Verfügung stand, wie sicher war sie, etc. ...) mit unterschiedlichen Graden an rationaler Distanz gefällt werden müssten, erscheint unerfüllbar. Macht man sich zudem bewusst, dass das Ende einer Eskalation eine sehr zufällige Komponente hat – wäre es nur einen Moment früher oder später geschehen, oder wäre die Dynamik etwas anders gelaufen, wäre das Ergebnis völlig anders gewesen –, so wird deutlich, dass die Zuschreibung von eindeutigen Täter- bzw. Opferrollen, die das Strafrecht zu erzwingen scheint und die ganz massgeblich das Ergebnis der strafrechtlichen Beurteilung beeinflusst, von ebenso viel Zufälligkeit geprägt ist. Dieser aleatorische Aspekt aber ist wichtig, um dem Anreiz zu widerstehen, eine verstärkte Objektivierung der Notwehردogmatik als Lösungsweg zu verfolgen. Dies führt nur auf den ersten Blick zu mehr Rechtsstaatlichkeit. Auf den zweiten Blick aber ist es ein Weg, der vom Schuldstrafrecht wegführt, hin zu einer zeitlich seriellen Scheingerechtigkeit.

In der Notwehردogmatik spiegeln sich die oben genannten Widersprüche der Konfliktbeteiligten, aber auch jene zwischen den Aufgaben des Staates und des Einzelnen und deren Abgrenzung vielfach wider. Dieser Beitrag versucht, diese Widersprüche aufzuzeigen, damit sie handhabbar werden, sei es zur Überprüfung eingeschliffener Prämissen, sei es zur Flexibilisierung der Rechts-

anwendung im Hinblick auf die vielgestaltige Wirklichkeit. Er beruht zu einem grossen Teil auf Erfahrungen, die in der Rolle der Strafverteidigerin in Notwehrfällen erworben wurden: In dieser Rolle muss man aushalten, wenn Klienten von so unterschiedlichen Zuständen wie Schuldgefühlen, Trauer, Wut, Unverständnis, Demütigungen, Traumatisierungen etc. geplagt vor einem sitzen. Man muss damit umgehen, dass sie während der Untersuchung, beim Gerichtsverfahren, und den Instanzenläufen zwischen Depressionen, Aggression, Hoffnungslosigkeit und Verzweiflung hin und her geworfen werden. Man erlebt hautnah, was die Erinnerung an die Tat und was das Strafverfahren mit ihnen macht, die womöglich gerade eine wichtige Bezugsperson, die sie geliebt haben, erschossen haben, weil sie fürchteten, deren Aggression sonst nicht mehr zu überleben. Es ist eine privilegierte Rolle als Strafverteidigerin, die Perspektiven ermöglicht, die sonst kaum zu erlangen sind, weil man nicht nur einen Ausschnitt während des Verfahrens sieht. Gelingt der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses – der Schlüssel, um sich in die Lage der Beschuldigten bei der Tat hineinzusetzen und eine Nachvollziehbarkeit zu erlangen –, weiss niemand ausser der beschuldigten Person so viel über die Person selbst und den konkreten Ablauf der Notwehrhandlung wie die Verteidigung. Oftmals halten diese Klienten danach noch jahrelang Kontakt, sodass auch erlebbar wird, wie sie – häufig erfolglos – ihr Leben wieder in den Griff zu bekommen versuchen. Die Lehre, die man daraus ziehen kann, ist einfach zu formulieren: Diesen Komplexitäten ist mit Schwarz-Weiss-Denken nicht beizukommen. Die für eine strafrechtliche Beurteilung notwendigen Mechanismen der Reduzierung von Komplexität müssen daraufhin überprüft werden, ob sie dem Lebenssachverhalt angemessen Rechnung tragen. Dies soll im Folgenden angedeutet werden.³

3. Grundwidersprüche der Notwehr

In der Notwehrdogmatik fallen einige Widersprüche auf, die zu formulieren hilfreich sind, weil man diese Problembereiche dann, wenn sie auftreten, besser erkennt und darauf je nach Akteurrolle reagieren kann. Sie werden hier in einem ersten Schritt allgemein beschrieben. Unter II. wird auf-

³ Eine abschliessende Diskussion aller strafrechtstheoretischen Fragen unter diesem Gesichtspunkt kann hier nicht vorgenommen werden. Ziel dieser Überlegungen ist die Anregung zum Perspektivenwechsel. Bereits Hans Dubs hatte vor fast fünfzig Jahren darauf hingewiesen, dass die Vorgeschichte der Beziehung und früheren Auseinandersetzung bei der Prüfung der Angemessenheit einbezogen werden muss, kam allerdings in mancher Hinsicht zu anderen Schlüssen (*Dubs*, Notwehr, ZStR 89/1973, S. 337 ff. [S. 354]).

gezeigt, wie sich diese Widersprüche in ausgewählten Einzelfragen manifestieren.

a) *Erster Grundwiderspruch: binäre Einordnungen trotz komplexer Konfliktdynamik*

Aus dem oben Gesagten wurde bereits der erste Grundwiderspruch deutlich, der hier nochmals kurz zusammengefasst wird: Das Strafrecht geht von einer Täter-Opfer-Dichotomie aus, Zwischentöne entsprechen nicht der rechtlichen Logik. Es erzwingt Ja-/Nein-Entscheidungen und erfordert auf Tatbestands- und Rechtfertigungsebene Einordnungen in Dürfen/Nichtdürfen. Tatsächlich aber sind Konflikte mehrdimensional und dynamisch. Im Moment der Tat kommt der Konflikt gewaltsam zu einem Ende, das weder dessen Genese noch seine Entwicklung widerspiegeln muss. Werden diese Komplexitäten übergangen, besteht die Gefahr, eine Zufallsgerechtigkeit zu schaffen, die dem Schuldstrafrecht nicht entspricht.

Um dem zu begegnen, besteht die Möglichkeit, einige Schwerpunkte in der Argumentation vor Schranken und bei der Urteilsabfassung bewusster zu setzen (Angemessenheitsklausel und Betrachtungsperspektiven). Dies gilt im Besonderen für die häufig auftretenden Irrtümer. Auf diese Fragen ist im zweiten Teil einzugehen.

b) *Zweiter Grundwiderspruch: Zielkonflikte in der Begründung der Notwehr*

Das Schweizerische Strafrecht verfügt in Art. 15 StGB über eine Einschränkungsklausel, die in den meisten anderen Ländern, die ein ähnliches Notwehrrecht kennen, nicht besteht.⁴ «Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff *in einer den Umständen angemessenen Weise* abzuwehren.» Diese Einschränkung hat einige Fallgruppen hervorgebracht. Sieht man sich aber mit einem kurzen historischen Abriss die Entstehung dieser Einschränkung an, so zeigt sich bereits in einem solchen Überblick, dass hier noch einige alte Zöpfe herumgeistern, die einer konsequenten Umsetzung dieser Angemessenheitsklausel im Wege stehen.⁵

⁴ Grundlegend dazu *Karl-Ludwig Kunz*, Der Umfang der Notwehrbefugnis in rechtsvergleichender Betrachtung, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988 in Bern, Sonderband 124 der ZBJV, 1988, S. 161 ff.

⁵ Überblick über die Geschichte der Notwehr in: *Johannes Renzikowski*, Notwehr – Grundlagen und Geschichte, in: Urs Kindhäuser/Michael Pawlik (Hrsg.), Notwehr in Deutschland und China. Weltanschaulicher Hintergrund und dogmatische Grundfragen, Baden-Baden 2020, S. 33 ff.; *Kristian Kühn*, Die Notwehr: ein Kampf ums Recht oder Streit, der missfällt?, in: Freiheitliche Rechtsphilosophie, Baden-Baden 2008, S. 299–317; Grundlegend auch *Helmut Fuchs*, Grundfragen zur Notwehr, Wien 1986.

Das Notwehrrecht in seiner heutigen kodifizierten Form ist ein Produkt des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Begründet wird es meist mit einem einfachen «Es war schon immer so» oder mit Rückgriffen auf eine naturrechtliche Konstante, die sich bereits im römischen Recht findet.⁶ Cicero nannte es ein *angeborenes Recht*.⁷ Im Mittelalter war das Recht zur Selbstverteidigung blutig ausgeprägt: Blutrache sowie Standesfehden waren nicht nur erlaubt, sondern sozial notwendig, um als Angegriffener seine Ehre durch Verteidigung zurückzuerobert. Wer, nach einem Angriff auf Leib oder Leben, seine Ehre nicht durch einen adäquaten Rache- oder Fehdeakt wiederherstellte – dem Angreifer also nicht den Fehdehandschuh zum Duell hinwarf –, galt nicht als vernünftig, sondern als «feige». Nach der Aufklärung, nach der das Recht und die Gewährungen des Rechtsstaats als Errungenschaft gesehen wurden, die jedem Einzelnen eine gleiche Behandlung versprach, kam zur Notwehrberechtigung nun erstmals die Ausweitung auf andere Rechtsgüter als Leib und Leben,⁸ vor allem aber auch eine neue Betonung hinzu. Notwehr war jetzt sowohl die Ehrensache des Einzelnen als auch eine Sache der Gesellschaft.⁹ Recht, zumal das Strafrecht, wurde zu einer Garantie, dessen Normen Geltung zu verschaffen war (positive Generalprävention). In der Kombination der Bewahrung individueller Ehre und der gesellschaftlichen Rechtsbewahrung näherte sich das Recht auf Notwehr im Anschluss an Hegel einer moralischen Pflicht: «Denn das Unrecht ist, weil das Recht absolut unaufhebbar, an sich nichtig und muß in seiner Nichtigkeit manifestiert werden. Hierin, in dieser Nichtigkeit des Unrechts, welches zwar eine äußerliche Existenz, aber eine in sich nichtige hat, wurzelt das Recht des Staates zu strafen, das Recht des Einzelnen zur Nothwehr.»¹⁰ Aus diesem Rigorismus erklärt sich die sogenannte «Schneidigkeit» des Notwehrrechts: Ein Angriff muss nicht durch Ausweichen oder Weglaufen beendet werden, selbst wenn es möglich wäre. Das ist im Grundsatz noch immer so. Wer Notwehr übt, ver-

teidigt nicht nur sein Leben, sondern noch immer seine Ehre, und bekräftigt zudem die Normgeltung.

In der juristischen Ausbildung wird der Satz «Recht hat dem Unrecht nicht zu weichen»¹¹ so oft wiederholt, dass man ihn irgendwann nicht mehr hinterfragt. Doch eigentlich gibt es Grund genug, sich darüber zu wundern. Ist kulturell neben dem «Auge um Auge, Zahn um Zahn» nicht auch der Grundsatz verankert, dass man auf einen Schlag hin lieber seine andere Wange hinhalten solle, statt zurückzuschlagen? Gibt es nicht längst das Wissen um Konflikt dynamiken und die Vermeidung von Eskalationsspiralen sowie Sprichworte wie «Der Klügere gibt nach»? So absolut, wie es klingt, ist die «Schneidigkeit des Notwehrrechts» überraschend, und es schwingt eine gehörige Portion Zeitgeist mit, der noch ganz in der Welt des späten 19. Jahrhunderts verankert ist.¹² Man vergegenwärtige sich die damalige historische Situation in Europa: Anfang des 19. Jahrhunderts hatte Napoleon die europäische Ordnung aufgemischt. Die anschließenden Befreiungskriege hatten die im Kampf gegen Napoleon geeinten Staaten, vor allem die Kleinststaaten Deutschlands, ideell zusammengeschweisst. Aufbruchstimmung lag in der Luft, das Streben nach Freiheitsrechten, für Demokratie, für Bürgerrechte und der Kampf gegen absolutistische Machtrelieks wurden vor allem in universitären Kreisen einschliesslich der überall entstehenden Burschenschaften mit grosser Leidenschaft verfolgt. Dagegen stand die Sorge der grossen Politik, die die alte Ordnung wiederherstellen wollte, und die damit einhergehende politische Härte. Es war die Zeit des Vormärz, des Wiener Kongresses, des Reichskanzlers Metternich, der Karlsbader Beschlüsse, eine Zeit zwischen Restauration und Revolutionshoffnungen, zwischen Alt und Neu.¹³ In dieser Verunsicherung auf allen Ebenen waren Ehre und Rechtsgeltung tief empfundene Anker. Notwehr mit ihrer Eindeutigkeit und ihrer Schwarz-Weiss-Einteilung in Angriff und Verteidigung, in gut/böse, richtig/falsch passte in diesen Zeitgeist. Entsprechend pathetisch fielen damals ihre Begründungen aus. Rudolf von Jhering beschrieb das Recht als «moralische Luftreinigung», als Ausdruck

⁶ Digesten 43, 16, 1, 27: «Vim vi repellere licet.»

⁷ Cicero, Pro Milone, VI, 10 («Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex; quam ... verum ex natura ipsa adripuimus»).

⁸ Renzikowski, Notwehr – Grundlagen und Geschichte, oben Fn. 5, S. 36 f.

⁹ Sogenannte «Dualistische Theorie»; löste die monistischen Theorien (Individualschutz) ab und ist heute vorherrschend, siehe Johannes Kaspar, «Rechtswahrung» als Grundprinzip der Notwehr?, in: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung RW Heft 1 2013, S. 40 ff. (S. 41). Zudem gibt es in der deutschen Diskussion eine (Minder-)Meinung, Notwehr beruhe allein auf der Berechtigung zum Schutz individueller Rechtsgüter, vgl. Übersicht in Kaspar a. a. O.

¹⁰ Carl Levita, Das Recht der Notwehr, 1856, S. 17; grundlegend Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 97, 1820/1821, Nachdruck Frankfurt a. M. 1979 (online: <http://www.zeno.org/nid/20009181148>, zuletzt besucht am 26. März 2022); dazu auch Renzikowski, oben Fn. 5, S. 46.

¹¹ Alfred Friedrich Berner, Archiv des Criminalrechts 1848, S. 547. Kritisch dazu Detlef Krauß, Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen, in: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Hrsg. von Hans-Ulrich Paefgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel und Rainer Zaczky, Berlin 2011, S. 635 ff.

¹² Vgl. dazu auch Kaspar, oben Fn. 9, S. 47, der konstatiert, dass darin ein «holzschnittartiges Schwarz-Weiss-Denken zum Tragen [kommt], das den Vorstellungen der damaligen Zeit entsprochen haben mag, aus heutiger aufgeklärter Sicht aber (auch im Hinblick auf kriminologische Erkenntnisse) nicht mehr haltbar ist».

¹³ Statt vieler: Golo Mann, Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 1992, S. 112 ff. (S. 124–126).

des «Idealismus des Mannes».¹⁴ Das Notwehrrecht Sorge dafür, dass das «altdeutsch-mannhaft-empfindsame Ehrgefühl» keinen Schaden nehme und, so Berner, dass man dem Volk nicht «das Gefühl seiner Männerwürde raube»,¹⁵ ganz im Sinne der Haltung «Das Wesen des Rechts ist die Tat».¹⁶ Und so muss auch, wer angegriffen wird, nicht weichen, selbst wenn er kann, denn der «Kampf ums Recht»¹⁷ ist unerlässlich und hängt von der «Verteidigungsbereitschaft aller Rechtsgenossen ab», was auch noch 1970 wiederholt wurde.¹⁸ Das «Recht des Beleidigten ist unendlich»¹⁹, das waren starke Worte, und die Aufforderung zur Flucht galt noch immer als Ausdruck aus «dem Geist der Feigheit»²⁰.

Carl Stooss forderte bei den Beratungen um ein schweizerisches Notwehrrecht 1893 eine Abschwächung dieser Rigidität, mit der das Notwehrrecht in Deutschland ohne Güterproportionalität und Mass verteidigt wurde. Er hatte in den 1870er-Jahren in Leipzig und Heidelberg studiert und war sich des damals herrschenden Zeitgeists in diesen universitären Kreisen sicherlich wohl bewusst.²¹ Er wusste aber auch um die vielen kantonalen Regelungen in der Schweiz, die nur teilweise diese Absolutheit teilten. Er forderte Beschränkungen: «Wird dem Recht der Notwehr keine Grenze gezogen, so wird eine brutale und unmenschliche Behauptung des Rechts geschützt, die im einzelnen Fall allgemein als ungerecht empfunden wird.»²² Er befand, dass das, was im deutschen Recht als «Schneidigkeit» oder «Totschlagsmoral»²³ bezeichnet wurde, in der Schweiz wohl nicht passend sei. Auf sein Betreiben hin wurde das schweizerische Notwehrrecht um die Angemessenheitsklausel ergänzt. Seither ist unbestritten, dass im Schweizerischen Recht zwischen angegriffenem und durch die Verteidigung verletztem Rechtsgut kein Missverhältnis bestehen darf und dass die Verteidigungshandlung Proportionalitätsmassstäben genügen muss.

Ehre, Feigheit, der Anspruch auf Wiederherstellung des Rechts: das sind Kategorien, deren Verankerung in der Gesellschaft sich seither deutlich gewandelt hat. Kriminalpolitisch gerät der Notwehrübende durch diesen Wandel im Zeitgeist daher immer wieder mal zwischen die Stühle: Einerseits besteht das Notwehrrecht grundsätzlich unbestritten und hat Elemente absoluter Geltung behalten; andererseits hat der Aspekt der Rache und Ehrverteidigung heute keinen Stellenwert mehr, was im Ergebnis dazu führt, dass die Freisprüche gesellschaftlich schwer zu vermitteln scheinen.²⁴ Es gibt hier zahlreiche Widersprüche, die sich unter dem Begriff der «kriminalpolitischen Erwägungen» verbergen, die mal die Geltung des Rechts ohne Selbsthilfe, mal die Selbsthilfe, jeweils mit der gleichen, aber spiegelbildlich verwendeten Begründung der positiven Generalprävention, in den Vordergrund stellen.²⁵ Wichtig scheint, sich diese verschiedenen Strömungen bewusst zu machen. Dass selbst die Warnung vor dem «Geist der Feigheit» noch existiert, lässt sich ebenfalls darstellen:

Auch in der schweizerischen Doktrin gilt unwidersprochen, dass ein Ausweichen als Reaktion auf einen Angriff nicht erfordert wird. Dies ist argumentativ inkonsequent. Wie gesehen, wurde die Einführung der Angemessenheit damit begründet, dass die absolute Geltung des Rechts brutale und unmenschliche Ergebnisse herbeiführen könne. Damit wurde der absolute Rang der Notwehrbegründung relativiert. Konsequenterweise wäre dann auch die Geltung des Diktums, ein Ausweichen sei keine Option, infrage zu stellen: Wenn ein Angriff ohne Verletzung des Angreifers beendet werden könnte und dies Teil der tauglichen Mittel wäre, würde dogmatisch die Rechtsbewährung entsprechend der Angemessenheitsklausel hintergestellt.²⁶ Dass diese Diskussion nicht geführt wurde und auch heute kaum diskutiert wird, zeigt, dass sich noch immer der «Geist der Feigheit» zwischen den Zeilen hält, ein Relikt des Zeitgeists «des idealistischen Mannes der Tat», der sich jedem Duell mutig entgegenstellt. Es wäre an der Zeit, die Diskussion aufzunehmen, ob dieses Diktum noch zeitgemäss ist. Die Angemessenheitsklausel enthält zumindest das juristische Werkzeug, hiermit aufzuräumen, und zwar nicht nur in Bezug auf einzelne Fallgruppen.

¹⁴ Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Vortrag 1872, https://www.hs-augsburg.de/~harsch/germanica/Chronologie/19Jh/Jhering/jhe_kamd.html, zuletzt besucht am 26. März 2022.

¹⁵ Zitiert nach Eberhard Schmidhäuser, *Über die Wertstruktur der Notwehr*, in: *Göttinger Rechtswissenschaftliche Fakultät* (Hrsg.), *FS für Honig*, Göttingen, 1970, 185 ff. (S. 187).

¹⁶ Rudolf von Jhering, oben Fn. 14; Schmidhäuser, oben Fn. 15, S. 198.

¹⁷ v. Jhering, oben Fn. 14.

¹⁸ Schmidhäuser, oben Fn. 15, S. 198.

¹⁹ Karl Heinrich Gros, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 1802, zitiert nach Kühl, oben Fn. 5, dort Fn. 57.

²⁰ Rudolf von Jhering, 1872, siehe oben Fn. 14.

²¹ Christoph Zürcher, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, «Carl Stooss», Version vom 26. 11. 2013, abrufbar unter <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013299/2013-11-26/>, besucht am 26. März 2022.

²² Carl Stooss, *Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, Basel/Genf 1893, S. 32.

²³ Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts*, 3. Auflage, Berlin 1809, § 6.

²⁴ Peter Albrecht, *Strafprozessuale Dimensionen des Notwehrrechts*, in: *ZStrR* 138/2020, S. 3 ff. (S. 8).

²⁵ Dazu instruktiv Kaspar, oben Fn. 9, S. 51 f.

²⁶ Nur mit dem Aspekt der Rechtsbewährung lässt sich das Prinzip, dass Ausweichen nicht erforderlich ist, erklären; dazu sehr ausführlich Kaspar, oben Fn. 9, S. 42 mit vielen Nachweisen.

c) *Dritter Grundwiderspruch: Durchbrechung des Gewaltmonopols und unerfüllbare Systemanforderungen an einen überforderten Stellvertreter des Staates*

Ein dritter Grundwiderspruch, der über den soeben genannten hinausgeht und nochmals einen anderen Aspekt von Erwartungshaltungen an den Angegriffenen aufdeckt, lässt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis entwickeln, welches der Berechtigung zur Notwehr zugrunde liegt. Notwehr ist in vieler Hinsicht bereits eine Ausnahme: der Angriff eine Ausnahme der lebensweltlichen Normalität, die Abwehrhandlung eine prägende Ausnahmeerfahrung, die Rechtfertigung durch Notwehr die Ausnahme von der Regel, dass der Tatbestand die Rechtswidrigkeit indiziert. Sie ist darüber hinaus aber auch eine tiefgreifende Ausnahme im Verhältnis Bürger/Staat, nämlich eine Durchbrechung des Gewaltmonopols des Staates. Der Einzelne übernimmt eine eigentlich dem Staat übergebene Berechtigung zur gewaltsamen Abwehr. Allein mit dem rechtstheoretischen Hinweis, dass das Handeln in Notwehr zu einem Handeln im vorrechtlichen (Natur-)Zustand wird,²⁷ lassen sich die dogmatischen Ausprägungen jedoch nicht erklären. Hinzu kommt hier, dass die Notwehrhandlung wohl auch als Stellvertreterhandlung des momentan abwesenden Staates gesehen wird.²⁸ In den Anforderungen an die rationale Gelassenheit, die an Notwehrhandelnde trotz ihrer emotionalen Überforderung immer wieder gestellt werden, scheint sich auszudrücken, dass auch bei der gerichtlichen Beurteilung eine solche Stellvertreterposition zumindest implizit angenommen wird. Wird nämlich die Person, die in einer Notwehrlage handelte, mit den Massstäben eines zur Rechtsstaatlichkeit verpflichteten Staates gemessen, werden Irrtümer, akute Fehleinschätzungen der Situation, eine fehlende Abwägung und Distanz zum Geschehen, kurz: alles allzu Menschliche, als un-

genügend eingeordnet und damit vorwerfbar. Dieser Eindruck drängt sich gelegentlich vor Schranken auf, wenn die beschuldigte Person Fragen beantworten soll, die aus einer überlegten, distanzierten Welt stammen: Wer, nachdem klar ist, dass eine sich sehr schnell entwickelnde Angriffssituation mit körperlicher Übermacht des nur noch wenige Armlängen entfernten Angreifers besprochen wurde, gefragt wird, ob er nicht «ins Bein» hätte schießen können,²⁹ steht regelmässig fassungs- und sprachlos vor dieser Frage, weil seine Welt in dieser Situation eine andere war: eine, in der Zeit, Überblick, Erkennen und Ruhe fehlten, um eine solche Überlegung, geschweige denn eine solche Handlungsoption durchzuführen. Die Erwartung, die in dieser Frage mitschwingt, bringt die Beschuldigten oftmals in eine erneute Spirale verwirrender Selbstvorwürfe und Schuldgefühle, selbst wenn sie hinterher vom strafrechtlichen Vorwurf freigesprochen werden.

Wenn also der Einzelne, der sich in einem hoch eskalierten Konfliktgeschehen befindet, mit den Anforderungen an eine auch nur annähernd staatlich-abgeklärte Rolle konfrontiert wird, zeigt sich darin ein dritter und meist nur implizit bestehender Grundwiderspruch. Ihn zu erkennen, ist bereits ein grosser Schritt zur Lösung. Die in Notwehr handelnde Person kann die staatliche Rolle nicht übernehmen, und muss es auch nicht. Der Fokus bei der Frage, ob das Handeln gerechtfertigt war oder nicht, liegt auf den individuellen Möglichkeiten, denn nur die unterliegen der eigenen Kontrolle.

II. Umgang mit den Widersprüchen: ausgewählte Einzelfragen

Was hier Grundwidersprüche genannt wird, lässt sich im Einzelnen auf den Prüfungsebenen der Notwehrvoraussetzungen an mehreren Stellen auffinden. Dies soll im Folgenden beispielhaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit anhand einiger Probleme beschrieben werden, die in der Praxis häufig auftreten.

²⁷ Zum Gedanken des Wiederauflebens des naturrechtlichen Prinzips siehe *Renzikowski*, oben Fn. 5, S. 40 f., mit Verweis auf *Thomas Hobbes, Leviathan*.

²⁸ In diese Richtung deuten auch die Ausführungen bei *Renzikowski*, oben Fn. 5, S. 41, mit Verweis auf Anselm von Feuerbach: Notwehr auch als «horizontale» Rechtsversicherung unter Bürgern. Auch *Levita*, oben Fn. 10, hat dies 1856 explizit so formuliert: «Der Staat und der Einzelne sind nur verschiedene Werkzeuge, durch welche das Recht seine Anerkennung durchsetzt.» (a. a. O., S. 18) «Für den Fall aber, daß aus der Verteidigung eine Verletzung des Angreifenden hervorgehen sollte, setzte das Recht die Bedingungen fest, unter welchen eine solche Verletzung, in welcher sonst äusserlich ein Erfolg vorliegt, welchen der Staat, als Schützer des öffentlichen Rechtsfriedens, nicht dulden darf, als gerechtfertigt erscheinen soll.» (a. a. O., S. 21). Pointiert *Krauβ*, oben Fn. 11, der findet, «dass der Verteidiger als «Statthalter des Rechts» auch noch den (staatlichen?) Strafanspruch mit verwalten soll, erscheint nun doch daneben» (S. 635 ff, 642).

²⁹ Das Bundesgericht verlangt beim Einsatz von Schusswaffen und anderen gefährlichen Werkzeugen eine besondere Zurückhaltung, wozu auch gehört, dass der Waffengebrauch vorher verbal (BGer 22. 11. 2000, 6P.66/2000, E 2d.) und mit Warnschüssen angekündigt werde (BGE 102 IV 65 (69); BGE 79 IV 248 (254), st. Rspr. Wenn es dann nötig werde, muss auf weniger verletzbare Körperteile gezielt werden, zum Beispiel Arme oder Beine, oder bei Messern unterhalb des Brustkorbs, vgl. dazu *Wohlens* Handkommentar, Art. 15 N 10 m. w. N., in: *W. Wohlens/G. Godenzi/S. Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, 4. Auflage, Bern 2020.

1. Notwehrhandlung

a) *Erforderlichkeit: Prüfungsmaßstab, Irrtumsfragen und Exzesse*

Die Notwehrhandlung ist unter anderem nur dann gerechtfertigt, wenn sie dem Grundsatz der Erforderlichkeit genügt. Das bedeutet, dass das mildeste der unter den mit Sicherheit die Bedrohung abwehrenden Mitteln gewählt werden muss (Subsidiarität). In Lehrbuchbeispielen sind diese Situationen in der Regel recht übersichtlich. In der Praxis ist das oftmals nicht so. Die Einschätzung dessen, was an Mitteln zur Verfügung steht und welchen Erfolg sie versprechen, ist in der akuten Situation meist alles andere als klar. Setzt sich der nur wenige Meter entfernte Angreifer in Richtung Opfer in Bewegung, so ist es diesem in der Regel nicht möglich, die Reaktionen noch objektiv und nüchtern abzuwägen. Angst, Panik, emotionale Überforderung kennzeichnen diese Situationen weit mehr als rationale Überlegung. Es kommt also nicht selten zu Fehleinschätzungen der Möglichkeiten. Diese werfen zahlreiche rechtliche Fragen auf.

Die erste betrifft den rechtlichen Prüfungsmaßstab, mit dem die Einschätzung der akuten Situation bewertet wird. Nach der gängigen Strafrechtsdogmatik ist die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung mit einer objektiven Ex-ante-Perspektive unter Berücksichtigung der individuellen Möglichkeiten zu beurteilen.³⁰ Dass eine nüchterne Betrachtung der Situation aber nicht ganz gerecht wird, wird von der Rechtsprechung mit der berühmten Formel berücksichtigt, dass «die Angemessenheit der Abwehr dabei aufgrund jener Situation zu beurteilen [ist], in welcher sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand; es dürfen nicht nachträglich von den Behörden allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen» (st. Rspr., z. B. BGE 107 IV 12, 15; BGE 136 IV 49, 52 f.; BGer 6B_130/2017 E 3.1). Diese hilfreichen Einschränkungen würden es zulassen, dass zumindest ein Teil der Konfliktdynamik argumentativ einbezogen werden könnte, zumindest soweit, als der angegriffenen Person keine allzu groben Fehleinschätzungen passiert sind.

Das eigentliche Problem aber liegt tiefer: Wer angegriffen wird und um Leib oder Leben fürchten muss, gerät in eine existenziell bedrohliche Stresssituation. Diese führt zu einem wahren Cock-

tail von biologischen Prozessen, die eine differenzierte rationale Abwägung erst einmal ausschliessen. Der Körper spult unter solchen Bedrohungen ein Notfallprogramm ab. Die «fight-or-flight response» wurde erstmals 1915, und damit deutlich nach der heute noch geltenden Formulierung und dogmatischen Ausrichtung des Notwehrrechts, von Walter Cannon in einem berühmt gewordenen Buch beschrieben, und später um die Reaktionen «Freeze» und «Faint» erweitert.³¹ Unter grosser Bedrohung läuft beim Menschen ein archaisches Programm ab, da er evolutionsbiologisch immer noch auf den Angriff des Säbelzahnigers reagiert. Die Amygdala sendet auf den Stressauslöser hin Notsignale an den Hypothalamus, der das sympathische Nervensystem aktiviert, was über einen komplizierten Prozess zu einer Ausschüttung von Adrenalin, einem erhöhten Herzschlag, einem Anstieg des Blutdrucks, einer Einengung des Blickwinkels (z. B. «Tunnelblick», Verlust des perspektivischen Sehens) etc. führt. Damit steht zur Abwehr des Angriffs mehr Energie zur Verfügung, um zu fliehen oder sich ausreichend gegen einen übermächtigen Angriff zu wehren. Dieses Notfallprogramm ist biologisch unkontrollierbar und wird schneller ausgelöst, als das Gehirn die eingeschränkten visuellen Reize vollständig verarbeiten kann. Sekundenschnelles Handeln kommt in dieser Lage vor differenziertem Überlegen.³² In der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in der Strafrechtsdogmatik wird dies zum Grossteil ausgeblendet, während es bei der Ermittlung des Sachverhalts in der Untersuchung und vor Schranken durch die Befragung der Beschuldigten grossen Raum einnimmt. Dogmatisch fordert man eine objektive Ex-ante-Betrachtung, und sei sie auch abgeschwächt durch die nicht notwendigen «subtilen Erwägungen», und damit zumindest ein denkendes Einordnen, das häufig nicht möglich ist.³³ Rechtlich führt diese Weichenstellung in der Regel dazu, dass entweder ein Irrtum vorliegt oder man schnell in der Kategorie des (intensiven) Notwehrexzesses landet. Mit Irrtumsfragen findet man bei Gericht aber selten Gehör. Ein Irrtum ist eine ausschliesslich subjektive Fehleinschätzung und passt in die Perspektive des objektiven Ex-ante-

³¹ Walter Cannon, *Bodily Changes in Pain, Hunger, Fear and Rage*, Appleton 1915; Zusammenfassung der biologischen Reaktion in: Kampf oder Fluchtreaktion, Lexikon der Biologie, <https://www.spektrum.de/lexikon/biologie/kampf-oder-flucht-reaktion/35305>, besucht am 26. März 2022.

³² Cannon, a. a. O. S. 184 ff.; ausführlich und die neuere Forschung zusammenfassend: Joseph LeDoux, *Angst, Wals bei Salzburg*, 2016, S. 104 ff. (107; bes. S. 336 zur späteren Verarbeitung visueller Reize).

³³ Dazu auch Wohlers/Pflaum, *Todesgefährliche Notwehr*, in: Festschrift für Andreas Donatsch, hrsg. von Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 297 ff. (S. 301).

³⁰ BGE 107 IV 12 (15); BGE 136 IV 49 (52 f.), dazu Wohlers Handkommentar, oben Fn. 29, Art. 15 Rn. 10 m. w. N.

Beobachters nicht hinein, mit dem Ergebnis, dass er entweder einfach übergangen wird oder als vermeidbar qualifiziert wird.³⁴ Oftmals berichten die Beschuldigten, dass sie die Bedrohung als deutlich näher oder grösser wahrgenommen haben, als es hinterher allfällige ballistische Gutachten oder medizinische Untersuchungen nachvollziehen lassen – und entsprechend heftigere Gegenwehr geübt haben, als unter dem Aspekt der Erforderlichkeit nötig gewesen wäre. In solchen Fällen werden diese Beschreibungen häufig vor Schranken als Schutzbehauptungen eingestuft und nicht geglaubt;³⁵ die normalen biologischen Abläufe mit ihren speziellen Phänomenen, oft unterhalb einer die Schuldfähigkeit tangierenden Grenze, führen hier kaum je zu einem Umdenken.³⁶ Kommt man also mit den eigentlich hierfür passenden Irrtumsfragen nicht weiter, landet man in der Rechtsfigur des Notwehrexzesses. Dieser führt dann aber zu Wertungsproblemen, da die Schwelle für einen entschuldbaren intensiven Exzess höher liegt als das normale menschliche Notfallprogramm und also nicht automatisch zu einer Entschuldbarkeit führt. Hinzu kommt, dass auch in der Frage der Entschuldbarkeit wegen «Aufregung oder Bestürzung über den Angriff» ein stark wertendes Element enthalten ist. Nicht entschuldigbar soll sein, wer den Angriff mitverursacht hat bzw. sich auf diesen hat einstellen können.³⁷ Letzteres kann bei Konflikten, die schon lange schwelten und bei denen die Eskalation von der üblichen Zufälligkeit geprägt ist, wohl im Nachhinein mit dem Wissen um die Geschehnisse häufig vorgeworfen werden. Doch dieses Wissen hat die angegriffene Person nicht.³⁸ Vom Bundesgericht dann zu hören, es müsse vom Angegriffenen verlangt werden, dass er besonnen reagiere, selbst wenn er vom Angriff überrascht worden sei, dies sei «seine Pflicht»,³⁹ bekommt einen zynischen Unterton. Die menschliche Überforderung der Situation wird über den Massstab der Objektivierung mehr und mehr zur Seite geschoben,⁴⁰ bis sie am Ende nichts mehr zählt.

³⁴ Albrecht, Strafprozessuale Dimensionen des Notwehrrechts, oben Fn. 24, S. 11.

³⁵ So auch Albrecht, a. a. O.

³⁶ Das Bundesgericht erkennt durchaus, dass in diesen Situationen keine Zeit zum Überlegen bleibt, siehe z. B. BGE 101 IV 119 (120); dies ändert aber nichts daran, dass Beschuldigte so behandelt werden, als hätten sie diese Zeit gehabt; siehe Wohlers/Pflaum, Todesgefährliche Notwehr, oben Fn. 33, S. 301 und S. 306.

³⁷ BGE 109 IV 5 (7); BGE 142 IV 14 (17), siehe auch Wohlers/Pflaum, Todesgefährliche Notwehr, oben Fn. 33, S. 307 m. w. N.

³⁸ Pflaum sowie Wohlers/Pflaum haben auf diesen Rückschaufehler («Hindsight-Bias») verschiedentlich aufmerksam gemacht, dies zu Recht. Wohlers/Pflaum, Todesgefährliche Notwehr, oben Fn. 33, S. 310; Sonja Pflaum, Objektivierung von Verantwortlichkeitsmassstäben bei der Notwehr und beim Notwehrexzess im schweizerischen Strafrecht, in: ZStW 2019; 131 (2), S. 524 ff. (S. 536).

³⁹ BGE 6S.734/1999 E 4b vom 10. April 2001.

⁴⁰ So auch Albrecht, Strafprozessuale Dimensionen des Notwehrrechts, oben Fn. 24, S. 9.

Um es zusammenzufassen: Auf der Ebene der Erforderlichkeit erlebt die sich für ihre Abwehrhandlung rechtfertigende Person, dass ihre Wahrnehmung nicht das Mass der Dinge ist. Es gelten objektive Massstäbe, die vielleicht einem geordneten, dem Rechtsstaatsprinzip verpflichteten, staatlichen Handeln gerecht würden, aber nicht dem überforderten Menschen in einer existenziell bedrohten Situation. Um ihn geht es aber hierbei auch nicht. Mit aller Deutlichkeit formulierte es einst auch Roxin, dass man über diesen Massstab eben ein «kriminalpolitisch wünschenswertes Ergebnis» erhält.⁴¹ Damit aber wird die geschichtlich nachgezeichnete Begründung der Notwehr in wesentlichen Punkten konterkariert.

b) *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*

Grundsätzlich gibt es im Notwehrrecht keine Interessenabwägung, es gilt absolut. Dies erklärt sich einerseits historisch, als über Jahrhunderte unter Rückgriff auf naturrechtliche Gewissheiten ohnehin nur Angriffe auf Leib und Leben zu Notwehrhandlungen berechtigten; hinzu kommt andererseits der Gedanke der Rechtsbewahrung, der eine Wiederherstellung einer verletzten Ordnung fordert. Wie oben dargelegt, gibt es im Schweizerischen StGB mit der Angemessenheitsklausel ein Korrektiv; in anderen Ländern wird diese Korrektur des Absoluten über andere Kategorien (z. B. der Gebotenheit, sozialetische Einschränkungen im deutschen Strafrecht) vorgenommen. Einigkeit besteht dahingehend, dass die Verteidigung von Eigentum durch die Gefährdung von Leib und Leben nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein kann. Es wird aber auch darüber hinaus im Rahmen der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne eine Gesamtabwägung des Einzelfalls vorgenommen. An dieser Stelle scheitert die Anerkennung der Notwehr in der Praxis häufig.

Hier soll ein Augenmerk auf die Bedeutung der Konfliktdynamik und der Zuschreibung von Täter-Opfer-Rollen in der Eskalation gelegt werden. Denn für das Ergebnis ist letztlich entscheidend, ob die Eskalation nachvollziehbar wird, sonst wird die Darstellung regelmässig für nicht glaubhaft befunden; ebenso entscheidend ist, dass das Bild desjenigen, der den Angriff abwehrte, wenigstens im Grossen und Ganzen ein Opferbild bleibt. In dem Stadium eines Konflikts, der einem gewaltsamen Ausbruch vorgelagert ist, kann sehr viel geschehen. Es kann auch sehr lange dauern, Wochen, Monate, Jahre. Der Auslöser für eine Eskalation ist oft relativ unbedeutend, dies kann ein Blick sein, ein herumliegender Gegenstand, das Kochen von

⁴¹ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, München 2006, § 15 VII Rn. 46; Ausführlich gegen diese kriminalpolitischen Eingrenzungen der Notwehr Albrecht, a. a. O.

drei Kartoffeln.⁴² Die Vorphase ist jedoch nicht unwichtig. Sie zeigt z. B. an, wie die Machtverhältnisse verteilt waren, welche Rollen die Beteiligten einnahmen und ob sie häufig wechselten etc. Für die Nachvollziehbarkeit der Entwicklung des Geschehens im Nachhinein ist sie von hoher Bedeutung, denn der Konfliktausbruch in Beziehungskonflikten ist kein isoliertes Ereignis, sondern steht am Ende einer Geschichte. Im Strafverfahren wird diese Geschichte rekonstruiert, um am Ende einordnen zu können, wer nun Täter und wer Opfer war, denn in Notwehrfällen ist das oft völlig unklar.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit sind es dabei vor allem zwei Fallgruppen, für die ein Bewusstsein der Konfliktdynamik hilfreich ist, damit keine vorschnellen Einordnungen getroffen werden. Es geht einerseits um die Kategorie der Mitverantwortung bzw. Provokation der Notwehrlage und andererseits um die Notwehr in familiären Nahbeziehungen.

Die Absichtsprovokation einer Notwehrsituation ist dabei weniger problematisch: dass keine Rechtfertigung durch Notwehr gegeben ist, wenn jemand die Lage absichtlich provoziert hat, ist nur in der Begründung, nicht aber im Ergebnis ernstlich strittig.⁴³ Auch hier hilft ein Blick auf die Natur des Konflikts. Wer den anderen provoziert, um den dann erwarteten Angriff zur Grundlage einer Notwehrhandlung zu machen, will nicht sich selbst schützen, sondern den anderen verletzen. Der Verteidigungswille fehlt dann oder ist dabei dem Aggressionswillen zumindest völlig untergeordnet; dass es bei solchen Fällen auch nicht um die Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustands geht, sondern gerade um das Gegenteil, ist ebenso offensichtlich.⁴⁴ Schwierig aber sind jene Fälle, in denen eine Art der Mitwirkung am Konflikt bzw. an der Eskalation vorliegt, was zwischen Provokation und Mitverursachung diskutiert wird. Wer beispielsweise in einer On-off-Beziehung, deren Verlauf ständig zwischen Hoffnung und Enttäuschung wechselt, über Jahre den Versuch macht, diese zu beruhigen, und trotz wiederholter Abfuhr immer wieder die Beziehung retten will, schwankt zwischen Aktivität und Passivität hin und her. Dabei wird die Täterrolle in der Regel dem aktiv Tätigen und die Opferrolle dem passiven Part attribuiert. Kommt es zu einer Notwehrhandlung, sind sowohl Aggressor als auch Abwehrender aktiv. Bei Gericht

wird in der Regel versucht, zu einer Einordnung zu kommen, indem bestimmt wird, wer die Eskalation verursacht hat. Wird dies der notwehrübenden Person zugeschrieben, kann ihr die Berufung auf Notwehr versagt werden, weil ihr eine Einschränkung des Abwehrrechts («Schutzwehr statt Trutzwehr») auferlegt wird.⁴⁵ Dies hat zur Folge, dass eine unter uneingeschränkten Umständen angemessene Notwehrhandlung als Notwehrexzess eingestuft wird und die hohen Hürden des Art. 16 Abs. 2 StGB passieren muss, die, wenn eine solche Mitverursachung angenommen wird, noch höher ausfallen als sonst («Die Anforderungen an die Vermeidung von Verletzungen des Angreifers sind umso höher, je schwerer die rechtswidrige und vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage wiegt»)⁴⁶ Bei schuldhafter Mitverursachung soll die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 StGB ganz entfallen.⁴⁷ Diese Einschränkungen aufgrund der Annahme von Mitverantwortung sind vor dem Hintergrund der Dynamik des Konflikts hochproblematisch, denn es handelt sich in solchen Fällen nicht um lineare Kausalzusammenhänge. Im Nachhinein mögen einzelne Handlungen unvernünftig wirken, aber im Moment ihrer Ausführung erschienen sie den Beteiligten, die von keiner Eskalation ausgingen, richtig. Wer vor Schranken gefragt wird, warum er trotz wiederholten Demütigungen und Angst vor dem Gegenüber immer wieder hinging, selbst wenn er eine Eskalation fürchtete, und darauf antwortet, man habe den anderen eben geliebt und versucht, die Beziehung zu retten, wird – mit dem Wissen um den schlechten Ausgang – Kopfschütteln ernten, hat aber doch nichts Unrechtes getan. Verengt man für die strafrechtliche Beurteilung den Blickwinkel auf diese letzten Schritte, erscheinen solche und andere Handlungen als mitverursachend. Sieht man stattdessen die ganze Dynamik, wird klar, dass es auch völlig anders hätte

⁴⁵ BGer vom 9. 8. 2005, 6S_268/2005 E 3.1; BGer 6B_810/2011 vom 30. 8. 2012 E 5.6; BGer 6B_454/2015 vom 26. 11. 2015, E 3. Als Mitverursachung mit der Folge des nur eingeschränkten Notwehrrechts gelten z. B. unabsichtlich anstachelnde Äusserungen oder das Wetzten eines Messers. In BGE 79 IBV 148 ff wurde festgehalten, dass die Abgabe eines Warnschusses, wenn dieser im Rahmen der Rechtfertigung stattfand, keine Mitverursachung darstellt, selbst wenn dadurch der Angreifer gereizt wird.

⁴⁶ BGer 6B_853/2016 vom 18. Oktober 2017, E 2.2.3. Dieser BGE führte zur Rückweisung des Urteils und damit zur zweiten Befassung mit der Sache durch das OG ZH. Dieses hielt zu dieser Passage treffend fest: «Im Falle einer Mitschuld an der Notwehrsituation erscheint [die Verschärfung der Anforderungen an einen entschuldbaren Notwehrexzess] (...) fraglich. Weshalb sollte der Beschuldigten (...) weniger Aufregung und Bestürzung über den Angriff (...) zuzubilligen sein, als wenn sie eine vor Ort befindliche Waffe ergriffen und auf das Opfer geschossen hätte? (...) Der Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 StGB spricht einzig von Aufregung und Bestürzung über den Angriff. Einen Konnex zu einem Mitverschulden, das keinen Zusammenhang mit der Entstehung der Notwehrsituation hat, stellt der Gesetzgeber in Art. 16 Abs. 2 StGB nicht her.» (OG ZH. I. SK, SB170440 vom 28. Juni 2018, E 6.8).

⁴⁷ BGE 109 IV 5 (7), st. Rspr., siehe dazu den Überblick bei Pflaum, oben Fn. 38, S. 531 m. w. N.

⁴² Das Kochen von drei Kartoffeln war der Auslöser für die in Notwehr begangene Tötung des Vaters, Bezirksgericht Horgen, Urteil vom 27. 10. 2011 (BG Horgen, DG110011), das Urteil erwuchs in Rechtskraft.

⁴³ Wohlers Handkommentar, oben Fn. 29, Art. 15 N. 11; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Auflage, Bern 2011, § 10 N. 81. m. w. N.; vgl. Pflaum, oben Fn. 38, S. 530 m. w. N.

⁴⁴ K. Seelmann/C. Geth, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, S. 81; BGE 109 IV 5 (7).

ausgehen können. Es wäre daher eingedenk der Realität von Konflikten sinnvoll, diese Kategorie der Einschränkung der Notwehr bei Mitverursachung, solange keine rechtlich verbotenen Handlungen vorgefallen sind, welche in die bisherige Konflikt-dynamik nicht einzuordnen sind, fallen zu lassen.⁴⁸ Die Zuschreibung der Rollen beruht auf zu vielen Zufälligkeiten, eine Festschreibung entspricht selten der Realität.

Auch der Vorschlag der Einschränkung der Notwehr in sozialen Nahbeziehungen verkennt die soeben beschriebenen Dynamiken.⁴⁹ Besonders soziale Nahbeziehungen werden von einem komplizierten Geflecht von Verstrickungen, Mustern und Rollen geprägt, die in Notwehrfällen eben gerade aufgebrochen werden. Hier vom Notwehrübenden mehr Zurückhaltung einzufordern als in anderen Fällen, schützt die bisherigen Machtverhältnisse und schwächt die Position der Angegriffenen.⁵⁰ Dieses unterschiedliche Mass ist nicht zu begründen, insbesondere, wenn man die Konfliktrealität mit in Betracht zieht. Zudem ist bereits der Angriff eines Familienmitglieds auf den anderen ein Bruch von Vertrauen und beendet jeglichen sozialen Schutzraum.

2. Einschätzung des Vorliegens einer Notwehrlage/extensiver Exzess

Ob zum Zeitpunkt der Notwehrhandlung eine Notwehrlage vorliegt oder nicht, ist oft Gegenstand langer Diskussionen. Der Eindruck, den die notwehrübende Person schildert («er kam noch mit hoher Geschwindigkeit auf mich zu», «er war schon ganz nah»), kann von den Erkenntnissen, die sich im Nachhinein durch ballistische oder medizinische Gutachten ergeben, deutlich abweichen.

Auch hier stellt sich wieder die Frage nach dem Prüfungsmassstab. Für die sich rechtfertigenden Personen vor Schranken ist unverständlich, wenn man ihnen sagt: «Aber Sie hätten doch sehen müssen ...» (... dass der andere noch 3 Meter weg war, zu Boden gefallen war, sich nicht mehr bewegte etc.), wenn sie es eben nicht gesehen haben. Auch

hier erleben die Betroffenen, dass ihr Eindruck wenig zählt. Nun gilt ein noch strengere objektiver Ex-post-Prüfungsmassstab.⁵¹ Am Erleben und der Erinnerung der Betroffenen geht dies noch weiter vorbei als eine Beurteilung im Ex-ante-Massstab, denn die Überwältigung durch die existenzielle Bedrohung und die «fight-or-flight-response» bestehen ja gleichermassen. Das menschliche Notfallprogramm ist auf Überleben ausgerichtet, und kühles, gar besonnenes Denken steht hinter schnellem Handeln zurück.

Diese Problematik hat entscheidende Konsequenzen. Wer eine Notwehrlage nur annimmt, die aber nicht besteht, handelt nicht mehr gerechtfertigt, sondern in einem extensiven Notwehrexzess. Dieser soll nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, anders als der intensive Exzess, nicht von Art. 16 StGB gedeckt sein.⁵² Eine Exkulpation gem. Art. 16 Abs. 2 StGB ist also nicht vorgesehen. Über Art. 48 StGB kann dann zwar eine Strafmilderung gewährt werden, aber der Schuldspruch bleibt – was für die Betroffenen emotional einen grossen Unterschied macht (zu Art. 13 Abs. 2 StGB gleich).

Der Wertungswiderspruch zum intensiven Exzess wird vielfach kritisiert. So wird in der Literatur, aber auch auf Bezirks- und Obergerichtsebene teilweise explizit eine andere Haltung als die des Bundesgerichts vertreten, das seinerseits aber jedenfalls bislang keinen Anlass sieht, seine Rechtsprechung zu ändern.⁵³ In der Kritik wird darauf hingewiesen, dass «grundsätzlich nicht einzusehen [ist], dass derjenige, der vor Schrecken über den Angriff übermässig reagiert, anders zu beurteilen ist als derjenige, welcher aus demselben Grund nicht sofort messerscharf realisiert, dass der Angriff gestoppt wurde. (...) Die dramatische Situation für einen Angegriffenen stellt sich ganz anders dar als für jemanden, der die Sachlage stundenlang in aller Ruhe aufgrund von Akten studieren kann.»⁵⁴ Damit wird auf die Unerfüllbarkeit dieses normativen Massstabs deutlich hingewiesen.

Die Frage stellt sich, warum an diesem normativen und tatsächlich oft nicht erfüllbaren Anspruch weiterhin festgehalten wird. Argumente, wie jenes, dass Art. 16 StGB ausserhalb einer Notwehrlage schon «logischerweise» keine Anwendung finden könne, erscheinen sowohl grammatikalisch als auch vor dem Hintergrund der Konsequenzen

⁴⁸ Dazu gehört auch die Einsicht, dass die emotionale Überforderung für die Beteiligten durch die Eskalation, die ja eben gerade eine erstmalige Neuerung im bisherigen Konfliktverlauf darstellt, nicht unbedingt geringer ist, als wenn die Tat aus heiterem Himmel kommt. Sie ist unter Umständen sogar noch viel grösser, weil die Belastung vorher schon viel schwerer wog. Dennoch versagt das Bundesgericht auch in diesen Fällen die Entschuldbarkeit nach Art. 16 Abs. 2 StGB, was der Konfliktrealität nicht entspricht, siehe oben Fn. 46; dazu auch *Pflaum*, oben Fn. 38, S. 531 m. w. N. *Krauß* plädiert für ein Aufgeben der Provokationseinschränkungen mit dem Hinweis auf die komplexe Konfliktstruktur der Notwehrfälle («Provokation [ist] nicht die Ausnahme, sondern der Normalfall»), *Krauß*, oben Fn. 11, S. 645.

⁴⁹ Hierzu *Stratenwerth*, oben Fn. 43, § 10 N. 82 m. w. N.

⁵⁰ Vgl. *Wolfgang Wohlers*, Einschränkung des Notwehrrechts innerhalb sozialer Nahverhältnisse, JZ 99, 434 ff. (435).

⁵¹ *M. A. Niggli/C. Göhlich*, in: Basler Kommentar Strafrecht I, Hrsg. von *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 15 Rn. 9 m. w. N.

⁵² BGer 6B_724/2017 vom 21. Juli 2017, E 2.1; in Lit. str.

⁵³ *Seelmann/Geth*, oben Fn. 44, Rn. 253; *Stratenwerth*, oben Fn. 43, N. 86; m. w. N.

⁵⁴ OG ZH I. SK, SB170440-O, vom 28. 6. 2018, S. 60.

zu eindimensional,⁵⁵ das Gefüge des Notwehrrechts wird durch diesen Ausschluss schliesslich empfindlich mitgeprägt. Einige Autoren fordern, meist mit normativer Begründung, dass zumindest in einem sehr begrenzten Übergang zwischen Beendigung der Notwehrlage und Nichterkennen Art. 16 StGB angewendet werden solle.⁵⁶ Im Ergebnis entspricht die Anerkennung des zeitlichen Exzesses in Art. 16 StGB der Realität. Wenn dem Abwehrenden die Zeit zum Erkennen der Realität nämlich nicht gegeben wird, ist das Notwehrrecht Makulatur. Der Eindruck, dass das Festhalten an der Unentschuldbarkeit des extensiven Notwehrexzesses nicht nur mit kriminalpolitischen Erwägungen zu tun hat, sondern auch mit der impliziten Erwartung, dass sich die auf Notwehr berufende Person als Stellvertreter des abwesenden Staates auch so überlegt zu benehmen habe, lässt sich nicht ganz von der Hand weisen. Das aber ist unerfüllbar: Der Mensch ist eben nur ein Mensch und kann auch im Moment grösster Bedrohung nicht aus seiner Haut. Er kann keine andere Perspektive einnehmen als die, die sich ihm bietet.

Argumentativ müsste dem nur vermeintlich in Notwehr Handelnden eigentlich helfen, dass er sich über das Vorliegen der Notwehrlage irrte. Dann liegt ein Sachverhaltsirrtum vor, der nach Art. 13 StGB den subjektiven Massstab wieder in den Vordergrund rückt.⁵⁷ Wird aber die Einschätzung der Notwehrlage mit einem objektiven Ex-post-Massstab gemessen, so liegt darin bereits der oben genannte Vorwurf, man hätte es doch erkennen *müssen*. Aus dieser Perspektive betrachtet scheitert in der Regel jede Irrtumsargumentation: Dass die wahre Situation vom Abwehrenden nicht erkannt wurde, wird nicht geglaubt, als Schutzbehauptung verworfen oder als vermeidbarer Irrtum qualifiziert. Das entspricht dann auch vollends der Erwartung, die Situation hätte doch richtig eingeschätzt werden müssen – dies ist nichts anderes als der Vorwurf einer pflichtwidrigen (sic!) Fehleinschätzung, der zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit führt (Art. 13 Abs. 2 StGB).⁵⁸

Doch selbst wenn Art. 13 StGB geprüft wird, was vor Bundesgericht kaum je erfolgt,⁵⁹ löst das die Probleme nur unbefriedigend. Strittig bleibt, ob

der Angegriffene von Art. 16 Abs. 2 StGB profitieren kann. Vor allem aber verschiebt sich die Perspektive, was im Ergebnis dazu führt, dass dem sich Irrenden die Beweislast auferlegt wird, dass er die Dinge so gesehen hat, wie er sagt. Grundsätzlich muss einem Beschuldigten eine strafbare Handlung, ihre Rechtswidrigkeit eingeschlossen, nachgewiesen werden. Die Unschuldsvermutung gilt auch für das Fehlen von Rechtfertigungsgründen.⁶⁰ Dieser Grundsatz wird hier jedoch mehrfach verletzt. So vertritt das Bundesgericht die Haltung, wer sich auf Notwehr berufe, müsse die «Umstände nachweisen, die bei ihm den Glauben erwecken konnten, er befinde sich in einer Notlage».⁶¹ Wie die angegriffene Person diesen Beweis führen soll, ist unerfindlich, zumal wenn der Prüfungsmassstab ex post und objektiv besteht: Denn dann fällt die Wirklichkeit mit der biologischen Komponente des Notfallprogramms und der Überforderung im Angesicht existenzieller Bedrohung völlig aus dem Blickfeld.⁶² Im Nachhinein, am Schreibtisch, bei der Lektüre der Akten, besteht kein Adrenalinrausch mehr. Tatsächlich führt diese Argumentation und Handhabe der Art. 15, 16 und 13 StGB im Ergebnis zu einer Verletzung der Unschuldsvermutung.⁶³

III. Folgen für die Akteure im Strafverfahren

An die Akteure im Strafverfahren stellen die oben beschriebenen Probleme zwischen Sein und Sollen hohe Anforderungen. Allzu leicht wird die Auseinandersetzung über diese Fragen zu einem argumentativen über den Kopf der Beschuldigten hinweg geführten Schlagabtausch, deren Eindruck, dass ihr Erleben gar nicht zählt, bereits in der Untersuchung, aber auch vor Schranken zu einer grossen Verunsicherung führt. Dies ist persönlich für die Betroffenen schwer zu ertragen, wenn sie die Erwartung haben, als Opfer eines lebensbedrohlichen Angriffs Schutz von staatlichen Behörden zu erlangen. Wird dieser Schutz im Ergebnis nicht gewährt, ist es zumindest notwendig, dass sie verstehen, warum. Viele Studien zur Verfahrensgerechtigkeit lassen den Schluss zu, dass eine Akzeptanz des Urteils, und damit auch eine Chance, innerlich mit dem Erlebten abzuschliessen, weit höher ist, wenn die vor Schranken stehenden Be-

⁵⁵ So BSK-StGB I – Niggli/Göhlich, oben Fn. 51, Art. 16, N 6; Art. 16 StGB spricht von einem Überschreiten der «Grenzen der Notwehr», was einen extensiven Exzess sprachlich nicht ausschliesst (so auch Andreas Donatsch/Brigitte Tag, *Strafrecht I*, 9. Auflage, Zürich, 2013, § 19, 6.1, S. 236 f.; nach ihrer Ansicht könne nach einer begonnenen Notwehrlage eine Überschreitung der Grenzen auch in zeitlicher Hinsicht von Art. 16 StGB gedeckt sein).

⁵⁶ Stratenwerth, oben Fn. 43, § 10 N 86 m. w. N.; Seelmann/Geth, oben Fn. 44, Rn. 253.

⁵⁷ Wohlers Handkommentar, oben Fn. 29, Art. 16 Rn. 2.

⁵⁸ Ähnlich Pflaum, oben Fn. 38, S. 535 f.

⁵⁹ Pflaum, a. a. O.

⁶⁰ Albrecht, *Strafprozessuale Dimensionen des Notwehrrechts*, oben Fn. 24, S. 14.

⁶¹ st. Rspr., BGE 93 IV 81 (84 f.); BGer 6B_789/2018 vom 21. 1. 2019 E 2.4; BGer 6B_569/2018 vom 20. 3. 2019 E 3.5 m. w. N.

⁶² Ähnlich: Albrecht, *Strafprozessuale Dimensionen des Notwehrrechts*, oben Fn. 24, S. 15.

⁶³ Siehe auch Pflaum, oben Fn. 38, S. 538; Albrecht, *Strafprozessuale Dimensionen des Notwehrrechts*, oben Fn. 24, S. 20.

schuldigten im Verfahren Mitsprache, Respekt und Neutralität erleben.⁶⁴ Dazu gehört aber auch, dass keine unerfüllbaren Erwartungen gestellt werden, die sich ausserhalb der Kontrolle der Personen befanden. Die Traumatisierung, die die Beschuldigten durch die Ereignisse rund um die Tat erlebten, wiegt meist schon schwer; eine sekundäre Traumatisierung durch das Verfahren aber kann durch die Akteure weitgehend vermieden werden, wenn die Gefahr erkannt wird.

Die Hinweise auf Notwehrsituationen und ihre Irrtümer müssten seitens der Untersuchungsbehörden ernst genommen werden und ihrem Auftrag entsprechend neutral und ohne Beweislastverkehrung ermittelt werden. Das bedeutet, dass Einvernahmen in diesem Punkt so abzuhalten sind, dass die Beschuldigten ihre Sicht der Dinge auch vollständig darlegen können. Nur so bekommen die Gerichte die Informationen, die sie benötigen, um dann, wenn die Beschuldigten vor Schranken stehen, die entsprechenden Fragen auch so zu stellen, dass die Beschuldigten nicht den Eindruck haben, sie wären in einer Parallelwelt gelandet, die nichts mit dem zu tun hat, was sie dorthin gebracht hat.

Das Notwehrrativ hat einen entscheidenden Einfluss auf das Ergebnis. Dies ist die Domäne der Anklage und der Verteidigung. Es geht dabei nicht darum, dem Gericht eine gute Story zu verkaufen. Das wäre zu billig, man würde damit weder dem Ernst der Sache noch dem Respekt vor dem Gericht oder der Sache der Beschuldigten gerecht. Gemeint ist vielmehr, dass eine sorgfältige Analyse der Konfliktentwicklung und Eskalation geboten ist, die eine Nachvollziehbarkeit anstrebt. Denn erst, wenn nachvollziehbar wird, warum wer wie gehandelt hat, gelingt der Perspektivenwechsel

vom Vorwurf («Sie hätten doch sehen müssen...») zur adäquaten rechtlichen Problemlösung. Die Hauptaufgabe liegt beim Gericht. Es muss einen Weg zwischen tatsächlichen und normativen Einzelfragen finden, was in solchen Konfliktfällen sehr viel Aufwand mit sich bringt. Dazu besteht häufig zu wenig Zeit.⁶⁵ Aber das Bewusstsein darum, dass hierbei viele Vorannahmen mitschwingen, ist notwendig. Die Attribution von Täter- und Opferrollen ist vor allem ein normativer Akt. Für alle Akteure im Strafverfahren gilt, dass die Dekonstruktion der fremden Vorannahmen, der Widersprüche und der eigenen Vorurteile bei der Zuschreibung normativer Ansprüche eine zwar mühsame, aber notwendige Arbeit ist.

Das Verständnis der Konfliktodynamik, der heute noch nachwirkenden historischen Annahmen – und Auslassungen – in der Dogmatik, wie auch der Erwartungen an die Notwehrübenden aus rechtspolitischen Gründen erscheint hilfreich, um gewisse Annahmen der Notwehrrdogmatik zu hinterfragen. Die Gründe für die restriktive Anerkennung von Rechtfertigungen aus Notwehr liegen mit darin, dass im Notwehrrdiskurs nicht der Mensch im Mittelpunkt steht. Im Mittelpunkt steht eine diffuse Erwartung an den Angegriffenen, das Recht und seine Ehre wieder herzustellen, aber dabei nicht über das hinauszugehen, was ein besonnener Dritter im Nachhinein erwägen würde. Stellt man den Menschen ins Zentrum, wie dies das Schuldprinzip erfordert, dann sollten einige dieser Annahmen einer Prüfung unterzogen werden. Die Angemessenheitsklausel des Art. 15 StGB böte Möglichkeiten, hier eine am Menschen und damit am Schuldprinzip orientierte Anwendung zu garantieren.⁶⁶

⁶⁴ Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press 1990; Tom R. Tyler & Yuen J. Huo, *Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts*, New York: Russell Sage Foundation, 2002. Bibliographie-Überblick über die Procedural Justice in: Bennett/Hine/Mazerolle: *Procedural Justice*, 2018, <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396607/obo-9780195396607-0241.xml>, zuletzt besucht am 26. März 2022.

⁶⁵ Albrecht, *Strafprozessuale Dimensionen des Notwehrrrechts*, oben Fn. 24, S. 13.

⁶⁶ Kunz, oben Fn. 4, S. 175; Dubs' Warnung, dass ein allzu weit gefasstes Notwehrrrecht dazu führen könnte, dass Aggressionshandlungen als Notwehr getarnt werden würden, ist eine Beweisfrage, die den Grundsatz nicht infrage stellen sollte (oben Fn. 3, S. 340 f.). Nicht zuzustimmen ist dessen struktureller Sorge, dass allzu einzelfallorientierte Anwendungen der Angemessenheitsklausel das Notwehrrrecht bis zur Bedeutungslosigkeit einschränken könnten (Dubs, oben Fn. 3, S. 347; zustimmend Sonja Pflaum, Anmerkung zu BGer 6B_1211/2015, in: *Forum Poenale* 2018/1, S. 5).