

Warning: include(../vorlagen/entsch-head-p.inc): failed to open stream: No such file or directory in d:\dokumente\\_hrr\hrrtest\1812-363-18.php on line 10

Warning: include(): Failed opening '../vorlagen/entsch-head-p.inc' for inclusion (include\_path='.:C:\xampp\php\PEAR') in d:\dokumente\\_hrr\hrrtest\1812-363-18.php on line 10

## BGH 2 StR 363/18 - Beschluss vom 17. April 2019 (LG Köln)

Notwehr (Erforderlichkeit: Androhung des Gebrauchs eines Messers).

### § 32 Abs. 2 StGB

#### Leitsätze des Bearbeiters

**1. Eine in einer Notwehrlage verübte Tat ist gemäß § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung steht. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden.**

**2. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Der Angegriffene muss auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann danach durch Notwehr gerechtfertigt sein. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines Messers jedoch in der Regel anzudrohen, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.**

**3. Dies ist auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung zu beurteilen. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.**

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 8. Juni 2016 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Schwurgericht tätige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe

1

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und diese zur Bewährung ausgesetzt. Im Übrigen hat es eine Kompensationsentscheidung getroffen. Die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat Erfolg.

I.

2

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts erteilte der Angeklagte, der Wirt der Gaststätte „D.“ in K. -U. war, Ende August/Anfang September 2011 dem Nebenkläger C. Lokalverbot, nachdem dieser seine Frau respektlos behandelt hatte und zudem der Verdacht aufgekommen war, C. könne in der Gaststätte mit Drogen handeln. Im November 2011 erschien der Nebenkläger gleichwohl im „D.“ und wurde auch vom Angeklagten bedient. Zu Zwischenfällen kam es an diesem Tag nicht.

3

In der Nacht vom 11. Dezember 2011 suchten C., der bereits erheblich dem Alkohol zugesprochen und auch Drogen konsumiert hatte, und der Zeuge Ö. die Gaststätte des Angeklagten erneut auf. In der Folgezeit ging der Nebenkläger mehrfach auf die Herrentoilette. Als er dies rund 15 Minuten nach seinem Eintreffen in Begleitung des Zeugen K. erneut tat, fiel dies der Ehefrau des Angeklagten auf, die immer noch über den Vorfall von Ende August/Anfang September 2011 verstimmt war und deshalb den Angeklagten aufforderte, das Lokalverbot durchzusetzen. Auch der Angeklagte war verärgert, weil er vermutete, C. wickele auf der Herrentoilette abermals Drogengeschäfte ab.

4

Er begab sich zur Herrentoilette und forderte den Nebenkläger auf, die Gaststätte umgehend zu verlassen. Dieser kam der Aufforderung nicht nach und begann, lautstark mit dem Angeklagten zu diskutieren. Er packte ihn am Arm und rief: „Komm her, hast Du keine Eier?“. Der Angeklagte ließ sich darauf nicht ein, kündigte an, die Polizei zu rufen, und ging zurück in den rückwärtigen Bereich des Gastraums hinter die Theke. Dort ergriff er das neben der Zapfanlage befindliche schnurlose Telefon und ging damit zurück in Richtung des Eingangs zum Thekenbereich, wo ihm der Nebenkläger entgegenkam, der ihm gefolgt und etwa zwei Meter hinter die Theke getreten war. Der hierüber verärgerte Angeklagte forderte C. auf, den Thekenbereich zu verlassen. Während dessen entschuldigte sich dieser bei der Ehefrau des Angeklagten, um in der Gaststätte bleiben zu können, was diese aber ablehnte. Es folgte eine verbale Auseinandersetzung, in deren Verlauf der Nebenkläger den Angeklagten u.a. als „Hurensohn“ beschimpfte. Als die Ehefrau des Angeklagten hierauf fragte, was er da sage, rief C.: „Halt die Schnauze, du Schlampe“. Gleichzeitig schlug er dem Angeklagten das Telefon aus der Hand. Dieser versuchte nun, den Nebenkläger aus dem Thekenbereich zu bugsieren. Es kam zu einem Gerangel, zu dessen Beginn C. an dem Angeklagten mit der Faust - wengleich nicht mit voller Wucht - auf den Mund und im weiteren Verlauf in den Rücken schlug. Die Ehefrau des Angeklagten holte einen Billardstock hervor und hielt ihn drohend in die Höhe, ohne aber einzugreifen. Der Zeuge K. versuchte, den Nebenkläger zu beruhigen, wobei er von einer weiteren Person unterstützt wurde. Der Angeklagte geriet zunehmend über das Verhalten des C. in Wut. Auch sorgte er sich - körperlich kräftig gebaut und größer als der Nebenkläger - zudem um das körperliche Wohl seiner Frau.

5

Im Zuge der nun „längstens seit wenigen Minuten andauernden Auseinandersetzung“ ergriff der Angeklagte für den Nebenkläger unbemerkt eines von zwei unter dem Tresen abgelegten Messern, ein 26 cm langes Bowiemesser mit einer ca. 16 cm langen und ca. 2,7 cm breiten Klinge. Während C. den Angeklagten weiterhin durch Schubsen und möglicherweise einfaches Schlagen bedrängte, war dem Angeklagten bewusst, dass der Nebenkläger unbewaffnet war und die von ihm vereinzelt verabreichten Schläge mit allenfalls mittlerer Intensität geführt wurden. Es bestand weder für den Angeklagten noch für seine Ehefrau Lebensgefahr. Der Angeklagte wusste zudem, dass C. das Messer nicht bemerkt hatte, und war sich im Klaren darüber, dass sich dieser aller Voraussicht nach zurückgezogen hätte, wenn ihm seine zwischenzeitliche Bewaffnung zur Kenntnis gelangt wäre, zumal bereits der Zeuge K. beschwichtigend auf C. einwirkte. Auch ging er nicht davon aus, dass seine Möglichkeiten zur Beendigung der körperlichen Attacken beeinträchtigt würden, wenn er dem Nebenkläger zuvor das Messer zeigte.

6

Der Angeklagte war aber zwischenzeitlich so in Wut geraten, dass er gleichwohl zum unmittelbaren Messereinsatz entschlossen war. Ohne weitere Ankündigung führte er mehrere schnelle, tangentielle Stichbewegungen in Richtung des Oberkörpers des Nebenklägers aus, um weitere Einwirkungen von ihm abzuwenden. Hierbei traf er C. einmal im Bauchbereich und einmal in der linken Flanke, ohne dass dieser die Stichverletzungen bemerkte. Nähere Feststellungen zur Position und den Bewegungen des Nebenklägers zu diesem Zeitpunkt konnte das Landgericht nicht treffen.

7

Unmittelbar danach riss der Zeuge K. - der möglicherweise das Messer, nicht aber dessen Einsatz gesehen hatte - den Nebenkläger mit einer solchen Wucht aus dem Thekenbereich, dass dabei dessen Jacke beschädigt wurde. Die Kontrahenten ließen voneinander ab, C. verließ mit dem Zeugen Ö. die Gaststätte. Dieser bemerkte einige Zeit

später, dass die Jacke des Nebenklägers feucht war, worauf dieser feststellte, dass er verletzt war und blutete. Sie führen ins Krankenhaus, wo C. vier Tage stationär behandelt wurde. Es wurden zwei Stichverletzungen von bis zu 5 cm bzw. 7-10 cm Tiefe festgestellt, die sich auf das Weichgewebe beschränkten und nicht lebensbedrohlich waren.

8

2. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass sich der Angeklagte in einer Notwehrlage befunden und auch mit Verteidigungswillen gehandelt habe. Es hat jedoch angenommen, dass die Verteidigungshandlung des Angeklagten, zwei Stiche in die sensible Oberkörperregion, nicht mehr als erforderlich anzusehen sei. Der Angeklagte sei im Rahmen der Auseinandersetzung gehalten gewesen, den Messereinsatz dem Nebenkläger gegenüber zunächst (verbal oder durch entsprechendes Vorhalten) anzudrohen. Auch wäre es ihm möglich gewesen, das Messer weniger gefährlich einzusetzen und zunächst auf weniger vitale Körperregionen einzustechen. Eine Androhung wäre ebenso gut geeignet gewesen, die Einwirkungen seitens des Klägers sofort zu beenden. Dies ergebe sich daraus, dass C. nicht bewaffnet und die Intensität des Angriffs nicht hochgradig gewesen sei. Zudem habe der Nebenkläger nicht bemerkt, dass der Angeklagte das Messer ergriffen habe, weshalb er auf die veränderte Kampflage nicht habe reagieren können. Im Übrigen habe sich der kräftig gebaute, größere Angeklagte nur einem Gegner ausgesetzt gesehen. Auch habe es - aus Sicht des Angeklagten - keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass eine Androhung des Messereinsatzes zu einer Eskalation der Situation führen würde. Schließlich habe es auch keinen überraschenden Angriff gegeben, so dass der Angeklagte schon nicht aus zeitlichen Gründen gehindert gewesen sei, die Lage richtig zu überblicken.

II.

9

Die Erwägungen, mit denen das Landgericht eine Rechtfertigung des Angeklagten durch Notwehr (§ 32 StGB) abgelehnt hat, halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

10

1. Eine in einer Notwehrlage verübte Tat ist gemäß § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung steht (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 2016 - 5 StR 138/16, NSiZ 2016, 593, 594). Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Der Angegriffene muss auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht (Senat, Beschluss vom 21. November 2012 - 2 StR 311/12, NSiZ-RR 2013, 105, 106; Beschluss vom 7. Dezember 2017, StraFo 2018, 733). Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann danach durch Notwehr gerechtfertigt sein. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines Messers jedoch in der Regel anzudrohen, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann (BGH, Beschluss vom 27. September 2012 - 4 StR 197/12, NSiZ-RR 2013, 139, 140; Senat, Beschluss vom 25. Oktober 2017 - 2 StR 118/16, StraFo 2018, 202). Dies ist auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung zu beurteilen. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden (BGH, Beschluss vom 27. September 2012 - 4 StR 197/12, NSiZ-RR 2013, 139, 140).

11

2. Gemessen hieran wird die Annahme des Landgerichts, es fehle an der Erforderlichkeit der Verteidigung, von den Feststellungen nicht getragen.

12

a) Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass eine Androhung des Messereinsatzes ebenso gut geeignet gewesen sei, die Einwirkungen seitens des Nebenklägers sofort zu beenden. Diese Einschätzung wird der konkreten Kampflage nicht gerecht.

13

Es bleibt an dieser Stelle von der Strafkammer unberücksichtigt, dass sich der Angeklagte einem seit einigen Minuten dauernden Angriff durch den Nebenkläger ausgesetzt sah, der immer wieder von Schlägen begleitet wurde. Dass dieser Angriff nur von einem Gegner geführt wurde, nicht auf das Leben des Angeklagten, sondern „nur“ auf seinen Leib und seine körperliche Unversehrtheit zielte und die Intensität des Angriffs nicht „hochgradig“ war, ändert nichts am Vorliegen einer objektiven Notwehrlage, die den Angeklagten grundsätzlich berechtigte, zur Beendigung dieses Angriffs ein sofort wirksames Mittel einzusetzen.

14

Dass diese Auseinandersetzung sich vor den Augen zahlreicher anderer Gäste zutrug und zudem zwei davon dabei waren, den Nebenkläger zu beschwichtigen und aus dem Thekenbereich zu ziehen, ist - entgegen der Ansicht des Landgerichts - kein Umstand, der in der konkreten Situation dafür sprach, die Androhung des Messereinsatzes wäre genau so erfolgversprechend gewesen. Dies schon deshalb, weil der einige Zeit andauernde Angriff trotz des Eingreifens von zwei Personen, die den Nebenkläger erkennbar erfolglos zu beschwichtigen versuchten, nicht beendet werden konnte. Warum der jedenfalls auch gegen den Widerstand zweier unbeteiligter Personen zur Fortsetzung des Kampfes entschlossene Nebenkläger bei Androhung eines Messereinsatzes von weiteren Angriffen abgesehen hätte, erschließt sich, insbesondere auch vor dem Hintergrund der hohen Alkoholisierung des Nebenklägers und einer dadurch bedingten Einschränkung seines Hemmungsvermögens, nicht. Insoweit ist zusätzlich in den Blick zu nehmen, dass nicht einmal die Messerstiche, sondern letztlich der Zeuge K. unter Einsatz von körperlicher Gewalt den Kampf beendet haben.

15

In dieser Situation erweist sich mit Blick auf die Angriffslage und die geringe Kalkulierbarkeit eines Fehlschlagsrisikos die Entscheidung des Angeklagten für den Messereinsatz und gegen eine vorherige Androhung als rechtlich unbedenklich. Soweit die Strafkammer insoweit anführt, dem Angeklagten hätten keine Anhaltspunkte für eine Eskalation der Situation vorgelegen, stellt dies kein tragfähiges Argument gegen einen ohne vorherige Androhung erfolgten, unmittelbaren Messereinsatz dar. Denn es geht bei der Entscheidung für ein erforderliches Abwehrmittel im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB nicht darum, ob durch die Androhung des Messereinsatzes eine weitere Eskalation der Situation heraufbeschworen wird; maßgeblich ist vielmehr die Frage, ob es in der zugespitzten Angriffssituation gewährleistet ist, dass der Angriff endgültig beendet wird. Insoweit fehlt es für die landgerichtlichen Feststellungen, der Nebenkläger hätte sich zurückgezogen, wenn ihm die Bewaffnung des Angeklagten zur Kenntnis gelangt wäre, ebenso an einer hinreichenden Tatsachengrundlage wie für die Annahme, der Angeklagte sei davon ausgegangen, dass Möglichkeiten zur Beendigung der körperlichen Attacken nicht beeinträchtigt würden, wenn er dem Nebenkläger das Messer zeigte.

16

b) Die weitere Argumentation der Strafkammer, dem Angeklagten sei es - ungeachtet der Dynamik des Geschehensablaufs - möglich und zumutbar gewesen, das Messer jedenfalls zunächst weniger gefährlich einzusetzen, lässt außer Betracht, dass „Feststellungen zu Position und den einzelnen Bewegungen des Nebenklägers“ zum Tatzeitpunkt des Messereinsatzes nicht getroffen werden konnten. Fehlen aber Kenntnisse hierüber, ist auch ungewiss, in welcher Weise sich im Einzelnen Angeklagter und Nebenkläger gegenüberstanden und ob es dabei konkrete Möglichkeiten für den Angeklagten gab, das Messer schonender, aber gleichwohl erfolgversprechend einzusetzen. Damit fehlt es auch insoweit an einer tragfähigen tatsächlichen Grundlage für die tatgerichtliche Überzeugung eines weniger gefährlichen Messereinsatzes.

17

3. Die Sache bedarf deshalb neuer Verhandlung und Entscheidung.

18

Sollte die neu zur Entscheidung berufene Strafkammer erneut zu einer Verurteilung gelangen, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die durch den zwischenzeitlichen Verlust der Verfahrensakten bedingte erhebliche Verzögerung des Verfahrens zwischen dem angegriffenen Urteil und dem Eingang der Akten beim Revisionsgericht im Rahmen der Vollstreckungslösung weiter zu kompensieren sein wird.

**Warning:** include(../vorlagen/entsch-bottom-p.inc): failed to open stream: No such file or directory in **d:\dokumente\\_hrr\hrrtest\182-363-18.php** on line **124**

**Warning:** include(): Failed opening **'../vorlagen/entsch-bottom-p.inc'** for inclusion (include\_path='.:C:\xampp\php\PEAR') in **d:\dokumente\\_hrr\hrrtest\182-363-18.php** on line **124**