

Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht

Die Rechtslage unter dem Rom-Statut

Von Wiss. Mitarbeiter **Oliver Gerson**, Passau

I. Problemaufriss

Der Beitrag untersucht, ob der im deutschen Strafrecht als Entschuldigungsgrund gesetzlich anerkannte Notwehrexzess auch im Anwendungsbereich des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (im folgenden Rom-Statut) einen Straffreistellungsgrund bildet. Diese Frage ist derzeit völlig offen. Zwar existiert auch im Rom-Statut ein Allgemeiner Teil (Art. 23-33), in dem (insoweit vergleichbar dem deutschen StGB) Regeln über das Bestimmtheitsgebot (Art. 23), das Rückwirkungsverbot (Art. 24), Irrtümer (Art. 32) und die Straffreistellungsgründe¹ normiert worden sind. Hinsichtlich der Straffreistellungsgründe, die im deutschen Recht zahlreiche Regelungen umfassen (vgl. nur §§ 20, 32-35, StGB; §§ 227, 904 BGB), beschränkt sich das Statut jedoch auf eine einzige Norm: den Art. 31.

In dieser Norm fehlt es an der ausdrücklichen Festschreibung des Notwehrexzesses.² Im Anschluss an die Ausführungen von *T. Zimmermann* zum VStGB³, der das Problemfeld zudem mit anschaulichen Fällen illustriert, soll dieser Beitrag zunächst darlegen, weshalb es überhaupt notwendig ist, die Frage nach der Beachtlichkeit eines Notwehrexzesses im Geltungsbereich des Rom-Statuts zu klären (II.). Sodann ist Art. 31 Rom-Statut in seiner Ausgestaltung und Wirkung zu erläutern (III.) und der Notwehrexzess in das Gefüge des Statuts einzuordnen (IV. und V.).

II. Notwendigkeit der Frage nach dem Notwehrexzess im Rom-Statut

1. Unterschreiten der Mindestanforderungen für Verbrechen nach dem Rom-Statut

Weshalb ist die Klärung der Existenz des Notwehrexzesses im Völkerstrafrecht nach dem Rom-Statut notwendig? Diese Frage beantwortet sich aus der Arbeitsweise des Internationalen Strafgerichtshofs (im folgenden IStGH): Der Gerichtshof zieht Individuen für Verbrechen zur Verantwortung, die die internationale Gemeinschaft als solche berühren, vgl. Präambel Rom-Statut Abs. 4.⁴ Er greift (anders als andere Völkerstrafrechtsgerichtshöfe) in der Regel nur ein, wenn eine Handlung, die nach dem Rom-Statut strafbewehrt wäre, aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Gegebenheiten im primär

verfolgungszuständigen Land nicht bestraft oder verfolgt werden könnte (weil das Land dazu „nicht willens oder nicht in der Lage“ ist), Art. 17 Rom-Statut.⁵ Der IStGH beginnt seine Ermittlungen, sofern die „trigger mechanisms“ ihn dazu animieren, Art. 13 Rom-Statut.⁶ Diese Anknüpfungspunkte beziehen sich nicht auf Tathandlungen, sondern stets auf eine Tatsituation. Der Gerichtshof füllt damit subsidiär eine Lücke (Grundsatz der Komplementarität),⁷ die sich rechtstechnisch oder faktisch im Begehungs- oder Herkunftsland ergibt.⁸ Sollte es nun unter deutscher Herrschaftsgewalt⁹ zu einem Völkerstrafrechtsverbrechen kommen, so könnte die konkrete Tat bei Einschlägigkeit des § 33 StGB i.V.m. § 2 VStGB entschuldigt sein,¹⁰ wohingegen der IStGH aufgrund des Schweigens des Rom-Statuts zum Notwehrexzess¹¹ eine solche Strafbefreiung womöglich nicht in Erwägung zöge (oder gar ablehnte).¹² Der Notwehrexzess fehlt im Statut.¹³ In einem solchen Fall bliebe der deutsche Strafanspruch hinter dem des IStGH zurück, sodass der deutsche Freispruch vom Gerichtshof möglicherweise als Unwilligkeit zur Vornahme

⁵ Anders der ICTY, der neben den nationalen Gerichten zuständig ist, die Verfahren aber jederzeit an sich ziehen kann, Art. 9 ICTY-Statut (gleich im ersten Verfahren Tadić machte der Gerichtshof davon Gebrauch); oder das Ruanda-Tribunal, das vornehmlich zuständig ist; ausführlich *Esser* (Fn. 4), §§ 17 f.; *Cassese u.a.*, International Criminal Law, 3. Aufl. 2013, S. 258 ff.; allgemein zur Zuständigkeit *Ambos* (Fn. 4), § 8 Rn. 3 ff.; 11; *Williams/Schabas*, in: Triffterer (Fn. 2), Art. 17 Rn. 24.

⁶ Ausführlich *Schabas* (Fn. 2), S. 291 ff.; *Gless* (Fn. 1), S. 209 Rn. 680 ff.

⁷ Vertiefend *Ambos* (Fn. 4), § 8 Rn. 10 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 14 Rn. 17; *Gless* (Fn. 1), S. 201 Rn. 670 f.; *Cassese u.a.* (Fn. 5), S. 296 ff.

⁸ Zwar gibt es Ermittlungen von Amts wegen, vgl. Art. 13 lit. c), 15 Abs. 1 Rom-Statut; der Gebrauch dieser Maßnahme ist allerdings stark von der Persönlichkeit des Chefanklägers abhängig, wie Ocampo eindrucksvoll bewies, vgl. IStGH (PTC II), Entsch. v. 31.3.2010 – ICC-01/09 (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya), und IStGH (PTC III), Entsch. v. 3.10.2011 – ICC-02/11 (Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire).

⁹ I.S.d. aktiven Personalitäts- oder Territorialitätsprinzips, vgl. Art. 12 Abs. 2 Rom-Statut.

¹⁰ Näher *T. Zimmermann*, ZIS 2015, 57 ff.

¹¹ Zumindest wurde er vom IStGH nicht erwähnt, was erneut zeigt, dass Bedarf an einer Klärung besteht.

¹² *Esser* (Fn. 4), § 21 Rn. 27.

¹³ Die Lehre lehnte in bisher wegen angeblicher „Unerheblichkeit“ ab, siehe Fn. 15.

¹ Zum Begriff *Gless*, Internationales Strafrecht, 2011, S. 223 Rn. 727.

² Im Großteil der Spezialliteratur wird er nicht einmal erwähnt, vgl. nur *Schabas*, The International Criminal Court, 2010, S. 492 ff.; *Eser*, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 31 Rn. 1 ff.

³ *T. Zimmermann*, ZIS 2015, 57.

⁴ Zur historischen Entwicklung vgl. nur *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 6 Rn. 1 ff.; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 1. Aufl. 2014, § 15 Rn. 33, § 19.

ernsthafter Strafverfolgung i.S.d. Art. 17 Rom-Statut gewertet werden könnte.

Sinn und Zweck dieser Abhandlung ist es nicht, diese Lücke zu *verhindern*. Vielmehr soll geklärt werden, ob überhaupt eine solche Lücke *existiert*.¹⁴ Sofern der IStGH in Anwendung des Rom-Statuts beim Vorliegen eines Notwehrexzesses eine Strafbefreiung für den Täter bejaht, bestünde keine Diskrepanz zwischen dem VStGB und dem Rom-Statut, welche zur Annahme deutscher Verfolgungsunwilligkeit führen könnte. Schon deshalb besteht Klärungsbedarf, ob es den Notwehrexzess im Rom-Statut gibt oder geben kann.

2. Irrelevanz des Einwands angeblicher Praxisuntauglichkeit

Nicht zielführend ist der Einwand, der IStGH würde in einem entsprechend gelagerten Fall ohnehin wegen Annahme geringer Schuld von einer Aufnahme der Ermittlungen absehen.¹⁵ Ein solcher Verlauf erscheint zwar im Einzelfall denkbar; verallgemeinern lässt sich dies indes nicht. Der Einwand der Unerheblichkeit geht damit fehl. Davon abgesehen gibt es auch im Völkerstrafrecht ein legitimes, genuin wissenschaftliches Interesse an der Frage, wie das Rom-Statut sich zu einer hypothetischen Konstellation verhält.

III. Art. 31 Rom-Statut

Entscheidende Norm zur Verortung der Diskussion über den Notwehrexzess im internationalen Völkerstrafrecht ist der Art. 31 Rom-Statut. Insbesondere dessen Abs. 1 lit. c) und d) sowie der Abs. 3 i.V.m. Art. 21 Rom-Statut bieten Raum für Erwägungen zur Beachtlichkeit eines Notwehrexzesses. Art. 31 Abs. 1 Rom-Statut normiert, ins deutsche Strafrecht übertragen, Konstellationen i.S.d. §§ 32, 34 und 35 StGB, sowie in lit. b) die *actio libera in causa*.¹⁶ Darüber hinaus ist es dem Gericht nach Abs. 3 möglich, weitere Straffreistellungsgründe anzunehmen, soweit sie anhand der Maßstäbe des Art. 21 Rom-Statut zustande gekommen sind.

Zunächst ist somit zu klären, ob der Notwehrexzess nicht bereits im Art. 31 Rom-Statut selbst verortet werden kann. Ist dem so nicht, erscheint es denkbar, ihn mittels der Öffnungsklausel des Art. 21 Rom-Statut als anwendbaren Rechtssatz zu konkretisieren (dazu V.).¹⁷

¹⁴ Vgl. hierzu *Nemitz*, Strafzumessung im Völkerstrafrecht, 2002, S. 59.

¹⁵ So aber übereinstimmend BT-Drs. 14/8524, S. 15; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 830 f.; *Kreicker*, in: Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 1, 2003, S. 323; ebenso *Weigend*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2013, Bd. 8, § 2 VStGB Rn. 19; a.A. *Merkel*, ZStW 114 (2002), 437 (446 f.), und *Satzger* (Fn. 7), § 17 Rn. 21.

¹⁶ Vgl. *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 80 ff.; *Satzger* (Fn. 7), § 15 Rn. 44.

¹⁷ Zur Bedeutung der Öffnungsklausel *Triffterer/Eser*, in: *Triffterer* (Fn. 2), Art. 31 Rn. 5 ff.; *Gless* (Fn. 1), S. 226 Rn. 739 f.

1. Notwehrexzess im Tatbestand des Art. 31 Rom-Statut?

Möglicherweise ist der Notwehrexzess bereits in einer der Varianten des Art. 31 Abs. 1 Rom-Statut – wenn auch in etwas versteckter Form – mitgeregelt worden. Dies sei im Folgenden untersucht.

a) Die Tatumstände des Art. 31 Abs. 1 lit. c) Rom-Statut

In der Konstellation des Art. 31 Abs. 1 lit. c) Rom-Statut geht es um die Abwendung einer unmittelbar drohenden Gewaltanwendung („imminent and unlawful use of force“) für den Täter, Dritte oder militärisch notwendiges Eigentum. Die Situation ist somit derer der §§ 32, 34 StGB ähnlich.¹⁸ Das Rechtsinstitut der Notwehr als ureigenes Notrecht ist seit Langem völkergewohnheitsrechtlich anerkannt.¹⁹ Ob die in lit. c) vorausgesetzte Gewaltanwendung exakt dem Angriff des § 32 StGB entspricht, ist nicht eindeutig.²⁰ Jedenfalls kennt das Rom-Statut den Unterschied zur Gefahr, die es explizit erst in lit. d) umschreibt („threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm“, „menace de mort imminente ou d’une atteinte grave“). Hinzu kommt, dass, anders als in § 32 StGB, die Abwehrhandlung in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang der Gefahr stehen muss („in a manner proportionate to the degree of danger“).²¹ Der Tatbestandskern der lit. c) ist mithin die Notwehr i.S.d. § 32 StGB, in den die Interessenabwägung des rechtfertigenden Notstandes deutscher Couleur, § 34 StGB, miteinbezogen werden muss.²²

b) Die Tatumstände des Art. 31 Abs. 1 lit. d) Rom-Statut

Die lit. d) unterscheidet sich von lit. c), indem sie die verteidigungsfähigen Rechtsgüter auf Leib und Leben beschränkt. Taugliche Gefahrverursacher sind Dritte und sonstige, nicht vom Täter zu vertretende, Umstände. Ein Korrektiv findet sich indes nicht in einer Abwägung der betroffenen Rechts-

¹⁸ So auch *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 82 m.w.N.; zu den einzelnen Merkmalen *Eser*, in: *Triffterer* (Fn. 2), Art. 31 Rn. 41 ff.

¹⁹ Vgl. ICTY, Urt. v. 26.1.2001 – IT-95-14/2-T (Prosecutor v. Kordić & Čerkez), para. 451 („The principle of self-defence [...] may be regarded as constituting a rule of customary international law“); *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 588; instruktiv *Eser*, in: *Schmoller* (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 755 (766).

²⁰ Differenzierend *Satzger* (Fn. 7), § 15 Rn. 31.

²¹ Ausführliche Darstellung bei *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 41 ff.; zu weiteren Unterschieden *Weigend*, in: *Sieber* (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1439 (1445 ff.); wobei das deutsche Notwehrrecht durch Rspr. und Lit. inzwischen in „verhältnismäßige“ Bahnen eingebettet wurde, vgl. dazu *Perron*, in: *Arnold u.a.* (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1019 (1021).

²² Zu den geringen Abweichungen *Weigend* (Fn. 15), § 2 VStGB Rn. 20; leicht abweichend *Satzger* (Fn. 7), § 15 Rn. 36, der diese Abwägung erst in der lit. d) verankert sieht.

güter, sondern in der „Schädigungsabsicht“ („does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided“).²³ In der Gesamtschau sind die Parallelen zu § 35 StGB, dem entschuldigenden Notstand, offenkundig:²⁴ Die Rechtsgüter sind im Vergleich zu Notwehr und rechtfertigendem Notstand beschränkt, der Verweis auf die nicht zu vertretenden Umstände („circumstances beyond that person’s control“) entspricht der Wertung der Zumutbarkeit der Gefahrtragung bei § 35 Abs. 1 S. 2 StGB. Indem die deutsche Übersetzung in lit. d) von „zu einer Handlung genötigt“ spricht, könnte anzunehmen sein, dass die Konstellation einen Fall meint, in dem die freie Willensbetätigung durch äußere wie innere Umstände maßgeblich beeinflusst wird. Die Originalfassung des Textes formuliert hingegen neutraler („the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat“). Dabei wird das Element des Zwangs näher an die Kausalität der Gefahr geknüpft („has been caused by duress resulting from a threat“)²⁵, sodass i.E. eine identische Wertung vorliegt. Vergleichbar dem entschuldigenden Notstand i.S.d. § 35 StGB ist die Handlung des Täters nicht vom Recht akzeptiert. Dennoch ist sie von der Strafrechtsordnung (nicht vom ursprünglichen Angreifer!) zu dulden – d.h. straflos zu stellen –, da die kollidierenden Interessen in der Person des Handelnden eine Verminderung seiner Strafwürdigkeit bedingen.²⁶

c) Die Rechtsfolge des Art. 31 Rom-Statut

Da § 33 StGB als Entschuldigungsgrund verstanden wird, kann bei der Einordnung in das Rom-Statut nur eine solche Norm tauglicher Anknüpfungspunkt sein, die als Rechtsfolge eine Entschuldigung des Täters nach sich zieht.

Die Rechtsfolge des Art. 31 Rom-Statut ist jedoch zunächst unklar.²⁷ Art. 31 Rom-Statut ordnet den „Ausschluss der Verantwortlichkeit“ an. Damit ist nicht entschieden, ob es sich um einen Rechtfertigungsgrund, einen Entschuldigungsgrund oder einen sonstigen Straffreistellungsgrund²⁸ handelt. Um zu klären, ob diese Unterscheidung nötig ist, sind die

Rechtsfolgen der Straffreistellungsgründe im Rom-Statut näher zu bestimmen.

aa) *Rechtsfolgen der Straffreistellungsgründe im Rom-Statut*
Welche Rechtsfolgen kennt das Rom-Statut im Rahmen der Straffreistellung? Das Aufwerfen dieser Frage offenbart, wie vorgeprägt die erwartete Antwort von der (Rechts-)Perspektive des Betrachters sein muss. Im internationalen Völkerstrafrecht prallen verschiedene Rechtstraditionen aufeinander. Selbst wenn im Ergebnis für das Gros der Rechtsprobleme ein Konsens gefunden werden kann, ist der dogmatische Weg mit Fallstricken versehen. Besonders erheblich für die Frage nach der Rechtsfolge von Notrechten sind einerseits die defences des anglo-amerikanischen Rechts, andererseits die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe kontinentaleuropäischen Denkens. Plakativ stellt sich die Bipolarität wie folgt dar: Gerechtfertigt ist, was durch das Recht gebilligt ist.²⁹ „Entschuldigt“ hingegen meint gerade nicht, dass eine rechtsgetrene Handlung vorliegt. Nichtsdestoweniger ist der individuelle Schuldvorwurf im konkreten Fall so gering, dass tatsächlich keine ausreichende, individuelle Verantwortlichkeit anzunehmen ist.³⁰ Vereinfacht formuliert sind Rechtfertigungsgründe nach deutscher Prägung befreiende Umstände, die das Recht anbietet. Entschuldigungsgründe hingegen sind befreiende Umstände, die das Recht nur duldet.³¹ Das StGB macht die Unterscheidung (meist) durch die Rechtsfolge klar („handelt nicht rechtswidrig“ versus „handelt ohne Schuld“). Dass ein Täter strafrechtlich nicht „verantwortlich“ sein soll, fügt sich nicht in dieses Schema ein. Die defences des anglo-amerikanischen Rechtskreises finden keine (exakte) Entsprechung im deutschen Recht und können sowohl Rechtfertigungs- als auch Entschuldigungsgründe umfassen.³² Justification and excuse werden teilweise sogar synonym angewandt.³³

²³ *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 93; *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 61 f.; a.A. *Werle* (Rn. 19), Rn. 609.

²⁴ *Werle* (Fn. 19), Rn. 601 sieht in lit. d) eher die Vermengung von §§ 34, 35 StGB und dem Nötigungsnotstand; ebenso *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 49; ihm folgend *Satzger* (Fn. 7), § 15 Rn. 34; ebenso *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 92. In den Vorwürfen zum Statut waren die einzelnen Notstandsvarianten noch getrennt, vgl. Art. 31 Abs. 1 E-RS.

²⁵ Hierzu *Schabas* (Fn. 2), S. 229; *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 53 ff.

²⁶ *Janssen*, ICLR 2004, 88 (89); anders der ICTY, Urt. v. 7.10.1997 – IT-96-22-T („Pilica Farm“, *Prosecutor v. Erdemović*).

²⁷ *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 17. Das gilt für den Wortlaut der englischen und französischen Fassung gleichermaßen: „a person shall not be criminally responsible“, oder in der französischen Fassung „motifs d’exonération (Entlastung!) de la responsabilité pénale“.

²⁸ So *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 77: gerade nicht Strafausschlussgrund.

²⁹ *Cassese u.a.* (Fn. 5), S. 209.

³⁰ So auch für das common law *Ormerod*, in: *Smith/Hogan*, *Criminal Law*, 11. Aufl. 2005, Chap. 11, S. 248.

³¹ Schöne Formulierung für das common law bei *Cassese u.a.* (Fn. 5), S. 209: „involves an action that, while voluntary, nevertheless was produced by an impairment of a person’s autonomy to such a degree as to negate their blameworthiness“.

³² So bereits House of Lords, Urt. v. 9.12.1984 – 14 Q.B.D. 273 (R. v. *Dudley and Stephens* [1884]), der als „Mignonette-Fall“ in die Lehrbücher einging; instruktiv *Watzek*, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, 1997, S. 168 ff.; *Cassese u.a.* (Fn. 5), S. 217 ff.; *Ormerod* (Fn. 30), Chap. 11, S. 248; *Ziemann*, ZIS 2014, 479.

³³ *Cassese u.a.* (Fn. 5), S. 209. Die unklare dogmatische Stütze der defences, bzw. die Nichtunterscheidung in Rechtswidrigkeit und Schuld eröffnet nicht nur hinsichtlich der Teilnahme strafbarkeit Probleme; instruktiv zu Täterschaft und Teilnahme *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 3, 13 ff.; *Satzger* (Fn. 7), § 15 Rn. 50 ff.; *Gless* (Fn. 1), S. 234 Rn. 770 ff.; allerdings sei es für das Völkerstrafrecht als *law in action* wichtiger, effizient anwendbar zu sein, auch wenn es ein Theoriedefizit

Der IStGH bezieht zu keinem der Modelle Stellung; bewusst werden termini technici der beiden großen Rechtskreise (civil law und common law) vermieden.³⁴ Der Grund für die fehlende Festlegung im Rom-Statut liegt darin, dass keine Assoziationen zu traditionell bekannten dogmatischen Pfaden gezogen werden sollten, sondern sich das internationale Völkerstrafrecht als autonome Völkerrechtsordnung seine eigenen Begrifflichkeiten gibt.³⁵ Weder orientiert sich der IStGH am dreistufigen Aufbau (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld), noch legt er ausschließlich den zweistufigen Aufbau (offence/defence) zugrunde.³⁶

bb) Hypothetische Einordnung in die deutsche Dogmatik

Somit bleibt die Rechtsfolge des Art. 31 Rom-Statut bewusst offen.³⁷ Allerdings kann die ratio legis einer Norm nur angemessen beurteilt werden, wenn die Rechtsfolge klar ist. Mit hin ist es notwendig, zumindest hypothetisch den Straffrei stellungsgründekatalog des Art. 31 Rom-Statut in die deutsche Dogmatik der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe zu übertragen. Die Ausführungen zu den Tatumständen zeigten bereits, dass Art. 31 Abs. 1 lit. c) die Notwehr und damit einen Rechtfertigungsgrund, die lit. d) eine dem entschuldigenden Notstand vergleichbare Lage umfasst und somit einen Entschuldigungsgrund darstellt.

d) Zwischenergebnis

Die nähere Betrachtung der Tatumstände des Art. 31 Rom-Statut ermöglicht eine eindeutige Klassifikation. Die lit. c) des Art. 31 Abs. 1 Rom-Statut ist der Notwehr i.S.d. § 32 StGB vergleichbar und wirkt nach deutschem Verständnis rechtfertigend. Die lit. d) ist dem entschuldigenden Notstand,

§ 35 StGB, verwandt und würde eine Entschuldigung nach sich ziehen.³⁸

IV. Einordnung des Notwehrexzesses in den Art. 31 Abs. 1 lit. d Rom-Statut

Da der Notwehrexzess nach § 33 StGB als Entschuldigungsgrund verstanden wird,³⁹ ist der Fokus nunmehr auf die lit. d) zu legen. Fraglich ist, ob die Norm den Exzess vom Wortlaut her erfasst oder zumindest die ratio legis des Notwehrexzesses im Art. 31 Abs. 1 lit. d) Rom-Statut Widerhall findet. Vorweg: Im Ergebnis muss die Subsumtion unter den Wortlaut der lit. d) scheitern.⁴⁰ Das Vorliegen asthenischer Affekte, welches Hauptumstand des § 33 StGB ist, findet keinen Anknüpfungspunkt in der Formulierung des Art. 31 Abs. 1 lit. d) Rom-Statut. Das Statut bedenkt in seinen Straffrei stellungsgründen diese Täterlage schlichtweg nicht.

Der Grund, weshalb der Art. 31 Rom-Statut eher restriktiv ausgestaltet wurde, könnte darin liegen, dass aufgrund der enormen Dimensionen, die Völkerstrafrechtsverbrechen annehmen können, eine gewisse „mentale Reservation“ gegenüber der Freistellung von Tätern bestand.⁴¹ Dies hindert jedoch nicht daran, die *Auslegung der Norm* weiterzuentwickeln. Wenn jedoch die Wortlautgrenze erreicht wird, ist zumindest im nationalen Recht eine Anwendung der teleologischen Auslegung nicht mehr möglich. Auch die Analogie ist im Strafrecht nur mit Vorsicht anzuwenden.⁴² Auf Seiten der Strafbarkeitsvoraussetzungen umfasst das Analogieverbot alle unrechts- und *schuldbe gründenden* Merkmale. Demzufolge darf eine nicht tatbestandsmäßige Handlung nicht durch analoge Anwendung einer Strafnorm für strafbar erklärt werden. Das Verbot erstreckt sich dabei auch auf den Allgemeinen Teil.⁴³ Bei der Implementierung des Notwehrexzesses in das Rom-Statut hingegen würde das Hinzufügen des Notwehrexzesses als zusätzlicher Straffrei stellungsgrund jedoch lediglich eine Analogie zugunsten des Täters darstellen. Zu untersuchen ist allerdings, ob diese Auslegungsgrundsätze für das internationale Völkerstrafrecht entsprechend gelten und wie im Konkreten das Verhältnis von Analogie einerseits und Art. 21 Rom-Statut andererseits ausgestaltet ist.

gibt, vgl. *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 1 ff.; zum Ganzen *Watzek* (Fn. 32), S. 303 ff.

³⁴ *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 17.

³⁵ UN Doc. a/CONF.183/C.1/SR.1, para. 26.

³⁶ *Ambos* (Fn. 4), § 7 Rn. 2. m.w.N.; wobei dieser Aufbau auch dem common law nicht völlig fremd ist; a.A. *Gless* (Fn. 1), S. 215 Rn. 693 ff., die davon ausgeht, dass sich der IStGH eindeutig zum zweistufigen Aufbau bekennt; dennoch ist sich zumindest die deutsche Völkerstrafrechtswissenschaft weitestgehend einig, dass das angewandte Modell des IStGH als dreistufig zu umschreiben ist und sich bei der Prüfung in die äußere Tatseite, die innere Tatseite und die Straffrei stellungsgründe aufteilt, vgl. *Werle* (Fn. 19), Rn. 404 ff.; *Satzger* (Fn. 7), § 15 Rn. 19; a.A. *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 5 Rn. 12, der zweistufig prüft; *Ambos* (Fn. 4), möchte weder dem einen noch den anderen Aufbau einen Vorzug gewähren, zieht aber aufgrund einer Exegese von „Nürnberg bis Rom“ auch den zweistufigen Aufbau vor, siehe insbesondere § 7 Schema, S. 145 Rn. 4; vertiefend zu den Anforderungen an die Äußere und die innere Tatseite *Satzger* (Fn. 7), § 15 Rn. 20 ff.

³⁷ Nicht nur deshalb ist die Norm „not in the very best shape“, *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 78.

³⁸ So auch BT-Drs. 14/8524, S. 17; differenzierend *Werle* (Fn. 19), Rn. 601, der die anglo-amerikanischen *defenses* von *duress* und *necessity* in einer einzigen Regelung zusammengefasst sieht.

³⁹ *T. Zimmermann*, ZIS 2015, 57.

⁴⁰ I.E. ebenso *Weigend* (Fn. 15), § 2 VStGB Rn. 19, allerdings ohne jede Begründung; näher zur *duress* *Ormerod* (Fn. 30), Chap. 11, S. 296 ff.

⁴¹ *Eser* (Fn. 18), Art. 31 Rn. 12 ff.

⁴² *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 75 ff., Rn. 82 ff.

⁴³ *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 105.

I. Auslegung im Völkerstrafrecht

Bevor das allgemeine Völkerstrafrecht hinsichtlich seiner Auslegungsmethoden zu beleuchten ist, soll zunächst die Auslegung im allgemeinen Völkerrecht dargestellt werden. Die Auslegung eines Vertrages völkerrechtlicher Natur obliegt dabei primär den Vertragsparteien. Neben der einseitigen (individuellen) Auslegung können Staatenpraxis und gefestigte Rechtsüberzeugung die „authentische Auslegung“ erzeugen, die sich als gelebter Ausdruck des Staatenwillens konkretisiert.⁴⁴ Für die klassischen Auslegungsmethoden gilt des Weiteren keine große Abweichung zum nationalen Kanon. Der Wortlaut ist als „ordinary meaning rule“ das oberste und wichtigste Kriterium zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Norm.⁴⁵ Die Systematik untersucht den Gesamtzusammenhang der Norm in ihrer Beziehung zur Gesamtkodifikation. Teleologisch ausgelegt wird, indem die Vertragsbegriffe nach Sinn und Zweck geordnet und interpretiert werden.⁴⁶ Als weitere Auslegungsmethoden sind die logischen Schlüsse des *argumentum e contrario* und *a maiore ad minus* anerkannt.⁴⁷

Im internationalen Völkerstrafrecht ist im Grunde auf den Art. 38 IGH-Statut abzustellen.⁴⁸ Dennoch bedient sich der IStGH primär des Art. 21 Rom-Statut⁴⁹ (dazu sogleich V.). Eine etwaige „Konkurrenz“ zwischen der Auslegung nach Art. 38 IGH-Statut und Art. 21 Rom-Statut wird vom IStGH nicht explizit angenommen. Bevor allerdings versucht wird, allgemeine Rechtsgrundsätze durch einen Rechtsvergleich zu ermitteln, ist zunächst zu hinterfragen, ob der Notwehrexzess als weiterer *entsprechender* Straffreistellungsgrund in den Art. 31 Rom-Statut einzufügen wäre. Ob es sich beim nun folgenden „ersten Schritt“ der Implementierung methodisch mehr um eine Analogie, oder eher um eine Rechtsvergleichung handelt, kann im Ergebnis dahinstehen, da beide Vorgehensweisen, zugunsten des Täters angewandt, erlaubt sind und dem Art. 38 IGH-Statut nicht entgegenstehen.

2. „Analoge“ Anwendung des Art. 31 Rom-Statut?

Voraussetzung einer Analogie ist zum einen eine planwidrige Regelungslücke zum anderen eine vergleichbare Interessenlage. Neben der ebenso spannenden Frage, ob der Exzess bei der Kodifikation schlicht „vergessen“ wurde (die hier offen bleiben soll), soll es nunmehr nur um die vergleichbare Interessenlage gehen. Dazu können die für die Begründung der Strafbefreiung des § 33 StGB bestehenden Modelle herangezogen werden:

⁴⁴ Dazu *Heintschel v. Heinegg*, in: Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 12 Rn. 1 ff.

⁴⁵ Vgl. hierzu *Heintschel v. Heinegg* (Fn. 44), § 12 Rn. 6 ff.

⁴⁶ ICJ, Stellungnahme v. 28.5.1951 – ICJ Rep. 1951, 15, 23 (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [advisory Opinion]); zur Bedeutung der Wiener Vertragsrechtskonvention *Heintschel v. Heinegg* (Fn. 44), § 12 Rn. 11 ff.

⁴⁷ *Heintschel v. Heinegg* (Fn. 44), § 12 Rn. 19.

⁴⁸ *Ambos* (Fn. 15), S. 40 ff.

⁴⁹ *Ambos* (Fn. 4), § 5 Rn. 5.

a) Doppelte Schuldinderung

Kerngehalt der Privilegierung des Notwehrexzesses ist nach der Theorie der doppelten Schuldinderung, dass die asthenischen Affekte den Täter in einen Zustand versetzen, der ihn entschuldigt, weil sich „eine halbe Rechtfertigung gem. § 32 StGB zu einer halben Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB hinzuaddiert“.⁵⁰

Dieses Denkmodell ist schon in Hinblick auf den § 33 StGB streitig. Die lit. d) des Art. 31 Abs. 1 Rom-Statut verlangt, dass der Täter in der Absicht handelt, nicht mehr Schaden zufügen zu wollen, als den, der ihm selbst oder anderen schützenswerten Gütern droht. Eine solche Einschränkung ist mit dem (unter der Schuldinderungstheorie so verstandenen) Rechtsgedanken des § 33 StGB nicht vereinbar. Der Täter des § 33 StGB agiert nicht, er *reagiert*. Triebfeder seiner Handlung sind asthenische Affekte, die ihn „durchdrehen“ lassen. Die Forderung einer Schädigungsminderungsabsicht hat in dieser Konstellation keinen Platz. Die Theorie von der doppelten Schuldinderung vermag für das Rom-Statut nicht zu überzeugen.

b) Strafzweckbezogenes Begründungsmuster nach Roxin

Das strafzweckbezogene Begründungsmuster ist zwar in sich stringent.⁵¹ Ausflüsse präventiver Strafzwecke sind im Rom-Statut auf den ersten Blick allerdings nicht zu finden.⁵² Das Völkerstrafrecht versteht sich nicht als klassisches Strafrecht i.S. einer nationalen Friedensordnung. Es ist das Strafrecht der Völkergemeinschaft, folglich vom Konsens der Staaten abhängig.⁵³ Die Unterpunkte i und ii des Art. 31 Abs. 1 lit. d) Rom-Statut bestimmen zwar, dass die Gefahr von anderen Personen, oder von Umständen, die den Täter nicht zu vertreten hat, ausgehen müssen. Daraus ließe sich ableiten, dass nur der Täter von Verantwortlichkeit freigestellt werden soll, der selbst keinen Beitrag zur Gefahrensituation geleistet hat. Daraus lässt sich jedoch nicht zwingend ableiten, dass er aus Erwägungen der Strafzwecktheorien für seine anschließende Handlung nicht zu verfolgen ist.⁵⁴ Auch sind in den Strafrechtsordnungen der einzelnen Vertragsstaaten zwar Parallelen hinsichtlich der Strafzwecke erkennbar.⁵⁵ Spätestens im

⁵⁰ *T. Zimmermann*, ZIS 2015, 57 (58).

⁵¹ *T. Zimmermann*, ZIS 2015, 57 (58).

⁵² A.A. *Nemitz* (Fn. 14), S. 146 ff., 150: der erzieherische Aspekt der Strafe sei im Völkerstrafrecht von besonderer Bedeutung; ebenso in der Präambel, S. 14 ff.; in der Rspr. von ICTY, ICTR und IStGH (Stichwort *national reconciliation*) klingt dies nur teilweise an; instruktiv *Nemitz* (Fn. 14), S. 146 ff.; zur völkerstrafrechtliche Strafzweckdebatte *T. Zimmermann*, ZIS 2013, 102 (113 ff.); *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9; *Neubacher*, NJW 2006, 966; zum besonderen Problem der Strafzwecke bei Makrokriminalität bereits *Hanack*, JZ 1967, 338.

⁵³ *Satzger* (Fn. 7), § 12 Rn. 1.

⁵⁴ *Nemitz* (Fn. 14), selbst fasst seinen ausführlichen Rechtsvergleich so zusammen, dass auch die Strafzwecke erst auf Ebene des Strafrahmens Beachtung finden können, S. 175.

⁵⁵ *Nemitz* (Fn. 14), S. 140 ff.

Völkerstrafrecht wird jedoch klar, dass durch einseitiges Abstellen auf den Zweck einer Regelung kein Konsens konstruiert werden kann. Es kann nicht vornehmlich mit der Bestrafungsnotwendigkeit des Exzesstäters argumentiert werden; zu klären ist vorab, ob Strafe überhaupt legitim ist.⁵⁶

c) Vertragstheoretischer Erklärungsansatz

Der vertragstheoretische Erklärungsansatz rekurriert auf (und appelliert an) die Logik und Rationalität der Beteiligten.⁵⁷ Es geht im Rom-Statut allerdings nicht um rein „zivile“ Auseinandersetzungen. Beteiligte eines bewaffneten Konflikts agieren auf zwei Ebenen: Staaten handeln völkerrechtlich, betroffene natürliche Personen individualrechtlich.⁵⁸ Damit besteht keine Plattform, auf der ein Diskurs theoretisch stattfinden könnte. Der notwendige Konsens der Konfliktparteien des Exzesses ist ebenso nicht als Deduktion des Gedankenausflusses aller „billig und gerecht Denkenden“ konstruierbar.⁵⁹ Völkerrechtliche Übereinkommen sind maßgeblich von der Rechtsüberzeugung, der Staatenpraxis und den konstitutiven Staatenkonferenzen mit ihren ausführlichen travaux préparatoires⁶⁰ geprägt. Diese „Gesetzesbegründungen“ sind Ausdruck des Diskurses zwischen Völkerrechtssubjekten. Die Diskussion verläuft damit nicht zwischen Individuen und Staaten. Ob die ratio legis des Art. 31 Abs. 1 lit. d) Rom-Statut mit der des § 33 StGB übereinstimmt, ist weiterhin aus vertragstheoretischer Sicht deshalb nicht abschließend zu beantworten, weil sich kaum Bemühungen finden, den Gedanken des Notwehrexzesses auf internationaler Ebene zu etablieren.⁶¹ Mithin fehlt es an dokumentierten Rechtsauffassungen, aus denen sich auf Logik und Rationalität der Akteure rückschließen ließe.

3. Zwischenergebnis

Der Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 lit. d) Rom-Statut erfasst den Notwehrexzess nicht. Die Begründungsmodelle, die den Exzess in das VStGB implementieren konnten, überzeugen nicht für die direkte oder analoge Anwendung im Rom-Statut.⁶²

V. Einbezug über Art. 21 Rom-Statut

Dies bedeutet nicht, dass für den Notwehrexzess im Rom-Statut gar kein Raum wäre. Die Öffnungsklausel des Art. 31

Abs. 3 Rom-Statut erlaubt, weitere Gründe für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu Gunsten des Täters anzuwenden.⁶³ Der Art. 31 Rom-Statut war dabei nie als abschließende Aufzählung konzipiert.⁶⁴ Dessen Abs. 3 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 lit. c) Rom-Statut bietet dabei die Möglichkeit der Einbeziehung weiterer Straffreistellungsgründe. Der Regelungsgehalt des Notwehrexzesses (d.h. seine tatbestandliche Prägung sowie seine Wirkung als Entschuldigungsgrund) müsste, um einen Platz im Völkerstrafrecht zu finden, als allgemeiner Rechtsgrundsatz anzusehen sein.⁶⁵ Diese general principles of law gem. Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut sind in erster Linie Lückenfüller und Interpretationshilfe.⁶⁶ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind Prinzipien, die durch Rechtsvergleich zu ermitteln sind.⁶⁷ Es müssen Regeln und Sitten sein, die im innerstaatlichen Recht der Kulturvölker anerkannt (recognized by civilized nations) und gleichzeitig auch einer Übertragung ins Völkerrecht zugänglich sind.⁶⁸ Maßgeblicher „Pool“ sind die wichtigsten, globalen Rechtskreise.

1. Rechtsvergleich

Was ist das zugrunde liegende Rechtsprinzip des Notwehrexzesses in § 33 StGB? Ist dieses isolierbar und stößt es auf Widerhall in den Rechtsordnungen dieser Welt? Sogar für den Fall, dass keine Rechtsordnung (neben der deutschen) den § 33 StGB akzeptieren würde, böte Art. 21 Rom-Statut eine „Auffangklausel“.⁶⁹ Mit dieser können allgemeine

⁶³ Näher Satzger, NStZ 2002, 125 (128); Ambos (Fn. 4), § 7 Rn. 78.

⁶⁴ Eser (Fn. 18), Art. 31 Rn. 72.

⁶⁵ Zwar geht die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht im Allgemeinen zurück, vgl. Heintschel v. Heinegg (Fn. 44), § 17 Rn. 8; im Völkerstrafrecht ist ihre Bedeutung weiterhin enorm, insbesondere im Allgemeinen Teil, siehe nur Satzger (Fn. 7), § 15 Rn. 2; ebenso Esser (Fn. 4), § 16 Rn. 31 ff.

⁶⁶ Graf Vitzthum, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, 1. Abs., S. 54 Rn. 142 ff.; das Völkerstrafrecht soll sich sogar ganz explizit der Quellen des Völkerrechts bedienen, vgl. ICTY, Ur. v. 14.1.2000 – IT-95-16 (Kupreškić u.a.), Rn. 539 f.; instruktiv Ambos (Fn. 4), § 7 Rn. 78.; vgl. ICTY, Ur. v. 10.12.1998 – IT-95-17/1 (Furundžija, TC), para 177: „Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions: International courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world (not only common law or civil-law States) and account must be taken of the specificity of international criminal proceedings when utilizing national law notions. In this way a mechanical importation or transportation from national law into international proceedings is avoided.“

⁶⁷ Nemitz (Fn. 14), S. 42.

⁶⁸ Graf Vitzthum (Fn. 66), 1. Abs., S. 54 Rn. 143.

⁶⁹ Vgl. Ambos (Fn. 4), § 7 Rn. 78; zu den rechtspolitischen Hintergründen dieser Regelung McAuliffe de Guzman, in:

⁵⁶ Siehe auch T. Zimmermann, ZIS 2015, 57 (59).

⁵⁷ T. Zimmermann, ZIS 2015, 57 (59).

⁵⁸ Dazu auch Eser (Fn. 18), Art. 31 Rn. 38.

⁵⁹ So gerade schon zum Abstellen auf den „guten Zweck“ der Strafe.

⁶⁰ Diese dürfen sowieso nur bei Unklarheiten herangezogen werden, Satzger (Fn. 7), § 15 Rn. 11; ausführlich zu den Vorarbeiten zu Art. 31 RS, Eser (Fn. 18), Art. 31 Rn. 3 ff.; allgemein zur Auslegung Heintschel v. Heinegg (Fn. 44), § 12 Rn. 18 ff.

⁶¹ Weigend (Fn. 15), § 2 VStGB Rn. 19; die vorliegende Abhandlung möchte gerade diesen Anstoß geben!

⁶² So auch Weigend (Fn. 15), § 2 VStGB Rn. 19, allerdings ohne jede Begründung.

Rechtsgrundsätze, die der Gerichtshof aus innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Staaten (die im Regelfall Gerichtsbarkeit über das Verbrechen ausüben würden) abgeleitet hat, einbezogen werden, „sofern diese Grundsätze nicht mit diesem Statut, dem Völkerrecht und den international anerkannten Regeln und Normen unvereinbar sind“, Art. 21 Abs. 1 lit. c) Rom-Statut.⁷⁰

Hinsichtlich der Straftatbestände im Besonderen Teil des Rom-Statuts gilt eine Beschränkung auf solche Delikte, die einem weltweit anerkannten Mindeststandard entsprechen (sog. core crimes).⁷¹ Daran orientiert müsste es ebenso einen Mindeststandards an Notrechten („core defences“) geben.⁷² Das Auffinden allgemeiner Rechtsgrundsätze dient dazu, verborgene Normen der nationalen Rechtsordnungen für das Völkerrecht zu „bergen“. ⁷³ Übernommen werden basale Grundsätze, nicht hingegen alle Konsequenzen und Streitigkeiten, wie sie sich aus dem nationalen Recht ergeben.⁷⁴

Schlaglichtartig untersucht werden im Folgenden die Regelungen in der Schweiz, in Österreich, Frankreich und dem angelsächsischen common law – dabei, sofern vorhanden, die Grundlagen der Notwehr⁷⁵ und des Notwehrexzesses.

a) Schweiz

Der Unrechtsausschluss der Notwehr beruht im schweizerischen Recht auf einer Güter- und Interessenabwägung. Der Angegriffene verteidigt eigene Interessen und Gemeininteressen sowie das objektive Recht.⁷⁶ Die Notwehr wird verstanden als die Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht und gründet auf dem Grundsatz der Rechtsbewahrung. Daraus ergibt sich, dass im Einzelfall die Folgen der Verteidigung schwerer wiegen dürfen als die, die durch den ursprünglichen rechtswidrigen Angriffen drohen.

Die weiteren Voraussetzungen der Notwehr entsprechen im Wesentlichen dem deutschen § 32 StGB.⁷⁷ Insbesondere

Triffterer (Fn. 2), Art. 21 Rn. 14; *Schabas* (Fn. 2), S. 194 ff.; zur Auslegung im Völkerstrafrecht *Gless* (Fn. 1), S. 201 Rn. 655 f.; *Nemitz* (Fn. 14), S. 42.

⁷⁰ Manche verstehen den Art. 21 Rom-Statut sogar so, dass einzelstaatliche Normen direkt anzuwenden sind, vgl. krit. *McAuliffe de Guzman* (Fn. 69), Art. 21 Rn. 14 f. m.w.N.

⁷¹ *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9 (10).

⁷² Zumindest für den (ebenfalls nicht geregelten) Erlaubnistatumstandsirrtum wird ernsthaft über eine analoge Anwendung des Art. 32 Rom-Statut nachgedacht, vgl. *Gless* (Fn. 1), S. 226; differenzierend *Ambos* (Fn. 15), S. 807 ff. Grundsätzlich zum Tatsachenirrtum im Rom-Statut *Cassese u.a.* (Fn. 5), S. 222 ff.

⁷³ *Nemitz* (Fn. 14), S. 43.

⁷⁴ *Nemitz* (Fn. 14), S. 49; dazu *Mosler*, ZaöRV 1976, 42 ff.; unredlich wäre es, Einzelmeinungen zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen hoch zu stilisieren.

⁷⁵ Dazu bereits *Perron* (Fn. 21), S. 1019 ff.

⁷⁶ *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2011, § 10 Rn. 67.

⁷⁷ Ausführlich *Stratenwerth* (Fn. 76), § 10 Rn. 68 ff.; *Donatsch*, in: *Donatsch u.a.* (Hrsg.), StGB Kommentar, Schweizerisches Strafrecht, 11. Aufl. 2010, Art. 15 Rn. 1 ff.

ist die Notwehr nur gegen Rechtsgüter des Angreifers zulässig.⁷⁸ Schwächer als das „schneidige“ deutsche Notwehrrecht ist der Art. 15 schweizStGB dort, wo dem Angegriffenen nur ein solches Verteidigungsmittel zustünde, das außer Verhältnis zum Angriff steht. Dann nämlich soll er dieses Mittel nicht anwenden dürfen (Grundsatz der Subsidiarität⁷⁹). Dies ist nach deutschem Verständnis unter den Topos der „sozial-ethischen Einschränkungen des Notwehrrechts“ zu fassen, da insbesondere die „Kirschbaumfälle“ Auslöser dieser Doktrin gewesen sind.⁸⁰ Im Grundsatz erkennt das Schweizer Strafrecht an, dass besondere Tatumstände die Verteidigungshandlung beeinflussen können. Umso aussichtsloser und risikobehafteter die Gegenwehr, umso intensiver darf sie ausfallen.⁸¹

Die Ausgestaltung des Notwehrexzesses in der Schweiz ist mit der des § 33 StGB beinahe identisch. Der Notwehrexzess ist in der Schweiz kodifiziert: Bei Überschreitung der Grenzen der Notwehr mildert das Gericht die Strafe, Art. 16 Abs. 1 schweizStGB. Wird die Grenze der Notwehr jedoch in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff überschritten, so entfällt die Schuld, und der Angegriffene bleibt straflos, Art. 16 Abs. 2 schweizStGB (entschuldbarer Notwehrexzess).⁸²

Im schweizerischen Recht hat der Notwehrexzess somit zwei Rechtsfolgen: Bei allgemeiner Überschreitung der Notwehrgrenzen kommt eine Strafmilderung in Betracht, Art. 16 S. 1 schweizStGB. Unter bestimmten weiteren Voraussetzungen entfällt die Schuld vollständig, Art. 16 S. 2 schweizStGB.⁸³

Der Grund für die Strafmilderung nach Abs. 1 liegt darin, dass bei der sekundenschnellen Entscheidung, die der Angegriffene im Ernstfall treffen muss, eine angemessene und sorgfältige Auswahl des Verteidigungsmittels kaum möglich ist. Nur wenige Menschen könnten „ruhigen Blutes“ die temperamentslose Überlegung wahren.⁸⁴ Überschreitet der sich Verteidigende dann die Grenzen der angemessenen Gegenwehr, liegt nur vermindertes Unrecht vor.⁸⁵

Die Entschuldigung des Täters nach Abs. 2 greift, wenn der Angegriffene „in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff“ die Notwehrgrenzen übertritt. Das schweizerische Recht kennt diese „entschuldbare heftige Gemütsbewegung“⁸⁶ ebenfalls unter dem Begriff „asthenische Affekte“.⁸⁷ Entschuldbar müssen lediglich die Gefühle

⁷⁸ BGE 75 IV 51; *Stratenwerth* (Fn. 76), § 10 Rn. 75.

⁷⁹ *Donatsch* (Fn. 77), Art. 15 Rn. 10 ff.

⁸⁰ So *Stratenwerth* (Fn. 76), § 10 Rn. 77.

⁸¹ *Stratenwerth* (Fn. 76), § 10 Rn. 78.

⁸² Vgl. *Stratenwerth* (Fn. 76), § 10 Rn. 85.

⁸³ *Seelmann*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafrecht*, 2. Aufl. 2007, Art. 16 Rn. 1.

⁸⁴ *Stratenwerth* (Fn. 76), § 10 Rn. 85 m.w.N.

⁸⁵ *Seelmann* (Fn. 83), Art. 16 Rn. 2.

⁸⁶ BGE 118 IV 233; anders noch BGE 102 IV 7, wo die Gemütsbewegung nicht heftig sein, dafür aber eine „gewisse Stärke“ aufweisen musste.

⁸⁷ *Seelmann* (Fn. 83), Art. 16 Rn. 3.

sein, nicht der Exzess als solcher.⁸⁸ Nicht privilegiert wird der Täter, der sthenischen Affekten unterliegt.⁸⁹

Die Kontroverse um die Anerkennung des intensiven und des extensiven Notwehrexzesses in der Schweiz ist mit der in Deutschland geführten Debatte vergleichbar. Eine vermittelnde Ansicht möchte den extensiven Exzess als Entschuldigungsgrund wirken lassen, sofern die zeitliche Übertretung nur sehr geringfügig ist.⁹⁰ Eine Einschränkung erfährt das „Recht“ des Exzesstäters insoweit, als der Grad der Aufregung umso höher sein muss, je stärker der Angreifer durch die Reaktion verletzt oder gefährdet wurde.⁹¹ Weiterhin ist es unerheblich, ob der Täter den Exzess bewusst oder unbewusst erlebt.⁹²

Somit anerkennt das schweizerische Recht sowohl die Gemütslage des Täters als auch die besondere Tatsituation, in der sich Exzesstäter und Angreifer befinden. Abzuleiten ist daraus der Rechtsgedanke, dass den Täter, der sich aus Schwäche oder aufgrund anderer heftiger Gemütsbewegungen nicht mehr beherrschen kann, kein Schuldvorwurf treffen soll. Aus dem Umstand, dass sogar die „gewöhnliche“ Überschreitung der Notwehrgrenzen nach Art. 16 Abs. 1 schweizerischer StGB zu einer Strafmilderung führt, wird erkenntlich, dass die Privilegierung des Exzesstäters dem schweizerischen Recht als Wertung nicht fremd ist.

b) Österreich

Im österreichischen Recht folgt die Notwehrbefugnis dem Prinzip der Interessenabwägung. Eingriffe in das beeinträchtigte Gut sind erlaubt, wenn dessen Erhaltungsinteresse weniger schwer wiegt als das Interesse des Trägers an der Unversehrtheit des bedrohten Gutes.⁹³ Die Notrechte erklären sich aus dem Zusammenspiel von Güterabwägung und Zurechnung. Entscheidendes Kriterium für die Einordnung des Wertes des Guts ist der gewährte Schutz, den die Rechtsordnung diesem Gut zugesteht. Die Interessenabwägung teilt sich dabei in die Güterabwägung und die Gütererhaltung auf (Schutzprinzip und Schonprinzip).⁹⁴

Besonders wichtig für die Einordnung ist das Prinzip der Zurechnung. Die rechtlichen Interessen von Angreifer und Bedrohten sind zu trennen. Je nachdem, welcher der Parteien die Gefahrenquelle eher zuzurechnen ist, verteilt sich die Last der Zumutbarkeit, den eingetretenen Nachteil zu tragen.⁹⁵ Demzufolge ist die Notwehrlage dadurch gekennzeichnet, dass die „Quelle der Gefahr einem Beteiligten als rechtswid-

riger Angriff zurechenbar ist“.⁹⁶ Ebenso anerkannt ist, dass die Notwehr Ausdruck der Rechtsbewahrung ist. Der Verteidiger bewahrt nicht nur eigene Güter, sondern die Rechtsordnung als Ganzes: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“.⁹⁷ Bei dieser Prämisse überwiegt das Zurechnungsprinzip, da der Interessenkonflikt einseitig zu Lasten des Angegriffenen geht.

Die Voraussetzungen der Notwehr entsprechen weitestgehend denen des deutschen § 32 StGB.⁹⁸ Gleiches gilt für die Fallgruppen der Einschränkungen der Notwehr.⁹⁹ Erforderlich ist das Vorliegen einer objektiven, also tatsächlichen Notwehrsituation. Das wiederum meint einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden Angriff auf eines der im § 3 öStGB genannten Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen).¹⁰⁰ Nur die in § 3 Abs. 1 öStGB genannten Rechtsgüter sind notwehrfähig.¹⁰¹ Die Abwehrhandlung muss angemessen sein und in Relation zum Angriff stehen.¹⁰² Auch im österreichischen Recht gilt, dass sich die Notwehr nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten darf, § 3 Abs. 1 S. 2 öStGB.¹⁰³ Das Opfer, welches sich auf Notwehr beruft, muss Kenntnis von der Notwehrsituation haben. Liegt objektiv keine Notwehrsituation vor, glaubt das Opfer aber sich in einer solchen zu befinden, kommt Putativnotwehr, § 8 öStGB, in Betracht.

Der Exzess ist kodifiziert: Eine Notwehrüberschreitung, die lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, ist nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist, vgl. § 3 Abs. 2 öStGB. Der Exzess wird als Überschreitung der zulässigen Notwehr verstanden, d.h. es muss objektiv eine Notwehrsituation vorliegen und der Täter in Anbetracht der Umstände das gerechtfertigte Maß an Verteidigung überschritten haben. Der Notwehrexzess ist damit ein Handlungsexzess bei bestehender Notwehrlage.¹⁰⁴ Überschreitet der Täter in einer Notwehrsituation das gerechtfertigte Maß aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken und hätte jeder vernünftige Dritte so gehandelt, dann wird von (straflosem) Exzess im asthenischen (kraftlosen) Affekt gesprochen, § 3 Abs. 2 öStGB.¹⁰⁵ War der asthenische Exzess vermeidbar, so kommt eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit in Be-

⁸⁸ Vgl. *Stratenwerth/Wohlers*, Handkommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2010, Art. 16 Rn. 3.

⁸⁹ *Stratenwerth/Wohlers* (Fn. 88), Art. 16 Rn. 3.

⁹⁰ *Seelmann* (Fn. 83), Art. 16 Rn. 4 m.w.N.; differenzierend *Stratenwerth/Wohlers* (Fn. 88), Art. 16 Rn. 2.

⁹¹ BGE 102 IV 7; *Stratenwerth* (Fn. 76) § 10 Rn. 87.

⁹² *Seelmann* (Fn. 83), Art. 16 Rn. 5.

⁹³ *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 2012, 17. Kap. Rn. 3.

⁹⁴ *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, Z 13 Rn. 1.

⁹⁵ *Fuchs* (Fn. 93), 17. Kap. Rn. 4.

⁹⁶ *Fuchs* (Fn. 93), 17. Kap. Rn. 6.

⁹⁷ Vgl. *Fuchs* (Fn. 93), 17. Kap. Rn. 9.

⁹⁸ Ausführlich *Fuchs* (Fn. 93), 17. Kap. Rn. 10 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), Z 13 Rn. 4 ff.

⁹⁹ *Fuchs* (Fn. 93), 17. Kap. Rn. 38 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), Z 13 Rn. 7 ff.; 18 ff., Rn. 27 ff.

¹⁰⁰ *Fabrizy*, StGB und ausgewählte Nebengesetze, Kurzkomentar, 11. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1 ff.

¹⁰¹ *Fabrizy* (Fn. 100), § 3 Rn. 3; Die persönliche Ehre ist in Österreich kein notwehrfähiges Rechtsgut (mehr). Beleidigungen dürfen jedoch unter Umständen mit Gegenbeleidigungen „abgewehrt“ werden (§ 115 Abs. 3 StGB).

¹⁰² *Fabrizy* (Fn. 100), § 3 Rn. 9.

¹⁰³ *Fuchs* (Fn. 93), 17. Kap. Rn. 8.

¹⁰⁴ *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), Z 13 Rn. 22.

¹⁰⁵ *Fabrizy* (Fn. 100), § 3 Rn. 8; *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), 17. Kap. Rn. 22a.

tracht.¹⁰⁶ Überstreitet der Täter in einer Notwehrsituation das Maß aus Wut, Zorn oder Rache, so handelt es sich um einen Exzess im sthenischen (kraftvollen) Affekt. Dieser wird ihm voll zugerechnet.¹⁰⁷ Unschädlich ist es, wenn die sthenischen Affekte nur mitbestimmend sind. Überwiegen Angst, Furcht oder Schrecken, kommt eine Anwendung des § 3 öStGB dennoch in Betracht.¹⁰⁸

Aus dem Genannten lassen sich folgende Gedanken ableiten: Der Angegriffene hat zwar grundsätzlich den Schaden beim Angreifer gering zu halten. Diese Abwägung geht umso stärker zu Lasten des Angreifers, je mehr ihm die Quelle des Angriffs zugerechnet werden kann. Daher „passt“ der Notwehrexzess in dieses Konstruktion: Der Angreifer hat das Opfer so sehr in Angst, Furcht oder Schrecken versetzt, dass neben der Gefahr der rechtmäßigen Notwehr zusätzlich noch die Gefahr der Notwehrrüberschreitung bei der Verteidigung tritt. Ist diese überwiegend vom Angreifer zu verantworten, so trifft den sich verteidigenden Exzesstäter keine Schuld. Damit klingen Argumente aus dem vertragstheoretischen Konzept an (s.o.): Für jeden Bürger besteht die Gefahr, im Verlauf seines Lebens ohne eigene Vermeidemacht Adressat eines rechtswidrigen Angriffs zu werden.¹⁰⁹ Das Element der „Zurechnung“, wie es das österreichische Recht entwickelt hat, geht genau auf diese Problematik ein. Der Beteiligte, der die Gefahrquelle stärker zu verantworten hat, ist auch weniger schutzwürdig. Das Prinzip der Zurechnung zeigt auf, dass bestimmte Erwägungsgründe, die den Notwehrexzess als Entschuldigungsgrund statuieren, ebenso allgemeine Prinzipien im österreichischen Recht sind.

c) Frankreich

Die Grundlage der Notwehr im französischen Recht ist umstritten. Früher wurde vertreten, dass derjenige, der sich gegen einen Angriff verteidige, seine Beherrschung verlor (und verlieren durfte) und damit in einen Zustand der Schuldunfähigkeit (*non-imputabilité*) verfiel.¹¹⁰ Diese Ansicht ist inzwischen überkommen. An ihre Stelle ist die herrschende Ansicht getreten, die das Notwehrrecht aus dem Rechtsbewährungsprinzip ableitet.¹¹¹ Da staatliche Stellen in der konkreten Situation nicht einzugreifen vermögen, ist der „Gegenschlag“ (*riposte*) dem Angegriffenen überlassen.¹¹² Das Notwehrrecht ist dabei nicht rein objektiv, sondern subjektiviert ausgestaltet. Es genügt, dass der Angegriffene vernünftigerweise (*vraisemblable*) an einen Angriff glauben durfte.¹¹³ Der Täter darf sich auf seinen „bonne foi“ berufen, was sowohl eine Strafbarkeit aus Vorsatztat als auch wegen Fahrlässigkeit entfallen lässt. Die Verteidigungshandlung muss erforderlich und an-

gemessen sein. Auch das französische Recht kennt Einschränkungen der Notwehr, wie. z.B. den Angriff Schuldunfähiger.¹¹⁴

Des Weiteren wird bei der Notwehr zwischen der Verteidigung der Person, Art. 122.5 Code Pénal und der Verteidigung von Sachgütern unterschieden. Das französische Recht ist sowohl was die geschützten Rechtsgüter als auch was die gestattete Verteidigung betrifft, wesentlich strenger als das deutsche Recht.¹¹⁵ Zudem existieren bestimmte Beweislastregeln, die i.E. die Notwehr seltener greifen lassen als dies in Deutschland und England der Fall ist.¹¹⁶ In der Gesamtschau sind die Unterschiede jedoch eher marginal.¹¹⁷

Den Notwehrexzess als eigenen Topos kennt das französische Recht nicht, die Situation sehr wohl. Die Gründe, die den Exzess in Frankreich eher selten zur Anwendung bringen, liegen nicht in der grundsätzlichen Ablehnung dieser Figur, sondern vielmehr in der prozessualen Ausgestaltung des Berufens auf Notrechte und der damit verbundenen Beweislastregelung.¹¹⁸ Dennoch kann bei starken Affektsituationen die Verantwortlichkeit wegen unwiderstehlichen psychischen Zwangs (*contrainte*) zu verneinen sein.¹¹⁹ Zudem wird berücksichtigt, dass der Angegriffene regelmäßig nicht die Zeit hat, verschiedene Handlungsalternativen abzuwägen.

Auch das französische Recht erkennt die besonderen Umstände, die den in Angst und Schrecken versetzten Täter zur Überreaktion treiben. Der „unwiderstehliche psychische Zwang“ wirkt entschuldigend. Da die Notwehr auf der Rechtsbewahrung fußt, kann sich der Bürger (aus seiner Sicht) proportional wehren, wenn ihm sonst keine andere Möglichkeit vernünftig erscheint.

d) Angelsächsisches Recht

Im common law ist die Notwehr subjektiv ausgestaltet.¹²⁰ Die Sichtweise des Täters entscheidet.¹²¹ Auf ihn und seine Eindrücke kommt es an, wenn bewertet werden soll, ob eine Notwehrlage vorliegt oder nicht.¹²² Demnach wird auch nicht verlangt, dass der Angriff oder die Gefahr tatsächlich vorliegen. Es genügt, wenn der sich Verteidigende nachvollziehbar davon ausgehen darf.¹²³ Als Korrektiv dieses sehr weiten Maßstabes dient das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit. Die Verhältnismäßigkeit ist zu bejahen, wenn der sich Verteidi-

¹¹⁴ Vgl. *Rassat* (Fn. 110), S. 381 Rn. 329.

¹¹⁵ Von Seiten der Strafzwecke kennt das französische Recht die *rétribution*, vgl. *Nemitz* (Fn. 14), S. 129 ff. m.w.N.

¹¹⁶ Ausführlich *Perron* (Fn. 21), S. 1033.

¹¹⁷ *Perron* (Fn. 21), S. 1033.

¹¹⁸ *Perron* (Fn. 21), S. 1035.

¹¹⁹ *Perron* (Fn. 21), S. 1034 m.w.N.; zu weiteren Bedeutung des Exzesses für die Praxis, a.a.O., S. 1035.

¹²⁰ Instruktiv *Perron* (Fn. 21), S. 1029.

¹²¹ Auch dies ist dem deutschen Recht nicht völlig fremd, vgl. *Perron* (Fn. 21), S. 1022.

¹²² *Watzek* (Fn. 32), S. 91.

¹²³ *Ormerod* (Fn. 30), Chap. 11, S. 302, 305, 329; die genauen Voraussetzungen ergeben sich aus Court of Appeal (Criminal Division), Urt. v. 18.12.1981 – 1 All ER 801, 806, 74 Cr App R 235, 241 (R. v. Graham [1982], hier für *duress*).

¹⁰⁶ *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), Z 13 Rn. 22a.

¹⁰⁷ *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), Z 13 Rn. 22a.

¹⁰⁸ *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), Z 13 Rn. 25.

¹⁰⁹ *T. Zimmermann* ZIS 2015, 57 (59).

¹¹⁰ *Rassat*, Drot Pénal Général, 2. Aufl. 2006, S. 378 Rn. 325.

¹¹¹ *Rassat* (Fn. 110), S. 378 Rn. 325.

¹¹² *Rassat* (Fn. 110), S. 380 Rn. 328; *Perron* (Fn. 21), S. 1035.

¹¹³ *Rassat* (Fn. 110), S. 380 Rn. 358; *Perron* (Fn. 21), S. 1034.

gende aus seiner Perspektive die durch ihn angewandte Gewalt für instinktiv erforderlich hielt.¹²⁴ Ein weiterer Maßstab ist die „reasonableness“: Die Gewaltanwendung muss vernünftig ausgestaltet sein.¹²⁵ Da lediglich auf die Perspektive des Täters abgestellt wird, geht auch dieser Maßstab sehr weit.¹²⁶

Im englischen Rechtsdenken ist das Prinzip der Güterabwägung stärker verankert als im deutschen Verständnis. Nach kontinentaleuropäischer Rechtstradition braucht „das Recht dem Unrecht nicht zu weichen“.¹²⁷ Grenzen sind alleinig die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr im Rahmen der Gebotenheit.¹²⁸ Grundlage für das Notwehrrecht im common law hingegen ist einzig der Individualrechtsschutz; Rechtsbewährung als tauglicher Verteidigungsgrund ist diesem Rechtskreis fremd.¹²⁹ Der Angreifer muss jedoch in der Abwägung regelmäßig unterliegen, da er schuldhaft in den Rechtskreis des Betroffenen eingegriffen hat.¹³⁰

Eine dem § 33 StGB identische Norm besteht im englischen Recht wohl nicht.¹³¹ In Australien hingegen wurde der Exzess bis zum Jahre 1987 als partial excuse anerkannt.¹³² Der Court of Appeal sprach sich für das englische Strafrecht allerdings dagegen aus.¹³³

Das wiederum bedeutet nicht, dass der emotionale Ausnahmezustand des Täters in der Beurteilung keine Beachtung

finden würde. Notrechte sind nach englischer Vorstellung Zugeständnisse an die menschliche Schwäche.¹³⁴ In der Regel werden die Auswirkungen des Affekts bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Notwehr berücksichtigt und führen zu identischen Ergebnissen wie die Annahme einer Entschuldigung.

Zwar werden durch die Verlagerung aller Umstände in die Verhältnismäßigkeitsprüfung i. E. Rechtfertigung und Entschuldigung verquickt. Bedeutsamer ist allerdings, dass das zugrundeliegende Notwehrverständnis des common law vorgibt, dass das Rechtsgut verteidigt werden darf, weil der Angreifer den Konflikt zu verantworten hat. Damit ist eine wesentliche Parallele zum Ansatz *Roxins* gezogen (s.o. IV. 2. b). Im Grunde existiert der Exzess als Rechtsfigur, nur wird er unter dem Topos „Notwehr“ und dort in der Abwägung subsumiert.¹³⁵ Das mag dogmatisch bedenklich sein und zeugt von geringerem Bewusstsein für die differenzierten Konfliktlagen des Notwehrtäters einerseits und des Notwehrexzesstäters andererseits.¹³⁶ Entscheidend für die Akzeptanz einer Rechtsfigur ist jedoch nicht die Kodifikation¹³⁷, sondern das Bestehen des Rechtsgedankens. Und dieser besteht darin, wie auch im deutschen Recht zum Teil vertreten, dass der Angegriffene sich „unverhältnismäßig“ wehren darf, wenn der Angreifer ihn schuldhaft in einen Zustand der emotionalen Unterlegenheit versetzt.¹³⁸

2. Vergleichende Bewertungen

Es versteht sich von selbst, dass die aufgezeigten Rechtsordnungen weder geeignet sind, ein umfassendes Bild aller Notwehrordnungen dieser Welt zu skizzieren, noch, dass sie in allen Einzelheiten dargelegt werden konnten. Entscheidend ist lediglich, ob sich bereits aus diesen wenigen Beispielen ein Konsens hinsichtlich des Notwehrexzesses herauslesen lässt.¹³⁹ Es wäre unrichtig anzunehmen, dass das Herausdestillieren eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sich im bloßen Abgleich der Rechtsordnungen erschöpft. Vielmehr sind die jeweiligen Wertungen des nationalen Rechts zu hinterfra-

¹²⁴ Aus Privy Council (Jamaica), Urt. v. 15.2.1971 – 1 All ER 1077, 55xf Cr. App. R. 223 (R. v. Palmer [1971]), folgt: „If a jury thought that in a moment of unexpected anguish a person attacked had only done what he honestly and instinctively thought was necessary that would be most potent evidence that only reasonable defensive action had been taken“. vgl. *Watzek* (Fn. 32), S. 104.

¹²⁵ Court of Appeal (Criminal Division), Urt. v. 29.7.1999 – All ER (D) 916 (R. v. Balogun [1999]); *Perron* (Fn. 21), S. 1026; das gilt für das Rom-Statut genauso, vgl. oben und *Eser* (Fn. 2), Art. 31 Rn. 46 ff.; *Ormerod* (Fn. 30) Chap. 11, S. 330 ff., 334.

¹²⁶ *Watzek* (Fn. 32), S. 116 ff.

¹²⁷ So schon *Berner*, Archiv für Criminalrecht 1848, 547 (557).

¹²⁸ Vgl. statt vieler *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, Bd. 1, § 32 Rn. 201 ff.

¹²⁹ Vgl. *Watzek* (Fn. 32), S. 113.

¹³⁰ Dies entspricht den vorherrschenden Strafzwecken *reprobation*, *vengeance* und *denunciation*, vgl. *Nemitz* (Fn. 14), S. 90 ff.

¹³¹ Vgl. *Watzek* (Fn. 32), S. 115; vgl. House of Lords, Urt. v. 19. 1.1995 – 2 W.L.R. 80, 1, 1 All ER 334 ff. (R. v. Clegg [1995]); dazu *Ormerod* (Fn. 30), Chap. 11, S. 342; zum US-amerikanischen Recht *Perron* (Fn. 21), S. 1026 ff.

¹³² Dazu *Ormerod* (Fn. 30), Chap. 11, S. 342 ff.

¹³³ Court of Appeal (Criminal Division), Urt. v. 29.7.1971 – 3 All ER 295, 301 f (R. v. McInnes [1971]); ebenso House of Lords, Urt. v. 19. 1.1995 – 2 W.L.R. 80, 1 All ER 334 ff. (R. v. Clegg [1995]); das australische Recht schwenkte auf Linie des House of Lords ein, vgl. *Ormerod* (Fn. 30), Chap. 11, S. 343.

¹³⁴ House of Lords, Urt. v. 19.2.1987 – 1 All ER 771, 779 ff. (Lord Hailsham in R. v. Howe [1987], über *duress*).

¹³⁵ Was für die meisten der deutschen „Notwehrprobleme“ gilt, vgl. *Perron* (Fn. 21), S. 1021. Tatsächlich gab es bereits Versuche, den Exzesstatbestand im englischen Recht zu kodifizieren, *Watzek* (Fn. 32), S. 118 (314 ff.) m.w.N.

¹³⁶ *Fletcher*, Rethinking Criminal Law 1978, S. 855; ausführliche Diskussion der Nachteile bei *Watzek* (Fn. 32), S. 116 ff.

¹³⁷ Das Notwehrrecht des *common law* ist ohnehin ein Nebeneinander von geschriebenem Recht und Richterrecht, vgl. nur *Smith/Hogan* (Fn. 30), Chap. 11, S. 252.

¹³⁸ So auch *Perron* (Fn. 21), S. 1029, 1030; im US-amerikanischen Recht ähnlich, wenn auch vorsichtiger in der Bejahung der Ausnahmesituation, deren Beurteilung hauptsächlich in Händen der Jury liegt, S. 1030.

¹³⁹ Vgl. schon *Zemanek*, ZaöRV 1964, 453 (464 f.); *Lorenz*, in: Nipperdey/Dietz/Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, Bd. 2, 1965, S. 814; das genügt in der Regel auch für eine Deduktion vgl. *McAuliffe de Guzman* (Fn. 69), Art. 21 Rn. 17.

gen.¹⁴⁰ Passen sie auf nationaler Ebene zusammen, können sie möglicherweise auch auf das Völkerstrafrecht „hochgezont“ werden.

Den Begriff des Notwehrexzesses kennen das deutsche, das österreichische und das schweizerische Strafrecht. Wie dargelegt, ist die Tatlage auch dem angelsächsischen und dem französischen Recht bekannt: asthenische Affekte verhindern das Behalten eines „kühlen Kopfes“¹⁴¹, sie „trüben die Klarsicht“¹⁴². Wird diesem Umstand von den einen objektiv Rechnung getragen, stellen andere stärker auf die Perspektive des Angegriffenen ab. Die Beweggründe für das Anerkennen des Exzesses sind jedoch beinahe identisch.¹⁴³

Der Gedanke, dass der Angegriffene aus Angst, Furcht oder Schrecken, d.h. aus einer Situation der Unterlegenheit heraus, überreagiert, wird als Faktor menschlicher Schwäche anerkannt. Dass der Angreifer weniger schutzwürdiger ist, weil er die Rechtsgüter des Angegriffenen verletzt und es selbst in der Hand hat, ob er Opfer eines Exzesses wird oder nicht, wird insbesondere im angelsächsischen Recht als wichtigste Stütze des Verteidigungsrechts gewertet. Dieser Zurechnungsgesichtspunkt findet ebenso in der österreichischen Konzeption Widerhall. Die praktische Umsetzung der Anforderungen des Notwehrrechts erfolgt in allen Rechtsordnungen nahezu gleich.¹⁴⁴ Im Ergebnis ist man nicht weit von einem gemeinsamen *europäischen* Verständnis des Notwehrrechts entfernt.¹⁴⁵ Damit ist der Schritt hin zum Notwehrexzess nur ein gradueller, kein grundsätzlicher. Zwar ist Europa sicherlich nicht „die Welt“. Allerdings ist es ein ausreichend großer „Pool“ an Rechtstradition und Rechtserfahrung, aus dem sich gemeinsame Werte, insbesondere für das Internationale Völkerstrafrecht, deduzieren lassen.¹⁴⁶

VI. Anwendung des Notwehrexzesses durch den IStGH

1. Grundsätzliche Anerkennung

Auf der Basis der vorangegangenen Überlegungen liegt der Schluss nahe, dass es den entschuldigenden Notwehrexzess auch im Völkerstrafrecht unter dem Rom-Statut geben kann (und geben sollte). Gefühle und Affekte der Schwäche versetzen den Angegriffenen in einen Zustand, in dem er sich wehren darf. Zur Not auch stärker als ihm dies innerhalb der Grenzen der Notwehr zugestanden wird. Er darf dies, weil er einerseits in diese ausweglose Lage verbracht wird und der Angreifer es selbst in der Hand hätte, dem Exzess zu entgegen. Zudem erscheint die Regelung sinnvoll, da sie sich in anderen Rechtsordnungen ebenso finden lässt und die Tatlage allgemein anerkannt wird.

¹⁴⁰ Nemitz (Fn. 14), S. 44.

¹⁴¹ Ähnlich *Cassese u.a.* (Fn. 5), S. 215 ff.

¹⁴² *Roxin*, in: Grünwald u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, 1975, S. 105 (110).

¹⁴³ *Perron* (Fn. 21), S. 1027.

¹⁴⁴ Vgl. *Perron* (Fn. 21), S. 1036.

¹⁴⁵ So insbesondere *Perron* (Fn. 21), S. 1039.

¹⁴⁶ Dies schon lange fordernd *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 16 f.

2. Konkrete Ausgestaltung

Sinn der „Lückenfüllung“ über den Art. 21 Rom-Statut ist es nicht, bestehende Rechtsfiguren aus nationalen Rechtsordnungen eins zu eins in das Rom-Statut einzugliedern (s.o.). Staaten, die gültige Rechtsätze in ihrem eigenen Herrschaftsbereich akzeptieren, verhielten sich jedoch widersprüchlich, würden sie deren Existenz oder Wirkung im Völkerrecht leugnen. Damit ist nicht gesagt, dass immer nur der „kleinste gemeinsame Nenner“ gefunden werden soll.¹⁴⁷ Vielmehr ist die „beste Lösung“ zu ermitteln.¹⁴⁸ Demzufolge „gehören“ manche Problemkreise des Notwehrexzesses deutscher Prägung, § 33 StGB, (die auf jeden Fall in Verbindung mit dem VStGB klärungsbedürftig sind)¹⁴⁹, schlicht nicht in diese Diskussion zum Rom-Statut. Dies soll an einem letzten strittigen Punkt noch einmal dargestellt werden.

So sind in der deutschen Dogmatik der bewusste und der unbewusste Exzess von der Entschuldigungswirkung umfasst.¹⁵⁰ Daraus erwächst im Rechtsvergleich ein gravierendes, bisher übergangenes, Problem.¹⁵¹ Ein Gedankenspiel, allein auf das angelsächsische und das österreichische Recht übertragen, offenbart hier Friktionen: Aufgrund der subjektiven Ausrichtung des Notwehrrechts im angelsächsischen Denken kommt es darauf an, ob der Exzesstäter seine Handlung aus seiner Perspektive für erforderlich hielt. Dabei muss er *honestly and instinctively*¹⁵² von der Notwendigkeit seiner Handlung überzeugt sein. Korrigierend wirkt der Maßstab der *reasonableness* (s.o.).

Beim unbewussten Exzess bereitet das keine Probleme. Das fahrlässige Überschreiten der Notwehrgrenzen steht in keinem Widerspruch dazu, dass der Angegriffene subjektiv davon ausgeht, sich auf diese Art und Weise verteidigen zu müssen.

Der bewusste Exzess, also das vorsätzliche Überschreiten der Grenzen der Notwehr, bereitet hingegen Schwierigkeiten. Wenn es auf den subjektiven Maßstab ankommt, wie soll der Angegriffene dann *honestly and instinctively* von seiner Handlung überzeugt sein, während er tatsächlich vorsätzlich exzessiv handelt, d.h. mit Wissen und Wollen der Überschreitung der Grenzen der Notwehr? Auch im österreichischen Recht bereitet der bewusste Exzess Probleme. War der asthenische Exzess vermeidbar, so kommt eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit in Betracht.¹⁵³ Erst recht ist dann aber der Täter nicht mehr entschuldigt, der vorsätzlich im Exzess die Notwehrgrenzen übertritt.

¹⁴⁷ *Nemitz* (Fn. 14), S. 43 f.

¹⁴⁸ *Bothe*, *ZaöRV* 1976, 231; kritisch *Hailbronner*, *ZaöRV* 1976, 190 (219 f.).

¹⁴⁹ Dazu *T. Zimmermann*, *ZIS* 2015, 57.

¹⁵⁰ *Krey/Esser* (Fn. 43), Rn. 768; *Theile*, *JuS* 2006, 965 ff. Eindringlich gegen eine vormals vertretene a.A., die nur den unbewussten Exzess erfasst sah, *Roxin*, in: Grünwald (Fn. 142), S. 107 ff.

¹⁵¹ Z.B. bei *Watzek* (Fn. 32), S. 114 ff., überhaupt nicht thematisiert.

¹⁵² *Privy Council (Jamaica)*, Urt. v. 15.2.1971 – 1 All ER 1077, 55, Cr. App. R. 223 (R. v. Palmer [1971]).

¹⁵³ *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 94), S. 76 Rn. 22a.

Dieser Problemaufriss soll genügen. Die Aufarbeitung dieser Unterschiede würde den Rahmen sprengen.¹⁵⁴ Der Exkurs diene der Veranschaulichung, dass die Übernahme einer Rechtsfigur im Grundsätzlichen keineswegs auch die Akzeptanz *aller* Rechtsfolgen nach sich ziehen muss.

VII. Ergebnis

Die Straffreistellung wegen Notwehrüberschreitung kann über Art. 31 Abs. 3 i.V.m. Art. 21 Rom-Statut auch bei der Verwirklichung völkerstrafrechtlicher Tatbestände zur Anwendung kommen. Dabei ist zu betonen, dass nicht einfach der „Notwehrexzess deutscher Prägung“ dem Rom-Statut aufgestülpt wird. Vielmehr ist der grundsätzlichen *ratio legis* Rechnung zu tragen: der aus asthenischen Affekten Handelnde ist nicht zu bestrafen; der Notwehrexzess muss als „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ auch unter dem Rom-Statut gelten.

¹⁵⁴ Womöglich könnte beiden Rechtsordnungen durch Hinzuziehung von *Roxin* (Fn. 142), S. 109, der Einbezug des bewussten Exzesses schmackhaft gemacht werden: „In Situationen blitzschnellen Handels, die zudem noch von starken Affekten bestimmt sind, ist sie [die Abgrenzung von *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit] schon deshalb vollends unmöglich, weil sich der Bewusstseinszustand des Täters im Augenblick des Handelns nicht mehr konstruieren lässt. [...] Da die gesetzgeberische Entscheidung für die Straffreistellung des durch asthenische Affekte beeinflussten Exzesstäters sinnvollerweise nicht von Grenzziehungen abhängen kann, die schon theoretisch haarfein und sehr umstritten, praktisch aber gänzlich undurchführbar sind, ist es eine ehrliche und zweckmäßige Lösung, die Möglichkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit einzuräumen, auf eine irrealen Absichtung aber zu verzichten und den (mehr oder weniger) bewussten und den unbewussten Notwehrexzess gleich zu behandeln.“