

Dr. iur. Sonja Pflaum*

Objektivierung von Verantwortlichkeitsmaßstäben bei der Notwehr und beim Notwehrexzess im schweizerischen Strafrecht

Konflikt mit dem Schuldgrundsatz

<https://doi.org/10.1515/zstw-2019-0018>

I. Einleitung

Nach Art. 15 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) ist der Einsatz von Gewalt unter folgenden Voraussetzungen gerechtfertigt: Jemand (ein Angegriffener) muss sich in einer Notwehrlage befinden¹. Eine solche liegt dann vor, wenn der Angegriffene ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht wird². Als Angriff gilt ein menschliches³ Verhalten, das auf die Verletzung eines individuellen Rechtsgutes gerichtet ist⁴. Sodann muss die durch den An-

¹ *Seelmann*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 15 N 1, 3 ff.; *Trechsel/Geth*, in: *Trechsel/Pieth* (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 15 N 1 ff.; *Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 N 66 ff.

² *Stratenwerth/Wohlers*, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 15 N 2.

³ Der Angriff eines Tieres kann nur dann als Angriff im Sinne von Art. 15 StGB qualifiziert werden, wenn das Tier als Werkzeug eines Menschen agiert, vgl. *Seelmann*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 4; *Wohlers*, Anmerkung zu Bundesgericht, Urteil v. 16. Februar 2017, 6B_495/2016, *forum-poenale* 2017, 376; *Seelmann/Geth*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Basel 2016, 78; vgl. zudem BGE 97 IV 73, 74; BGer, Urteil v. 16.2.2017, 6B_495/2016, E. 2.1.1.

⁴ *Seelmann*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 4; *Trechsel/Geth*, in: *Praxiskommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 4; *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 70; *Stratenwerth/Wohlers*, *Handkommentar* (Anm. 2), Art. 15 N 3.

***Kontaktperson: Sonja Pflaum**, Habilitandin und Lehrbeauftragte im Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Schweiz, gefördert durch den Schweizerischen Nationalfonds (SNF), Ambizione-Beitrag.

gegriffenen oder einen Dritten (sog. Notwehrhilfe)⁵ ausgeführte Gewaltanwendung (sog. Notwehrhandlung) subjektiv durch dessen Abwehrwillen getragen sein (sog. Verteidigungswille)⁶ und ein angemessenes Mittel der Abwehr gegen den Angriff darstellen⁷.

Ist die Angemessenheit einer Abwehrhandlung nicht gegeben, d. h. werden die Grenzen einer den Umständen nach angemessenen Abwehr überschritten⁸, liegt ein sog. Notwehrexzess vor, was gemäß Art. 16 Abs. 1 StGB zu einer obligatorischen Strafmilderung führt⁹. Wenn der Abwehrende hingegen in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff die Grenzen der Notwehr überschreitet, so handelt er gemäß Art. 16 Abs. 2 StGB nicht schuldhaft (sog. entschuldbarer Notwehrexzess)¹⁰.

Typisch an einer Notwehrsituation ist, dass sich der Notwehrende in einer Lage dramatischer Bedrängnis befindet und ihm deshalb in aller Regel nur sehr wenig Zeit zum Nachdenken verbleibt¹¹. Das Schweizerische Bundesgericht trägt diesem Umstand Rechnung, indem es ausdrücklich anerkennt, dass dem Abwehrenden keinesfalls jene kühle Abwägung der gesamten Umstände und Möglichkeiten zugemutet werden könne, die den Behörden bei der nachträglichen Beur-

5 Nebst dem Angegriffenen ist jeder Dritte zur Notwehr berechtigt, vgl. nur *Trechsel/Geth*, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 15 N 12; *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 15 N 10.

6 *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 15 N 17; *Trechsel/Geth*, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 15 N 13; *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 83; *Stratenwerth/Wohlens*, Handkommentar (Anm. 2), Art. 15 N 9; vgl. zudem BGE 104 IV 1, 2.

7 *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 15 N 11; vgl. zudem *Trechsel/Geth*, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 15 N 10; *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 74 ff.; *Stratenwerth/Wohlens*, Handkommentar (Anm. 2), Art. 15 N 7.

8 Vgl. nur *Wohlens/Pflaum*, in: *Jositsch/Schwarzenegger/Wohlens* (Hrsg.), FS für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 299.

9 Sog. intensiver Notwehrexzess, vgl. hierzu *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 16 N 2; *Stratenwerth/Wohlens*, Handkommentar (Anm. 2), Art. 16 N 2 ff.; *Trechsel/Geth*, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 16 N 1. Es ist umstritten, ob das Gleiche auch für den sog. extensiven Notwehrexzess gilt, der dann vorliegt, wenn der Abwehrende die Grenzen des Notwehrrechts in zeitlicher Hinsicht überschreitet, d. h. wenn er zu früh mit der Abwehr beginnt oder sich noch immer zur Wehr setzt, obwohl der Angriff bereits vorüber ist, vgl. hierzu *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 16 N 4 m.w.N.; vgl. zudem *Seelmann/Geth* (Anm. 3), 100; *Wohlens/Pflaum* (Anm. 8), 299.

10 *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 16 N 3; vgl. zudem *Stratenwerth/Wohlens*, Handkommentar (Anm. 2), Art. 16 N 3; *Trechsel/Geth*, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 16 N 2; *Ege*, Der Affekt – aus der Sicht des Strafrechters, ZStrR 2018, 476 und 494 f.

11 *Mona/Leu*, Tücken der Notwehr – Abirrungen, Irrtümer und allerlei Gefahren für unbeteiligte Dritte bei Notwehrhandlungen, recht 2011, 175; vgl. zudem *Wohlens/Pflaum* (Anm. 8), 300; *Trechsel/Geth*, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 15 N 10; *Donatsch/Tag*, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 235.

teilung seines Verhaltens allenfalls möglich sei¹². Es dürften nachträglich nicht allzu subtile Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht auch mit anderen, weniger einschneidenden Maßnahmen hätte begnügen können und sollen. Die Angemessenheit der Abwehr sei vielmehr aufgrund jener Situation zu beurteilen, in der sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand¹³.

Dessen ungeachtet stellt das Schweizerische Bundesgericht schließlich doch sehr hohe Anforderungen an den Notwehrübenden – vor allem dann, wenn er gefährliche Werkzeuge wie Schusswaffen oder Messer einsetzt. Diesfalls gebietet die bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Notwehrübenden besondere Zurückhaltung¹⁴. Was auf den ersten Blick als durchaus legitim erscheinen mag, ist bei genauerer Betrachtung nicht unproblematisch, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, insbesondere unter Berücksichtigung des Schuldgrundsatzes und der in diesem Zusammenhang bemerkenswerten Tendenz des Bundesgerichts zur Objektivierung von Verantwortlichkeitsmaßstäben.

II. Notwehr als Rechtfertigungsgrund

Damit eine Abwehr als angemessen und damit als gerechtfertigt im Sinne von Art. 15 StGB qualifiziert werden kann, ist es zwingend erforderlich, dass der Abwehrende stets das mildeste Mittel zur Abwehr einsetzt (sog. Subsidiarität/Erforderlichkeit). Des Weiteren ist eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter vorzunehmen (sog. Proportionalität/Verhältnismäßigkeit i. e. S.). Darüber hinaus kann aufgrund einer dem Angriff vorausgehenden Provokation durch den Angegriffenen das Recht auf Notwehr eingeschränkt werden und unter Umständen sogar gänzlich entfallen.

¹² BGE 107 IV 12, 17; vgl. zudem *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 298.

¹³ BGE 136 IV 49, 51f.; BGE 107 IV 12, 15; BGer, Urteil v. 15.3.2018, 6B_908/2017, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 20.11.2017, 6B_135/2017, E. 2.3.1; BGer, Urteil v. 5.11.2017, 6B_57/2017; E. 1.2.1 und 2.2.2; BGer, Urteil v. 25.7.2013, 6B_463/2013, E. 4.1; BGer, Urteil v. 19.7.2013, 6B_148/2013, E. 2.3; BGer, Urteil v. 16.6.2011, 6B_66/2011, E. 5.3.2; vgl. zudem *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 298; *Donatsch/Tag* (Anm. 11), 235.

¹⁴ Vgl. BGE 136 IV 49, 52, vgl. hierzu *Donatsch/Käser*, *Entwicklungen im Strafrecht*, SJZ 2010, 541; vgl. auch BGer, Urteil v. 13.7.2009, 6B_239/2009, E. 4.3; BGer, Urteil v. 16.6.2011, 6B_66/2011, E. 5.3.3; BGE 107 IV 12, 15; vgl. zudem *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 298.

1. Subsidiarität/Erforderlichkeit

Wie bereits erwähnt, muss der Abwehrende stets das mildeste Mittel zur Abwehr einsetzen¹⁵. In aller Regel beurteilt das Schweizerische Bundesgericht die Abwehr eines Angriffs als solche nicht von vornherein als unzulässig, da bei der Abwehrhandlung ausschließlich alternative Abwehrmaßnahmen, die eine effektive Abwehr ermöglichen, von Relevanz sind, d. h. die ex ante betrachtet als voraussichtlich wirksam einzustufen sind¹⁶. Der Angegriffene ist also nicht verpflichtet, den Angreifer zu schonen, indem er z. B. a priori auf den Einsatz eines gefährlichen Werkzeuges verzichtet, sofern die Möglichkeit der Abwehr dadurch beeinträchtigt wird¹⁷.

Werden bei der Abwehr jedoch gefährliche Werkzeuge eingesetzt, muss der Angegriffene grundsätzlich vor dem Einsatz des Werkzeuges dessen Gebrauch gegenüber dem Angreifer verbal ankündigen¹⁸. Vor dem effektiven Einsatz einer Schusswaffe gegenüber dem Angreifer sind zudem ein bis zwei Warnschüsse abzugeben¹⁹. Auf die Abgabe von Warnschüssen darf nur dann verzichtet werden, wenn dies aufgrund der konkreten Umstände (z. B. aufgrund der räumlichen Verhältnisse und der Anzahl anwesender Personen) zu gefährlich²⁰ ist²¹. In einem solchen Fall kann das hörbare Durchladen einer Schusswaffe als Warnung dienen²².

Sofern der Einsatz eines gefährlichen Werkzeuges gegen den Angreifer trotz der oben beschriebenen Vorkehrungen unabdingbar ist, hat der effektive Ge-

15 Vgl. nur BGE 136 IV 49, 52; vgl. zudem *Trechsel/Geth*, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 15 N 10; *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 76; *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 15 N 12; *Seelmann/Geth* (Anm. 3), 80; *Donatsch/Tag* (Anm. 11), 234.

16 Vgl. BGE 107 IV 12, 15; vgl. zudem BGE 136 IV 49, 52 f.

17 Vgl. BGE 136 IV 49, 53; BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 3.4.1; BGE 79 IV 148, 154; BGE 102 IV 65, 68; BGE 102 IV 228, 229 f.; BGE 101 IV 119, 120 f.; vgl. zudem *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 76.

18 BGE 136 IV 49, 53; BGE 79 IV 148, 153 f.; BGer, Urteil v. 18.10.2017, 6B_853/2016, E. 3.2.2; BGer, Urteil v. 19.7.2013, 6B_148/2013, E. 2.4; BGer, Urteil v. 22.11.2000, 6P.66/2000, E. 2d; vgl. zudem *Wohlens/Pflaum* (Anm. 8), 302 f.

19 BGE 102 IV 65, 69; BGE 79 IV 148, 154; BGer, Urteil v. 10.4.2001, 6S.734/1999, E. 3b; BGer, Urteil v. 26.9.2003, 6S.138/2003, E. 3.2; BGer, Urteil v. 16.6.2011, 6B_66/2011, E. 5.4.

20 Die Gefahr, dass der Angreifer durch die Abgabe eines Warnschusses (seitens des Abwehrenden) angestachelt werden kann, in seinem bedrohlichen Verhalten fortzufahren oder dieses sogar zu intensivieren, erkennt das Bundesgericht zwar durchaus, dennoch erklärt es die Abgabe eines Warnschusses als grundsätzlich unverzichtbar, vgl. BGE 97 IV 148, 154 ff.; BGer, Urteil v. 15.11.2005, 6P.76/2005, 6S.215/2005; vgl. zudem *Wohlens/Pflaum* (Anm. 8), 305 f.

21 BGer, Urteil v. 17.3.2014, 6B_779/2013, E. 1.3; BGer, Urteil v. 22.11.2000, 6P.66/2000, E. 2d; vgl. zudem BGE 102 IV 1, 6 f.

22 BGer, Urteil v. 17.3.2014, 6B_779/2013, E. 1.3.

brauch eines gefährlichen Werkzeuges stufenweise zu erfolgen. Beispielsweise sind beim Einsatz eines Messers dem Angreifer in einem ersten Schritt zunächst weniger gefährliche Verletzungen zuzufügen, etwa an einem Arm oder einem Bein²³. Erst wenn durch dieses Vorgehen der Angriff noch immer nicht abgewehrt werden kann, darf ein Messer derart eingesetzt werden, dass für den Angreifer lebensgefährliche Verletzungen entstehen können²⁴. Gleiches gilt beim Einsatz von Schusswaffen²⁵.

2. Proportionalität/Verhältnismäßigkeit i. e. S.

Bei der Abwehr gegen einen Angriff muss nebst dem Erfordernis der Subsidiarität zudem das der Proportionalität (sog. Verhältnismäßigkeit i. e. S.) erfüllt sein²⁶. Zwischen der abgewehrten und der durch die Verteidigung herbeigeführten Rechtsgutsbeeinträchtigung muss eine gewisse Verhältnismäßigkeit gewahrt sein²⁷. Die betroffenen Rechtsgüter (das angegriffene und das durch die Abwehr beeinträchtigte) dürfen nicht in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen²⁸. Dies bedeutet nichts anderes, als dass unter Umständen auch das leichteste

23 BGE 136 IV 49, 52f.; BGE 109 IV 5, 9; BGer, Urteil v. 18.10.2017, 6B_853/2016, E. 3.2.2; BGer, Urteil v. 19.7.2013, 6B_148/2013, E. 2.4; BGer, Urteil v. 13.7.2009, 6B_239/2009, E. 4.4; BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 3.4.2; vgl. zudem *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 303.

24 Vgl. BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 3.4.1f.: In diesem Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass der Abwehrende eine übermäßige Schädigung des Angreifers nicht vermieden hat. Es hätte vom Abwehrenden erwartet werden dürfen, dass er das Messer zuerst gegen die Beine des Angreifers einsetzte, bevor er auf dessen Oberkörper einstach. Diese Ansicht vertritt das Bundesgericht wohlgermerkt, obwohl der Angegriffene nach einer tätlichen Auseinandersetzung mit dem Angreifer die Flucht ergriffen hatte, vom Angreifer jedoch verfolgt und erneut tätlich angegriffen wurde und angesichts der massiven Einwirkungen auf seinen Kopf mit schweren Verletzungen rechnen musste; vgl. zudem BGer, Urteil v. 16.5.2011, 6B_1039/2010, E. 2.1.4: In diesem Fall schlugen vier Angreifer mit Fäusten auf den Angegriffenen, versetzten ihm Fußtritte und einer der Angreifer schlug mehrmals mit einer Flasche auf den Kopf des Angegriffenen. Der Angegriffene setzte sich vorerst mit Faustschlägen zur Wehr, nahm dann aber ein Klappmesser hervor und stach damit auf zwei vor ihm stehende Angreifer ein und verletzte sie dadurch lebensgefährlich. Das Bundesgericht erachtet die Abwehr mit der Begründung als unverhältnismäßig, dass der Angegriffene zuerst einen einzigen Stich in den unteren, und damit weniger verletzlichen Körperbereich einer der Angreifer hätte vornehmen müssen, vgl. hierzu zudem *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 303f.

25 Vgl. nur BGE 107 IV 12, 15.

26 Vgl. nur *Trechsel/Geth*, in: *Praxiskommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 10; *Seelmann/Geth* (Anm. 3), 80.

27 *Mona/Leu* (Anm. 11), 176.

28 *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 77; *Seelmann*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 13.

zur Verfügung stehende Abwehrmittel nicht proportional²⁹ ist, und der Angegriffene den Eingriff in seine Rechtssphäre einfach hinnehmen muss, soweit er ihn nur mit unverhältnismässigen Mitteln abwehren könnte und er ihn auch nicht auf andere Weise, z. B. durch Ausweichen, vermeiden kann³⁰. Abwehrhandlungen gegen die Rechtsgüter Leib und Leben – insbesondere unter Einsatz gefährlicher Werkzeuge – sind in der Regel dann nicht proportional, wenn sie dem Schutz weniger gewichtiger Rechtsgüter dienen, wie z. B. dem Hausrecht oder dem Schutz von Eigentum und Vermögen³¹.

3. Vorgängige Provokation

Das Recht auf Notwehr kann eingeschränkt werden, wenn der Angegriffene durch sein Verhalten vor dem Angriff den Angreifer, ohne es zu wollen, provoziert hat³². Als Provokationen kommen sowohl verbale Äußerungen wie auch nonverbale Verhaltensweisen (z. B. das Wetzten eines Messers) in Betracht³³. Es hängt diesfalls von der Bewertung der Provokation ab, welche Folgen sich daraus für das Notwehrrecht ergeben. Je nach den Umständen kann das Notwehrrecht des Angegriffenen uneingeschränkt bestehen bleiben oder aber eingeschränkt sein. Wenn das Notwehrrecht eingeschränkt ist, so ist die noch zulässige Abwehr im Vergleich zu den normalerweise bestehenden Möglichkeiten der Abwehr begrenzt³⁴ und der Angegriffene ist zudem – entgegen dem Grundsatz, dass bei einem drohenden Angriff keine Pflicht zur Flucht besteht³⁵ – auch dazu verpflichtet, dem rechtswidrigen Angriff auszuweichen³⁶.

²⁹ Vgl. nur *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 77.

³⁰ *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 77; *Stratenwerth/Wohlers*, Handkommentar (Anm. 2), Art. 15 N 8.

³¹ *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 304; *Seelmann*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 13; vgl. zudem BGE 102 IV 1, 6 f.; BGE 107 IV 12, 15 f.

³² Vgl. BGer, Urteil v. 9.8.2005, 6S.268/2005, E. 3.1; BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 5.3.3.

³³ Vgl. BGer, Urteil v. 26.11.2016, 6B_454/2015, E. 3.3; BGer, Urteil v. 25.7.2013, 6B_463/2013, E. 4.2; vgl. hierzu zudem *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 304 f.; *Seelmann*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 14.

³⁴ Vgl. BGer, Urteil v. 9.8.2005, 6S.268/2005, E. 3.1; vgl. zudem BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 5.3.3; BGE 142 IV 14, 17.

³⁵ Vgl. *Seelmann*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 12; *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 76; *Donatsch/Tag* (Anm. 11), 234.

³⁶ Vgl. *Seelmann*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 15 N 12; *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 305; vgl. zudem BGer, Urteil v. 9.8.2005, 6S.268/2005, E. 3.2; BGE 136 IV 49, 52; BGer, Urteil v. 7.11.2002, 6S.702/2001, E. 5.2.

Hat der Angegriffene den Angriff hingegen nur deshalb provoziert, damit er sich anschließend scheinbar gerechtfertigt gegen den Angreifer zur Wehr setzen kann (sog. Absichtsprovokation), so verliert der Angegriffene sein Notwehrrecht vollumfänglich³⁷. Der Angegriffene begeht diesfalls ein als eine Abwehrhandlung getarntes Delikt, zu dem er den Vorsatz bereits zum Zeitpunkt seiner Provokationshandlung gefasst hatte³⁸.

III. Notwehr als Schuldausschlussgrund

Kann eine Notwehrhandlung nicht als gerechtfertigt im Sinne von Art. 15 StGB qualifiziert werden, so ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Notwehrhandlung nach Art. 16 Abs. 2 StGB entschuldbar ist. Dieser Prüfung kommt in der Praxis eine beachtliche Bedeutung zu, da das Schweizerische Bundesgericht die Messlatte für die Annahme einer gerechtfertigten Notwehr, wie erwähnt, sehr hoch ansetzt, vor allem dann, wenn bei der Notwehrhandlung gefährliche Werkzeuge eingesetzt worden sind³⁹.

Nach Art. 16 Abs. 2 StGB handelt der Abwehrende nicht schuldhaft, wenn er die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff überschreitet. Zu beachten ist in diesem Kontext, dass lediglich die emotionale Reaktion des Abwehrenden entschuldbar sein muss, jedoch nicht die Abwehrhandlung als solche⁴⁰. Entschuldbar sind zudem ausschließlich die Aufregung oder Bestürzung über den Angriff – andere emotionale Reaktionen, wie beispielsweise Zorn oder Rachegefühle, sind von Art. 16 Abs. 2 StGB nicht erfasst und können demzufolge den Abwehrenden nicht entlasten⁴¹.

Gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei einer Notwehrüberschreitung an die Emotionen des Abwehrenden besondere Anforderungen zu stellen, damit dessen Handlung als straflos qualifiziert werden kann⁴². Es müsse jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob Art und Umstände des Angriffs den entsprechenden Grad der Erregung des Abwehrenden entschuldbar erscheinen

³⁷ Vgl. BGer, Urteil v. 3.4.2012, 6B_706/2011, E. 3.1.2; BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 5.3.3; BGer, Urteil v. 9.8.2005, 6S.268/2005, E. 3.1.

³⁸ Vgl. *Seelmann*, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 15 N 14; *Seelmann/Geth* (Anm. 3), 81.

³⁹ Vgl. *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 306.

⁴⁰ BGE 102 IV 1, 7; BGer, Urteil v. 10.4.2001, 6S.734/1999, E. 4; vgl. zudem *Stratenwerth/Wohlers*, Handkommentar (Anm. 2), Art. 16 N 3; *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 307f.; *Pflaum*, Anmerkung zu Bundesgericht, Urteil v. 10. November 2016, 6B_1211/2015, forumpoenale 2018, 6.

⁴¹ *Stratenwerth/Wohlers*, Handkommentar (Anm. 2), Art. 16 N 3; vgl. zudem *Seelmann/Geth* (Anm. 3), 99.

⁴² Vgl. nur BGer, Urteil v. 13.7.2009, 6B_239/2009, E. 4.4.

lassen. Das Ausmaß der Aufregung oder Bestürzung müsse umso höher sein, je stärker die Abwehr des Angegriffenen den Angreifer verletzt oder gefährdet⁴³. Wenn der Angegriffene durch seine Abwehrreaktion den Tod des Angreifers in Kauf nimmt, so müsse sich der Angegriffene in Todesangst befinden oder zumindest schwere Verletzungen befürchten⁴⁴. Eine Entschuldbarkeit komme nur dann in Betracht, wenn es dem Abwehrenden unmöglich war, besonnen und verantwortlich zu reagieren⁴⁵. Das der Abwehr vorausgehende Geschehen müsse demnach geeignet sein, bei einer besonnenen Person einen ähnlichen Effekt hervorzurufen⁴⁶.

Eine entschuldbare Aufregung oder Bestürzung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 StGB liegt gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn der Angriff für den Angegriffenen aus heiterem Himmel heraus erfolgte⁴⁷. Wenn der Angegriffene den Angriff jedoch schuldhaft (mit-)verursacht hat, soll eine erfolgreiche Berufung auf Art. 16 Abs. 2 StGB außer Betracht fallen⁴⁸. Darüber hinaus kommt die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 StGB auch dann nicht in Frage, wenn sich der Angegriffene im Voraus auf die Notwehrsituation eingestellt hat, was beispielsweise dann der Fall sein soll, wenn der Angegriffene eine Waffe mit sich führt, weil er sich bedroht fühlt⁴⁹.

43 BGE 102 IV 1, 7; BGE 109 IV 5, 7; BGer, Urteil v. 13.7.2009, 6B_239/2009, E. 4.4; BGer, Urteil v. 20.1.2012, 6B_383/2011, E. 5.3; BGer, Urteil v. 26.1.2012, 6B_643/2011, E. 2.4.3; BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 5.3.2; BGer, Urteil v. 19.7.2013, 6B_148/2013, E. 3.2; vgl. zudem *Donatsch/Tag* (Anm. 11), 237.

44 BGer, Urteil v. 26.1.2011, 6B_643/2012, E. 2.4.3.

45 BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 5.3.2; BGer, Urteil v. 19.7.2013, 6B_148/2013, E. 3.2; BGer, Urteil v. 10.4.2001, 6S.734/1999, E. 4.

46 Vgl. BGer, Urteil v. 17.8.2011, 6B_480/2011, E. 2.2; gl. Ansicht *Trechsel/Geth*, die festhalten, dass in Bezug auf Art. 16 Abs. 2 StGB zu prüfen sei, ob auch ein rechtlich gesinnter Mensch durch den Angriff in Aufregung oder Bestürzung geraten wäre, *Trechsel/Geth*, in: *Praxiskommentar* (Anm. 1), Art. 16 N 2.

47 Vgl. BGE 101 IV 119, 121.

48 BGE 109 IV 5, 7; BGer, Urteil v. 30.8.2012, 6B_810/2011, 6B_811/2011, E. 5.3.3; BGer, Urteil v. 26.11.2015, 6B_454/2015, E. 3.4.2; BGer, Urteil v. 25.7.2013, 6B_463/2013, E. 4.2.

49 Vgl. hierzu BGer, Urteil v. 10.11.2016, 6B_1211/2015, E. 1.4.2: Das Bundesgericht führt aus, dass es gemäß den Feststellungen der Vorinstanz bereits im Vorfeld der Tat bei der örtlichen Asylunterkunft zu Vorfällen mit Messerattacken gekommen sei und der Angegriffene sich seinen Angaben zufolge just zum Abschrecken möglicher Angreifer bewaffnet habe. Er könne sich demnach nicht auf eine entschuldbare Aufregung für den Fall berufen, auf den er sich vorbereitet habe und zwar selbst dann nicht, wenn ihn der Angriff überrascht und erschreckt habe; vgl. zudem BGer, Urteil v. 10.4.2001, 6S.734/1999, E. 4b; BGer, Urteil v. 26.9.2003, 6S.138/2003, E. 4.2.

IV. Sachverhaltsirrtum und Rechtsirrtum

In Anbetracht des bereits erwähnten Charakteristikums einer Notwehrsituation, dass sich der Notwehrübende in einer bedrängten Lage befindet und ihm in aller Regel nur wenig Zeit zum Nachdenken verbleibt⁵⁰, sind im Zusammenhang mit der Anrufung der Notwehr als Rechtfertigungsgrund (Art. 15 StGB) und der Notwehr als Schuldausschlussgrund (Art. 16 Abs. 2 StGB) auch die Regelungen des Sachverhaltsirrtums (Art. 13 StGB) und des Rechtsirrtums (Art. 21 StGB) von elementarer Relevanz⁵¹.

Ein Sachverhaltsirrtum liegt dann vor, wenn der Notwehrübende in einer irrigen Vorstellung davon ausgeht, dass er bereits oder immer noch angegriffen wird (sog. Putativnotwehr)⁵² oder aber, wenn sich der Notwehrübende tatsächlich in einer Notwehrlage befindet und den Angriff irrigerweise als so gefährlich einschätzt, dass die geübte Abwehr unter den vorgestellten Umständen zulässig gewesen wäre⁵³. In diesen Fällen ist gemäß Art. 13 Abs. 1 StGB vom Sachverhalt auszugehen, den der Notwehrübende sich vorgestellt hat. Eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Deliktsbegehung ist diesfalls ausgeschlossen⁵⁴. Grundsätzlich ist der Notwehrübende nach Art. 15 StGB zu rechtfertigen. Möglicherweise macht sich der Abwehrende jedoch wegen fahrlässiger Herbeiführung des Tat Erfolgs strafbar (Art. 13 Abs. 2 StGB) – sofern die fahrlässige Tatbegehung überhaupt strafbar gestellt ist und der Irrtum des Abwehrenden auf Fahrlässigkeit beruhte, d. h. wenn er hätte erkennen können, dass ihm gar kein Angriff drohte⁵⁵ oder nicht mehr drohte oder, dass der Angriff nicht so gefährlich war, wie er ihn eingeschätzt hatte⁵⁶. Erscheint die Abwehr des Angegriffenen hingegen selbst unter der Annahme des von ihm vorgestellten Sachverhalts als unverhältnismäßig, so kommt Art. 16 StGB (Notwehrexzess) zum Tragen und es ist zu prüfen, ob der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Auf-

⁵⁰ Vgl. hierzu vorne S. 525.

⁵¹ Vgl. *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 300.

⁵² *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 112; *Niggli/Maeder*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 13 N 12f.; *Trechsel/Noll/Pieth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 7. Aufl., Zürich 2017, 130; vgl. zudem *Mona/Leu* (Anm. 11), 182; *Seelmann/Geth* (Anm. 3), 79.

⁵³ *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 114; vgl. zudem *Pflaum* (Anm. 40), 6.

⁵⁴ *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 113; *Niggli/Maeder*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 13 N 13.

⁵⁵ *Stratenwerth* (Anm. 1), § 10 N 113; *Trechsel/Jean-Richard*, in: *Praxiskommentar* (Anm. 1), Art. 13 N 10 i. V. m. N 6; vgl. zudem *Niggli/Maeder*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 1), Art. 13 N 13; *Seelmann/Geth* (Anm. 3), 79.

⁵⁶ Vgl. *Pflaum* (Anm. 40), 6.

regung oder Bestürzung über den Angriff überschritten hat oder nicht (Art. 16 Abs. 2 StGB)⁵⁷.

Anders verhält es sich, wenn der Notwehrübende zwar erkannt hat, dass er noch nicht oder nicht mehr angegriffen wird, er aber irrigerweise davon ausgeht, dass er zu einem Präventivschlag berechtigt sei oder meint, dass er sich auch noch dann wehren dürfe, wenn der Angriff bereits vorüber ist (sog. Putativnotwehrexzess)⁵⁸ oder aber, wenn der Abwehrende sich tatsächlich in einer Notwehrlage befindet, er die Abwehr aber in stärkerem Masse für zulässig erachtet, als dies rechtlich effektiv erlaubt ist⁵⁹. In diesen Konstellationen liegt kein Irrtum über den Sachverhalt vor, denn den der Gefahrensituation zugrunde liegenden Sachverhalt erkennt der Abwehrende jeweils richtig. Vielmehr handelt es sich hier um einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit, da der Abwehrende sich über die rechtlichen Grenzen des Notwehrrechts irrt⁶⁰. Gemäß Art. 21 StGB handelt er diesfalls nicht schuldhaft. Wäre der Irrtum für ihn jedoch bei pflichtgemäßer Vorsicht vermeidbar gewesen, so liegt kein Schuldausschlussgrund vor, sondern lediglich ein Strafmilderungsgrund.

Zudem ist auch eine Kombination von Sachverhaltsirrtum und Irrtum über die Rechtswidrigkeit denkbar, was z. B. dann der Fall ist, wenn der Angegriffene irrigerweise davon ausgeht, er werde angegriffen (Sachverhaltsirrtum) und gleichzeitig das zulässige Maß an erlaubter Abwehr überschätzt (Irrtum über die Rechtswidrigkeit)⁶¹. Obwohl hier in einem ersten Schritt vom Sachverhalt auszugehen ist, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 13 StGB), erfolgt die Beurteilung schlussendlich über Art. 21 StGB, weil der Täter auch unter Annahme seiner Sachverhaltsvorstellung die Grenzen des Notwehrrechts aufgrund eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit überschritten hat⁶².

⁵⁷ Pflaum (Anm. 40), 6.

⁵⁸ Niggli/Maeder, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Art. 13 N 14 und Art. 21 N 10; Wohlers/Pflaum (Anm. 8), 300; Trechsel/Noll/Pieth (Anm. 52), 155.

⁵⁹ Stratenwerth (Anm. 1), § 10 N 114.

⁶⁰ Trechsel/Geth, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 15 N 15; Pflaum (Anm. 40), 6; Donatsch/Tag (Anm. 11), 236.

⁶¹ Stratenwerth (Anm. 1), § 10 N 114.

⁶² Wohlers/Pflaum (Anm. 8), 300; vgl. zudem Stratenwerth (Anm. 1), § 10 N 114.

V. Objektivierung von Verantwortlichkeitsmaßstäben

Das Schweizerische Bundesgericht bejaht ganz offensichtlich nur sehr zurückhaltend das Vorliegen einer rechtfertigenden Notwehrsituation nach Art. 15 StGB, insbesondere dann, wenn der Angegriffene gefährliche Werkzeuge einsetzt⁶³. Diesbezüglich lässt sich eine deutliche Tendenz des Bundesgerichts zur Objektivierung von Verantwortlichkeitsmaßstäben feststellen, anders lassen sich die teilweise stark überhöhten Anforderungen an den Abwehrenden nicht plausibel erklären. Daneben stehen in diesem Zusammenhang an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Notwehr und zum Notwehrexzess zwei weitere Aspekte besonders hervor: Die Nichtbeachtung der Bestimmungen zum Sachverhaltsirrtum (Art. 13 Abs. 1 und 2 StGB) in Notwehrsituationen sowie die Zuweisung von Schuld unter Berufung auf eine Maßfigur im Kontext des Notwehrexzesses (Art. 16 Abs. 1 und 2 StGB).

1. Nichtbeachtung eines bestehenden Sachverhaltsirrtums

Obwohl das Schweizerische Bundesgericht ausdrücklich anerkennt, dass der (mutmaßlich) Angegriffene innert Sekundenbruchteilen entscheiden muss, auf welche Weise und in welchem Ausmaß er sich gegen einen Angriff zur Wehr zu setzen hat, lässt es die Bestimmung zum Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB) bei seinen Erwägungen regelmäßig außer Acht⁶⁴.

Die Qualifizierung der Abwehr unter Berücksichtigung eines bestehenden Sachverhaltsirrtums ist für den Beschuldigten jedoch von erheblicher Relevanz. So kann beispielsweise, aus rein objektiver Warte betrachtet, eine erfolgte Abwehrhandlung als klar unverhältnismäßig eingestuft werden, die dann aber unter Berücksichtigung eines bestehenden Sachverhaltsirrtums als durchaus verhältnismäßig und damit als nach Art. 15 StGB gerechtfertigt zu qualifizieren ist. Sofern der Abwehrende bei pflichtgemäßer Sorgfalt seinen Irrtum hätte vermeiden

⁶³ Der Angegriffene ist unter Wahrung des Grundsatzes der Proportionalität dazu verpflichtet, in einem ersten Schritt den Einsatz eines gefährlichen Werkzeuges anzudrohen. Nach erfolgloser Warnung darf er das gefährliche Werkzeug vorerst ausschließlich zur Zufügung von weniger gefährlichen Verletzungen einsetzen. Erst nach Erfüllung dieses Pflichtprogrammes darf er zur Zufügung lebensgefährlicher Verletzungen überschreiten, vgl. hierzu vorne S. 525 ff.

⁶⁴ Vgl. nur BGer, Urteil v. 10.11.2016, 6B_1211/2015; vgl. zudem BGer, Urteil v. 5.10.2017, 6B_57/2017, E. 2.1.

können, ist er gemäß Art. 13 Abs. 2 StGB lediglich wegen fahrlässiger anstatt vorsätzlicher Begehung des vorgeworfenen Deliktes strafbar, was bezüglich der drohenden Sanktion von elementarer Tragweite ist. Beispielsweise sieht der Tatbestand der fahrlässigen Tötung (Art. 117 StGB) eine Maximalstrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe vor, wohingegen der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB) bereits eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe und eine Maximalstrafe von gar 20 Jahren Freiheitsstrafe vorsieht.

Das Schweizerische Bundesgericht geht in der Regel jedoch folgendermaßen vor⁶⁵: Bei Vorliegen einer unverhältnismäßigen Abwehr versagt es die Anwendung von Art. 15 StGB, lässt die Anwendung der Bestimmung zum Sachverhaltsirrtum (Art. 13 Abs. 1 und 2 StGB) außer Acht und geht direkt zur Prüfung nach Art. 16 Abs. 2 StGB über, d.h. es prüft, ob die Überschreitung der Grenzen der Notwehr aufgrund einer entschuldbaren Aufregung oder Bestürzung seitens des Abwehrenden erfolgte. Sofern es das Vorhandensein einer entschuldbaren Aufregung oder Bestürzung verneint, sieht Art. 16 Abs. 1 StGB lediglich eine Strafmilderung bezüglich des zur Last gelegten Vorsatzdeliktes vor.

So stellt das Bundesgericht in einem Entscheid fest, dass davon auszugehen sei, dass der Angegriffene meinte, dass die ihm drohenden Verletzungen von viel schwerer wiegender Natur seien, als von der Vorinstanz und vom Bundesgericht angenommen⁶⁶. Demzufolge befand sich der Angegriffene also in einem Sachverhaltsirrtum gemäß Art. 13 StGB, was das Bundesgericht jedoch nicht explizit erwähnt. Zudem ist es im vorliegenden Entscheid der Ansicht, dass der Angegriffene hätte erkennen müssen, dass er den bevorstehenden Angriff mit bloßer Körperkraft hätte abwehren können⁶⁷ und ein Schusswaffeneinsatz demnach nicht nötig gewesen wäre. Das Bundesgericht geht also implizit davon aus, dass der Angegriffene bei pflichtgemäßer Sorgfalt seinen Irrtum hätte vermeiden können. Das bundesgerichtliche Urteil enthält jedoch keine expliziten Ausführungen zum be-

65 Vgl. nur BGer, Urteil v. 5.10.2017, 6B_57/2017: In diesem Fall machte der Angegriffene geltend, dass für ihn nicht absehbar gewesen sei, ob der Angreifer, der ihn in den Schwitzkasten genommen habe, ihm einen bleibenden körperlichen Schaden zufügen, ihm die Luft ausgehen, er ohnmächtig werden oder sich weitere Verletzungen zuziehen könnte (E. 2.1). Das Bundesgericht folgte jedoch den Ausführungen der Vorinstanz und stellte fest, dass der Angreifer dem Angegriffenen zwar weit überlegen und sehr aggressiv gewesen sei, der Angegriffene aber nicht ernsthaft habe damit rechnen müssen, vom Angreifer erheblich verletzt zu werden (E. 2.1.1 i. V. m. E. 2.1.2f.). Ohne die Bestimmungen zum Sachverhaltsirrtum (Art. 13 Abs. 1 und 2 StGB) in seine Erwägungen miteinzubeziehen, kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass weder Art. 15 StGB (rechtfertigende Notwehr) noch Art. 16 Abs. 2 StGB (entschuldbarer Notwehrexzess) vorliegen würden; vgl. zudem BGer, Urteil v. 10.11.2016, 6B_1211/2015.

66 BGer, Urteil 10.11.2016, 6B_1211/2015, E. 1.4.1.

67 BGer, Urteil 10.11.2016, 6B_1211/2015, E. 1.4.1.

stehenden Sachverhaltsirrtum und den daraus resultierenden Konsequenzen. Es geht vielmehr nach Verneinung einer rechtfertigenden Notwehrsituation (Art. 15 StGB) von einem nicht entschuldabaren Notwehrexzess aus, ohne Art. 13 Abs. 1 und 2 StGB in seine Erwägungen miteinzubeziehen⁶⁸.

Indem das Schweizerische Bundesgericht die Bestimmungen zum Sachverhaltsirrtum (Art. 13 Abs. 1 und 2 StGB) ohne jegliche Begründung übergeht, legt es der Beurteilung der Strafbarkeit des Abwehrenden einen Sachverhalt zugrunde, der sich – zumindest nach der Vorstellung des Abwehrenden – so nicht zutragen hat. Diese Vorgehensweise hat zur Folge, dass der Angegriffene schlussendlich für ein Vorsatzdelikt strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird, das ihm aufgrund seines Irrtums persönlich gar nicht zugeschrieben werden kann.

Zusätzlich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern überhaupt beurteilt werden kann, ob sich der Angegriffene bezüglich der Beurteilung der Gefährlichkeit des Angriffs in einem Sachverhaltsirrtum befand oder ob die vorgenommene Einschätzung des Angegriffenen nicht der Realität entsprach. Die Beurteilung der Richter im Nachgang eines Tatgeschehens beruht ebenfalls auf einer reinen Hypothese, mit dem zentralen Unterschied, dass die Richter für das Aufstellen ihrer Hypothese so viel Zeit in Anspruch nehmen können, wie sie brauchen und sie aufgrund der Kenntnis der gesamten Verfahrensakten über zusätzliches Wissen verfügen⁶⁹. Im Prinzip wird aber einfach eine zum Tatzeitpunkt aufgestellte Hypothese (die des Angegriffenen) durch eine zweite Hypothese (die der Richter) im Nachhinein entkräftet.

2. Zuweisung von Schuld unter Berufung auf eine Maßfigur

Der zweite erwähnenswerte Aspekt betrifft die Thematik des entschuldabaren Notwehrexzesses (Art. 16 Abs. 2 StGB), der immer dann gegeben ist, wenn der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff überschreitet. Das Schweizerische Bundesgericht vertritt die An-

⁶⁸ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass die gesamte Auseinandersetzung bis zur Schussabgabe des Abwehrenden weniger als eine Minute gedauert hat, d. h. der Abwehrende hat den Angriff innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden Zeit von nicht einmal 60 Sekunden irrigerweise als gefährlicher eingestuft, als dieser gemäß Bundesgericht in Tat und Wahrheit gewesen sein soll und hat sich dann – entsprechend dieser irrigen Vorstellung – zu heftig zur Wehr gesetzt, vgl. hierzu ausführlich *Pflaum* (Anm. 40), 5 f.

⁶⁹ Vgl. zur Problematik, dass das Verhalten des Angegriffenen entgegen dem Ausgangspunkt des Bundesgerichts schlussendlich doch nicht aus der Perspektive ex ante sondern aus der Perspektive ex post beurteilt wird: *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 309 f.

sicht, dass Art. 16 Abs. 2 StGB nur dann zur Anwendung gelangen könne, wenn das der Abwehr vorausgehende Geschehen geeignet sei, bei einer besonnenen Person einen ähnlichen Effekt hervorzurufen⁷⁰. Die Umstände des Angriffs müssten derart sein, dass sie die Aufregung oder Bestürzung des Angegriffenen bei objektiver Betrachtung als entschuldbar erscheinen lassen⁷¹. Zudem sei eine übertriebene, allenfalls auf abnorme Elemente in der Persönlichkeit des Angegriffenen zurückzuführende Angst nicht schuldausschließend, sondern lediglich bei der Bemessung der konkreten Tatschuld zu berücksichtigen⁷².

Da es bei Art. 16 Abs. 2 StGB aber darum geht, ob ein Schuldvorwurf gegen den Beschuldigten erhoben werden kann oder nicht, muss es einzig und allein auf die Person des Beschuldigten ankommen, d. h. darauf, ob man ihm persönlich seine Aufregung oder Bestürzung als selbstverschuldet vorwerfen kann oder nicht⁷³. Es geht also gerade nicht darum, wie sich eine besonnene Drittperson in der gleichen Situation verhalten hätte respektive ob bei objektiver Betrachtung die emotionale Reaktion als entschuldbar gelten kann oder nicht⁷⁴.

Das Schweizerische Bundesgericht prüft jedoch lediglich, ob eine besonnene Drittperson, im Sinne einer Maßfigur, im Zeitpunkt der Tat fähig gewesen wäre, verantwortlich zu handeln oder nicht und lässt damit die individuelle, persönliche Vorwerfbarkeit des konkreten Beschuldigten völlig außer Acht. Diese Vorgehensweise des Bundesgerichts gerät unweigerlich in Konflikt mit dem im Straf-

⁷⁰ Vgl. BGer, Urteil v. 17.8.2011, 6B_480/2011, E. 2.2.

⁷¹ Vgl. BGer, Urteil v. 5.11.2017, 6B_57/2017, E. 2.2.2; BGer, Urteil v. 10.11.2016, 6B_1211/2015, E. 1.4.2; es ist aufgrund der durch das Schweizerische Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen nicht wirklich überraschend, dass die Entschuldbarkeit der Überschreitung des Notwehrrechts aufgrund entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff soweit ersichtlich kaum jemals angenommen wurde, vgl. hierzu bereits *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 309.

⁷² Vgl. BGer, Urteil v. 10.11.2016, 6B_1211/2015, E. 1.4.2; hierzu ist anzumerken, dass das Bundesgericht in diesem Zusammenhang verkennt, dass es bei Art. 16 Abs. 2 StGB nicht um die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Straftatbestände der vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB) und des Totschlags (Art. 113 StGB) und der damit einhergehenden Prüfung des Vorliegens einer entschuldlichen heftigen Gemütsbewegung geht, sondern um das (Nicht-)Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes. Nicht überraschend ist deshalb, dass das Bundesgericht in der vorliegenden Entscheidung auf die Rechtsprechung zu Art. 113 StGB (d. h. auf BGE 108 IV 99, 102 und BGer, Urteil v. 24.9.2004, 6S.180/2014, E. 1.1) verweist. Des Weiteren ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es erstaunlich ist, dass das Bundesgericht in einer derartigen Konstellation nicht zudem die Bestimmungen zum Sachverhaltsirrtum (Art. 13 Abs. 1 und 2 StGB) in seine Erwägungen miteinbezieht, hat der Angegriffene (allenfalls aufgrund von abnormen Elementen in seiner Persönlichkeit) den Angriff doch als gefährlicher eingestuft (vgl. E. 1.4.1), als er in Tat und Wahrheit gewesen sein soll.

⁷³ Vgl. *Donatsch/Tag* (Anm. 11), 237.

⁷⁴ *Pflaum* (Anm. 40), 6; vgl. zudem *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 306 m. w. N.

recht geltenden Schuldgrundsatz. Nach dem Schuldgrundsatz kann das vom Täter verwirklichte Unrecht einzig dann mit einer Strafe belegt werden, wenn ihm das Unrecht vorwerfbar ist, d. h. wenn er es als solches hätte erkennen und anders hätte handeln können⁷⁵. Es besteht also eine zwingende Bindung der Strafe an eine persönlich vorwerfbare Schuld⁷⁶. Dementsprechend verbietet der Schuldgrundsatz die Verhängung von Strafe ohne Schuld und die Verhängung von Strafe über das Maß der Schuld hinaus⁷⁷.

Die Feststellung des Vorliegens von Schuld basiert – wie auch die bereits erwähnte Feststellung des Vorliegens eines Sachverhaltsirrtums⁷⁸ – auf einer bloßen Annahme. Schuld ist nicht etwas, das wir beweisen, sondern etwas, das wir lediglich zuweisen können⁷⁹. Eine solche Zuweisung darf aber nur dann erfolgen, wenn der Täter die Fähigkeit hatte, das Unrecht seiner Tat einzusehen (sog. intellektuelles Element) und die Fähigkeit, sein Verhalten nach dieser Einsicht zu richten (sog. voluntatives, affektives Element)⁸⁰. Genau diese individuelle Zuweisung, als zwingend notwendigen Schritt für die Feststellung von Schuld im Einzelfall, lässt die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu Art. 16 Abs. 2 StGB vermissen, wenn es eine Zuweisung von Schuld unter Berufung auf eine besonnene Drittperson vornimmt. Letztendlich hängt die Bestrafung des Abwehrenden davon ab, ob eine fiktive Drittperson hypothetisch schuldhaft gehandelt hätte. Eine derartige Tendenz zur Objektivierung von Verantwortlichkeitsmaßstäben hat sehr weitreichende Konsequenzen, weil dadurch ein fundamentaler Grundsatz der geltenden Strafrechtswissenschaft de facto einfach außer Kraft gesetzt wird.

⁷⁵ Bommer, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Vor Art. 19 N 26; vgl. zudem BGE 88 IV 72, 75.

⁷⁶ Stratenwerth (Anm. 1), § 2 N 3 ff., § 11 N 1 ff.; vgl. zudem Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Karlsruhe 1977, 30 ff.; BGE 88 IV 72, 75.

⁷⁷ Bommer, in: Basler Kommentar (Anm. 1), Vor Art. 19 N 26; vgl. zudem Stratenwerth (Anm. 1), § 2 N 22; Trechsel/Noll/Pieth (Anm. 52), 143 f.; BGE 118 IV 342, 350.

⁷⁸ Vgl. hierzu vorne S. 532f.

⁷⁹ Trechsel/Noll/Pieth (Anm. 52), 143.

⁸⁰ Trechsel/Noll/Pieth (Anm. 52), 143; vgl. zudem Trechsel/Jean-Richard, in: Praxiskommentar (Anm. 1), Art. 19 N 1; Stratenwerth/Wohlens, Handkommentar (Anm. 2), Art. 19 N 1; Stratenwerth (Anm. 1), § 11 N 1 und N 8.

VI. Fazit

Insgesamt ist festzuhalten, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Notwehr und zum Notwehrexzess eine realitätsfremde Färbung hat. Nicht nur nimmt das Schweizerische Bundesgericht – wohl primär aufgrund deutlich überhöhter Anforderungen an den Abwehrenden – sehr zurückhaltend eine rechtfertigende Notwehr nach Art. 15 StGB an, sondern es vergisst oder verdrängt zudem in bestürzender Weise, dass der Abwehrende innert Sekunden auf einen (mutmaßlichen) Angriff reagieren muss und dass unter diesen Umständen für den Abwehrenden die Gefahr immanant ist, einem Sachverhaltsirrtum gemäß Art. 13 StGB zu unterliegen. Des Weiteren lässt das Schweizerische Bundesgericht außer Acht, dass es sich beim Abwehrenden nicht um einen emotionslosen Roboter handelt, der – wie widrig die Umstände auch immer sein mögen – besonnen und überlegt auf jede Ausnahmesituation zu reagieren vermag, sondern um einen echten Menschen aus Fleisch und Blut.

Erklären lassen sich diese überhöhten Anforderungen an den Abwehrenden hinsichtlich Abgeklärtheit und Selbstkontrolle wohl lediglich mit einem typischen Rückschaufehler (Hindsight Bias)⁸¹ der Richter⁸². Die folgenschwere Konsequenz dieser Tendenz zur Objektivierung von Verantwortlichkeitsmaßstäben liegt dann darin, dass Beschuldigte für Verhaltensweisen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, die ihnen persönlich gerade nicht zum Vorwurf gemacht werden können. Damit einhergehend wird der im Strafrecht geltende Schuldgrundsatz regelrecht aus seinen Angeln gehoben, was im Prinzip die gesamte Strafrechtsdogmatik auf den Kopf stellt.

Danksagung: Ich bedanke mich bei Prof. Dr. Ulrich Sieber dafür, dass ich am 12. Juli 2017 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau über das Thema dieser Publikation einen Vortrag halten durfte.

⁸¹ Vgl. hierzu nur *Roberto/Grechenig*, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 2011, 5 ff. und 11 ff. m. w. N. und dem Hinweis, dass nicht nur Laien, sondern auch Experten, unter anderem auch Richter, systematisch Rückschaufehler begehen, da ein ex-post-Wissen nicht oder nur sehr schwer ausgeblendet werden kann.

⁸² Vgl. hierzu *Wohlers/Pflaum* (Anm. 8), 310.