

## **“Was eyn recht notweer ist” Zu Grund und Grenzen der Notwehr im System der Rechtfertigungsgründe**

Vortrag, gehalten am 3.2.1998  
aus Anlaß der Habilitation

Spectabilis, Meine sehr verehrten Damen, Meine Herren !

Den Titel meines Vortrages: “Was eyn recht notweer ist” habe ich nicht gewählt, um durch eigenwillige Orthographie Aufsehen zu erregen, obwohl diese Orthographie im Verlaufe meines Vortrages noch eine Rolle spielen wird. Der Titel meines Vortrages entnahm ich dem Art. 140 der Peinlichen Gerichtsordnung aus dem Jahre 1532, dem ersten gemeindeutschen Strafgesetzbuch. Ich entnahm ihn deswegen, weil mir in der Frageform dieses Satzes das Fragwürdige des Notwehrrechts besonders gut zum Ausdruck zu kommen scheint.

Was eine rechtmäßige Notwehr ist, das sagt uns klar der § 32 des geltenden Strafgesetzbuches: Es ist, wie wir alle hier wissen, “... die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff ... abzuwenden.” Was eine rechtmäßige Notwehr ist, scheint danach heute festzustehen und keines Nachfragens mehr Wert. Führt man sich jedoch vor Augen, was “erforderliche Verteidigung” im einzelnen bedeutet, blickt man auf ein Recht, dessen Einmaligkeit allein schon Fragen auf sich zieht. Das Notwehrrecht ist nämlich durch drei Besonderheiten gekennzeichnet:

1. Zunächst einmal braucht der Notwehr nicht der Versuch vorausgehen, staatliche Hilfe herbeizuholen.
2. Sodann verlangt die Erforderlichkeit der Verteidigung zwar, von allen geeigneten Mitteln stets das mildeste zu wählen. Sie verlangt jedoch nicht, dem Angriff zunächst einmal auszuweichen, sondern gestattet die sofortige aktive Gegenwehr.
3. Schließlich ist die so verstandene erforderliche Verteidigung durch keine Güterproportionalität in ihrem Maß begrenzt: Sie erlaubt es notfalls auch, die eigene Geldbörse durch Tötung des Angreifers zu schützen.

Gerade die letzte Konsequenz ist es, die bei einem Unbefangenen am ehesten Erstaunen hervorruft. Daß jeder sich selbst verteidigen dürfe, das will man sogleich jedermann zugestehen. Auch daß der Angreifer aktiv für sein Recht muß einstehen können, nicht zunächst auf das Ausweichen soll verwiesen sein, räumt man bedenkenlos ein. Daß er aber dann maßlos soll zuschlagen dürfen, hieran nimmt das Rechtsgefühl Anstoß. Mit Recht: Ist doch das Übermaß das Kainsmal jeder Ungerechtigkeit.

Freilich steckt in diesem Absehen von jeglicher Verhältnismäßigkeit eine geradezu teuflische Konsequenz, gesteht man dem Angegriffenen ohne weiteres die ersten beiden Rechte zu. Denn wer sich selbst verteidigt, ist immer Partei in dem Konflikt, nicht aber ein unbeteiligter Dritter, der den Streit besonnen lösen könnte. Des weiteren steigert die sofortige aktive Gegenwehr typischerweise den Konflikt zu einem Kampf Mann gegen Mann. Ist aber der Streit erst einmal derart eskaliert, dann ist dem Angegriffenen ein Maßhalten zugunsten des Angreifers nicht mehr zumutbar. So scheint es, daß man die Notwehr entweder nur als “schneidiges” Recht haben kann, dann aber auch ihr Unmaß hinnehmen muß, oder aber, sie auf ihren Grund hin neu befragen muß, was hier geschehen soll.

Um das Ergebnis andeuten: Ich plädiere für ein ein maßvolles, durch Verfahrensschritte abgestuftes Notwehrrecht.

Meine These will ich in 4 Schritten begründen. Zunächst will ich auf die in der Praxis anerkannten Ausnahmen vom Grundsatz des schneidigen Notwehrrechts eingehen und deren Problematik aufzeigen (I.). Sodann befaße ich mich kritisch mit der herrschenden Notwehrbegründung (II.) Darauf will ich das Dilemma, in das diese Begründung führt, unter Rückgriff auf die Gerechtigkeitsformenlehre Kants aufzulösen versuchen (III.), um schließlich den gewonnen Ertrag am geltenden recht beispielhaft zu demonstrieren (IV.).

I. Als ich soeben das Notwehrrecht in seiner "Schneidigkeit" darstellte, sah ich die vielen Kundigen hier im Publikum bereits die Stirne runzeln. Als ein von jeglicher Güterproportionalität losgelöstes Notwehrrecht so wird doch heute der § 32 des Strafgesetzbuches nicht mehr ausnahmslos verstanden. Gewiß. Nicht ausnahmslos. Aber im Grundsatz eben schon. Im Grundsatz gilt noch heute, was der große Kriminalist Berner im 19. Jahrhundert als Prinzip der Notwehr aufstellte:

"Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen."

Freilich sind mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur eine Reihe von Ausnahmen allgemein anerkannt, in denen rücksichtsvollere Vorgaben gelten. Rechtstechnisch sieht dies so aus, daß nachdem man im ersten Schritt festgestellt hat, daß eine Notwehr nach § 32 II StGB als erforderliche Verteidigung zulässig ist, in einem zweiten Schritt fragt, ob sie auch im Sinne von § 32 Abs. 1 StGB auch "geboten" ist. Liegt eine der sogleich zu besprechenden Ausnahmen vor, dann ist zum einen vor der aktiven Gegenwehr zunächst einmal nur das Ausweichen und dann die Schutzwehr zulässig. Zum zweiten darf der durch dem Angreifer zugefügte Schaden zu der von ihm drohenden Gefahr nicht schlechthin außer Verhältnis stehen.

Als dieses Ausnahmen sind im wesentlichen vier Fälle anerkannt, die ich Ihnen hier in einer Übersicht zusammengefaßt habe.

#### Tafelbild

Die Ausnahmen leuchten auf den ersten Blick ein. Und ihre Problematik besteht nun nicht darin, daß in diesen Fällen die Notwehr maßvoll zu üben ist. Ihre Problematik besteht darin, daß sie Ausnahmen sind, bloße Ausnahmen von eben dem Grundsatz des eben vorgestellten, "schneidigen" Notwehrrechts nach dem all dies nicht zu gelten hat. Hierdurch wird das Notwehrrecht, wenn Sie mir das Wortspiel erlauben, zu einer "zweischneidigen" Sache. Es ist nämlich nicht so, daß, wie es der gängige Prüfungsaufbau suggeriert, man zuerst zu prüfen hat, ob die Notwehr nach § 32 zulässig ist, um sodann in den geschilderten Ausnahmefällen nach die "Gebotenheit" zu untersuchen hat. Vielmehr liegt es so, daß je nach anzunehmenden Ausnahmefall bereits die Notwehrvoraussetzungen im Einzelnen modifiziert werden.

So wird in den eben angeführten Bagatellfällen die Notwehrlage umdefiniert. Nicht mehr jede von Menschen ausgehende Gefahr als gilt als Angriff, sondern nur der objektiv nicht geringfügige und subjektiv schuldhaftige.

Vor allem an den Provokationsfällen hat die Rechtsprechung eine Abwandlung der Erforderlichkeit durchgesetzt: Statt sofortiger aktiver Gegenwehr, gilt nun der Dreiklang: Erst Ausweichen, dann Schutz und Trutzwehr.

Schließlich hebt die Rechtsprechung dort, wo der Angegriffene dem Angreifer besonders verbunden ist, die Wahrung der Güterproportionalität besonders hervor.

Folglich wird der Prüfung der Notwehrlage und der Erforderlichkeit der Verteidigung mit der Gebotenheit der Notwehr nicht ein zusätzliches Kriterium hinzugefügt. Vielmehr wird neben dem "großen", "schneidigen" Notwehrrecht, ein zweites "kleines" Notwehrrecht etabliert, in dem besondere Regeln gelten. Es kommt zu einem "zweischneidigen" Notwehrrecht.

Diese Zweischneidigkeit äußert sich insbesondere darin, daß weder das Gesetz noch die in die Leitsätze der Rechtsprechung mit Bestimmtheit festlegen, wann einer der hier angeführten Ausnahmefälle denn anzunehmen sei:

Ab welcher Geldsumme die Tötung eines Menschen nicht mehr ein krasses Mißverhältnis darstellt, das hat noch keiner gewagt präzise zu bestimmen.

Welche Anforderungen an eine Provokation zu stellen sind, ob sie objektiv rechtswidrig sein muß oder aber nur sozialetisch mißbilligt, ob sie absichtlich oder aber auch fahrlässig ins Werk gesetzt sein muß, auch darüber besteht Streit.

Schließlich wird gefragt, ob bei der Notwehr unter Eheleuten es nicht darauf ankommen müsse, ob die Ehe nicht nur noch formell besteht.

Meine Analyse des Notwehrrechts in der derzeit akzeptierten Gestalt mündet daher, überspitzt formuliert, in das Ergebnis ein, daß die Notwehrvoraussetzungen von Fall zu Fall einmal schneidig einmal milde ausgelegt werden. Für den Angegriffenen die Berufung auf Notwehr eben zu einer "zweischneidigen" Angelegenheit, ein im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip unserer Verfassung nicht hinnehmbarer Zustand.

Ich komme zum zweiten Punkt.

II. Die gängige Begründung der Notwehr ist dualistisch. Sie leitet diesen Rechtfertigungsgrund einesteils aus dem individuellen Schutzprinzip, andrenteils aus dem überindividuellen Rechtsbewährungsinteresse ab. Diese beiden Aspekte können weder für sich noch in ihrer Kombination die Notwehr legitimieren. Sie führen in ein Dilemma.

A. Besonders naheliegend ist es die Notwehr auf ein Recht zur Selbstverteidigung zurückzuführen. "naturalis ratio permittit se defendere". Die natürliche Vernunft erlaubt es, sich zu verteidigen. Dahinter steht letztlich der Gedanke, daß die eine Person einer anderen nur dann zur Achtung von deren Rechten verpflichtet ist, wenn diese auch ihre Rechte achtet. Wer sich also anschickt, die Rechte anderer zu verletzen, der stellt sich damit selber rechtlos, der muß die Selbstverteidigung des anderen dulden.

Diese Begründung ist freilich problematisch: Die Erlaubnis ist eine Freistellung vom Recht. Sie steht danach selbst nicht mehr unter Bedingungen des Rechts. Sie erlaubt es, in den Kriegszustand, in den der Angreifer eingetreten ist, nun ebenfalls einzutreten. In einem solchen Kriegszustand schweigt jedoch das Recht (Cicero). Ein Notwehrrecht, damit überhaupt irgend eine Mäßigung in der Wahl der Mittel, läßt sich mit dieser Überlegung nicht herleiten.

Die Selbstverteidigung läßt sich auch nicht mit dem Gedanken rechtfertigen, der Angegriffene wahre das überwiegende Interesse. Doch trifft das nicht zu. Schließlich soll der Angegriffene sich auch auf Kosten höherwertiger Rechtsgüter des Rechtsbrechers verteidigen dürfen, etwa die eigene körperliche Unversehrtheit um den Preis des Lebens des Angreifers verteidigen dürfen. Hier überwiegen die Interessen des Attackierten nur dann, wenn man zuvor die Interessen des Angreifers als nicht schutzwürdig definiert hat. Dann greift man auf die zuvor kritisierte Überlegung zurück, wonach der Angreifer sich selbst rechtlos stelle.

B. Herrschend ist daher, den Gedanken des Selbstschutzes durch den überindividuellen Aspekt der Bewährung der Rechtsordnung zu ergänzen. Danach verteidigt der Angegriffene nicht nur sich selbst, sondern er garantiert damit zugleich auch die durch den Angriff bedrohte Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung. Indem der Angegriffene den Angreifer durch aktive Gegenwehr in die Schranken weist, demonstriert er stellvertretend für alle die Alleinmaßgeblichkeit der gesetzlichen Verletzungsverbote. Die erforderliche Verteidigung liegt folglich stets im überwiegenden Interesse.

An dieser Auffassung ist zutreffend, daß jede Rechtsordnung, die dem Rechtsbruch gegenüber gleichgültig bleibt, ihre Geltung als Verhaltensanweisung verlieren würde. Dennoch kann auch diese Begründung nicht überzeugen. Sie beruht auf einem Zirkelschluß und führt in ein Dilemma.

Maßstab dafür, was im überwiegenden Interesse liegt, kann nun die Rechtsordnung selbst sein. Welchem Interesse sollte sie aber einen höheren Rang einräumen als der Erhaltung ihrer selbst? Hier zeigt sich, das in diesem Argument die Rechtsordnung sowohl als Bewertungsmaßstab als auch als Bewertungsgegenstand auftritt. So ist dies ein unzulässiger Zirkelschluß.

Des weiteren ist fraglich, wie eine durch Gewaltverzicht und dem Übermaßverbot geprägte Rechtsordnung wie die unsrige dadurch soll erhalten werden, daß man dem Angreifer durch sofortige und unverhältnismäßige Gegengewalt soll unschädlich machen dürfen. Selbst wenn diese Aussicht potentielle Rechtsbrecher abschrecken sollte, eine bisher empirisch nicht belegte Vermutung, dann würde man den Angreifer als Demonstrationsobjekt der Geltung der Rechtsordnung gebrauchen, was ebenfalls auf seine Rechtlosstellung hinausläuft.

Hier besteht eine bisher unaufgeklärte Diskrepanz zwischen den tragenden Grundprinzipien unserer Rechtsordnung und dem, was in Notwehr erlaubt sein soll. Diese Diskrepanz läßt schließlich noch wie folgt zuspitzen: Gewiß ist richtig, daß derjenige der fremde Rechtsgüter bedroht, gegen das fundamentale Verletzungsverbot *Neminem Laede!* verstößt. Gleiches gilt aber auch für den Angegriffenen, der sich durch Verwundung oder Tötung des Angreifers wehrt. Mehr noch, sie erfüllt sogar den Tatbestand eines Strafgesetzes, im Falle der Tötung etwa den § 212 StGB.

Als Zwischenergebnis möchte ich festhalten: Wir stehen also vor folgendem Dilemma: Einerseits läßt sich weder ein subjektives Recht noch eine Rechtsordnung als Ganze denken, daß an ihre Verletzung keine Sanktionen knüpft, mithin auch ihre Verteidigung zuläßt. Andererseits münden alle Begründungen für eine solche Zwangsbefugnis darin ein, subjektive Rechte oder die sie schützenden Rechtsnormen aufzuheben.

III. Dieses Dilemma läßt sich nach meinem Dafürhalten durch eine Rückgriff auf die Gerechtigkeitsformenlehre Kants auflösen.

A. Das bedarf einer Hinführung:

Ein erster Ansatz zur Lösung des beschriebenen Dilemmas zeigt sich, wenn wir uns die Problematik der Notwehr innerhalb des dreistufigen Deliktsaufbaus nähern. Bekanntlich definiert man die Straftat als eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung. Uns muß dabei das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit interessieren. Betrachten wir nämlich die tödlich ausgehende Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff mit den Augen eines Staatsanwalts, dann erfüllt die vorsätzliche Tötung des Angreifers nämlich zuerst einmal den Tatbestand des Totschlages, § 212 StGB, die erste Stufe im Deliktsaufbau. Damit liegt jedoch noch nicht per se strafbares Tun vor. Zu prüfen ist als nächstes vielmehr, die Rechtswidrigkeit als zweite Stufe im Deliktsaufbau. An der Rechtswidrigkeit fehlt es nun, wenn ein anerkannter Rechtfertigungsgrund, wie etwa die Notwehr, eingreift.

Diese zwei Stufen im Deliktsaufbau spiegeln nun ein Rangverhältnis verschiedener Klassen von Normen unserer Rechtsordnung wieder.

Hinter den Tatbeständen stehen abstrakt allgemein gefaßte Verhaltensanweisungen: Ähnlich dem Dekalog, nur den modernen Zeiten angepaßt befehlen sie: Du sollst nicht töten, nicht stehlen, usf. Diese Verbote sind fundamental für jede Rechtsgemeinschaft, ja für jedes Rechtsverhältnis unter Menschen. Dies zeigt ein Gedankenexperiment: Wo die gegenseitige Tötung generell erlaubt wäre, dort wäre ein gedeihliches Miteinander nicht möglich. Zusammenfassen lassen sich diese einzelnen Verletzungsverbote in der Primärpflicht aller Rechtsordnungen, dem *neminem laede!*

Rechtfertigungsgründe gehören hingegen zu einer Klasse von Normen, die darüber befinden, unter welchen Bedingungen die eben beschriebenen primären Verhaltensregeln zu befolgen sind oder nicht. Genauer schreiben sie diejenigen Voraussetzungen fest, unter den gerade Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Pflicht besteht, den primären Verhaltensregeln Folge zu leisten. Sie sind Erlaubnissätze. Al solche stehen sie auf logisch höheren Ebene.

Das Verhältnis dieser beiden Normenklassen läßt sich sehr gut anhand der Sprache verdeutlichen. Primär verwenden wir Sprache, um unsere Gedanken über verschiedene Sachverhalte mitzuteilen. Wenn ich jetzt zu Ihnen spreche, so tue ich dies, um Ihnen meine Überlegungen zur Notwehr nahe zu bringen. Sprechen läßt sich aber auch über die Sprache und ihre Regeln selbst. Dann läßt sich z. B. sagen, daß die Worte, die den Titel meines Vortrages bilden, nach den Regeln des neuen Dudens falsch geschrieben sind. Doch kennen wir eben auch Ausnahmen von diesen Regeln. Das sind die

Regeln des wörtlichen Zitierens: Danach darf ich entgegen den Regeln des neuen Dudens die mittelhochdeutsche Sprache der Peinlichen Gerichtsordnung benutzen, wenn ich das Original zur Sprache bringen will.

Ähnlich liegt es nun bei dem Verhältnis zwischen primären Verbotsnormen und sekundären Erlaubnissätze. Erstere sagen uns, was Menschen tun müssen, damit überhaupt ihre Beziehung zueinander sich in ein Rechtsverhältnis verwandelt. Genausowenig wie zwischen zwei Personen ein Gespräch zustande kommt, wenn Sprecher und Hörer durchgängig die Regeln der Sprache mißachten, genauso wenig kommt zwischen Menschen ein Rechtsverhältnis zustande, wenn sie einander durchgängig gegenseitig befehlen. Hieraus läßt sich bereits ein erste Erkenntnis über die Bedingungen gewinnen, unter denen bezüglich der primären Verhaltensnormen eine Regelbefolgungspflicht besteht: Immer dann, wenn der andere meine Rechtsgüter achtet, bin auch ich ihm verbunden, die seinen zu respektieren. Umgekehrt läßt sich damit schon eine Voraussetzung benennen, unter denen mir ein sekundärer Erlaubnissatz eine Ausnahme von der Regelbefolgungspflicht einräumt. Wenn mein Gegenüber sich anschickt, mich körperlich anzugreifen, und damit gegen ein fundamentales Verletzungsverbot verstößt, dann schulde auch ich ihm nicht mehr den Respekt vor seiner Körperintegrität. Aus der Eigenart des Rechts folgt aber noch ein zweites: Gespräche kann ich aufnehmen und abbrechen nach meinem Belieben, Rechtsverhältnisse nicht. In der einen ungeteilten Welt nehme ich immer in irgendeiner Weise Einfluß auf andere und muß folglich stets meine Handlungen derart einrichten, daß ich die Freiheit anderer nicht schmälere. Das Recht sein soll, gilt kategorisch. Und damit sind wir bei Kant.

B. Kant ist als Schöpfer des Kategorischen Imperativs sicherlich allen von uns hier ein Begriff. Weniger gut bekannt ist, daß Kant den Kategorischen Imperativ auch für eine kritische Rechtslehre fruchtbar gemacht hat, die als erster Teil der Metaphysik der Sitten vor gut 200 Jahren erschienen ist. Bezeichnend für das Denken Kants ist nun, daß er vom einzelnen Subjekt und seinem praktischen Vernunftvermögen ausgeht. Als Rechtsprinzip stellt er daher die Pflicht auf:

Handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen bestehen kann.

Aus diesem Rechtsgesetz ergibt sich für jede Person ein ihr ursprünglich zukommendes, „angeborenes“ Menschenrecht auf Freiheit der Willkür. Weil Kant unter der Willkür die Handlungsmächtigkeit des Menschen versteht und diese von ihm mit der Lebensfunktion zusammengedacht wird, umfaßt das angeborene Menschenrecht folglich Leben, Leib und Freiheit. Durch den wechselseitigen Respekt in der Befolgung des Rechtsgesetzes schaffen und gestalten die Menschen folglich ihre Rechtsverhältnisse zueinander auf privatautonome Weise. Positiv bedeutet dies, daß jede Person zunächst einmal selbst darüber entscheidet, wie sie ihr Leben und ihr Verhältnis zu anderen unter dem Rechtsgesetz gestaltet. Zugleich ist damit aber auch ein Problem verbunden, zu deren Lösung Kant eine Gerechtigkeitsformenlehre entwickelt hat, der wir uns sogleich zuwenden werden. Solange sich aber Rechtsverhältnisse allein über das privatautonome Handeln der Personen bilden, steht nämlich der Annahme eines konfliktfreien Miteinanders der Vorbehalt jedes einzelnen entgegen, nach eigenen Maximen sein Glück zu suchen und allein aus dieser Perspektive die Rechtlichkeit eigenen und fremden Handelns zu beurteilen. Die Gerechtigkeitslehre Kants reflektiert gerade diese Verfaßtheit privatautonomer Personen, Richter in eigener Sache sein zu wollen<sup>1</sup>, und legt eine abschließendes System von Prinzipien fest, mit denen die in der Gesellschaft entstehenden Konflikte aufgelöst werden können.

Wie wir gesehen haben, besageb die primären Regeln des wechselseitigen Achtens nicht, nach welcher Maßgabe im Falle des Zuwiderhandelns zu verfahren ist. Um drohendes Unrecht abzuwenden bedarf es vielmehr einer Einschränkung dieser primären Handlungsanweisungen durch Regeln höherer Ordnung, bei Kant eben die Gerechtigkeitsformen.

Tafelbild

---

<sup>1</sup>MdS, RL § 44, A 163f., B 193f.; VIII, 430

Den Ausgangspunkt bildet die von Aristoteles übernommene Figur der schützenden Gerechtigkeit als neben der Tauschgerechtigkeit zweiten Form der *iustitia commutativa*<sup>2</sup>. Sie bezieht sich auf das "neminem laede", dessen Befolgung die Integrität der Personen nebst ihrer Habe konstituiert. Aus dem allgemeinen Verletzungsverbot *als solchem* folgt nun allerdings nicht, wie wir gesehen haben, daß ich auf die Rechte des Angreifers zugreifen darf, um den von ihm verschuldeten Schaden zu beheben. Dürfte man der drohenden Verletzung nicht begegnen, wäre ein gemeinschaftliches Dasein in Freiheit gewiß unmöglich. Diese Antinomie löst schützende Gerechtigkeit dadurch auf, daß sie das allgemeine Verletzungsverbot *im Verhältnis zum Angreifer* in dem Maße einschränkt, in dem dies erforderlich zur Verteidigung erforderlich ist<sup>3</sup>. Diese ist auch dem Angreifer gegenüber gerechtfertigt, folgt sie doch aus der Verallgemeinerung seiner Verletzungsmaxime. Der Beschränkung der rechte auf Seiten des Angreifers entspricht so, eine Erweiterung der Rechte des Angegriffenen. Prägnant ausgedrückt: Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden.

Schützende Gerechtigkeit enthält also den Grund für die Notwehr, noch nicht aber ihr Maß.

Als zweites ist die wechselseitig erwerbende Gerechtigkeit anzusprechen, die ich in der Skizze hier ganz rechts angezeichnet habe. Hier muß ich mich auf das Wesentliche beschränken:

Kant geht davon aus, daß privates Vermögen nur dann durchgängig wohl erworben bleibt, wenn es nicht der Idee einer möglichen Vereinigung aller Menschen unter dem Rechtsgesetz widerstreitet. Eine solche Vereinigung ist freilich dann nicht möglich, wenn die freiheitliche Existenz eines anderen, sein Leben, Leib, Freiheit und die dafür bedeutsamen Sachwerte durch Unglück in Gefahr geraten sind. Wer in einem solchen Falle auf dem Besitz an für ihn unbedeutende Sachwerten beharrt, der handelt der Idee einer möglichen Vereinigung aller Menschen unter dem Rechtsgesetz zu wider. Folglich muß er es dulden, wenn der in Not geratene ihm diese Sachwerte zur eigenen Rettung entzieht. Erwerbsgerechtigkeit enthält also den Grund für den rechtfertigenden Notstand, § 34 StGB.

Distributive Verfahrensgerechtigkeit ist schließlich die dritte, hier in der Mitte gezeichnete Gerechtigkeitsform. Sie enthält im Keim das gesamte Staatsrecht dere Metaphysik der Sitten. Auch hier muß ich mich auf das für unseren Zusammenhang wesentliche beschränken: Distributive Verfahrensgerechtigkeit, das Entscheiden nach einem gegebenen Gesetz, wie Kant es ausdrückt, hat folgende Grundidee: Das Grundproblem einer ausschließlich privatautonom gestalteten Gesellschaft sahen wir in dem Vorbehalt eines jeden, Richter in eigener Sache sein zu wollen. Verfahrensgerechtigkeit soll nun die Beziehungen der Personen so zueinander ordnen, daß alle gemeinsamen Fragen erstens möglichst gewaltlos und zweitens möglichst unparteiisch entschieden werden. Gesetze wie Einzelmaßnahmen sollen aus einem Verfahren hervorgehen, dem jeder seine Beistimmung geben kann, so daß jeder selbst in einer gegen ihn getroffenen Entscheidung sich mit seiner Rechtsvernunft repräsentiert sehen kann. Aus dieser friedensstiftenden Kraft beziehen die verschiedenen, in den verschiedenen Prozeßordnungen positiv geregelten Zwangsmaßnahmen ihre rechtfertigende Kraft.

Die drei Gerechtigkeitsformen begründen so zunächst einmal ein Gesamtsystem von möglichen Rechtfertigungsprinzipien. Sie wirken sich aber auch auf den Mikrokosmos jedes einzelnen Rechtfertigungsgrundes aus. Das will ich Ihnen abschließend am Beispiel der Notwehr verdeutlichen.

IV. Schützende Gerechtigkeit spielt zunächst, wie bereits angedeutet wurde, für die genaue Bestimmung der Notwehrlage eine Rolle. Es muß um eine von Menschen geschaffene Gefahr für ein fremdes Rechtsgut gehen. Spezifisch menschlich ist diese Gefahr aber nur dann, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig ins Werk gesetzt wurde. Wie zum zweiten bereits angedeutet, folgt Grund und Grenze des Rechts, sich mit allen erforderlichen Mitteln zu verteidigen aus der vom Angreifer verfolgten Unrechtsmaxime: Greift er meine freiheitliche Existenz als Ganze an, dann folgt aus der Verallgemeinerung seiner Unrechtsmaxime, daß ich, soweit erforderlich, mich auch auf Kosten seiner freiheitlichen Existenz wehren darf. Insofern behält der Satz Berners sein Recht.

<sup>2</sup>NE V, 7. Zum Grund und Maßprinzip s. M. Köhler (Fn. 66), 463f.

<sup>3</sup>Kant sagt zwar (MdS, RL § 18, A 96ff., B 97ff.; VIII, 382f.), daß der Geschädigte einer rechtswidrigen Tat nichts erwerbe. Dies gilt aber nur insofern, als der Ersatzanspruch auf den Wert des beschädigten Gutes beschränkt ist. Damit läßt sich der Zugriff auf den als Ersatz zu leistenden Gegenstand des Schädigers nicht begründen. Hierzu bedarf es der Einschränkung des allgemeinen Verletzungsverbots.

Gleiches gilt aber nicht, jedenfalls nicht ohne weiteres wenn er nur wenig bedeutsame Sachwerte angreift. Hier stellt er damit nicht aucht meine freiheitliche Existenz als Ganze in Frage, so daß ich mich nicht auf Kosten seines Lebens seiner Gesundheit aktiv gegen ihn wehren darf.

In diesem Rahmen spielt nun Verfahrensgerechtigkeit eine große Rolle: Sie fordert Gewaltverzicht: Deeskalation. Dies fordert sie nicht als technisch taktische Maßnahme, sondern als Element der durch den Konflikt hindurch greifenden Einbeziehung des Angreiferwillens. Hier hat der Angegriffene durch Ausweichen und Schutzwehr zu versuchen Zeit zu gewinnen, um den Angreifer auf seine Verfehlung anzusprechen. Bleibt er bei seinem Willen auch angesichts dessen, daß ihm nun Trutzwehr droht, dann lag es an ihm, daß er die Situation zum Kampf Mann gegen Mann eskaliert hat. Das so eingehaltene Verfahren, vom BGH intuitiv richtig beschrieben, legitimiert dann auch wieder körperliche Gewalt.

Schließlich gibt erwerbende Gerechtigkeit der Notwehr ein letztes Maß, was insbesondere für die Fluchtfälle bedeutsam ist. Fieht der Dieb lediglich mit leicht ersetzbaren Sachwerten und kann er nur durch lebensgefährlichen Schuß aufgehalten werden, dann verlangt erwerbende Gerechtigkeit um der Idee einer Vereinigung der Willkür aller, auch des Angreifers als Person willen, diesen Verlust hinzunehmen.

Vieles bleibt hier noch im Einzelfall zu klären: Doch das Prinzip einer maßvollen, abgestuften Notwehr hoffe ich doch Ihnen plausibel gemacht zu haben. So daß die Frage der Benatwortung näher ist, was eyn recht notweer ist.