

# Bundesgerichtshof

## BESCHLUSS

§ 32 StGB

- 1. Der Angegriffene muss im Rahmen der Notwehr auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht.**
- 2. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen.**
- 3. Die Verteidigung ist dann nicht geboten, wenn von dem Angegriffenen aus Rechtsgründen die Hinnahme der Rechtsgutsverletzung oder eine weniger risikoreiche Verteidigung zu verlangen ist. So kann bei infolge Alkohol- oder Drogenkonsums schuldunfähigen Personen das Notwehrrecht des Angegriffenen eingeschränkt sein.**
- 4. § 32 StGB erfordert in subjektiver Hinsicht einen Verteidigungswillen. Die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr sind demnach erst dann erfüllt, wenn der Gegenangriff zumindest auch zu dem Zweck geführt wurde, den vorangehenden Angriff abzuwehren. Dabei ist ein Verteidigungswille auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv anzuerkennen, wenn andere Beweggründe (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten. Erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille, das Recht zu wahren, ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein.**

BGH, Beschluss vom 16.06.2021, Az.: 1 StR 126/21

### **Tenor:**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 7. Dezember 2020 im Strafausspruch zu Fall B. IV. der Urteilsgründe sowie im Ausspruch über die Gesamtstrafe - auch soweit es den Mitangeklagten K. betrifft und insoweit einschließlich der Anordnung der Dauer des Vorwegvollzuges - aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

## **Gründe:**

1

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln sowie wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete, auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat – unter Erstreckung auf den nicht revidierenden Mitangeklagten K. – den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

2

Das Landgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3

1. Nach den im Fall B. IV. der Urteilsgründe getroffenen Feststellungen erwarb der spätere Geschädigte E. am Abend des 28. August 2019 von dem Mitangeklagten K., der sich in Begleitung seines Schwagers und des Angeklagten befand, ein Gramm Kokain. Nach dessen Konsum beschwerte er sich telefonisch über die in seinen Augen minderwertige Qualität und verlangte bei einem Treffen noch in derselben Nacht – „erkennbar unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln“ stehend (UA S. 18) – von dem Mitangeklagten den Kaufpreis von 90 € zurück. Dies lehnte der Mitangeklagte ab, der sich wieder in Begleitung seines Schwagers und des Angeklagten befand, die einige Meter vom Treffpunkt entfernt auf ihn warteten. Es entwickelte sich eine verbale Auseinandersetzung. Der Geschädigte holte im Verlauf des Streits ein Küchenmesser hervor, das er in Erwartung einer Auseinandersetzung mit mehreren Kontrahenten eingesteckt hatte. Der Mitangeklagte ließ daraufhin seine Geldtasche mit etwa 2.500 € Bargeld zu Boden fallen, um sich gegen einen etwaigen Angriff besser wehren zu können. Nun nahm der Geschädigte die Tasche und lief davon.

4

Der Mitangeklagte rief dem Angeklagten zu, dass ihm der Geschädigte sein Geld entwendet habe, und forderte ihn auf, ihm „etwas zu geben“. Daraufhin nahm der Angeklagte einen Holzbesen und brach dessen Stiel in zwei Teile. Die Angeklagten bewaffneten sich jeweils mit einem Teil des Besenstiels und nahmen die Verfolgung des Geschädigten auf, „um ihm eine Abreibung zu verpassen“ (UA S. 19). Nachdem sie ihn eingeholt hatten, schlug der Mitangeklagte mindestens einmal mit dem Besenstiel auf den Geschädigten ein.

5

Zwar gelang es diesem zunächst, sich vor den Angeklagten in einen Innenhof zu flüchten; dort bemerkte er jedoch, dass sie ihn fast wieder eingeholt hatten und wandte sich daraufhin dem Mitangeklagten zu. Der Mitangeklagte forderte ihn auf, „ihm sein Geld zurückzugeben“ (UA S. 19), und schlug ihm dann mehrere Male „aus Wut und Verärgerung darüber, dass E. mit der Tasche mit den Geldscheinen davongelaufen war“ (UA S. 20) mit dem Besenstiel, den er mit beiden Händen festhielt, wuchtig gegen den Kopf und die Arme. Es kam ihm darauf an, ihn „erheblich zu verletzen und ihm Schmerzen zuzufügen“ (UA S. 20). Um den Mitangeklagten auf Abstand zu halten, machte der Geschädigte mit dem Messer Abwehrbewegungen, aber „keinerlei Angriffsbewegungen in Richtung der beiden Angeklagten“ (UA S. 20), und fügte dem Mitangeklagten dabei eine oberflächliche Schnittverletzung zu. Der Geschädigte nahm nun das Geld aus der Tasche und warf Geld und Tasche mit den Worten „Nimm das

Geld, Bruder“ vor dem Mitangeklagten auf den Boden. Daraufhin schlug dieser mindestens fünf Mal mit dem Besenstiel auf den Geschädigten ein. Er traf ihn an den Armen und mindestens viermal am Kopf. Die Schläge hatte er dabei so wuchtig ausgeführt, dass mindestens einmal Teile des Besenstiels absplitterten. Der Angeklagte warf während dieser Schläge mindestens drei kleine Pflastersteine in Richtung des Geschädigten und traf diesen schmerzhaft mit mindestens einem der Steine im Bereich der rechten Schulter bzw. des rechten Oberarms. Nachdem eine Anwohnerin angekündigt hatte, die Polizei zu rufen, hob einer der Angeklagten das am Boden liegende Geld auf und beide verließen den Innenhof.

6

2. Das Landgericht hat den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5 StGB, begangen in Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), als erfüllt angesehen und angenommen, dass die Tat nicht durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt gewesen sei. Zwar hätten sich die Angeklagten einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des Geschädigten gegenübergesehen, als dieser die Geldtasche des Mitangeklagten K. an sich nahm. Es habe den Angeklagten jedoch an dem notwendigen Verteidigungswillen gefehlt, da „[a]uch bevor E. das Geld zu Boden geworfen hatte, [...] das Motiv der Verteidigung soweit in den Hintergrund [trat], dass dies allenfalls noch ein ganz nebensächliches Motiv für die Angeklagten darstellte“ (UA S. 67). Im Übrigen seien „die Schläge auf den Kopf und die Würfe mit den Pflastersteinen auch nicht erforderlich“ gewesen, „um den gegenwärtigen Angriff durch E. in Form der Wegnahme der Geldtasche zu beenden“ (UA S. 68). Außerdem läge das Merkmal der Gebotenheit angesichts der akuten Kokainintoxikation des Geschädigten nicht vor (UA S. 69).

II.

7

1. Das Rechtsmittel des Angeklagten hat im Strafausspruch zu Fall B. IV. Erfolg. Im Übrigen ist es unbegründet.

8

Der Strafausspruch hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand, weil das Landgericht den Schuldumfang unzutreffend bestimmt hat; denn es hat eine Rechtfertigung der Tat durch Notwehr (§ 32 StGB) bezüglich der Gewalthandlungen vor dem Fallenlassen des Geldes nicht mit einer tragfähigen Begründung abgelehnt. Der Schuldspruch bleibt hiervon unberührt, da die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung von den Feststellungen zu den erst nach dem Fallenlassen des Geldes durch die Angeklagten ausgeführten Schlägen und Steinwürfen getragen wird.

9

a) Zutreffend bejaht das Landgericht eine Notwehrlage, solange sich der Geschädigte im Besitz der Geldtasche des Mitangeklagten K. befand. Nachdem dieser das Geld und die Tasche im Innenhof fallen gelassen hatte, war der Angriff jedoch beendet. Eine Notwehrlage war nicht mehr gegeben; eine Rechtfertigung der nachfolgenden Gewalthandlungen der Angeklagten kam nicht mehr in Betracht, so dass sie sich der gefährlichen Körperverletzung (§ 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5, § 25 Abs. 2 StGB) schuldig gemacht haben.

10

b) Soweit das Landgericht bezüglich der vor dem Fallenlassen des Geldes gegen den Geschädigten verübten Gewalthandlungen einen Verteidigungswillen als relevantes Handlungsmotiv der Angeklagten verneint hat, hält dies rechtlicher Prüfung nicht stand.

11

aa) Das Landgericht hat rechtlich zutreffend angenommen, dass § 32 StGB in subjektiver Hinsicht einen Verteidigungswillen erfordert (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 27. Oktober 2015 – 3 StR 199/15 Rn. 8 und vom 25. April 2013 – 4 StR 551/12 Rn. 20; Beschlüsse vom 3. März 2021 – 4 StR 318/20 Rn. 10 und vom 12. September 2013 – 4 StR 332/13). Die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr sind demnach erst dann erfüllt, wenn der Gegenangriff zumindest auch zu dem Zweck geführt wurde, den vorangehenden Angriff abzuwehren. Dabei ist ein Verteidigungswille auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv anzuerkennen, wenn andere Beweggründe (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten (vgl. BGH, Urteile vom 25. April 2013 – 4 StR 551/12 Rn. 20 und vom 12. Februar 2003 – 1 StR 403/02 Rn. 24; Beschluss vom 17. Januar 2001 – 1 StR 487/00 Rn. 7). Erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille, das Recht zu wahren, ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein (vgl. BGH, Urteile vom 25. April 2013 – 4 StR 551/12 Rn. 20; vom 9. November 2011 – 5 StR 328/11 Rn. 29; vom 31. Januar 2007 – 1 StR 429/06 Rn. 16 und vom 6. Oktober 2004 – 1 StR 286/04 Rn. 28; Beschluss vom 17. Januar 2001 – 1 StR 487/00 Rn. 7).

12

bb) Gemessen hieran wird die Annahme des Landgerichts, es fehle an dem erforderlichen Verteidigungswillen, da „das Motiv der Verteidigung soweit in den Hintergrund [trat], dass dies allenfalls noch ein ganz nebensächliches Motiv für die Angeklagten darstellte“ (UA S. 67), von den Feststellungen nicht getragen. Danach hatte der Mitangeklagte zwar den Geschädigten verfolgt, „um ihm eine Abreibung zu verpassen“ (UA S. 19), und dann „aus Wut und Verärgerung darüber, dass E. mit der Tasche mit den Geldscheinen davongelaufen war“, auf ihn eingeschlagen (UA S. 20). Gleichzeitig hat das Landgericht jedoch auch festgestellt, dass der Mitangeklagte den Geschädigten zuvor aufgefordert hatte, „ihm sein Geld zurückzugeben“ (UA S. 19). Damit waren die Gewalthandlungen neben dem Verteidigungswillen durch weitere Motive bestimmt. Anhaltspunkte dafür, dass der Verteidigungswille schon vor dem Fallenlassen des Geldes „ein ganz nebensächliches Motiv für die Angeklagten darstellte“ (UA S. 67), die „tatsächliche Motivation beider Angeklagter [...] die Verärgerung über das vorausgegangene Verhalten des E.“ war (UA S. 68) und sie ihm einen Denkkzettel für sein vorangegangenes Verhalten verpassen wollten (UA S. 6), bieten die Feststellungen nicht. Vielmehr spricht die Beobachtung der Zeugin W., bei dem Streit im Innenhof sei es um Geld gegangen (UA S. 44), dafür, dass es den Angeklagten jedenfalls zunächst auch um die Wiedererlangung des entwendeten Geldes ging.

13

c) Auch die Annahme des Landgerichts, „die Schläge auf den Kopf und die Würfe mit den Pflastersteinen“ (UA S. 68) seien nicht erforderlich gewesen, um den gegenwärtigen Angriff zu beenden, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

14

aa) 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. Der Angegriffene muss dabei auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Die mildere Einsatzform muss im konkreten Fall eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann (st. Rspr.; vgl.

BGH, Urteil vom 13. September 2017 – 2 StR 188/17 Rn. 12; Beschluss vom 22. Juni 2016 – 5 StR 138/16 Rn. 8 mwN).

15

bb) Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet nach diesen Grundsätzen die Annahme des Landgerichts, zur Beendigung des Angriffs wären „gegebenenfalls Schläge auf die Hand bzw. den Arm, in der E. die Geldtasche gehalten hatte“ (UA S. 68), gerechtfertigt gewesen, nicht jedoch – zumal unter Berücksichtigung der zahlenmäßigen Überlegenheit der Angeklagten – „wuchtige Schläge gegen den Kopf oder Steinwürfe gegen den Körper“ (UA S. 68).

16

Da der Rahmen der erforderlichen Verteidigung von den gesamten Umständen der objektiven Kampfphase bestimmt wird, namentlich vom konkreten Ablauf von Angriff und Abwehr, von Stärke und Gefährlichkeit des Angreifers und den Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen (BGH, Beschlüsse vom 13. April 2017 – 4 StR 35/17 Rn. 11 und vom 7. Dezember 2017 – 2 StR 252/17 Rn. 8; jeweils mwN), kann der Umstand, dass die Angeklagten dem Geschädigten zahlenmäßig überlegen waren, zwar berücksichtigt werden. Das Landgericht lässt bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Notwehrhandlungen jedoch außer Acht, dass der Geschädigte während des gesamten Geschehens mit einem Küchenmesser bewaffnet war und es einsetzte. Da angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagrisikos an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2017 – 2 StR 188/17 Rn. 12; Beschluss vom 22. Juni 2016 – 5 StR 138/16 Rn. 8 mwN), war der Mitangeklagte nicht gehalten, auf das mildeste, gleichwohl aber mit Unsicherheiten behaftete Mittel in Form von Schlägen auf Hand oder Arm des Geschädigten zurückzugreifen, um diesen zur Herausgabe der Geldtasche zu bewegen. Deshalb waren seine „wuchtig gegen den Kopf und die Arme“ geführten Schläge (UA S. 19 f.) von seinem Notwehrrecht umfasst.

17

d) Auch die Würdigung des Landgerichts, die Verteidigungshandlungen seien in der konkreten Situation nicht geboten gewesen, da der Geschädigte „unter einer akuten Intoxikation durch Kokain stand“ (UA S. 69) und der Mitangeklagte K. dies erkannt habe, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

18

aa) Zwar kann das Merkmal der Gebotenheit im Einzelfall sozioethisch begründete Einschränkungen an sich erforderlicher Verteidigungshandlungen notwendig machen. Danach ist die Verteidigung dann nicht geboten, wenn von dem Angegriffenen aus Rechtsgründen die Hinnahme der Rechtsgutsverletzung oder eine weniger risikoreiche Verteidigung zu verlangen ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 20. November 2019 – 2 StR 554/18 Rn. 13 mwN und vom 1. Juni 2016 – 1 StR 597/15 Rn. 36). So kann bei infolge Alkohol- oder Drogenkonsums schuldunfähigen Personen das Notwehrrecht des Angegriffenen eingeschränkt sein (vgl. BGH, Urteile vom 1. Juli 2014 – 5 StR 134/14 Rn. 11; vom 12. Februar 2003 – 1 StR 403/02 Rn. 38 und vom 14. Februar 1952 – 5 StR 1/52, BGHSt 3, 217, 218; Rönna in LK-StGB, 13. Aufl., § 32 Rn. 242).

19

bb) Die Feststellungen lassen insoweit keine abschließende Bewertung der Schuldfähigkeit des Geschädigten zu. Auf der einen Seite stand der Geschädigte nach den Urteilsfeststellungen zwar aufgrund des vorausgegangenen Kokainkonsums für den Mitangeklagten „erkennbar unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln“ (UA S. 18). Auf der anderen Seite lassen sich den Feststellungen aber keine Anhaltspunkte für Ausfallerscheinungen des Geschädigten entnehmen. Der Mitangeklagte hat sich

dahingehend eingelassen, dass der Geschädigte „voll drauf“ gewesen sei (UA S. 29, 69) und große Augen und Pupillen gehabt habe (UA S. 30), und der Geschädigte bestätigte, unter dem Einfluss von Alkohol und Drogen gestanden zu haben (UA S. 39). Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte er jedoch ein gewisses Leistungsvermögen; denn er versuchte zunächst, die Rückzahlung des Kaufpreises wegen der aus seiner Sicht mangelhaften Qualität des Kokains zu erreichen; nach diesem vergeblichen Versuch nahm er die Geldtasche trotz Gegenwart der Begleitpersonen des Mitangeklagten an sich und flüchtete, auch wenn ihn die Angeklagten ohne Weiteres einzuholen imstande waren. Deshalb kann das Revisionsgericht nicht beurteilen, welche Auswirkungen der Drogen- und möglicherweise auch Alkoholkonsum des Geschädigten auf seine Schuldfähigkeit hatte. Eine Einschränkung des Notwehrrechts der Angeklagten kann auf diese unzureichenden Feststellungen jedenfalls nicht gestützt werden.

20

2. Die Aufhebung der im Fall B. IV. der Urteilsgründe gegen den Angeklagten verhängten Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten zieht die Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe nach sich. Die im Fall B. I. der Urteilsgründe verhängte Einzelstrafe bleibt hiervon unberührt.

21

3. Einer Aufhebung von Feststellungen bedarf es nicht, da diese von den Rechtsfehlern, die zu der Teilaufhebung des Strafausspruchs geführt haben, nicht betroffen sind (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht kann weitere Feststellungen treffen, die mit den bisherigen nicht im Widerspruch stehen. Sollte es zu dem Ergebnis gelangen, dass die vor dem Fallenlassen des Geldes ausgeübten Schläge gerechtfertigt waren, wird es festzustellen haben, welche Verletzungsfolgen auf die nicht gerechtfertigten Gewalthandlungen nach dem Fallenlassen des Geldes zurückzuführen sind.

III.

22

Die teilweise Aufhebung des Strafausspruchs ist gemäß § 357 Satz 1 StPO auf den nicht revidierenden Mitangeklagten K. zu erstrecken; denn die gegen ihn im Fall B. IV. der Urteilsgründe als Einsatzstrafe verhängte Freiheitsstrafe von fünf Jahren beruht auf derselben fehlerhaften Rechtsanwendung. Die übrigen Einzelstrafen sind hiervon ebenso wenig berührt wie die Anordnung seiner Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB). Die Aufhebung der Gesamtstrafe führt jedoch zur Aufhebung der Anordnung über die Dauer des Vorwegvollzugs (§ 67 Abs. 2 Satz 2, 3, Abs. 5 Satz 1 StGB).

IV.

23

Nach dem Wegfall des die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründenden Tatvorwurfs des versuchten Totschlags verweist der Senat die Sache entsprechend § 354 Abs. 3 StPO an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurück.