

Zwischen dem Rechtfertigungsgrund Notwehr und dem Tatbestandsformat „Dauerdelikt“ bestehen einige Verbindungen, die in der juristischen Literatur mehr oder weniger eingehend und separat erörtert werden. Der vorliegende Text bearbeitet das Thema umfassend und bietet für alle umstrittenen Fragen Lösungen an.

I. Einleitung

Die Figur des „Dauerdelikts“ ist eine fragwürdige dogmatische Konstruktion, mit der – sofern man nicht auf sie ganz verzichten möchte – vorsichtig und zurückhaltend umgegangen werden sollte. An dieser Vorsicht und Zurückhaltung mangelt es, wenn strafrechtliche Schlussfolgerungen nicht nur auf dem Gebiet der Konkurrenzen gezogen werden¹, sondern in entlegeneren Bezirken, wie z.B. der Notwehr oder dem unechten Unterlassungsdelikt. In der Konkurrenzlehre mag es sinnvoll sein, die prima facie kontrafaktische Behauptung, dass ein Fall von Handlungseinheit vorliege, mit dem Hinweis auf den Dauerdeliktscharakter des betroffenen Straftatbestandes zu begründen.² Natürlich setzt dies voraus, dass ohne gravierende Zweifel exakt bestimmt werden kann, was ein Dauerdelikt kennzeichnet, bei welchen Straftatbeständen diese Kennzeichen vorliegen können und ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind. Die damit verbundenen Schwierigkeiten werden in Theorie und Praxis des Strafrechts unterschätzt. Jedenfalls gibt es nur wenige Autoren, die sich mit Texten gegen die kritiklose Akzeptierung und Anwendung des Dauerdelikts auflehnen.³ Offenkundig mangelt es an Problembewusstsein. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass es entgegen im Schrifttum vertretener Ansichten nicht möglich und – stellenweise – nicht erforderlich ist, bestimmte Fragen mit Bezug zur Notwehr durch den Hinweis auf „Dauerdelikt“ zu beantworten.

II. Berührungspunkte

Bevor auf Einzelheiten eingegangen wird, sei hier kurz skizziert, welche Zusammenhänge von Notwehr und Dauerdelikt Thema des vorliegenden Textes sind. Soweit diese schon früher von anderen Autoren behandelt wurden, wird dazu kritisch Stellung genommen. Jeder Strafrechtskundige wird beim Lesen des Aufsatztitels sofort an das Notwehrmerkmal „Gegenwärtigkeit“ (des Angriffs) denken. Weil – so wird gesagt – mit dem Angriff der Tatbestand eines Dauerdelikts – Hauptbeispiel: Freiheitsberaubung – erfüllt wird, ist der Angriff gegenwärtig, solange die Verwirklichung dieses Tatbestandes andauert.⁴ Ob das richtig ist und ob zur Begründung

des Ergebnisses die Verwendung der Vokabel „Dauerdelikt“ notwendig ist, wird unten (IV.) zu hinterfragen sein. Weniger aufdrängend im vorliegenden Kontext ist die „Verteidigung mit automatisierten Selbstschutzeinrichtungen“, die auch ein Gegenwärtigkeits-Problem aufwirft, dessen Existenz die h.M. indessen bestreitet.⁵ Erneut kann der Tatbestand Freiheitsberaubung herangezogen werden. Näheres dazu unten (V.). Während bei den soeben genannten Gegenständen die Beziehung der Notwehrregelung zum Dauerdelikt unmittelbar ist, weil sie ein Notwehrmerkmal des § 32 Abs. 2 StGB betrifft, schiebt sich bei dem dritten Objekt unserer Betrachtung die Figur „Garantenstellung“ dazwischen. Es geht um die umstrittene Frage, ob ein Notwehrrübender infolge seiner gefahr-begründenden Verteidigungsaktion mit einer Ingerenz-Garantenstellung gegenüber dem von ihm in Gefahr gebrachten Angreifer belastet wird. Dazu liest man an verschiedenen Stellen der Strafrechtsliteratur, dass dies der Fall sei, sofern die Notwehrhandlung den Tatbestand eines Dauerdelikts erfülle.⁶ Die fragwürdige These wird unten überprüft (VI.). Bevor in das oben umrissene Untersuchungsprogramm eingestiegen wird, müssen einige Bemerkungen zum Begriff „Dauerdelikt“ vorangestellt werden. Dazu sogleich (III.).

III. Dauerdelikt

Wie in der Strafrechtsliteratur das Dauerdelikt charakterisiert wird, anhand welcher Tatbestände die Figur veranschaulicht und das „Zustandsdelikt“ vom Dauerdelikt abgegrenzt wird, darf als bekannt vorausgesetzt werden. Daher beschränkt sich der vorliegende Text auf eine kurze Skizze.⁷ Für eine Abhandlung, in deren Mittelpunkt die Verknüpfung von Dauerdelikt und Notwehr steht, kommen naturgemäß allein Tatbestände in Betracht, die notwehrfähig sind, d.h. deren Verwirklichung ein „Angriff“ sein kann. Auf die zum „harten Kern“ der Dauerdelikte gehörende Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB)⁸ trifft das nicht zu.⁹ Mit der Verwirklichung dieses Tatbestandes ist lediglich die abstrakte Gefährdung der Stra-

Rn. 12; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 32 Rn. 18a; *Frisch*, Strafrecht, 2022, § 4 Rn. 120; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 342; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 53; *Stemler*, ZJS 2010, 347 (349).

⁵ *Trentmann*, JuS 2018, 944 (948); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 503.

⁶ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 36.

⁷ Ausführlicher zum Dauerdelikt ein Text, der als Festschriftbeitrag im letzten Quartal 2025 erscheinen wird.

⁸ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, vor § 52 Rn. 11; *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 316 Rn. 30.

⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 32 Rn. 10; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), S. 340; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 32 Rn. 9.

* Der Autor ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1253

² *Seher*, JuS 2004, 392 (394).

³ Zuletzt *Wagner*, ZfIS 6/2023, 349 ff.

⁴ *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 32

ßenverkehrssicherheit verbunden.¹⁰ Das ist kein notwehrfähiger Angriff.¹¹ Wird durch die Fahrt im alkoholisierten Zustand ein Mensch oder eine fremde Sache konkret gefährdet, ist das zwar ein individualgutsbeeinträchtigender Angriff im Sinne des Notwehrrechts. Die Grenze des abstrakten Gefährdungsdelikts „Trunkenheit im Verkehr“ ist dann aber schon überschritten. Die Tat ist ein notwehrfähiger Angriff nicht wegen ihrer immanenten Gefährdung der Verkehrssicherheit, sondern weil sie die Unversehrtheit eines menschlichen Körpers oder einer Sache beeinträchtigt. Notwehrauglich und ebenfalls Repräsentanten des Dauerdelikts sind Freiheitsberaubung, Hausfriedensbruch und unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (Angriff auf Fortbewegungsfreiheit, Hausrecht, Fahrzeugbenutzungsrecht). Körperverletzung, Sachbeschädigung, Diebstahl, Unterschlagung – so liest man – seien „Zustandsdelikte“ und keine Dauerdelikte. Warum eigentlich nicht? Abstrakt definiert wird das Dauerdelikt zweispurig: Dauerdeliktisch sei die Aufrechterhaltung des vom Täter herbeigeführten rechtsgutsbeeinträchtigenden tatbestandsmäßigen Zustands¹², z.B. die Perpetuierung der Freiheitsentziehung durch andauerndes Festhalten oder durch Unterlassen der Handlungen, mit denen dem eingesperrten oder anderweitig seiner Fortbewegungsmöglichkeiten beraubten Opfer seine Freiheit zurückgegeben wird, § 239 StGB. Die zweite Erscheinungsform des Dauerdelikts ist das fortwährende Ausführen der immer gleichen Handlungen, durch die der objektive Tatbestand andauernd erfüllt wird, was bei allen Taten der Fall ist, die durch das Führen eines Fahrzeugs begangen werden, also z.B. §§ 248b, 316 StGB. Von diesen Definitionen ausgehend leuchtet nicht ein, wieso z.B. Körperverletzung, Sachbeschädigung, Unterschlagung und Tierquälerei keine Dauerdelikte, sondern sog. „Zustandsdelikte“ sein sollen. Zumindest können diese Tatbestände – das wird in der Literatur teilweise auch anerkannt¹³ – im konkreten Fall dauerdeliktisch begangen werden. Auf diese Deliktstypen wird deshalb im Folgenden neben den als Dauerdelikt anerkannten und oben bereits erwähnten Tatbeständen auch zurückzukommen sein.

IV. Dauerdeliktischer Angriff

1. Gegenwärtigkeit des Angriffs auf die Fortbewegungsfreiheit

a) Andauernde Angriffsaktivität

Ein notwehrfähiger Angriff braucht keine Straftat zu sein.¹⁴ Auch rechtsgutsbeeinträchtigende Handlungen, die keinen Straftatbestand erfüllen, können ein Angriff i.S.d. § 32 StGB sein. Da das Dauerdelikt eine Erfindung der Lehre vom Straftatbestand ist und der Begriff ausschließlich im Kontext von Straf- und Bußgeldtatbeständen Verwendung findet, ist es methodisch fragwürdig, Schlussfolgerungen im Hinblick auf den notwehrfähigen Angriff zu ziehen.¹⁵ Diese Bedenken sollen hier aber nicht überakzentuiert werden. Denn immerhin besteht eine große Schnittmenge zwischen Straftaten und Notwehrlagen. Häufig wird eine Straftat zugleich ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff sein. Deshalb lohnt eine Untersuchung schon, die nach Antworten auf die Fragen strebt, ob das auf Dauerdelikte zutrifft und wie sich das vor allem auf die Gegenwärtigkeit des Angriffs auswirkt. Tatbestandsmäßiges Handeln¹⁶ ist durch Notwehr gerechtfertigt, wenn es der Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff dient. Eine Freiheitsberaubung ist ein Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit. Sofern der Angriff gegenwärtig und rechtswidrig ist, liegt eine Notwehrlage vor. Freiheitsberaubung wird stets als erstes Beispiel genannt, wenn jemand erklärt, was man im Strafrecht unter einem „Dauerdelikt“ versteht.¹⁷ Die folgenden Ausführungen können sich daher auf die Freiheitsberaubung als Notwehrlage konzentrieren. Wie oben schon angedeutet wurde, wird dem Dauerdelikt Notwehrrelevanz in Bezug auf das Notwehrmerkmal „gegenwärtig“ zugeschrieben. Der Dauerdeliktscharakter bewirke, dass der Angriff so lange gegenwärtig ist, wie die Begehung des Dauerdelikts andauert.¹⁸ Übt also jemand Notwehr oder Nothilfe zu einem Zeitpunkt, zu dem das Dauerdelikt noch nicht beendet ist, erfüllt er die Voraussetzung einer Verteidigung gegen einen gegenwärtigen Angriff. Es wird aber sogleich zu zeigen sein, dass diese Feststellung auch ohne Erwähnung des „Dauerdelikts“ möglich ist. Die einfachste Erscheinungsform einer andauernden Freiheitsberaubung ist die Verübung von vis absoluta über einen länge-

¹⁰ Fischer (Fn. 4), § 316 Rn. 2; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2024, Rn. 1332; Renzler, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 43 Rn. 1.

¹¹ Überindividuelle Rechtsgüter sind nicht notwehrfähig, Erb, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 100; Heger (Fn. 8), § 32 Rn. 3.

¹² B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 166: „Fortdauern des Zustands“; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 5), Rn. 46: „willentliches Aufrechterhalten“.

¹³ Reinbacher, JZ 2020, 558 (561); ders., in: Jeßberger/Vornbaum/Burghardt (Hrsg.), Strafrecht und Systemunrecht, Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, 2022, S. 881 ff.

¹⁴ Fischer (Fn. 4), § 32 Rn. 8.

¹⁵ Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. 1992, § 26 Rn. 25; Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 170.

¹⁶ Ebenso tatbestandsmäßiges Unterlassen, wenngleich eine Verteidigung durch Unterlassen praktisch selten vorkommen dürfte. Wenig lebensnah der zu didaktischen Zwecken ersonnene Sachverhalt bei Mitsch, JuS 1988, 468 (469).

¹⁷ Reinbacher (Fn. 13 – FS Werle), S. 883.

¹⁸ Erb (Fn. 11), § 32 Rn. 112; Rönnau/Hohn, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 149; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 16.

ren Zeitraum. Der Täter hält das Opfer fest¹⁹ und zwar nicht nur ein „Vaterunser“ lang, sondern so viele Minuten²⁰, dass auf die erstmalige Vollendung noch eine mehr oder weniger ausgedehnte „Beendigungs“-Phase folgt, während der – um im Bild zu bleiben – ein „Gegrüßet seist Du Maria“ gebetet werden kann. Der Angriff auf die Freiheit des Festgehaltenen ist bereits mit Beginn – bzw. sogar schon unmittelbar davor²¹ – der Festhaltung gegenwärtig. Er ist es aber auch noch nach so und so viel Minuten, weil der Täter immer noch Körperkraft aufwendet, um das Opfer am Weglaufen zu hindern. Eine Diskussion darüber, ob sich die Gegenwärtigkeit des Angriffs ausschließlich nach dem Angriffsverhalten richtet oder ob auch Angriffsfolgen nach Beendigung des Angriffsverhaltens die Gegenwärtigkeit des Angriffs „einfrieren“²², braucht in diesem Fall nicht geführt werden. Ein Nothelfer, der seinerseits gegen den Angreifer Gewalt anwendet, um dessen Opfer zu befreien, verteidigt also gegen einen gegenwärtigen Angriff, egal ob er bereits den Zugriff des Angreifers auf das Opfer unterbindet oder dieses erst nach zehnmütigem Festgehaltenwerden aus der Umklammerung des Angreifers erlöst. Um in letzterem Fall das mit dem Begriff „gegenwärtig“ gemeinte koinzidente Zusammentreffen von Angriff und Verteidigung zu begründen, ist ein Rückgriff auf die dogmatische Figur „Dauerdelikt“, ist die Erwähnung des Wortes „Dauerdelikt“, nicht notwendig. Der Angriff ist im Zeitpunkt der Verteidigung (Befreiung des Opfers) nicht deswegen gegenwärtig, weil Freiheitsberaubung ein Dauerdelikt ist, sondern weil Verteidigerhandeln und Angreiferhandeln im selben Zeitpunkt zusammentreffen. Der Notwehrübende verteidigt, während der Angreifer aktiv angreift. Ob der Angreifer auch schon vorher den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt hat – nur dann kann das gegenwärtige Festhalten als Teil eines Dauerdelikts „Freiheitsberaubung“ qualifiziert werden – ist für die Feststellung des Notwehrmerkmals „gegenwärtig“ gleichgültig. Wurde das Opfer O von X eingesperrt und unterbindet nach 20 Minuten der Y die erfolgsversprechenden Ausbruchsbemühungen des O, indem er eine schwere Truhe vor die nach außen zu öffnende Tür schiebt, ist das ein gegenwärtiger Angriff des Y auf die Freiheit des O. Teil eines „Dauerdelikts“ ist dasselbe Handeln des Y nicht, Das wäre nur dann der Fall, wenn Y schon zuvor den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt hätte. Das Dauerdelikt wird hier also als Teil des Textes, mit dem die Erfüllung

des Notwehrmerkmals „gegenwärtig“ begründet wird, nicht gebraucht.

b) Angriff durch Unterlassen und gegenwärtiger Angriffserfolg

Vielleicht braucht man das Dauerdelikt als Argument für die Bejahung von Gegenwärtigkeit des Angriffs aber in Freiheitsberaubungs-Fällen, in denen die Gefangenschaft des Opfers nicht durch weiteres aktives Tun, sondern durch ein vom Täter geschaffenes²³ technisches Fortbewegungshindernis aufrechterhalten wird: der Täter sperrt das Opfer in einem Raum ein oder fesselt es mit einem Seil an einen Stuhl. Bricht ein Nothelfer die Tür auf oder zerschneidet er das dem Täter gehörende Seil, ist die dadurch begangene Sachbeschädigung gewiss durch Notstand gerechtfertigt, § 228 BGB, § 34 StGB. Rechtfertigung gem. § 32 StGB wäre ebenfalls möglich, sofern der Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit zur Zeit der sachbeschädigenden Verteidigungshandlung noch gegenwärtig ist. Klar ist, dass ein bloßer „Zustand“ kein „Angriff“ i.S.d. § 32 StGB sein kann.²⁴ Ein noch gegenwärtiger Angriff kann der aktuelle Zustand der Unfreiheit also nur sein, wenn er Teil eines notwehrfähigen Angriffs ist. Dafür stehen zwei Begründungswege zur Verfügung. Erstens: Eine gegenwärtige Angriffsaktivität fehlt, es handelt sich aber wegen Nichtaufhebung der Gefangenschaft um einen gegenwärtigen Angriff durch Unterlassen. Zweitens: Wenn auch ein gegenwärtiger Angriff durch Unterlassen nicht gegeben ist, kann vielleicht auf die Gegenwärtigkeit des durch die zurückliegende Angriffsaktivität geschaffenen Angriffserfolgs (Gefangenschaft des Angegriffenen) abgestellt werden. Denn immerhin muss diesem Erfolg ein Angriffsverhalten (Tun oder Unterlassen²⁵) vorausgegangen sein.²⁶ Hat der Eigentümer der beschädigten Tür oder des beschädigten Seils die Möglichkeit und die Pflicht, den Gefangenen zu befreien bzw. freizulassen, ist seine Untätigkeit ein Angriff durch Unterlassen.²⁷ Nahezu ausnahmslos wird in der juristischen Literatur die Möglichkeit eines notwehrfähigen Angriffs

²³ Gleichbedeutend: vom Garanten nicht beseitigtes.

²⁴ Aus gutem Grund wird in der Tatbestandslehre darüber gerätselt, ob der Zustand „Besitz“ ein aktives Tun oder ein Unterlassen oder weder das eine noch das andere ist. Nach zutreffender Ansicht ist „Besitz“ überhaupt kein menschliches Verhalten; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 60.

²⁵ Beispiel: ein Garant verhindert nicht, dass das Opfer sich aus Versehen selbst einsperrt.

²⁶ Damit hätte man in dem Fall (BGH NJW 1989, 2479 ff.) einen „Angriff“ der Bäuerin, die „durch ihr bloßes Stehenbleiben in dem engen Durchgang ein Hindernis für den ins Freie strebenden Angeklagten“ (BGH NJW 1989, 2479 [2481]) schuf, begründen können; dazu Küpper, JuS 1990, 184 (187), der aber nicht erörtert, ob das bloße Stehen der Bäuerin überhaupt ein Angriff ist. Gegen § 32 StGB und für § 34 StGB in diesem Fall Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 8.

²⁷ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 45.

¹⁹ Anderes Beispiel bei Reinbacher (Fn. 13 – FS Werle), S. 884: Der Täter stemmt sich gegen die Tür des Raums, in dem das Opfer von ihm eingesperrt wurde.

²⁰ Wie viele Minuten es mindestens sein müssen, vermag niemand zu sagen, vgl. Sonnen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 4), § 239 Rn. 18. Sonnen meint sogar, eine kurze Dauer von zwei oder drei Minuten könne ausreichen, wenn „gleichzeitig die Intensität besonders hoch“ ist. Wie man die Höhe der „Intensität“ einer Freiheitsentziehung anders als mit einem Zeitmaß bestimmen soll, erklärt der Autor nicht.

²¹ Fischer (Fn. 4), § 32 Rn. 17: „unmittelbar bevorsteht“.

²² Dazu zuletzt Mitsch, JZ 2023, 230 ff.

durch Unterlassen bejaht.²⁸ Begeht also der Nothelfer seine sachbeschädigende Befreiungsaktion, während der Eigentümer der beschädigten Sachen seine Befreiungspflicht durch Nichtstun verletzt, bereitet die Feststellung des Notwehrmerkmals „gegenwärtig“ keine Probleme. Wiederum bedarf es dabei eines Rückgriffs auf die Figur „Dauerdelikt“ nicht. Hat der Eigentümer das Opfer nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig eingesperrt, hat er keine Freiheitsberaubung begangen (§ 15 StGB), ist aber Garant aus Ingerenz geworden. Ein Dauerdelikt liegt also gar nicht vor, gleichwohl ein gegenwärtiger Angriff in Gestalt gebotswidrigen Unterlassens.

Die problematischste Fallkonstellation zeichnet sich dadurch aus, dass dem Fortdauern des rechtsgutsbeeinträchtigenden Zustands weder eine andauernde Aktivität noch ein Unterlassen des Angreifers korrespondiert. Die Gegenwartigkeit des Angriffs kann also nicht mit dem Hinweis auf gegenwärtiges Angreiferverhalten (weitere Angriffsaktivitäten, Angriff durch Unterlassen durch Nichtaufhebung des rechtsgutsverletzenden Zustands) begründet werden. Hat der Täter sein Opfer in einem Raum eingesperrt und hat dieser eine schwere Stahltür, die sich nur mittels einer allein dem Angreifer bekannten Zahlenkombination öffnen lässt, entfällt der Angriff durch Unterlassen, wenn der Täter diese Zahlenkombination vergessen hat. Wird der Eingesperrte von Dritten befreit, nachdem mit einem Presslufthammer oder mit Sprengstoff ein Loch in eine Mauer gebohrt oder gesprengt wurde, ist diese Sachbeschädigung durch Notwehr(hilfe) gerechtfertigt, sofern es für die Gegenwartigkeit des Angriffs genügt, dass der vom Angreifer – der zugleich Eigentümer des durch die Befreiungsaktion beschädigten Gebäudes ist²⁹ – herbeigeführte Freiheitsberaubungserfolg andauert. Anders ausgedrückt lautet die Frage, ob es bei der Notwehr auf die Gegenwartigkeit des Angreiferverhaltens oder auf die Gegenwartigkeit des – ohne weiteres Angreiferverhalten fortbestehenden – Angriffserfolges ankommt.³⁰ Das ist bekanntlich umstritten und wird in vielen Texten, die sich mit der Gegenwartigkeit des Angriffs beschäftigen, überhaupt nicht reflektiert.³¹ Wird die Gegenwartigkeit eines fortdauernden Angriffs mit dem schlichten Hinweis darauf begründet, dass der Angriff den Tatbestand eines Dauerdelikts erfülle, hängt die Entscheidung über die Gegenwartigkeit des Angriffs von der Definition des Begriffs „Dauerdelikt“ ab. Sie hängt des Weiteren davon ab, welche Straftatbestände bzw. welche Arten von Tatbestandsverwirklichungen der Kategorie Dau-

erdelikt zuzuordnen sind und welche nicht. Sieht man einmal von den wenigen Tatbeständen ab, die in Kommentaren, Lehrbüchern und sonstigen Texten als Hauptvertreter der Gattung „Dauerdelikt“ genannt werden, besteht keine Klarheit über die Zuordnung der vielen Tatbestände des geltenden Strafrechts zu den Klassen „Dauerdelikt“ und „Zustandsdelikt“. Das liegt nicht zuletzt daran, dass es unterschiedliche und vor allem ungenaue Formulierungen der zugrunde liegenden Definition(en) gibt. Entscheidend ist letztendlich, dass die meisten dieser Definitionen die Aufrechterhaltung des geschaffenen Zustands durch aktives Tun oder Unterlassen oder die fortdauernde Ausführung der tatbestandserfüllenden Handlung verlangen.³² Die bloße Fortexistenz des geschaffenen Zustands – ohne aufrechterhaltendes Täterverhalten – macht aus diesem Zustand kein Dauerdelikt und zwar auch dann nicht, wenn sich der Zustand mit zunehmender Dauer verschlimmert.³³ Damit steht aber fest, dass zwischen der Gegenwartigkeit des Angriffs und der dogmatischen Figur „Dauerdelikt“ kein Begründungszusammenhang besteht: Die Gegenwartigkeit des Angriffs wird in keinem Fall damit begründet, dass der Angriff zugleich ein Dauerdelikt ist. Wenn die Gegenwartigkeit des Angriffs darauf beruht, dass der Angreifer durch weitere Aktivität oder pflichtwidriges Unterlassen den Zustand aufrechterhält, ist es irrelevant, ob diesem aufrechterhaltenden Verhalten bereits deliktisches Verhalten vorausgegangen ist, das aus dem Gesamtvorgang ein Dauerdelikt macht. Nicht nur der Freiheitsberaubungstäter, der den von ihm geschaffenen Opfer-Zustand des Eingesperrtseins durch Anbringen eines zusätzlichen Riegels perpetuiert, begeht einen gegenwärtigen Angriff auf die Freiheit, sondern auch der neu hinzugekommene Helfer, der diese Tätigkeit dem Täter abnimmt. Letzterer hat gewiss kein Dauerdelikt begangen (jedenfalls wenn er von einem Nothelfer am Anbringen des Riegels gewaltsam gehindert wird), wohl aber einen gegenwärtigen Angriff. Vor allem besagt das Dauerdelikt auch nichts darüber, ob die im Zeitpunkt der Verteidigung noch existierenden Folgen des Angriffs auch ohne aufrechterhaltendes Verhalten als gegenwärtiger Angriff anerkannt werden können. In der Literatur wird dies vereinzelt explizit bejaht, indem allein der Angriffserfolg für maßgeblich erklärt wird.³⁴ Ob dieser Erfolg Teil eines Dauerdelikts ist oder nicht, scheint dabei keine Rolle zu spielen. Folglich kommt der Figur des Dauerdelikts nicht einmal eine Ausschlusswirkung in dem Sinne zu, dass der noch existierende Rechtsgutsbeeinträchtigungszustand dann kein gegenwärtiger Angriff ist, wenn es sich nicht um die Erfolgskomponente eines Dauerdelikts handelt. Durch Betrachtung von Angriffen auf andere Rechtsgüter wird die bereits hier ermittelte Bedeutungslosigkeit des Dauerdelikts zusätzliche Bestätigung erfahren.

²⁸ *Fischer* (Fn. 4), § 32 Rn. 5a; *Heger* (Fn. 8), § 32 Rn. 3; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 25 Rn. 78; *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 101; *Rosenau* (Fn. 18), § 32 Rn. 6.

²⁹ Anderenfalls ist die sachbeschädigende Befreiung keine „Verteidigung“, vgl. *Mitsch* (Fn. 24), § 15 Rn. 32.

³⁰ *Frister*, GA 1988, 291 (306); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 16 Rn. 15; *Kühl* (Fn. 27), § 7 Rn. 52.

³¹ *Rosenau* (Fn. 18), § 32 Rn. 12: „Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert.“ Was „er“ ist – Angriffshandlung oder Angriffserfolg – wird in den folgenden Erläuterungen (Rn. 13–17) nirgends explizit thematisiert.

³² *Heger* (Fn. 8), vor § 52 Rn. 11.

³³ Anders – ohne Begründung – *Frisch* (Fn. 4), § 4 Rn. 120: „Gegenwärtig ist also nicht nur die durch technische Mittel aufrechterhaltene Freiheitsentziehung [...]“.

³⁴ *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 141, 149.

2. Gegenwärtigkeit des Angriffs auf körperliche Unversehrtheit und Gesundheit

Bei Ausführungen zur notwehrrelevanten Gegenwärtigkeit von Angriffen, die Körperverletzungstatbestände (§§ 223 ff StGB) erfüllen, findet das „Dauerdelikt“ keine Erwähnung. Das ist nachvollziehbar, da Körperverletzung – sofern sie in diesem Zusammenhang überhaupt thematisiert wird – als Beispiel für ein vom Dauerdelikt zu unterscheidendes „Zustandsdelikt“ genannt wird.³⁵ Richtig ist das deswegen, weil – vielleicht abgesehen vom Bereich der Konkurrenzen (§§ 52 ff StGB) – das Argumentieren mit „Dauerdelikt“ und „Zustandsdelikt“ pauschal abzulehnen ist. Es ist aber widersprüchlich und unsystematisch, sofern man wie die h.M. an dieser Kategorisierung der Delikte festhält. „Bei Dauerdelikten endet der Angriff nicht schon, wenn der Täter aufgehört hat zu handeln, sondern erst mit der Beendigung des dadurch geschaffenen rechtswidrigen Zustands“ heißt es im StGB-Kommentar „Schönke/Schröder“.³⁶ Also müsste auch die Gegenwärtigkeit eines Angriffs auf die körperliche Unversehrtheit mit dem Dauerdelikts-Argument begründet werden können. Oder ist die sich verschlechternde gesundheitliche Verfassung des Opfers einer körperlichen Misshandlung (§ 223 Abs. 1 StGB) kein „dadurch geschaffener rechtswidriger Zustand“? Kann der Verschlimmerung des Zustands allein dadurch entgegengewirkt werden, dass dem Täter/Angreifer gewaltsam das einzige schmerzlindernde Medikament abgenommen wird, müsste dann nicht die damit einhergehende Verwirklichung von Straftatbeständen (§§ 242, 249, 240, 223 StGB) durch Notwehr/Nothilfe gem. § 32 StGB zu rechtfertigen sein? Sofern dies zu bejahen ist und der Körperverletzung jedenfalls in dieser konkreten Begehungsform der Charakter als „Dauerdelikt“ abgesprochen wird, zeigt sich auch an dieser Stelle, dass es im Kontext des § 32 StGB sinnlos und überflüssig ist, mit dem „Dauerdelikt“ zu argumentieren. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs muss aus dem Notwehrrecht unter Berücksichtigung der auslegungsleitenden „Grundgedanken“ dieses Rechtfertigungsgrundes erschlossen werden. Ob daneben auch das Vorliegen eines Dauerdelikts zu konstatieren ist oder nicht, ist unerheblich. Wie schon bei Angriffen auf die Fortbewegungsfreiheit gezeigt wurde, kann die Gegenwärtigkeit eines Angriffs bei einem länger existierenden Zustand angriffsbedingter Beeinträchtigung der Gesundheit an diesen Zustand erhaltendes oder verschlimmerndes Verhalten (aktives Tun oder gebotswidriges Unterlassen) geknüpft werden.³⁷ Ein Arzt, der dem infolge eines Angriffs erkrankten Patienten ein Medikament verabreicht, das keine heilende, sondern schädliche Wirkung hat, begeht einen solchen Angriff durch aktives Tun. Bewirkt er eine Zustandsverschlechterung durch garantenpflichtwidrige Vorenthaltung der lindernden Arznei, greift er die Gesundheit durch Unterlassen an. Zur Begründung der Gegenwärtigkeit dieses Angriffs genügt die Anknüpfung an das aktuelle rechtsgutsbeeinträchtigende Verhalten des Arztes.

³⁵ Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), vor § 52 Rn. 82.

³⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 32 Rn. 15.

³⁷ Rückert (Fn. 15), S. 196.

Eine Verantwortlichkeit für den bereits bestehenden Krankheitszustand – nur unter dieser Voraussetzung könnte man an ein Dauerdelikt denken – spielt keine Rolle. Instruktiv als Gegenbeispiel ist der von Helmut Frister gebildete Fall eines Angriffs, bei dem die Niere des Opfers geschädigt und eine Transplantation erforderlich geworden ist. Dem Körper des Angreifers darf zu diesem Zweck nicht zwangsweise eine gesunde Niere entnommen werden, weil der Angriff auf die Gesundheit des Opfers nicht mehr gegenwärtig ist.³⁸ Das ist unter dem hier allein in Betracht kommenden Gesichtspunkt des Angriffs durch Unterlassen (Garantenstellung aus Ingerenz) deswegen richtig, weil es dem Angreifer gar nicht möglich ist, eigenhändig sein eigenes Organ zu spenden. Darin unterscheidet sich dieses Beispiel von dem oben erwähnten Fall, in dem der Angreifer über das einzige Heilung versprechende Medikament verfügt, dieses aber nicht herausgeben will. Zwar könnte im Fall der Nierenspende eingewandt werden, dass es dem Angreifer sehr wohl möglich ist, sich dem Transplantationsteam als Organspender anzubieten und dass der Angriff im Unterlassen eines solchen Angebots besteht. Gewiss sträubt sich jedoch das Rechtsgefühl gegenüber der Rechtfertigung eines derart massiven Eingriffs. Das unerwünschte Ergebnis lässt sich aber nicht über eine „sozialethische Einschränkung“ vermeiden, denn ein „krasses Missverhältnis“ liegt angesichts der schwer geschädigten Gesundheit des Angriffsopfers nicht vor. Ansatzpunkt für eine Lösung muss daher eine von vornherein restriktive Definition des notwehrfähigen Angriffs durch Unterlassen sein.³⁹ Im Beispielfall könnte man argumentieren, dass Organspenden keinem Garanten zumutbar sind, die Weigerung also kein Unrecht zum Nachteil des auf das Spenderorgan angewiesenen Patienten ist.⁴⁰ Selbst von einer Mutter oder einem Vater würde man nicht verlangen, dem eigenen schwer kranken Kind eine von zwei Nieren zu spenden.⁴¹ Für einen Angreifer, der qua Ingerenz zum Garanten gegenüber dem Angegriffenen geworden ist, kann man es auch nicht verlangen.

3. Gegenwärtigkeit des Angriffs auf Eigentum

Fester Bestandteil jeder Kommentierung des § 32 StGB und jedes Lehrbuchkapitels zur Notwehr ist die Notwehr/Nothilfe gegenüber dem mit Beute fliehenden Dieb.⁴² Es wird betont, dass der Angriff auf Eigentum und Gewahrsam nicht „automatisch“ mit Vollendung des Diebstahlstatbestandes, also mit der durch Gewahrsamsbruch und Gewahrsamsneubegrün-

³⁸ Frister (Fn. 30), § 16 Rn. 15.

³⁹ Erb (Fn. 11), § 32 Rn. 67.

⁴⁰ Weigend, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 69: „Dem Täter wird es von der Rechtsordnung nicht unter Strafdrohung zugemutet, zur Rettung Anderer sein Leben oder seine Gesundheit aufs Spiel zu setzen.“

⁴¹ Erb (Fn. 11), § 34 Rn. 277.

⁴² Grop/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 146; Murmann (Fn. 28), § 25 Rn. 82; Roxin/Greco (Fn. 26), § 15 Rn. 28.

dung begangenen „Wegnahme“⁴³ ende. Notwehrrelevant sei auch noch die der Vollendung nachfolgende Beendigungsphase, während die gestohlene Sache vom Täter abtransportiert und an einen sicheren Ort gebracht wird.⁴⁴ Erst wenn letzteres erreicht ist, sei der Angriff abgeschlossen und ab dann nicht mehr gegenwärtig.⁴⁵ Richtig ist daran nur, dass die Notwehrvoraussetzung „gegenwärtiger Angriff“ nicht in dem Moment wegfällt, in dem die Subsumtion unter § 242 Abs. 1 StGB das Ergebnis der Erfüllung des objektiven Diebstahls-Tatbestandes liefert. Schon im Ansatz ist es methodisch inadäquat, einen Zusammenhang zwischen Gegenwartigkeit des Angriffs und Erfüllung des objektiven Tatbestandes einer Straftat zu konstruieren.⁴⁶ Ein notwehrfähiger Angriff braucht nicht strafatbestandsmäßig zu sein und umgekehrt ist die Erfüllung eines Straftatbestandes nicht automatisch ein notwehrrelevanter Angriff. Die Gegenwartigkeit des Angriffs hat Voraussetzungen, die unabhängig von der Existenz eines Straftatbestandes sind. „Fahrlässige Sachbeschädigung“ ist ebenso ein notwehrfähiger Angriff wie die ohne Zueignungsabsicht vollzogene Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Das „Zuparken“ einer Garageneinfahrt ist ein Angriff auf das Eigentum des Grundstückseigentümers oder -mieters⁴⁷, obwohl es keinen Straftatbestand⁴⁸ gibt, der diese Beeinträchtigung pönalisiert. In Fällen wie diesen ist eine Orientierung an bestimmten Zeitgrenzen des Tatbestandes nicht möglich. Generell ist sie weder hilfreich noch notwendig. Zur Bestimmung der Gegenwartigkeit des Diebstahls-Angriffs kann auf die Figur „Dauerdelikt“ nicht zurückgegriffen werden. Diebstahl ist kein Dauerdelikt. Schon mit dem Bruch des bisherigen Gewahrsams steht fest, dass nach der – meistens mit dem Gewahrsamsbruch zusammenfallenden – Begründung neuen Gewahrsams die Perpetuierbarkeit oder Wiederholbarkeit der Tatbestandserfüllung unmöglich ist. Dem Inhaber des bisherigen Gewahrsams kann die Sache nicht noch einmal weggenommen werden, weil er keinen Gewahrsam mehr hat, der gebrochen werden könnte. Jegliches Handeln oder Unterlassen, das zum Andauern des Verlusts der Sache beiträgt, kann eventuell den Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB) erfüllen, nicht aber den Tatbestand des Diebstahls. Obwohl Diebstahl kein Dauerdelikt ist, behaupten Rechtsprechung und Strafrechtslehre einhellig, dass es eine Angriffsgegenwärtigkeit nach Vollendung des Tatbestandes gibt, diese aber nicht ohne Ende andauert, sondern auf die Beutesicherungsaktion beschränkt ist. Wieso das anschließende weitere Behalten der gestohlenen Sache, das für den bestohlenen Eigentümer sich zeitlich vermehrenden

Verlust bedeutet, kein gegenwärtiger Angriff auf das Eigentum mehr ist, wird nicht erklärt.⁴⁹ Tatbestandsdogmatische Begriffe wie „Vollendung“ und „Beendigung“ helfen nicht.⁵⁰ Die Grenzen der Notwehr können nur aus dem Notwehrrecht selbst oder – was hier ausschlaggebend ist – aus dem Verhältnis der Notwehr zu vorrangigen Restitutionsinstrumenten wie Zivilklage, einstweilige Verfügung und Selbsthilfe i.R.d. § 229 BGB erschlossen werden.⁵¹

Nicht nur Diebstahl, auch Unterschlagung und Sachbeschädigung werden nicht zu den Dauerdelikten gezählt. Dennoch wird niemand bestreiten, dass ein Täter, der mit dem Gartenschlauch eine Viertelstunde lang das Wohnzimmer seines Nachbarn unter Wasser setzt und dabei unter anderem den wertvollen Teppichboden ruiniert, den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB auch noch in Minute 14 erfüllt, sofern zu diesem Zeitpunkt der Zustand von Gegenständen noch verschlechtert werden konnte. Nicht anders ist das Verhalten des Täters zu beurteilen, der das Haus in Brand gesetzt hat und dann mit dem Schlauch in der Hand dem Niederbrennen zusieht, anstatt das Feuer zu löschen. Durch garantenpflichtwidriges Unterlassen erfüllt der Täter – neben § 306 Abs. 1 StGB und evtl. § 306a Abs. 1 StGB – den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB so lange, bis alles zerstört und nichts mehr zu löschen ist. Man sieht, dass keinerlei Unterschied besteht zu dem Täter, der sein Opfer eine Viertelstunde festhält oder eine Viertelstunde einsperrt und erst nach 15 Minuten wieder loslässt bzw. die verschlossene Tür öffnet, § 239 Abs. 1 StGB. Der Fall erfüllt alle Anforderungen, die in der Literatur an das Dauerdelikt gestellt werden. Für die Frage nach der Gegenwartigkeit des Angriffs auf das Eigentum ist das aber gleichgültig. Der Angriff ist auch in der 15. Minute noch gegenwärtig, weil der Angreifer noch in der 15. Minute aktiv angreift bzw. durch Nichterfüllung seiner Garantienpflicht einen Angriff durch Unterlassen verübt. Der Klärung der Notwehrproblematik wäre eine Diskussion über den Dauerdeliktscharakter der Sachbeschädigung nicht zuträglich, sondern im Gegenteil eher störend.

Unverständlich und nicht nachvollziehbar ist die Nicht-einbeziehung der Unterschlagung in den Kreis der Dauerdelikte. Behält der Täter eine in gewahrsamslosem Zustand gefundene Sache, trägt jeder weitere Tag zur Annäherung an die „endgültige Enteignung“ des Eigentümers bei. Zugleich vergrößert sich von Tag zu Tag der im Verlust der Gebrauchsvorteile liegende Schaden des Eigentümers. Aber auch hier gilt: ob man der Unterschlagung Dauerdeliktscharakter zuschreibt oder nicht, hat keinen Einfluss auf die Entscheidung über die Gegenwartigkeit des Angriffs auf das

⁴³ Vogel/Brodowski, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 199.

⁴⁴ Frisch (Fn. 4), § 4 Rn. 120; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 25; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 5), Rn. 501.

⁴⁵ Duttge (Fn. 4), § 32 Rn. 12; Frisch (Fn. 4), § 4 Rn. 121.

⁴⁶ Rückert (Fn. 15), S. 170.

⁴⁷ Dörner, JuS 1978, 666 (671).

⁴⁸ Wohl aber einen Bußgeldtatbestand, § 24 Abs. 1 StVG, §§ 49 Abs. Abs. 1 Nr. 12, 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO.

⁴⁹ Typische begründungslose Behauptung z.B. bei Frisch (Fn. 4), § 4 Rn. 121: „Der Bestohlene, der dem Dieb seines Fahrrads einige Tage später begegnet, kann sich also für gewaltsame Maßnahmen gegen den Dieb nicht auf Notwehr (§ 32 StGB bzw. § 227 BGB) berufen“; ähnlich Rengier (Fn. 44), § 18 Rn. 27.

⁵⁰ Rückert (Fn. 15), S. 171.

⁵¹ Rückert (Fn. 15), S. 176; Spindel, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 122.

Eigentum. Sobald das dynamische aktive Angriffsgeschehen des Wegtragens der Sache zu einem Zustand des Vorhandenseins der Sache an einem „falschen“ Ort (beim Täter, bei einem Dritten) geführt hat, ist der Angriff nicht mehr gegenwärtig. Die Unterlassung der gem. § 985 BGB geschuldeten Rückgabe ist kein notwehrfähiger Angriff. Das staatliche Gewaltmonopol behält hier Vorrang und Ausschließlichkeit. Vor eine das Monopol durchbrechende Lizenz zur Eigenmächtigkeit aus § 32 StGB schiebt sich noch der wesentlich engere § 229 BGB bzw. § 859 BGB. Ein Dauerdelikt kann die Unterschlagung gleichwohl sein. Das eine widerspricht dem anderen nicht, weil das Dauerdelikt nicht dazu taugt, die Gegenwärtigkeit des Angriffs zu begründen. Umgekehrt taugt es (das Nichtvorliegen eines Dauerdelikts) auch nicht zur Verneinung der Gegenwärtigkeit des Angriffs.

V. Dauerdeliktische Verteidigung

1. Notwehr durch Freiheitsberaubung

Berührungspunkte von Dauerdelikt und Verteidigung werden offenbar, wenn zur Abwendung des Angriffs eine Freiheitsberaubung begangen wird. Man stelle sich folgenden Fall⁵² vor:

Ein Wochenendhaus ist mehrfach von Einbrechern heimgesucht worden. Tür und oberirdische Fenster sind so gesichert, dass auf diesem Weg niemand eindringen kann. Daher war der Täter jeweils durch ein Kellerfenster in das Haus eingestiegen und hatte es auf demselben Weg mit Beute wieder verlassen. Vor dem Fenster ist ein Schacht, der nicht abgedeckt ist. Der Eigentümer des Hauses legt sich nun nachts auf die Lauer. Als der Einbrecher wieder durch Schacht und Fenster in das Haus gelangt, schiebt der Eigentümer eine schwere Kiste über den Schacht. Der Einbrecher, der davon nichts mitbekommt, setzt sich erst einmal auf das Sofa, schaltet das Fernsehgerät ein und schaut sich die Live-Übertragung eines Fußballspiels an. Erst nach Ende des Spiels fasst er den Entschluss, in dem Wochenendhaus stehenswerte Sachen zu suchen und diese mitzunehmen. Er findet eine noch nicht angebrochene Flasche teuren irischen Whiskys und will mit dieser Beute das Haus durch das Kellerfenster verlassen. Dies misslingt wegen der Kiste über dem Schacht. Der Eigentümer des Wochenendhauses war inzwischen wieder nach Hause gefahren. Erst am nächsten Tag informiert er die Polizei, die den im Wochenendhaus eingesperrten Einbrecher befreit und festnimmt.⁵³

Die Aktion des Hauseigentümers erfüllt zweifellos den Tatbestand einer Freiheitsberaubung, § 239 Abs. 1 StGB.⁵⁴ Zwar hat sich der Einbrecher selbst in die Lage eines „Eingesperrten“ versetzt. Dies tat er aber in Unkenntnis der Tatsache, dass ein Verlassen des Hauses nicht mehr möglich sein wird, also nicht „eigenverantwortlich“. Zur Prüfung des

Rechtfertigungsgrundes Notwehr sei davon ausgegangen, dass die Einsperrung des Einbrechers erforderlich war, um die Mitnahme des Whiskys zu verhindern.⁵⁵ Zur Abwendung des Angriffs auf das Hausrecht (§ 123 StGB) war die Handlung des Eigentümers ebenso wenig geeignet, wie das Niederschießen des „Spanners“ in der berühmten BGH-Entscheidung.⁵⁶ Ebenfalls ungeeignet war die Versperrung des Fluchtwegs zur Abwendung des Angriffs, der in der unbefugten Benutzung des Fernsehgeräts mit dem zu Lasten des Eigentümers gehenden Energieverbrauch lag.⁵⁷ Daher geht es im Folgenden allein um Notwehr gegen den Angriff des Einbrechers auf das Eigentum an der Whisky-Flasche. Diesen Angriff hat der Einbrecher begangen, als er versuchte, mit der Flasche das Wochenendhaus zu verlassen. Zu diesem Zeitpunkt war der Angriff auf das Eigentum gegenwärtig. Als der Eigentümer die Kiste über den Schacht schob, war der Angriff auf das Eigentum (an der Whiskyflasche) noch nicht gegenwärtig. Der Einbrecher hatte ja noch nicht einmal den Entschluss, überhaupt etwas zu stehlen. Er wollte sich nur das Fußballspiel ansehen. Rechtfertigung durch Notwehr ist also fraglich, weil möglicherweise das Notwehrmerkmal „gegenwärtig“ nicht erfüllt ist. Da bis zum Beginn des Diebstahlsversuchs annähernd zwei Stunden verstrichen sind, während der Einbrecher vor dem Fernseher auf dem Sofa saß, lässt sich die Annahme von Gegenwärtigkeit nicht auf das Argument stützen, dass späteres Handeln zur erfolgreichen Angriffsabwehr nicht mehr geeignet gewesen wäre. Geht man davon aus, dass der Eigentümer das Verhalten des Einbrechers von außen durch ein Fenster beobachten konnte, hätte er mit dem Versperren des Schachtes warten können, bis der Einbrecher mit der Suche nach stehenswerten Gegenständen begonnen hat. Für eine Vorverlagerung der Gegenwärtigkeit bestand also kein Grund.

Eine andere Frage ist, ob das Notwehrmerkmal „gegenwärtig“ wenigstens in dem Moment erfüllt worden ist, in dem der Einbrecher mit seinem Versuch begann, das Wochenendhaus mit der Whiskyflasche zu verlassen. Der durch die über den Schacht geschobene Kiste geschaffene Zustand der Gefangenschaft dauerte noch an, der Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB wurde also weiterhin in Gestalt des zeitlich gestreckten Erfolges verwirklicht.⁵⁸ Zu diesem Zeitpunkt war

⁵⁵ Anerkanntermaßen steht der Erforderlichkeit nicht der Umstand entgegen, dass der Eigentümer die Möglichkeit hatte, bereits die Begehung des Angriffs von vornherein zu verhindern, indem er z.B. das Eindringen in das Wochenendhaus durch Anbringen von Fenstergittern unmöglich macht oder einen Security-Dienst mit der Überwachung des Objekts beauftragt; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 32 Rn. 97.

⁵⁶ BGH NJW 1979, 2053 ff.

⁵⁷ Einer Rechtfertigung durch Notwehr steht hingegen nicht entgegen, dass diese Beeinträchtigung des Vermögens des Eigentümers keinen Straftatbestand erfüllt. § 248c StGB ist nicht einschlägig. Ein Angriff auf ein Individualrechtsgut war die Handlung des Einbrechers gleichwohl.

⁵⁸ Darüber hinaus kann man ein Andauern des Täterverhaltens darin sehen, dass die Aufhebung der Einsperrung durch Entfernung der Kiste unterlassen wurde.

⁵² Zur dramatischen Zuspitzung die – einem realen Fall aus den 1980er Jahren nachempfundene – Abwandlung unten 2.

⁵³ Zu einer Strafbarkeit des Eigentümers auf Grundlage eines unechten Unterlassungsdelikts unten VI.

⁵⁴ Unschädlich ist, dass der Einbrecher das Wochenendhaus bis zum Ende der Fußballübertragung nicht verlassen wollte; *Rengier* (Fn. 10), § 22 Rn. 2.

der Angriff des Einbrechers auf das Eigentum gegenwärtig. Gleichwohl darf das Vorliegen der Notwehrvoraussetzungen angezweifelt werden. In der Literatur zur Notwehr wird dies freilich bestritten. Es handelt sich hier um einen Fall, der die spezifischen Kennzeichen der Angriffsabwehr mittels automatischer Selbstschutzeinrichtungen („Verteidigungsautomaten“⁵⁹) aufweist.⁶⁰ Dass deren strafatbestandsmäßige Verwendung eventuell nicht durch Notwehr gerechtfertigt sein könnte, hänge allein mit dem Notwehrmerkmal „erforderlich“ zusammen.⁶¹ Die Gegenwärtigkeit hingegen sei kein Problem. Denn der Angriff sei ja gegenwärtig, wenn die Schutz- einrichtung ihre Verteidigungswirkung entfaltet.⁶² Diese Tatsachen-Feststellung ist richtig, ihre rechtliche Validität indessen diskussionsbedürftig. Denn die entscheidende Frage ist, ob es für die Gegenwärtigkeit genügt, wenn nur Verteidigungswirkung und Angriff zeitlich zusammentreffen, nicht aber die diese Verteidigungswirkung erzeugende Verteidigungshandlung und der Angriff.⁶³ Der Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB liefert keine expliziten Hinweise zur Lösung. Diesbezüglich schon aussagekräftiger ist § 33 StGB. Der asthenische Affekt (Verwirrung, Furcht, Schrecken) muss durch den Angriff ausgelöst worden sein und die Notwehrgrenzüberschreitung veranlasst haben.⁶⁴ Letztlich ist der Angriff also eine Ursache dafür, dass der Verteidiger eine Grenze des Notwehrrechts durchbrochen hat.⁶⁵ Dieser dem § 33 StGB zugrunde liegende – neudeutsch gesprochen – „Trigger“-Effekt ist allein denkbar im Falle einer dem Angriff nachfolgenden Reaktion des Notwehrübenden. Geht die Verteidigungshandlung dem – vielleicht noch ungewissen und in Ferne liegenden – Angriff voraus, sind praktische Anwendungsfälle des § 33 StGB nicht vorstellbar. Ein antizi-

piertem Notwehrexzess ist unmöglich.⁶⁶ Vor allem fehlte in einem solchen Fall die Verantwortlichkeit des Angreifers für den Affekt beim Verteidiger. Gewiss kann man einwenden, dass dieses Muster des Notwehralles in § 33 StGB nicht ausschließt, von § 32 StGB auch Konstellationen erfasst zu sehen, denen wegen einer abweichenden Zeitstruktur der Anwendungsbereich des § 33 StGB verschlossen ist. Auch im Normalfall der Notwehr handelt der Verteidiger nicht immer in einem asthenischen Affekt. Also kann der Anwendungsbereich des § 32 StGB auch für Fälle aufnahmebereit sein, in denen ein solcher Affekt von vornherein ausgeschlossen ist, weil die Verteidigungshandlung bereits abgeschlossen ist, bevor der Angriff überhaupt begonnen hat. Dennoch sprechen die besseren Gründe für die Nichteinbeziehung dieser Fälle in § 32 StGB.⁶⁷ Wie die Behandlung der automatischen Selbstschutzeinrichtung in der Literatur bestätigt, ist die vom Verteidiger geforderte Anpassung seiner Abwehr an das dafür „Erforderliche“ kaum möglich, wenn der Täter bei Vollzug seiner Handlung mit keinem realen Angriff konfrontiert ist, sondern sich einen solchen nur antizipierend vorstellen kann.⁶⁸ Dass der später stattfindende Angriff sodann exakt diesem Vorstellungsbild entspricht und die vom Verteidiger antizipatorisch installierte Verteidigungsautomatik daher die Erforderlichkeits-Grenze nicht durchbricht, ist reiner Zufall und daher eher unwahrscheinlich.⁶⁹ Treffend ausgedrückt wird der funktionale Zusammenhang von Gegenwärtigkeit des Angriffs und Erforderlichkeit der Verteidigung bei *Wolfgang Frisch*:

„Welches Mittel zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist, hängt einerseits von der Stärke und Massivität des Angriffs, andererseits von den für den Angegriffenen (oder den Nothelfer) in der konkreten Situation verfügbaren Verteidigungsmitteln ab.“⁷⁰

Perfekt wäre diese Erklärung, wenn sie uns auch noch darüber aufgeklärt hätte, welches die „konkrete Situation“ ist. Vermutlich meint der Autor die Situation des gerade (gegenwärtig) stattfindenden Angriffs. Wenn es auf die in dieser Situation verfügbaren Verteidigungsmittel ankommt, muss die Angriffssituation im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung bereits existieren.

⁶⁶ Wird jemand schon durch die Ankündigung eines künftigen Angriffs in Angst und Schrecken versetzt, ist bereits die Ankündigung ein Angriff, strafbar gem. § 241 StGB.

⁶⁷ Auch *Roxin/Greco*, (Fn. 26), § 15 Rn. 52, sprechen sich dafür aus, „auf den Versuch, die Problematik der Selbstschutzmechanismen mit Hilfe des Notwehrrechts zu lösen, ganz zu verzichten.“ Auf das Problem der Gegenwärtigkeit gehen die Autoren indessen nicht ein. Daher sehen sie auch nicht, wie leicht es ist, die Problematik zu lösen, ohne auf den Versuch verzichten zu müssen.

⁶⁸ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 173; *Rönnau*, JuS 2015, 880 (882); *Rönnau/Hohn* (Fn.18), § 32 Rn. 198.

⁶⁹ *Roxin/Greco* (Fn. 26), § 15 Rn. 51: „[...] schwerlich praktikabel“.

⁷⁰ *Frisch* (Fn. 4), § 4 Rn. 133.

⁵⁹ *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 153.

⁶⁰ Anders als in den „klassischen“ Fällen der automatischen Verteidigung wird der Verteidigungseffekt hier nicht „vom Angreifer selbst ausgelöst“; *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 153; *Rönnau*, JuS 2015, 880 (881).

⁶¹ *Kindhäuser* (Fn. 4), § 32 Rn. 137; *Rosenau* (Fn. 18), § 32 Rn. 15.

⁶² *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 115; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 32 Rn. 137; *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (240); *Rönnau*, JuS 2015, 880 (882); *Spendel* (Fn. 51), § 32 Rn. 114.

⁶³ Sehr einfach machen es sich *Rönnau/Hohn*, (Fn. 18), § 32 Rn. 153, die sich mit der Aussage begnügen, dass die Gegenwärtigkeit unproblematisch sei, „wenn man für die Gegenwärtigkeit des Angriffs auf den Zeitpunkt der Verteidigungswirkung abstellt“. Mit *Otto Reutter*, Teich/Danner Nr. 260, kann man dazu nur sagen: „Alles wär’ nicht halb so schwer, wenn das Wörtchen ‚wenn‘ nicht wär.“

⁶⁴ Nach *Kindhäuser*, (Fn. 4), § 33 Rn. 20, ist der asthenische Affekt „zwar nicht notwendig, aber doch häufig die Folge eines überraschenden Angriffs.“ Das „nicht notwendig“ dürfte sich auf „überraschend“ beziehen, nicht auf „Folge“.

⁶⁵ *Kindhäuser* (Fn. 4), § 33 Rn. 25; *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 18), § 33 Rn. 30, zur Ursächlichkeit des Affekts für die Notwehrüberschreitung.

Überhaupt keine Reflexionen stellt die Literatur an zum Zusammenhang zwischen dem subjektiven Notwehrelement und den objektiven Notwehrmerkmalen „gegenwärtig“ und „erforderlich“.⁷¹ Täte sie es, würde wohl mancher Autor wahrnehmen, dass das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements seine Sicherungsfunktion bei antizipierter Verteidigung nicht erfüllen kann. Mit „Sicherungsfunktion“ ist die auf kognitiver Erfassung der für die Rechtfertigung relevanten Tatsachen beruhende Steuerung des Täterverhaltens im Rahmen der gesetzlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen gemeint. Nur ein Täter, der diese Tatsachen wahrnimmt bzw. sich vorstellt, ist in der Lage, seine Handlung – das Verletzungspotential dieser Handlung – an ihnen zu orientieren. Eine Verteidigungshandlung so zu justieren, dass die Grenze der Erforderlichkeit nicht überschritten wird, setzt Kenntnis vom gegenwärtigen Angriff und von den zur Verfügung stehenden Verteidigungsmitteln voraus. Diese Kenntnis wiederum setzt voraus, dass das Angriffsgeschehen in dem Zeitpunkt real ist, in dem der Täter prüft, welche Verteidigung erforderlich ist und diese Handlung sodann ausführt. Ein kognitives Rechtfertigungselement zur Voraussetzung der Rechtfertigung zu erklären, ist somit sinnvoll, weil es dem durch die objektiven Grenzen des Notwehrrechts garantierten Schutz des Angreifers dient und Verteidiger, die „blind“ agieren und mit ihrer orientierungslosen Abwehraktion vielleicht glücklicherweise im Rahmen des Erforderlichen bleiben, von der Rechtfertigung ausschließen.⁷² Zudem korrespondiert das subjektive Rechtfertigungselement der beim Notwehrmerkmal „erforderlich“ gebotenen ex-ante-Betrachtung: Nicht das nachträgliche Erforderlichkeits-Urteil, sondern die ex ante getroffene Erforderlichkeits-Prognose entscheidet über die Rechtfertigung.⁷³ Eine Prognose kann aber nur ein Täter stellen, der eine Prognosebasis hat. Diese ist das Wissen um den zumindest unmittelbar bevorstehenden – im Normalfall aber schon stattfindenden – Angriff und das zur Abwehr verfügbare Instrumentarium an Verteidigungsmitteln.⁷⁴ Einem Grundstückseigentümer, der noch nie Opfer

eines Einbruchs geworden ist, aber prophylaktisch automatische Sicherungseinrichtungen installiert, dient als Prognosebasis nicht einmal die Anschauung und Auswertung eines bereits erlebten Angriffs, um auf die Erfordernisse der Abwehr gegen künftige Angriffe schließen zu können. Im Übrigen erzeugt die Behandlung der antizipierten Notwehr durch die Strafrechtslehre auch Probleme beim Umgang mit dem Erlaubnistatbestandsirrtum. Die dogmatische Anlehnung an § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zwingt strenggenommen zu der Beschränkung des Irrtums auf Fälle, in denen der „Umstand“, den der Täter „bei Begehung der Tat nicht kennt“, bereits existiert.⁷⁵ Stellt sich der die Selbstschutzeinrichtung installierende Rechtsgutsinhaber einen künftigen Angriff vor, der wesentlich heftiger ist als der, der tatsächlich stattfindet, wird er sich auf einen seine Vorsatzschuld ausschließenden Irrtum über objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen berufen. Ob allerdings die Abweichung seiner prognostischen Vorstellung von dem sich später ereignenden realen Geschehen eine „Unkenntnis“ von „Umständen“ ist, erscheint fraglich und bedarf der Diskussion. Jedenfalls sollte man den Anwendungsbereich des Erlaubnistatbestandsirrtums, um diesen nicht ausufern zu lassen, auf Fälle beschränken, in denen im Zeitpunkt der zum Zwecke der Angriffsabwehr vollzogenen Handlung der Angriff bereits gegenwärtig ist oder – dann läge ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor – der Täter sich einen gegenwärtigen Angriff vorstellt. Die Erörterung der Notwehr mittels automatischer Selbstschutzeinrichtungen in Kommentaren und Lehrbüchern krankt also auch daran, dass sie das Thema zwar im Kontext „Gegenwärtigkeit“ und „Erforderlichkeit“ behandelt, den Zusammenhang mit dem subjektiven Rechtfertigungselement jedoch nicht in den Blick nimmt.

Nach allem ist folgendes Ergebnis festzuhalten: Der Angriff ist gegenwärtig, sofern der koinzidente Zusammenhang zwischen Angriff und Verteidigungshandlung besteht. Das Operieren mit automatischen Selbstschutzeinrichtungen ist daher keine Verteidigung gegen einen gegenwärtigen Angriff, sondern Vorsorge gegen einen eventuellen zukünftigen Angriff. Aus dem zukünftigen Angriff wird – entgegen der h.M. – kein gegenwärtiger Angriff, wenn – oftmals durch den Angriff ausgelöst – die automatische Selbstschutzeinrichtung ihre Verteidigungswirkung entfaltet. Zum Fall des Einbruchs in das Wochenendhaus zurückkehrend ergeben sich somit folgende Konklusionen: der Eigentümer hat sich mit dem Versperren der Schachtöffnung gegen einen Angriff gewehrt, der nicht gegenwärtig war. Als der Angriff des Einbrechers gegenwärtig geworden war, verteidigte sich der Eigentümer nicht mehr. Der oben skizzierte funktionale Zusammenhang

⁷¹ *Rönnau*, JuS 2015, 880 (884): ausreichend ist ein „potenzieller, für den Fall eines Angriffs aufschiebend bedingter Wille.“ Daran ist alles falsch. Der Wille muss real – nicht „potenziell“ – sein. „Aufschiebend bedingt“ kann ein Recht sein (vgl. § 158 BGB). Ein Wille ist etwas Tatsächliches und entweder existent oder nicht existent. Die Existenz kann nicht aufschiebend bedingt sein. Zudem übersieht *Rönnau*, dass das subjektive Rechtfertigungselement eine kognitive Komponente hat. Mit „Wille“ allein ist es nicht getan.

⁷² Diese ratio besteht allgemein, also auch bei anderen Rechtfertigungsgründen. Beispielsweise kann ein Täter kaum konform zum Willen des Rechtsgutsinhabers handeln, wenn er dessen Einwilligung nicht kennt.

⁷³ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 130; *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 180.

⁷⁴ Davon geht auch *Erb*, (Fn. 11), § 32 Rn. 131, aus, der bei seiner Erläuterung der ex-ante-Prognose Umstände anspricht, die „in der Notwehrsituation schon angelegt“ sind. Die Notwehrsituation – der Angriff – muss also im Zeitpunkt der Erforderlichkeits-Prognose schon existieren. Bezeichnend ist

auch die Erwähnung der „akut zugespitzten Lage (auch bei Randnummer 162 [Zuspitzung der Lage]), die eine sekunden-schnelle Entscheidung erfordert“. Die Situation einer „antizipierten Notwehr“ kann damit ja nicht gemeint sein. Ebenso kann eine „konkrete Kampflege“ (*Erb* [Fn. 11], § 32 Rn. 164; *Rönnau/Hohn* [Fn. 18], § 32 Rn. 172) wohl nur in einem bereits begonnenen Angriff bestehen.

⁷⁵ Zum Vorsatz bzw. Irrtum über den Kausalverlauf vgl. *Vogel/Bülte*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 40), § 16 Rn. 55 ff.

zwischen subjektivem Rechtfertigungselement, Gegenwärtigkeit und Erforderlichkeit lässt sich an dem Beispiel mittels einiger Sachverhaltsergänzungen demonstrieren. Just in dem Moment, als der Einbrecher versucht, durch Kellerfenster und Schacht zu entkommen, taucht vor dem Wochenendhaus ein Jäger mit Hund und Gewehr auf. Als der Eigentümer die Kiste über den Schacht schob, war dies noch nicht vorhersehbar. Hätte der Eigentümer mit dem Versperren des Schachtes gewartet, bis der Einbrecher dazu ansetzt, durch das Fenster ins Freie zu gelangen, wäre er in der Lage gewesen zu prüfen, ob diese Maßnahme in Anbetracht des von dem Jäger zu erwartenden Nothilfe-Beistands überhaupt erforderlich ist. Oder hätte der Einbrecher bei dem Versuch, durch das Kellerfenster auszusteigen einen Schwächeanfall erlitten, wäre dem erst jetzt zur Verteidigung ansetzenden Eigentümer erkennbar gewesen, dass der Angriff auf sein Eigentum an der Whiskyflasche fehlgeschlagen und aus diesem Grund nicht mehr gegenwärtig ist. Bei der antizipierten Abwehr waren diese Entwicklungen weder sichtbar noch vorhersehbar. Folglich konnte der Eigentümer die prognostische Erforderlichkeitsschätzung seiner Abwehrmaßnahmen nicht an diesen Umständen orientieren.

2. Notwehr durch Freiheitsberaubung mit Todesfolge

Ein tatsächliches Ereignis aus den 1980er Jahren zeigte, dass die oben anhand eines ausgedachten Sachverhaltes erörterte Thematik keineswegs nur für „Lehrbuchkriminalität“ taugt, sondern mit wesentlich mehr Dramatik in der Realität Gestalt annehmen kann.

In ein Wochenendhaus in der Eifel war immer wieder eingebrochen worden, obwohl alle Türen und Fenster so stark gesichert waren, dass ein Eindringen nahezu unmöglich war. Der Einbrecher war gleichwohl in das Innere des Hauses gelangt, hatte wertvolle Sachen eingesammelt und mit diesen durch ein Kellerfenster, das sich von innen öffnen ließ, das Haus wieder verlassen. Eines Tages wurde dem Eigentümer bewusst, dass der Einbrecher nur durch den Schornstein des Kamins in das Haus gekommen sein kann. Er brachte daher im unteren Bereich des Kamins ein Eisengitter an. Daraufhin war es nicht mehr möglich den Kamin in Richtung Wohnzimmer zu verlassen. Dem ahnungslosen Einbrecher wurde diese Falle zum Verhängnis. Nachdem er im Schornstein bis auf den Boden des Kaminofens gerutscht war, versperrte ihm das Gitter den Ausweg. Im Schornstein wieder bis zu dessen Öffnung in mehreren Metern Höhe zu klettern war auch nicht möglich. Der Eigentümer suchte sein Haus erst nach drei Wochen wieder auf und fand im Kamin die Leiche des verhungerten Einbrechers.

In Rede steht hier nicht nur Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung, sondern darüber hinaus Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 4 StGB), Totschlag (§ 212 StGB) und vielleicht sogar Mord (§ 211 StGB).⁷⁶ Eine Rechtfertigung durch Notwehr ist nach der hier vertretenen Ansicht ausgeschlossen, weil der Angriff des Einbrechers nicht ge-

genwärtig war, als der Eigentümer das Eisengitter anbrachte. Die h.M. würde dieser Begründung nicht folgen, aber vielleicht dem Ergebnis zustimmen und zur Begründung möglicherweise die passenden Worte finden, um die Durchbrechung der Erforderlichkeits-Schranke überzeugend darzulegen. Naheliegend ist die Forderung, wie bei der Installierung einer lebensgefährlichen Selbstschussanlage schon beim Anbringen des Gitters ein für den Einbrecher gut sichtbares Schild mit dem lesbaren und verstehbaren Hinweis auf das im Kamin installierte Gitter anzubringen.⁷⁷ Damit hätte er einen großen Teil des Todesrisikos auf den Einbrecher abgewälzt. Wäre dieser im Kamin zu Tode gekommen, nachdem und obwohl er das Schild gesehen und die Warnung verstanden hatte, wäre eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Eigentümers auf der Ebene des objektiven Tatbestandes ausgeschlossen.⁷⁸ Für den Todeserfolg mitursächlich wäre die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Einbrechers und die objektive Zurechnung des Erfolges daher ausgeschlossen. Auf Rechtfertigung durch Notwehr müsste in einem derartigen Fall nicht abgestellt werden.⁷⁹ Entscheidungserheblich wird die Notwehr somit in Fällen, in denen der Einbrecher das Schild nicht wahrgenommen oder die Warnung nicht verstanden hat, z.B. weil er der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Hat der Eigentümer mit einem nichtdeutschen Täter gerechnet und daher den Hinweis auch in Englisch und vielleicht sogar einer weiteren (osteuropäischen, arabischen) Sprache verfasst, dürfte er den Anforderungen an eine erforderliche Verteidigung gerecht geworden sein. Zum Schutz von Einbrechern, die überhaupt nicht lesen können, sollen noch bildhafte Warnhinweise hinzugefügt werden.⁸⁰ Die Todesverursachung durch aktives Tun ist dann nach der h.M. durch Notwehr gerechtfertigt. Das Interesse des Strafrechtlers richtet sich sodann auf den weiteren Geschehensverlauf bis zum Eintritt des Todeserfolges. Der Eigentümer könnte sich wegen eines unechten Unterlassungsdelikts, also wegen Totschlags durch Unterlassen, strafbar gemacht haben. Wie allerdings das überwiegend geforderte „System stufenweise gesteigerter Abwehrmechanismen“⁸¹ mit zumutbarem Aufwand technisch realisierbar sein soll, können wir Juristen den ihr Hab und Gut schützen wollenden Personen leider nicht verraten.

VI. Ingerenz nach Notwehrhandlung

1. Grundsätzlich keine Garantenstellung

Das Meinungsbild zur Garantenstellung aus Ingerenz im Fall einer durch Notwehr gerechtfertigten Gefahrschaffungshandlung ist im Grundsatz eindeutig: nach klar herrschender Mei-

⁷⁷ Nach *Erb*, (Fn. 11), § 32 Rn. 176, und *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (244), ist ein solcher Warnhinweis nicht geboten, weil niemand darauf vertrauen darf, dass ein Eindringen in ein Haus durch den Kamin ungefährlich ist; a.A. *M. Heinrich*, ZIS 2010, 183 (193).

⁷⁸ *Rönnau*, JuS 2015, 880 (881); *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 200.

⁷⁹ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 174.

⁸⁰ *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 200.

⁸¹ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 179.

⁷⁶ Als Mordmerkmal kommt „grausam“ in Betracht; *Schneider*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 136.

nung wird der Notwehrübende nicht zum Garanten im Verhältnis zu dem von ihm verletzten Angreifer. Die ausschlaggebenden Argumente wurden bereits in der recht kurzen Entscheidung BGHSt 23, 327 treffend und klar formuliert und daran anknüpfend in der Literatur erhärtet.⁸² Der Angegriffene darf nicht schlechter stehen als ein das Geschehen lediglich beobachtender Hilfeverweigerer, der sich nur aus § 323c Abs. 1 StGB strafbar machen kann. Außerdem darf der infolge eigenen rechtswidrigen Verhaltens in die Opferrolle geratene Angreifer nicht besser stehen als ein sonstiger Verunglückter, der gegen Untätigkeit potentieller Helfer allein von § 323c Abs. 1 StGB geschützt wird. Den Wertungswiderspruch, auf den hier abgestellt wird, scheint *Rolf Dietrich Herzberg* nicht zu erkennen, da er der herrschenden Meinung vorhält, mit einem „Gefühlsargument“ zu operieren.⁸³ *Herzberg* selbst bedient sich einer gefühlsgeleiteten Sprache, wenn er der h.M. unterstellt, sie habe Hemmungen, „den gerade noch Bedrängten de facto als Retter und Schützer seines Feindes“ zu verpflichten und ihn damit vielleicht zu überfordern. Das tut die h.M. schon deswegen nicht, weil sie ja sehr wohl eine Strafbarkeit des untätig bleibenden Verteidigers aus § 323c Abs. 1 StGB befürwortet.⁸⁴ Hinzuzufügen ist noch, dass es fragwürdig wäre, wenn der Notwehrübende, der den Angreifer mit einer erforderlichen Verteidigungshandlung auf der Stelle tötet, besser stünde als der Verteidiger, der den Angreifer in die Gefahr des durch aktive Rettungsmaßnahmen noch abwendbaren Todes bringt.

Evident unerheblich ist der von *Herzberg* wiederholt vortragene Hinweis auf den Wegfall der „rechtfertigenden Gründe für das Bestehenlassen der Gefahrlage“⁸⁵ nach erfolgreicher Abwehr des Angriffs. Dieser Angriff ist dann nicht mehr gegenwärtig und ein koinzidentes tatbestandsmäßiges Verhalten des Notwehrübenden wäre nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt. Das ist richtig, soweit es um weitere aktive tatbestandsverwirklichende Handlungen geht. Aktives Tun nach Ende der Notwehrlage ist aber nicht das Thema. Ein

„Wegfall der rechtfertigenden Gründe“ kann erst nach Beantwortung der vorgelagerten strittigen Frage relevant sein, ob das Unterlassen des Notwehrübenden gem. § 13 StGB den objektiven und subjektiven Tatbestand eines unechten Unterlassungsdelikts erfüllt. Erst nachdem dies bejaht wurde, ist auf die Rechtfertigung – deren Voraussetzungen dann tatsächlich nicht mehr erfüllt sind – einzugehen. Aber daraus, dass die Tatsachen eine Rechtfertigung zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) tragen, kann nicht die Begründung für die Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens gewonnen werden. *Herzberg*, der selbst an der einschlägigen Stelle seines Textes das „Vorverhalten“ erwähnt, scheint nicht zu erkennen, dass seine eigene – zutreffende – Feststellung nicht das „Vorverhalten“, sondern das gegenwärtige Verhalten des Notwehrübenden nach Beendigung der Notwehrsituation tangiert. Unrichtig ist auch *Herzbergs* These, die Pflicht zur aktiven Abwendung von Verschlimmerungen der durch die Verteidigung geschaffenen Notlage des Angreifers resultiere aus dem die erlaubte Verteidigung begrenzenden Erforderlichkeitskriterium.⁸⁶ Die notwehrbegrenzende Wirkung der Erforderlichkeit ist ihrerseits beschränkt auf den Vollzug der Verteidigungshandlung.⁸⁷ Das Geschehen nach der Notwehr hat mit der Erforderlichkeit nichts zu tun. Anderenfalls wäre bereits die aktive Verteidigung nicht gerechtfertigt, weil sie nicht erforderlich ist. Die rechtliche Unmöglichkeit dieser Konsequenz liegt auf der Hand: Die Nichterforderlichkeit der Verteidigung ergäbe sich rückwirkend (ex tunc) aus dem späteren Verhalten des Verteidigers. Das widerspricht der fundamentalen Koinzidenz-Regel der Straftat-Architektur: Relevant für das Urteil über Rechtswidrigkeit oder Rechtfertigung sind allein Tatsachen, die im Zeitpunkt der Tatbegehung existieren. Es gibt kein Erlaubtsein einer Tat, das – wie *Herzberg* formuliert – nur „zunächst“ Geltung hat und im Folgenden noch vom Täter verstetigt werden muss, indem er „unnötige Weiterungen abwendet“. Eine wirksame Einwilligung verliert ihre rechtfertigende Wirkung nicht infolge eines vom Rechtsgutsinhaber nach der Tat erklärten Widerrufs. Wenn die aktive Verteidigung gerechtfertigt ist, bleibt es dabei, egal wie der Notwehrübende sich anschließend dem Angreifer gegenüber verhält. Geradezu abwegig erscheint die Behauptung

⁸² *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2001, S. 180; *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 1.12.2015, § 13 Rn. 56; *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 535; *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 64; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 36 Rn. 71; *J. Kretschmer*, JA 2015, 589 (592); *Murmann* (Fn. 28), § 29 Rn. 70; *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 288; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 181; *Tag*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 4), StGB § 13 Rn. 22; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2020, Rn. 617.

⁸³ *Herzberg*, JZ 1986, 986 (989).

⁸⁴ *B. Heinrich* (Fn. 12), Rn. 960; *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, S. 344; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 225 Fn. 73; *Maiwald*, JuS 1981, 473 (483); *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 288; *Sowada*, Jura 2003, 236 (240); *Weigend* (Fn. 40), § 13 Rn. 45, Rn. 173.

⁸⁵ *Herzberg*, JZ 1986, 986 (987); ähnlich, aber nicht den Notwehr-Fall betreffend *Weigend* (Fn. 40), § 13 Rn. 43a.

⁸⁶ Ähnlich *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 660, die noch auf § 904 S. 2 BGB Bezug nehmen („Rechtsgedanke“) und dabei die Verschiedenheit von rechtfertigendem Notstand und Notwehr ignorieren. Bei § 227 BGB fehlt eine dem § 904 S. 2 BGB entsprechende Regelung. Zutreffend den Rechtsgedanken aus § 904 S. 2 BGB allein auf die Garantenstellung nach einer Notstandstat beziehend *Rengier* (Fn. 44), § 50 Rn. 96; *Roxin* (Fn. 82), § 32 Rn. 187. Ablehnend zur Argumentation mit § 904 S. 2 BGB *Hoven*, GA 2016, 16 (28); *Kaspar* (Fn. 82), § 10 Rn. 67. Gegen die Übertragung eines „Rechtsgedankens“ aus § 904 S. 2 BGB spricht im Übrigen § 228 S. 2 BGB: Der Notwehrübende hat nicht „die Gefahr verschuldet“.

⁸⁷ *Herbertz* (Fn. 84), S. 345; *Hoven*, GA 2016, 16 (22); *Maiwald*, JuS 1981, 473 (483 Fn. 90); *Roxin* (Fn. 82), § 32 Rn. 84.

tung, eine Erfolgsabwendungspflicht des Notwehrübenden nach der Verteidigung sei Folge der schon bei Ausführung der Verteidigung bestehenden Pflicht, „Vorsicht zu üben und unnötige Verluste des Angreifers zu vermeiden“.⁸⁸ Der Notwehrübende habe seine Verteidigungsbefugnis von vornherein nur mit dieser „Auflage“ verliehen bekommen.⁸⁹ Im Gesetzestext sind für eine solche Auflage keinerlei Anhaltspunkte zu finden. Wenn der Verteidiger bei Ausführung der Abwehrhandlung die gebotene Vorsicht hat walten lassen, hat er das Notwehrmerkmal „erforderlich“ erfüllt. Was danach passiert, hat darauf keinen Einfluss mehr. Vor allem hat der Notwehrübende über die Notwehrlage hinaus keine „Pflicht“, aus der ihn „zu entlassen“ – so *Herzberg*⁹⁰ – es „widersinnig“ wäre. Die Pflicht beschränkt sich auf die Einhaltung der Erforderlichkeits-Grenze während der Verteidigungshandlung. Mit Abschluss dieser Handlung ist die Pflicht erloschen. Es gibt also nichts mehr, woraus man den Notwehrübenden „entlassen“ könnte.

2. Dauerzustand und Dauerdelikt als Ausnahmen

a) Unbegründete Behauptungen

aa) Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*

Einige Vertreter der herrschenden Meinung behaupten eine Ausnahme von der aufgestellten Regel in Fällen des durch die Verteidigung herbeigeführten „Dauerzustands“. Nach *Rudolf Rengier* besteht „weitgehende Einigkeit“ darüber, dass der Verteidiger diesen Zustand beseitigen muss, sobald der Grund für die Rechtfertigung entfallen ist. Mit Wegfall der Notwehrlage, also mit erfolgreicher und endgültiger Abwehr des Angriffs werde die „Aufrechterhaltung des Dauerzustands rechtswidrig“.⁹¹ Zu der Aussage, dass diesbezüglich „weitgehende Einigkeit“ bestehe, wird sogleich noch mit einem Streifzug durch die einschlägigen Werke ein Überblick verschafft werden (unten b). Außer dem Argument der weggefallenen Rechtfertigungsvoraussetzungen wird in dem Lehrbuch von Rengier keine weitere Begründung der These geliefert.

bb) *Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2*

Auch *Claus Roxin* befürwortet eine Ausnahme von dem Grundsatz dann, „wenn eine gerechtfertigte Vorhandlung mit Dauerwirkung durch den Wegfall der Rechtfertigungsvoraussetzungen ihre Rechtfertigungswirkung für die Zukunft verliert“. Zwar verbindet der Autor diese Aussage explizit nur mit dem rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), veranschaulicht sie indessen mit einem Beispiel („krakeelender Betrunkener“), in dem die Rechtfertigung ohne Weiteres auf § 32 StGB gestützt werden kann.⁹² Mit dem „Verschwinden der

Notstandsvoraussetzungen“ werde „die weitere Einsperrung rechtswidrig“.

cc) *Bosch, in: Schönke/Schröder*

Eine zusätzliche Nuance fügt der auf „Dauer“ abstellenden Theorie StGB-Kommentator *Nikolaus Bosch* – sich seinem Vorgänger *Walter Stree* anschließend⁹³ – im „Schönke/Schröder“ hinzu: Die Garantenstellung entstehe „bei Herbeiführung eines Zustands, der von einem Dauerdelikt erfasst wird“. Dieses Delikt sei mit der Herbeiführung des Zustands nicht abgeschlossen. Daher müsse derjenige, der den Dauerzustand geschaffen hat, eine Garantenstellung haben, sobald der Grund für sein gerechtfertigtes Handeln weggefallen ist.⁹⁴

dd) *Murmann, Grundkurs Strafrecht*

Verwirrend sind die Aussagen, die *Uwe Murmann* in seinem „Grundkurs Strafrecht“ zur Garantenstellung eines Notwehrübenden macht. Er schreibt am Thema „Unterlassen“ und „Garantenstellung“ mit folgenden Worten vorbei:

„Allerdings ist der Verteidiger verpflichtet, eine fortwirkende Notwehrhandlung zu beenden, wenn die Voraussetzungen des § 32 StGB entfallen, etwa weil der Angriff beendet oder die Verteidigungshandlung nicht mehr erforderlich ist.“

Wahrscheinlich meint er mit „fortwirkende Notwehrhandlung“ die andauernden Folgen der Notwehrhandlung, also das, was die anderen Autoren „Zustand“ bzw. „Dauerzustand“ nennen. Eine Handlung beenden kann man nur, solange man noch nicht aufgehört hat zu handeln. Der Autor schreibt über die aktive Verteidigungshandlung, die selbstverständlich sofort beendet werden muss, wenn der Angriff nicht mehr gegenwärtig ist. Anderenfalls ist die Handlung nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt. Das ist banal und hat mit dem Ingerenz-Thema nichts zu tun. Gegenstand des Satzes ist die Unzulässigkeit eines extensiven Notwehrexzesses – dem von vielen bei asthenischem Affekt nicht einmal entschuldigende Wirkung (§ 33 StGB) zugesprochen wird – und nicht die Garantenpflichtwidrigkeit unterlassener Erfolgsabwendung. Wie schon *Herzberg* missachtet auch *Murmann* das Koinzidenzprinzip, indem er die Pflicht zur aktiven Folgenbeseitigung nach dem Ende des Angriffs als ein aus dem Erforderlichkeits-Merkmal ableitbares Gebot qualifiziert.⁹⁵

⁸⁸ *Spendel* (Fn. 51), § 32 Rn. 332: „abwegig und entschieden abzulehnen“.

⁸⁹ *Herzberg*, JZ 1986, 986 (989).

⁹⁰ *Herzberg*, JuS 1971, 74 (76).

⁹¹ *Rengier* (Fn. 44), § 50 Rn. 95.

⁹² *Roxin* (Fn. 82), § 32 Rn. 189. Dass der Betrunkene „für die Allgemeinheit gefährlich“ ist, reicht dafür freilich nicht. Aber das „Krakeelen“ kann durchaus als notwehrfähiger Angriff

auf das Wohlbefinden eines Einzelnen anerkannt werden, zumal wenn zu der Lautstärke auch noch ehrverletzende Inhalte hinzukommen.

⁹³ Zustimmung zu *Stree* bei *Eser*, Juristischer Studienkurs, Strafrecht II, 3. Aufl. 1980, 27/11.

⁹⁴ *Bosch* (Fn. 6), § 13 Rn. 36.

⁹⁵ *Murmann* (Fn. 28), § 29 Rn. 70.

b) Rechtsprechung und Literatur im Übrigen

„Weitgehende Einigkeit“ besteht zwischen den vier Autoren (im Folgenden: *Rengier u.a.*)⁹⁶, deren Bemerkungen zum Problem oben referiert wurden. Interessant ist die Stellung, die von anderen Autoren der zahlreichen StGB-Kommentare, Strafrechtslehrbücher und sonstigen Schriften genommen wird. Gerichtsentscheidungen zu der intrikaten Konstellation existieren nicht. Im Leipziger Kommentar wird § 13 StGB von *Thomas Weigend* erläutert. Bei Randnummer 45 verweist er zustimmend auf BGHSt 23, 327. Bemerkungen zu einer Ausnahme wegen Herbeiführung eines „Dauerzustands“ findet man bei Randnummer 43a in Bezug auf den Fall, dass der Täter einen anderen mit dessen befristetem Einverständnis eingesperrt hat. Nach Ablauf der vereinbarten Zeit entsteht die Pflicht zur Freilassung. Das ist zweifellos richtig, betrifft aber nicht die Situation nach rechtmäßig vollzogener Notwehrhandlung. Die Garantenpflicht beruht weder auf rechtswidrig gewordenem ursprünglich rechtmäßigem Verhalten noch auf dem Dauerzustand. Entstehungsgrund der Garantenpflicht ist schlicht die zwischen Täter und Eingesperrtem getroffene Vereinbarung. Ob *Weigend* den Ausführungen von *Rengier u.a.* zur Garantenstellung des Notwehribenden folgt, ist nicht zu erkennen, zumal in den Fußnoten nicht auf die Texte dieser Autoren Bezug genommen wird.⁹⁷ *Weigend*s Vorgänger *Hans-Heinrich Jescheck* hatte sich hingegen in der 11. Auflage des Leipziger Kommentars noch *Walter Stree*, dem Kommentator des § 13 StGB im Schönke/Schröder, angeschlossen:

„Eine Besonderheit ist bei den Dauerdelikten zu beachten: Wenn der Täter den deliktischen Zustand zunächst rechtmäßig geschaffen hat (z.B. durch Einsperren des Angreifers in Notwehr), so ist er zur alsbaldigen Beseitigung des Zustandes verpflichtet, sobald die Notwehrlage endet.“⁹⁸

Offenbar hat *Thomas Weigend* sich durch Weglassen dieser Passage von der Auffassung seines Vorgängers distanziert. Auch die Kommentierung des § 13 StGB im Nomos Kommentar von *Karsten Gaede* enthält nach kurzer Bekundung des Einverständnisses mit BGHSt 23, 327 keinerlei Andeutungen einer erforderlichen Ausnahme wegen eines Dauerzustands. Allerdings stehen einen Satz zuvor die Worte „gerechtfertigt einen Zustand geschaffen hat“ und „Fortfall der Rechtfertigung“, die uns bereits oben wiederholt begegnet sind. Der Erzeuger dieses Zustands müsse gefahrabwendend handeln. Aus der Wortwahl („gefahrabwendend“) und dem Kontext, in dem diese Textbausteine platziert sind, kann aber

geschlossen werden, dass der Autor nur Notstandsfälle (§ 34 StGB) im Blick hat und die Notwehr gerade nicht einbezieht. Das erkennt man zudem an der Einleitung des folgenden Satzes mit „Anders liegt es in Fällen, [...] ein Angreifer in Notwehr verletzt wird“.⁹⁹ Keine Befassung mit der Dauerzustands-Problematik findet sich in der Kommentierung des § 13 StGB durch *Georg Freund* im Münchener Kommentar. Der Verneinung einer Garantenstellung des Notwehribenden sind keinerlei Einschränkungen hinzugefügt.¹⁰⁰ Derselbe Befund wird erhoben beim Blick in den Kommentar Satzger/Schluckebier/Werner. *Hans Kudlich* hält dort ein entschiedenes Plädoyer für BGHSt 23, 327 und widmet sich auch der abweichenden Behandlung von Rechtfertigungsgründen, die nicht Notwehr sind. Indessen wird die Dauerzustands-Konstellation nicht aufgegriffen, auf die Texte von *Rengier u.a.* wird nicht verwiesen.¹⁰¹ „Fehlanzeige“ ist auch das Ergebnis der Recherche in den StGB-Kommentaren Dölling/Duttge/König/Rössner¹⁰², Matt/Renzikowski¹⁰³, Fischer¹⁰⁴, v. Heintschel-Heinegg¹⁰⁵ und Leipold/Tsambikakis/Zöllner.¹⁰⁶

Unklar ist die Behandlung des Themas bei *Martin Heger* im Kommentar Lackner/Kühl/Heger. Ausdrücklich wird erklärt, dass Sicherungspflichten entstehen könnten, „wenn aus erlaubten Risikovorhandlungen Dauergefahren erwachsen“.¹⁰⁷ Ob mit der „erlaubten Risikovorhandlung“ auch die durch Notwehr gerechtfertigte Verteidigung gemeint ist, lässt sich dem Text nicht zweifelsfrei entnehmen. Dagegen spricht eher der Hinweis auf einen Aufsatz von *Rengier*, in dem ebenfalls die Notwehrsituation unerwähnt bleibt und als „in gerechtfertigter Weise Dauerzustände“ herbeiführende Taten nur Notstandshandlungen beschrieben werden.¹⁰⁸ Sogar ausdrücklich auf durch Notstand gerechtfertigte Gefahrschaffungshandlungen beschränkt wird die Ingerenz-Garantenstellung nach rechtmäßiger Vorhandlung im Kommentar von *Urs Kindhäuser* und *Eric Hilgendorf*.¹⁰⁹ Auf derselben Linie liegt die Kommentierung des § 13 StGB von *Hans-Joachim Rudolphi* in älteren Auflagen des Systematischen Kommentars zum StGB. Zweimal wird § 34 StGB angeführt, zur

⁹⁶ Nach der Darstellung oben ist klar, dass diese Abkürzung vorliegend nicht für Ko-Autorenschaft bezüglich eines gemeinsamen Textes steht.

⁹⁷ Die Erwähnung von „Sch[önke]/Schröder/Bosch [§ 13] R[.]n. 36“ in Fußnote 168 ist verknüpft mit dem eigenen Beispiel des vereinbarungsgemäß für begrenzte Zeit Eingeschlossenen. Eine konkludente Zustimmung zu der Notwehr-Ingerenz-These ist darin nicht zu sehen.

⁹⁸ *Jescheck*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 13 Rn. 33.

⁹⁹ *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 4), § 13 Rn. 45; ebenso *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 45.

¹⁰⁰ *Freund* (Fn. 11), § 13 Rn. 152.

¹⁰¹ *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 18), § 13 Rn. 24, 25.

¹⁰² *Tag* (Fn. 82), StGB § 13 Rn. 22.

¹⁰³ *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 85.

¹⁰⁴ *Fischer* (Fn. 4), § 13 Rn. 53.

¹⁰⁵ *Heuchemer* (Fn. 82), § 13 Rn. 56.

¹⁰⁶ *Gercke/Hembach*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 14.

¹⁰⁷ *Heger* (Fn. 8), § 13 Rn. 13.

¹⁰⁸ *Rengier*, JuS 1989, 802 (807).

¹⁰⁹ *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2020, § 13 Rn. 52.

Schaffung eines Dauerzustands durch eine gerechtfertigte Notwehrhandlung wird keine explizite Aussage gemacht.¹¹⁰

In den Lehrbüchern zum Strafrecht hat die von *Rengier u.a.* befürwortete Garantenhaftung eines Notwehrenden keinen Rückhalt. *Johannes Wessels*, *Werner Beulke* und *Helmut Satzger* gehen auf die proklamierte Ausnahme nicht ein, verweisen auch nicht in Fußnoten auf die einschlägigen Texte.¹¹¹ Dasselbe gilt für die Lehrbücher von *Frank Zieschang*,¹¹² *Dennis Bock*¹¹³, *Eric Hilgendorf* und *Brian Valerius*¹¹⁴, *Klaus Hoffmann-Holland*¹¹⁵, *Johannes Kaspar*¹¹⁶, *Urs Kindhäuser* und *Till Zimmermann*¹¹⁷ und *Udo Ebert*¹¹⁸. Eine Fußnotennotiz zu in der Literatur vertretenen Differenzierungen widmen *Hans-Heinrich Jescheck* und *Thomas Weigend* dem Thema.¹¹⁹ Sympathie, aber keine Begründung für eine Garantenstellung des Notwehrenden deuten *Jörg Eisele* und *Bernd Heinrich* an, die es „seltsam“ finden, dass der Notwehrende „nur“ wegen unterlassener Hilfeleistung und nicht wegen Totschlags und Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen strafbar sein soll.¹²⁰

Das Lehrbuch mit dem umfangreichsten Kapitel zur Garantenstellung aus Ingerenz wurde verfasst von *Georg Freund* und *Frauke Rostalski*. Demgegenüber geradezu stiefmütterlich ist das Eingehen auf den Notwehr-Fall. Der Sache nach wird BGHSt 23, 327 zugestimmt¹²¹, in einer Fußnote wird die Differenzierung bei anderen Rechtfertigungsgründen als „angemessen“ bezeichnet und auf das Lehrbuch von *Kristian Kühl*¹²² verwiesen.¹²³ Die Worte „Dauerzustand“ und „Dauerdelikt“ tauchen in dem Zusammenhang nicht auf. Auch das sehr neue und voluminöse Buch von *Wolfgang Frisch* hat einen umfangreichen Abschnitt zur Ingerenz. Der Autor behauptet – Roxin, Bosch und Murmann zitierend –, dass „nach der hM“ eine Garantenstellung auch im Anschluss an gem. § 32 StGB gerechtfertigtes Vorverhalten entstehe, sofern ein „Zustand geschaffen worden ist, der von einem Dauerdelikt erfasst wird“.¹²⁴ Ob *Frisch* dem zu-

stimmt und anhand welcher Kriterien er die „hM“ definiert, erfährt der Leser nicht. Eindeutig gegen garantenpflichtbegründende Wirkung des vom Notwehrenden geschaffenen Dauerzustands – des Eingesperrtseins – spricht sich *Bernd Heinrich* aus. Nachdem er mit dankenswerter Klarheit abgelehnt hat, zwischen Notwehr und Notstand zu differenzieren und bei letzterem eine Ingerenz-Garantenstellung anzunehmen, veranschaulicht er anhand eines Freiheitsberaubungs-Beispiels die rechtlichen Folgen der Ansicht von *Rengier u.a.* in Bezug auf „Dauerzustände“.¹²⁵ Strafbarkeit wegen unechten Unterlassungsdelikts sei nur auf Basis einer Theorie begründet, der *Heinrich* zuvor eine Absage erteilt hatte.¹²⁶ In gleichem Sinne geht *Johannes Kaspar* mit gerechtfertigtem gefahrschaffenden Verhalten des Täters um: nicht nur nach Notwehr, sondern auch nach rechtfertigendem Notstand bleibt der Täter von der Garantenstellung befreit. Eine über § 323c Abs. 1 StGB hinausgehende strafbewehrte Handlungspflicht bestehe nicht.¹²⁷ Der Begriff „Dauerdelikt“ erscheint an dieser Stelle des Lehrbuches nicht, Fußnoteninhalt sind die Äußerungen von *Rengier u.a.* ebenfalls nicht.

Zwischen Notwehr und rechtfertigendem Notstand differenzierend behandelt *Günther Jakobs* das Thema. Explizit wird der Begriff „Dauerdelikt“ genannt und anschließend erklärt, dass dieser Aspekt nur beim aggressiven Notstand garantenpflichtbegründend wirke, nicht aber bei Notwehr.¹²⁸ Im Lehrbuch von *Volker Krey* und *Robert Esser* wird auf „strittige“ Ausnahmen vom Erfordernis der Pflichtwidrigkeit aufmerksam gemacht und sodann als Beispiel ein durch Aggressivnotstand gerechtfertigtes Vorverhalten erörtert.¹²⁹ Auf das Beispiel des durch Notwehr geschaffenen Dauerzustands wird ebenso wenig hingewiesen wie – in den Fußnoten – auf die Bemerkungen von *Rengier*, *Roxin*, *Bosch* und *Murmann*. In derselben Art und Weise behandelt *Helmut Frister* in seinem Lehrbuch das Problem. Hervorgehoben wird als „Ausnahme“ vom Pflichtwidrigkeitserfordernis die Notstandstat.¹³⁰ Zur Notwehr schreibt der Autor zwei Sätze, in denen er seine Zustimmung zu BGHSt 23, 327 bekundet.¹³¹ Die vier Autorennamen tauchen in den Fußnoten nicht auf. Dasselbe trifft auf das Examens-Repetitorium von *Christian Jäger* zu, welches allein den Ausnahme-Fall der durch Notstand gerechtfertigten Gefahrschaffung zur Diskussion stellt.¹³² Lediglich durch Notstand gerechtfertigtem Vorverhalten wird garantenpflichtbegründende Wirkung im Lehrbuch von *Walter Gropp* und *Arndt Sinn* zugeschrieben.¹³³ Die Dauerzustands-These wird weder aufgegriffen noch kommentiert, deren Vertreter finden – mit Ausnahme von *Roxin* – in den

¹¹⁰ *Rudolphi*, in: *Rudolphi/Horn/Samson* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl. (September 2000), § 13 Rn. 40a.

¹¹¹ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 1202.

¹¹² *Zieschang* (Fn. 82), Rn. 617.

¹¹³ *D. Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 12. Kap. Rn. 55.

¹¹⁴ *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 65.

¹¹⁵ *Hoffmann-Holland*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2015, Rn. 766 ff.

¹¹⁶ *Kaspar* (Fn. 82), § 10 Rn. 64.

¹¹⁷ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 82), § 36 Rn. 71.

¹¹⁸ *Ebert* (Fn. 82), S. 180.

¹¹⁹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), S. 625 Fn. 53.

¹²⁰ *Eisele/Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2023, Rn. 626.

¹²¹ *Freund/Rostalski*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2019, § 6 Rn. 97.

¹²² *Kühl* (Fn. 27), § 18 Rn. 96 ff.

¹²³ *Freund/Rostalski* (Fn. 121), § 6 Rn. 97 Fn. 103.

¹²⁴ *Frisch* (Fn. 4), § 8 Rn. 111.

¹²⁵ *B. Heinrich* (Fn. 12), Rn. 962.

¹²⁶ *B. Heinrich* (Fn. 12), Rn. 959.

¹²⁷ *Kaspar* (Fn. 82), § 10 Rn. 67.

¹²⁸ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, 29/43.

¹²⁹ *Krey/Esser*, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1152.

¹³⁰ *Frister* (Fn. 30), § 22 Rn. 36.

¹³¹ *Frister* (Fn. 30), § 22 Rn. 35.

¹³² *Jäger* (Fn. 82), Rn. 537.

¹³³ *Gropp/Sinn* (Fn. 42), § 11 Rn. 79.

Fußnoten keine Erwähnung.¹³⁴ Der Differenzierung zwischen durch Notwehr und durch rechtfertigenden Notstand gerechtfertigtem Vorverhalten schließen sich *Urs Kindhäuser* und *Till Zimmermann* an.¹³⁵ Auf eine Stellungnahme zum Fall des „Dauerzustands“ oder „Dauerdelikts“ verzichten sie, auch die Autorennamen in den Fußnoten verraten, dass dazu nichts gesagt werden soll. In diesem Sinne empfiehlt *Jörg Eisele* Studierenden und Examenskandidaten die Behandlung des Problems.¹³⁶

Eine spezielle Variante der Dauerdelikts-These mit abweigerer Beispielsbildung wird in dem Lehrbuch von *Fritjof Haft* präsentiert: entstehe durch die Tat ein pflichtwidriger Dauerzustand¹³⁷, sei dessen Erzeuger nach Wegfall des Grundes für das pflichtgemäße Handeln zur Erfolgsabwendung verpflichtet. Veranschaulicht wird dieser Satz mit einem Beispiel zur mutmaßlichen Einwilligung: der Täter dringt in das Haus des Nachbarn ein und verhindert durch Abstellen des laufenden Wasserhahns eine Überschwemmung. Zur Garantenpflicht nach Notwehr äußert sich *Haft* nicht.¹³⁸ Das Beispiel geht zudem völlig an dem Thema vorbei, weil der Täter ja nicht für das Laufen des Wassers aus dem offenen Wasserhahn – also nicht für die drohende Überschwemmung – verantwortlich ist. Das gerechtfertigte Eindringen in das Haus ist nicht die Ursache für das aus dem Wasserhahn laufende Wasser. Eine Pflicht zur Verhinderung der Überschwemmung folgt allenfalls aus § 323c Abs. 1 StGB. Was der Fall also mit Ingerenz zu tun haben soll, ist rätselhaft. Zudem besteht die Beseitigung des „Dauerzustands“ (Aufenthalt im fremden Haus) nicht im Zudrehen des Wasserhahns, sondern im Verlassen des Hauses (§ 123 Abs. 1 StGB).

3. Stellungnahme zur Dauerzustands-These

a) Dauerzustand

Um die Bemerkungen von Rudolf Rengier zu verstehen, muss man zunächst ein Bild davon bekommen, was der Autor mit „Dauerzustand“ meint. Nicht gemeint sein kann der durch die Verteidigungshandlung geschaffene Zustand der geschädigten und sich (lebensgefährlich) verschlechternden Gesundheit des Angreifers. Denn ein solcher Zustand entsteht durch jede Verteidigung, die den Tatbestand der Körperverletzung (§ 223 StGB) verwirklicht und dabei die körperliche Unversehrtheit nicht nur vorübergehend, sondern anhaltend beeinträchtigt. Genau das ist die Situation, in der eine Erfolgsabwendungspflicht des Notwehrübenden (Abwendung einer Verschlimmerung der Gesundheitsschädigung, Abwendung des Todeserfolges) entstände, sofern der Rechtfertigung der gefahrschaffenden Handlung ihre garantenpflichthindernde Wirkung abgesprochen würde. Eine Garantenstellung aus

¹³⁴ *Gropp/Sinn* (Fn. 42), § 11 Rn. 79 Fn. 51.

¹³⁵ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 82), § 36 Rn. 72.

¹³⁶ *Eisele*, Strafrecht, Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil, 6. Aufl. 2021, Nr. 446 (S. 77).

¹³⁷ Kann ein Zustand „pflichtwidrig“ sein? Doch wohl nur menschliches Verhalten, das den Zustand verursacht oder nicht beseitigt.

¹³⁸ *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 188.

Ingerenz würde durch eine verletzend Notwehrhandlung stets begründet, sofern der Angreifer nicht auf der Stelle tot ist.¹³⁹ *Rengier* hätte sich also von dem Ausgangspunkt der herrschenden Meinung (oben bei Fußnote 82), der auch er zustimmt¹⁴⁰, gelöst und dem Lager der die entgegengesetzte Meinung vertretenden Autoren – wie z.B. *Herzberg* (siehe oben) – hinzugesellt. Das ist aber offensichtlich nicht seine Absicht. Mit „Dauerzustand“ muss also etwas anderes gemeint sein. Da *Rengier* als Beispiel die Einsperrung des Angreifers in einem Raum anführt, dürfte es sich beim Zustand des Eingesperrtseins um den Dauerzustand handeln. Allerdings unterscheidet sich diese Beschreibung des Zustands nicht von der, die auf den Zustand der andauernden Gesundheitsschädigung abstellt. Verschieden sind nur die betroffenen Rechtsgüter (Freiheit, körperliche Unversehrtheit), gemeinsam ist den Beschreibungen ihr Opferbezug. Vermutlich legt *Rengier* seinem Text einen engeren Begriff von „Dauerzustand“ zugrunde und zielt dabei nicht auf die andauernde Rechtsgutsbeeinträchtigung beim Angreifer (sei es Rechtsgut Fortbewegungsfreiheit, sei es Rechtsgut Gesundheit oder – wenn durch die Notwehr das vom Angreifer als Angriffswerkzeug benutzte Tier verletzt wurde (§ 303 StGB) – das Rechtsgut Eigentum), sondern auf die Maßnahmen, die der Notwehrübende zum Zwecke der Verteidigung ergreift. Deren andauernde Wirkung stellt den Dauerzustand dar. Man könnte von einer Art technischem „Verteidigungsbollwerk“ sprechen, das der Notwehrübende zur Abwehr des Angriffs errichtet und das eine den Angreifer beeinträchtigende Wirkung auch nach Beendigung des Angriffs und Beendigung der Verteidigungshandlung erzeugt. Im Beispiel von *Rengier* ist das ein „Gefängnis“. Ein hier selbst erdachtes Beispiel, bei dem nicht Einsperrung und Freiheitsberaubung den Rahmen bilden, sondern Körperverletzung, könnte so aussehen: Um einen auf sein Grundstück eingedrungenen Einbrecher zu vertreiben, stellt der Eigentümer eine laute Sirene an, die den geräuschempfindlichen Eindringling auch noch peinigt, nachdem er bereits das Grundstück verlassen und sich von diesem entfernt hat. *Rengier* würde wahrscheinlich den Grundstückseigentümer aus §§ 223, 13 StGB verurteilen, wenn er die Sirene nicht sofort nach der Flucht des Einbrechers, der einen Gehörschaden erlitten hat, abstellt.

b) Dauerdelikt

Mit dem soeben skizzierten Beispiel hätten vermutlich die Autoren Schwierigkeiten, die nicht wie *Rengier* an einen „Dauerzustand“, sondern – wie *Stree*, *Jescheck* und *Bosch* – an ein „Dauerdelikt“ bzw. den Zustand, der den Tatbestand eines Dauerdelikts erfüllt, anknüpfen. Der geräuschempfindliche Einbrecher wurde nicht seiner Freiheit beraubt, sondern an seiner Gesundheit geschädigt. Diese Körperverletzung ist nach Ansicht derjenigen, die an der strafrechtlichen Arbeit mit dem Begriff „Dauerdelikt“ festhalten, kein Dauerdelikt, sondern ein „Zustandsdelikt“.¹⁴¹ Noch deutlicher erscheint

¹³⁹ *Mitsch* (Fn. 24), § 21 Rn. 75.

¹⁴⁰ *Rengier* (Fn. 44), § 50 Rn. 77.

¹⁴¹ *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (560): Andauern der Schmerzen macht aus der Körperverletzung kein Dauerdelikt.

die Untauglichkeit des Dauerdelikts als Abgrenzungskriterium in folgendem Fall:

Der Verteidiger schlägt den Angreifer nieder und verschließt sodann die Tür. Sehr kurze Zeit danach – weniger Zeit als für ein „Vaterunser“ erforderlich – öffnet der Verteidiger die Tür wieder. Der Angreifer kann sich trotz Verletzung langsam zu Fuß fortbewegen. Er kann gehen, aber nicht rennen. Der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erlangen könnte, ist 30 km entfernt.

Zweifelloso genügt zur Erfüllung des Tatbestands der Freiheitsberaubung nicht, dass das Opfer sich nur noch langsamer fortbewegen kann, als es ihm vor dem Eingriff des Täters möglich war. Daher ist die Wegnahme eines Fahrrads oder eines Kraftfahrzeugs keine Freiheitsberaubung. Die Einspernung für eine kurze Zeitspanne – weniger als ein „Vaterunser“ – ist anerkanntermaßen keine tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung.¹⁴² Der Verteidiger hat also keinen Zustand geschaffen, der den Tatbestand eines Dauerdelikts erfüllt.

Warum der vom Verteidiger geschaffene Dauerzustand nur dann beachtlich sein soll, wenn er den Tatbestand eines Dauerdelikts erfüllt, wird von den Autoren, die diese Vokabel verwenden, nicht erklärt. Es gibt dafür auch keine Erklärung, weil es überhaupt keinen Grund gibt, zwischen Fällen mit und ohne einen Dauerzustand im oben definierten Sinne zu unterscheiden (siehe dazu noch unten d).

c) Beseitigung des Dauerzustands ohne Abwendung des Erfolges

Manche Autoren postulieren, der Verursacher des Dauerzustandes sei verpflichtet, diesen Zustand wieder zu beseitigen, sobald die Rechtfertigungslage beendet ist.¹⁴³ Der eingesperrte Angreifer muss also wieder freigelassen werden. Dabei wird offensichtlich nicht bedacht, dass es nicht allein um die Beseitigung des Dauerzustands, sondern um die Verhinderung des bei weiterem Andauern des Zustands drohenden Verletzungserfolges (z.B. Tod des Eingesperrten) geht und die bloße Beseitigung des Dauerzustands (z.B. Freilassung) oftmals nicht geeignet ist, diesen drohenden Erfolg abzuwenden. Ein einfaches Beispiel möge dies bestätigen:

Der Verteidiger stößt den Angreifer die Kellertreppe hinunter und verschließt sodann die Kellertür. Als der Verteidiger merkt, dass der Angreifer verletzt ist und ihm nicht mehr gefährlich werden kann, schließt er die Kellertür wieder auf.

- Variante 1: Der Angreifer hat sich ein Bein gebrochen und ist nicht in der Lage, sich ohne fremde Hilfe fortzubewegen.
- Variante 2: Der Verteidiger stellt dem verletzten Angreifer einen Rollstuhl zur Verfügung, mit dem er sich aus eigener Kraft ohne fremde Hilfe fortbewegen kann. Allerdings ist der nächste Ort, wo der Verletzte medizinisch versorgt werden könnte, 30 km entfernt, also unerreichbar.

- Variante 3: Schon vor der Dauer eines „Vaterunsers“ hat der Verteidiger die Tür wieder aufgeschlossen und danach dem verletzten Angreifer seinen Rollstuhl zur Verfügung gestellt.

Zu Variante 1 könnte man zunächst darüber diskutieren, ob der einschlägige „Dauerzustand“ nur bis zum Öffnen der verschlossenen Kellertür andauert oder, weil der Angreifer sich wegen seiner Verletzung nicht fortbewegen kann, auch darüber hinaus. Da es nach der Tatbeschreibung in § 239 Abs. 1 StGB gleichgültig ist, auf welche Art und Weise das Opfer seiner Freiheit beraubt wird, kann eine Körperverletzung, die das Opfer fortbewegungsunfähig macht, tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung sein. In Variante 1 hat der Notwehrübende also mit Öffnen der Kellertür zwar den Dauerzustand „technische Verteidigungseinrichtung“ bzw. „Gefängnis“ und damit die „Einsperrung“ (§ 239 Abs. 1 Alt. 1 StGB) aufgehoben, nicht aber den andauernden Zustand der Freiheitsberaubung auf sonstige Weise (§ 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Auf Grundlage der oben im Anschluss an das Beispiel bei *Rengier* formulierten engen Definition des „Dauerzustands“ hat der Verteidiger gleichwohl mit dem Öffnen der Tür diesen Zustand beseitigt. Dem verletzten Angreifer nützt das aber überhaupt nichts, ein drohender Erfolg der Verschlimmerung (Verschlechterung des Gesundheitszustands, Tod) wird dadurch nicht abgewendet.

In der Variante 2 hat der Verteidiger sogar den auf Fortbewegungsunfähigkeit des Angreifers beruhenden Zustand der Freiheitsberaubung aufgehoben. Wegnahme des Rollstuhls wäre Freiheitsberaubung, Bereitstellen des Rollstuhls hebt den Zustand der Unfreiheit also auf. Aber der drohende Erfolg einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder gar des Todes wurde dadurch nicht verhindert. In der Variante 3 fehlt sogar von Anfang an der Dauerzustand der gem. § 239 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßigen „Einsperrung“, jedenfalls wenn man dafür das Zeitkriterium für eine die Bagatellgrenze überschreitende tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung zugrunde legt.¹⁴⁴

Aufhebung des Dauerzustands ist also nicht in jedem Fall Verhinderung des drohenden Erfolges. Sinn macht die Argumentation mit dem Dauerzustand somit nur, wenn überzeugend dargelegt werden kann, dass der Notwehrübende über die Aufhebung des Dauerzustands hinaus auch zur Abwendung des Erfolges verpflichtet ist, weil er den Dauerzustand geschaffen hat. Diese Begründung ist bis jetzt noch nicht gelungen. Sie kann auch nicht gelingen, weil es keine Gründe gibt. Erfolgsabwendung kann sogar ohne Beseitigung des Dauerzustands möglich und deshalb die geeignete Maßnahme sein. Ruft der Notwehrübende in Variante 3 einen Notarzt herbei, ist damit dem Wohl des verletzten Angreifers mehr gedient als durch die nutzlose Zurverfügungstellung des Rollstuhls.

¹⁴² *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 10), Rn. 374.

¹⁴³ *Eser* (Fn. 93), 27/11: „[...] bei Einsperren des Opfers der Täter zur Aufhebung dieses Zustands verpflichtet [...]“. Man möchte fragen: „Aufhebung dieses Zustands, mehr nicht?“

¹⁴⁴ Richtig ist, dass auch einen sehr kurze – wenige Sekunden dauernde – Einsperrung, die den objektiven Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB noch nicht erfüllt, Dauerzustand ist. Denn wo sollte es dafür eine zeitliche Untergrenze geben? Geht es um Leben oder Tod, kann es auf jede Sekunde ankommen.

d) Notlage des Angreifers ohne Dauerzustand

Die fundamentale Schwäche der Lösungsversuche mit der Figur „Dauerzustand“ ist das Fehlen einer Begründung für die pflichtbegründende Wirkung des Zustands. Vor allem gibt es keine Begründung für die Ungleichbehandlung von Angreifern, die durch die Notwehrhandlung in eine Notlage versetzt wurden, die kein „Dauerzustand“ ist.¹⁴⁵ Dabei ist – daran sei erinnert – die andauernde Verschlechterung der körperlichen Verfassung des Angreifers kein Dauerzustand im Sinne des vorliegenden Textes. Denn anderenfalls – auch daran sei noch einmal erinnert – müsste die klar herrschende Auffassung komplett aufgeben werden: der Notwehrübende würde immer – nicht nur ausnahmsweise – zum Garanten gegenüber dem von ihm verletzten Angreifer. Folgende Beispiele mit und ohne Dauerzustand sind wertungsmäßig nicht nur ähnlich, sondern gleich und widersetzen sich einer rechtlichen Ungleichbehandlung. Der Angreifer wird im Haus des Angegriffenen von diesem in Notwehr niedergeschlagen und verletzt.

- Variante 1: Weil der Angreifer immer noch gefährlich war, verschloss der Verteidiger die Tür. Wäre die Tür geöffnet gewesen, hätte sich der Angreifer trotz Verletzung fortbewegen können. Der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erhalten könnte, ist aber 30 km entfernt. Bevor er dort ankäme, wäre er verblutet.
- Variante 2: Die Tür ist unverschlossen. Der Angreifer könnte trotz Verletzung aus eigener Kraft das Haus verlassen und sich zu Fuß fortbewegen. Der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erhalten könnte, ist aber 30 km entfernt. Bevor er dort ankäme, wäre er verblutet.
- Variante 3: Der Angriff fand auf freiem Feld statt. Der Verteidiger schlägt den Angreifer nieder und lässt ihn liegen. Der verletzte Angreifer könnte aufstehen und fortgehen. Aber der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erhalten könnte, ist 30 km entfernt. Bevor er dort ankäme, wäre er verblutet.

Nur in der ersten Variante hat der Notwehrübende einen Zustand geschaffen, der bei ausreichender Dauer – länger als ein „Vaterunser“ – auch den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllen würde. Die Öffnung der Tür ist aber eine Handlung, die zur Abwendung des drohenden Todeserfolges nicht ausreichend, also untauglich ist. Den Todeserfolg hätte der Notwehrübende verhindert, wenn er den verletzten Angreifer mit einem Fahrzeug selbst in das Krankenhaus gebracht oder Notarzt und Sanitäter herbeigerufen hätte. Letzteres hätte im Übrigen auch genügt, wenn der Angreifer sich beide Beine gebrochen hätte und überhaupt nicht mehr zur Fortbewegung aus eigener Kraft in der Lage gewesen wäre. Aufhebung des freiheitsberaubenden Zustands ist also einerseits nicht zur Erfolgsverhinderung geeignet, andererseits dazu auch nicht erforderlich. Auch das Leben eines weiterhin fortbewegungsunfähigen Angreifers hätte gerettet werden können.

Der Dauerzustand und seine Aufhebung kann also kein Umstand sein, von dem vernünftigerweise die Entstehung einer Garantenstellung aus Ingerenz abhängig gemacht wird. Das bestätigen die Varianten 2 und 3. Hier fehlt es von vornherein an dem Dauerzustand. Erst recht wurde keine Freiheitsberaubung begangen. Die Erfordernisse der Erfolgsverhinderung sind aber dieselben wie in Variante 1. Warum also soll nur in dieser eine Garantenstellung entstanden sein, nicht aber in den Varianten 2 und 3? Auf diese Frage gibt es keine Antwort, weil die Ungleichbehandlung schlicht falsch ist. Richtig ist: wer durch eine gem. § 32 StGB gerechtfertigte Verteidigung den Angreifer in die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung bringt, die qualitativ und/oder quantitativ über die durch die Verteidigung bereits verursachte hinausgeht, hat keine Garantenstellung zur Verhinderung dieser Rechtsgutsverletzung. Das gilt ohne Ausnahme.

VII. Schluss

Drei verschiedene Verknüpfungen von Notwehr und Dauerdelikt wurden untersucht. In allen drei Bereichen zeigte sich, dass das „Dauerdelikt“ nicht Erkenntnisgewinn fördert, sondern den Prozess der Erkenntnisgewinnung stört und in die Irre führt. Daher sollte man das Dauerdelikt aus jeglicher Befassung mit § 32 StGB einschließlich der Ingerenz-Thematik heraushalten. Darüber hinaus empfiehlt sich, in die Begründung strafrechtlicher Entscheidungen allenfalls noch im Bereich der Konkurrenzen das Dauerdelikt einzubeziehen. Im Übrigen kann man auf das Dauerdelikt verzichten und sich von ihm verabschieden.

¹⁴⁵ Sowada, Jura 2003, 236 (241); Stein/Eckstein, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 13 Rn. 40a.