

## Rechtsprechung

### Die aktuelle Entscheidung

#### Selbsthilfe des einen oder Notwehr des anderen?

- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.7.1991 - 2 Ss 223/91 = NJW 1991, 2716 -

Von Priv.-Doz. Dr. Dr. Uwe Scheffler, Berlin

Ein Jude brütet über der Orestie: „Warum wollen die Erinnyen den Orest hargenen (morden)? ... Nun ja: Orest hat geharget seine Mutter Klytamnestra — also hat er unrecht, also haben die Erinnyen recht, wenn sie ihn wollen hargenen ... Die Mutter hat doch aber geharget den Vater, den Agamemnon. Also hatte Orest recht, die Mutter zu hargenen, also haben die Erinnyen unrecht, wenn sie ihn hargenen wollen ... Der Vater hat aber geharget die Tochter, die Iphigenie. Also hat die Mutter recht, den Vater zu hargenen, also hat Orest unrecht, die Mutter zu hargenen, also haben die Erinnyen recht, Orest hargenen zu wollen ... Nun aber stellt sich doch heraus, daß der Vater, der Agamemnon, in Wirklichkeit die Iphigenie gar nicht geharget hat. Also hat die Mutter unrecht, den Vater zu hargenen, also hat Orest recht, die Mutter zu hargenen, und also dürfen die Erinnyen den Orest doch nicht hargenen!“<sup>1</sup>

Die kleine Geschichte, die die Schweizer Schriftstellerin *Salcia Landmann* hier erzählt, mag, wenn man sie von alttestamentarischem Denken (Auge um Auge, Zahn um Zahn) auf die Ebene moderner Strafrechtsdogmatik überträgt, geeignet sein, ein Problem gerade von Fällen aus dem Alltagsleben zu beleuchten: Es geht darum, daß bei eskalierenden Streitigkeiten die Strafbarkeit oder Straflosigkeit, das Täter- oder Opfer sein nahezu ausschließlich da von abhängt, welcher Handlung eines der beiden Kontrahenten als erster strafrechtliche Relevanz zugesprochen wird. Denn die auf dieses Verhalten folgende Reaktion ist dann regelmäßig nicht strafbar, sondern gerechtfertigt mit der Konsequenz, daß nun wiederum hiergegen gerichtete Gegenmaßnahmen verboten sind. Klassifizierte man dagegen jedoch die Ausgangshandlung als (noch) rechtmäßig, wurde in diesem Ping-Pong-Spiel von Aktion und Reaktion die Wertung der einzelnen Handlungen diametral vorzunehmen sein. Täter und Opfer wechselten. Dramatisch kann diese wechselseitige Abhängigkeit dann werden, wenn entweder kleinste tatsächliche Gegebenheiten oder umstrittene rechtliche Probleme über gut und böse, richtig und falsch entscheiden. „Der Zufall scheint zu bestimmen, wer sich in den Paragraphen des Strafgesetzbuchs verfängt“, schreibt *Mitsch* zu einem Fall der Beantwortung einer herabwürdigenden Äußerung mit einer Ohrfeige<sup>2</sup>. Geschäfte des täglichen Lebens, in denen sich der Vorleistende gegen die Leistungsverweigerung seines ihm namentlich nicht bekannten Vertragspartners wehren möchte, liefern hierzu ebenfalls anschauliche Beispiele, die zudem häufig „die kompliziertesten rechtlichen Probleme aufwerfen“<sup>3</sup>.

#### I. Der Sachverhalt

Mit einem solchen Fall hatte sich vor kurzer Zeit nicht nur das BayObLG zu beschäftigen<sup>4</sup>, in dem es zu einem „Streit um die Gänsebrust“ zwischen Servererin und unzufriedenem, nicht zahlungswilligem Gast kam, sondern auch das OLG Düsseldorf. In dem nicht weniger aus dem Alltagsleben gegriffenen Fall - Studenten, die sich ihr Geld mit Taxifahren verdienen, wissen ein Lied davon zu singen - ging es um folgendes<sup>5</sup>:

A ließ sich am 10.6.1990 durch den Taxifahrer T befördern, wobei er angab, nur im Besitz von 6,- DM zu sein, worauf ihm der T den Vorschlag machte, daß er ihm bei 6,- DM Bescheid sage und er dann

aussteigen müsse. Als der vereinbarte Betrag erreicht war und A bezahlen sollte, stellte sich heraus, daß er kein Geld bei sich hatte. Ungeklärt ist, ob A das Geld verloren hatte oder von Anfang an nicht zahlungsfähig war. T machte daraufhin den Vorschlag, mit A in dessen Wohnung zu gehen und von dort das Geld zu holen. Das lehnte A ab. T schlug dann vor, ihm eine Rechnung zu schicken, was aber nicht möglich war, da A seine Personalien verweigerte. Auch die Pfandnahme einer Whisky-Flasche lehnte A ab, so daß T dann die Polizei benachrichtigte. Er forderte A auf zu warten, bis die Polizei erschiene. Das paßte A auch nicht, und er wollte sich entfernen. Daraufhin hielt T den A fest, indem er ihm den Arm umdrehte. Hiergegen setzte A sich durch massive Schläge zur Wehr, wodurch T eine Schädelprellung sowie eine Schürfwunde am Ohr erlitt.

Wer hat sich hier nun strafbar gemacht? Wir haben in einer solchen Konstellation prinzipiell die Möglichkeit, den Fall entweder von der Strafbarkeit des A oder aber von der Strafbarkeit des T wegen Freiheitsberaubung und (versuchter) Nötigung ausgehend zu betrachten.

#### II. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Folgen wir unserem Rechtsgefühl und prüfen wir die Strafbarkeit des A, mit der sich auch das OLG Düsseldorf zu beschäftigen hatte. Daß A mit den „massiven Schlägen“ den *Tatbestand* der Körperverletzung gemäß § 223 StGB erfüllt hat, ist nicht zu bezweifeln. Überraschen kann dagegen, daß es das Tatgericht (AG Velbert) — es lag eine Sprungrevision des zu einer Geldstrafe verurteilten A gemäß § 335 StPO vor - bei der Bestrafung wegen Körperverletzung beließ, obwohl nach der höchst umstrittenen Rechtsprechung vor allem des BGH, der für die Erpressung keine Vermögensverfügung verlangt, hier auch eine räuberische Erpressung nach § 255 StGB bejaht werden kann<sup>6</sup>. Auch das OLG Düsseldorf weist hierauf nicht hin, obwohl trotz des Verbots der *reformatio in peius* (§ 358 II StPO), das nur eine Erhöhung des Strafmaßes untersagt, eine Änderung des Schuldpruchs zulässig wäre<sup>7</sup>.

Bleiben wir bei der Körperverletzung. Fraglich ist, ob A auch *rechtswidrig* gehandelt hat. Denn er konnte in Notwehr gegen das Festhalten durch T gehandelt haben. Dazu mußte nun aber wiederum dieses Festhalten *rechtswidrig* gewesen sein, genauer gesagt, einen gegenwärtigen *rechtswidrigen* Angriff im Sinne von § 32 StGB gegen A dargestellt haben.

Zunächst konnte man daran denken, T sei durch das *Festnahmerecht* in § 127 I StPO gerechtfertigt gewesen, den A festzuhalten, so daß demzufolge A nicht zur Notwehr dagegen berechtigt war. Fraglich ist jedoch, ob T den A auf frischer

<sup>1</sup> *Landmann*, Der jüdische Witz, 6. Aufl. 1968, S. 62f.

<sup>2</sup> *Mitsch*, JuS 1992, 289.

<sup>3</sup> *Schroeder*, JZ 1991, 682.

<sup>4</sup> BayObLG, NStZ 1991, 133, mit Bespr.-Aufsatz *Joerden*, JuS 1992, 23, sowie Anm. *Laubenthal*, JR 1991, 519, und *Schroeder*, JZ 1991, 682.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1991, 2716.

<sup>6</sup> BGHSt. 25,224; siehe ausführlich hierzu Geilen JURA 1980, 50ff; *Rengier*, JuS 1981, 654 ff; *Geppert/Kubitza*, JURA 1985, 276ff.

<sup>7</sup> Näher *Hanack*, in: LR, 24. Aufl., § 354 Rdn.21.

„Tat“ betroffen hatte. Denn das Festnahmerecht besteht nicht gegenüber zivilem Unrecht - das Nichtzahlen des geschuldeten Fahrpreises -, sondern setzt eine Straftat voraus. Hier ist umstritten, ob dringender Tatverdacht aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes des Geschehens genügt oder ob eine Straftat tatsächlich begangen sein muß<sup>8</sup>. In unserem Fall kommt nur ein Betrug des A gemäß § 263 StGB in Betracht. Dies setzte voraus, daß A den T über seine Bereitschaft oder Fähigkeit getäuscht hat, das Fahrgeld zu entrichten. Da nach dem Sachverhalt ungeklärt ist, ob A vor dem Ende der Fahrt (der Vermögensverfügung des T) überhaupt wußte, daß er nicht zahlungsfähig war, ist eine Täuschungshandlung nicht sicher festzustellen. Auch wenn man einen dringenden Tatverdacht genügen läßt, ist dennoch kein Festnahmerecht des T gegeben: Die anfängliche Vereinbarung zwischen A und T über eine Fahrt bis zum Entgelt von 6,- DM spricht für einen besonnenen Beobachter des Geschehens ex ante gegen eine ursprüngliche Täuschung des A über seine Zahlungsbereitschaft. Insoweit ist dem OLG Düsseldorf vollauf zuzustimmen.

Möglicherweise stand T jedoch ein *Selbsthilferecht* gemäß § 229 BGB zur Seite. Die von § 229 BGB vorausgesetzte Situation liegt vor: Dem T stand ein (fälliger und einredefreier) Anspruch aus dem Beförderungsvertrag gemäß §§ 631, 641 BGB zu, obrigkeitliche Hilfe (hier: Polizei) war nicht rechtzeitig zu erlangen, und da der A, dessen Personalien T nicht kannte, sich entfernen wollte, bestand die Gefahr der zumindest wesentlichen Erschwerung der Verwirklichung dieses Anspruchs. Dennoch zweifelte das OLG Düsseldorf am Vorliegen eines Selbsthilferechts und verwies zur weiteren Aufklärung an das Amtsgericht zurück: Der Sachverhalt enthalte keine eindeutigen Feststellungen dahingehend, ob nicht einfaches Festhalten des A genügt hatte, so daß das eventuell mit Schmerzen verbundene Armumdrehen das Maß des Erforderlichen überschritten haben könnte - dann käme eine Strafbarkeit nicht des A, sondern des T in Betracht, der allerdings (was höchst umstritten ist) analog § 33 StGB entschuldigt sein könnte, falls er aus Angst, Furcht oder Schrecken A zu rabiat angefaßt haben sollte<sup>9</sup>.

### III. Die Zurückverweisung an den Tatrichter

Werfen wir zunächst einen Blick auf eine Eigenart des Revisionsverfahrens. Nur ausnahmsweise darf das Revisionsgericht gemäß § 354 I StPO in der Sache selbst entscheiden, nämlich dann, wenn bei einem sachlich-rechtlichen Mangel die Feststellungen fehlerfrei und vollständig sind. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn das Tatgericht falsch subsumiert hat. Sind jedoch - wie hier - Feststellungen, die das Revisionsgericht für entscheidungserheblich erachtet, unklar oder nicht vollständig, so darf es sich nicht selbst um deren Komplettierung bemühen, sondern muß gemäß § 354 II StPO die Sache an einen anderen Spruchkörper des Tatgerichts zurückverweisen.

In unserem Fall sind dann, wenn das Tatgericht neue Feststellungen zum Festhalten durch T getroffen haben wird, insbesondere drei Konstellationen möglich: Entweder es lag ein Verhalten des T vor, das sich im Rahmen des Selbsthilferechtes hielt. Oder aber das Armumdrehen ging über das noch zulässige Brechen eines dem Festhalten entgegengesetzten Widerstandes hinaus. Aber selbst in diesem Fall bliebe zu prüfen, ob hierzu nicht T infolge des Wehrens des A durch Notwehr gerechtfertigt sein könnte ...<sup>10</sup>

Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß Revisionsgerichte häufig nicht so „streng“ zurückverweisen wie hier das OLG Düsseldorf, sondern - prozeßökonomischer - die Urteilsgründe in ihrem Zusammenhang interpretieren. Immerhin liegt in unserem Fall bei lebensnaher Betrachtung die Würdi-

gung nicht fern, daß T nicht das Maß des Erforderlichen überschritten hat; A konnte sich losreißen und verletzte daraufhin T nicht unerheblich - T hat den A also wohl eher zu *wenig* festgehalten...

### IV. Die weiteren rechtlichen Hürden

1. Machen wir uns diese Einschätzung hier zu eigen und unterstellen wir, T habe insoweit im Rahmen des *Selbsthilferechts* gehandelt. In diesem Fall ist eine weitere, etwas versteckte Klippe zu überwinden, die von Strafgerichten häufig schlichtweg übersehen wird<sup>11</sup>: Nach ganz herrschender Ansicht muß das Selbsthilferecht mittels Festnahme in § 229 BGB im Zusammenhang mit § 230 III BGB gelesen werden. Daraus folgt, daß Selbsthilfe durch Festnahme nur zulässig ist, wenn der *persönliche Sicherheitsarrest* gemäß § 918 ZPO beim Amtsgericht beantragt werden könnte. Zur Zulässigkeit der Festnahme müssen demzufolge die materiellen Voraussetzungen des persönlichen Sicherheitsarrests vorliegen<sup>12</sup>. Es muß also neben einem Arrestanspruch - im Fall gemäß §§ 631, 641 BGB gegeben — auch ein Arrestgrund geltend gemacht werden können. Hierfür setzt § 917 ZPO<sup>13</sup> voraus, daß die Vollstreckung „vereitelt oder wesentlich erschwert“ zu werden droht, und zwar durch eine Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners<sup>14</sup>. In unserem Fall besteht aber nicht die Sorge, daß A später die 6,- DM nicht mehr bezahlen könnte, sondern die, daß T ohne die Personalien seinen Anspruch überhaupt nicht verfolgen kann<sup>15</sup>. Folgt man diesem Gedanken, käme man also zu dem wohl jedermann überraschenden Ergebnis, daß T kein Recht hatte, den A festzuhalten, um die polizeiliche Personalienfeststellung zu ermöglichen. „Eine nur zum Zwecke der Personalienfeststellung erfolgte Festnahme mit dem Ziel, die Klärung einer strittigen Rechtslage zu ermöglichen, liegt ... nicht mehr innerhalb der in §§ 229, 230 BGB geregelten Grenzen“ des Selbsthilferechts, resümiert dementsprechend *Laubenthal*<sup>16</sup>.

Das OLG Düsseldorf erkennt diese Problematik, wenn es ausführt, unter „obrigkeitlicher Hilfe“ sei nach § 230 III BGB „an sich zwar der persönliche Arrest gem. § 918 ZPO gemeint. Die Personalienfeststellung durch die Polizei als für den Angeklagten weniger einschneidendes Mittel muß jedoch ebenso darunter fallen“. Denn der erste Satz ist falsch; die Festnahme zwecks Arrestierung setzt gerade das Fehlen rechtzeitiger obrigkeitlicher Hilfe, etwa der Polizei, voraus. Und der zweite Satz mag ja die Frage zutreffend beantworten, ob T den A wirklich zum Amtsrichter schleppen muß, besagt jedoch nichts hinsichtlich der entscheidenden Problematik, daß es auch dann am Arrestgrund fehlt<sup>17</sup>.

2. Da T selbst auch kaum für möglich gehalten haben dürfte, daß sein Festhalten nach dem bisherigen Stand unserer Überlegungen nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt war, kann angenommen werden, daß er sich in einem indirekten Verbotsirrtum oder *Erlaubnisirrtum* gemäß § 17

8 Ausführlich hierzu *Borchert*, JA 1982, 338 ff m. w. N.

9 Siehe dazu *Roxin*, FS Schaffstein, 1975, S. 117; *Otto*, JURA 1987, 607; *Rudolphi*, in: SK StGB, §33 Rdn. 1 a.

10 Siehe dazu HansOLG Hamburg, MDR 1969, 759.

11 Siehe etwa HansOLG Hamburg, MDR 1969, 759; OLG Karlsruhe, VRS 58, S. 393; BayObLG, NStZ 1991, 133.

12 So ausdrücklich *Fahse*, in: Soergel, BGB, 12.Aufl., § 229 Rdn. 20.

13 Die Vorschrift findet auch auf den Sicherheitsarrest Anwendung, siehe etwa *Grunsky*, in: Stein/Jonas, ZPO, 20.Aufl., §918 Rdn. 5.

14 Siehe etwa *Thomas/Putzo*, ZPO, 17. Aufl., §917 Anm. 1 a; OLG Koblenz, ZIP 1986, 1559 (1562 f).

15 So auch *Laubenthal*, JR 1991, 520, im „Gänsebrust-Fall“.

16 *Laubenthal*, JR 1991, 520.

17 Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT/2, 15.Aufl. 1960, §242 Fn. 15: „Statt der Festnahme sind auch geringere Freiheitsbeschränkungen erlaubt...; aber nur unter den für die Festnahme gesetzten Voraussetzungen“.

StGB befand, indem er die rechtlichen Grenzen des Selbsthilferechts verkannte. Zudem war T auch kaum Zeit geblieben, näher über die Rechtslage nachzudenken, so daß sich sein Irrtum in jedem Fall als *unvermeidbar* darstellen dürfte. Der Bestrafung könnte er also entgehen — aber führt dies auch zur Strafbarkeit des A?

Man könnte daran denken, daß der unvermeidbare Verbotsirrtum die Rechtswidrigkeit des Angriffs entfallen läßt mit der Folge, daß A kein Notwehrrecht gegen das Festhalten zur Verfügung stand. Zunächst ist natürlich klar, daß ein Irrtum über das Erlaubtsein dem Tun nicht die entsprechende Erlaubnis verleihen kann<sup>18</sup>. Ansatzpunkt muß vielmehr sein, daß in Fällen, in denen (wie hier T) der Angreifer rechtstreu handeln will, ohne daß ihm die falsche Beurteilung der Rechtslage zum Vorwurf gemacht werden kann, praktisch *kein Handlungsunwert* mehr gegeben ist<sup>19</sup>. In der Rechtslehre wird nun vielfach die Auffassung vertreten, daß für die Rechtswidrigkeit des Angriffs im Notwehrrecht nicht der Erfolgswert genügt, sondern daß es maßgeblich auf den Handlungswert ankommt, so daß auch der unvermeidbar Irrende nicht rechtswidrig handelt<sup>20</sup>. Der bei der Notwehr grundsätzlich an der bloßen Erforderlichkeit orientierte Umfang der Verteidigungsbefugnis habe zwingend zur Voraussetzung, daß ein Handlungswert des Angreifers den Gesichtspunkt der Schadensproportionalität verdrängt<sup>21</sup>. In der hierum geführten Diskussion wird häufig nicht zwischen den verschiedenen Irrtumsfällen — Tatbestands-, Erlaubnistatbestands- und (indirekter) Verbotsirrtum — differenziert<sup>22</sup>. Konsequenz dürfte es sein, danach zu unterscheiden, ob von dem jeweiligen Irrtum der Unrechts- oder der Schuld tatbestand berührt wird<sup>23</sup>: Das fehlende Unrecht fiele in die Risikosphäre des Angreifers, nicht des Angegriffenen<sup>24</sup>. Dies hätte zur Folge, daß höchstens auf dem Boden der nur noch vereinzelt vertretenen, mit § 17 StGB kaum in Übereinstimmung zu bringenden Vorsatztheorie<sup>25</sup> beim Verbotsirrtum der Unrecht tatbestand entfallen könnte.

Ohne dies hier näher ausführen zu können, ist der Lehre, die wegen fehlenden Handlungswerts die Rechtswidrigkeit des Angriffs verneinen will, einiges entgegenzuhalten: Zunächst einmal erfordert nicht die Bewahrung der Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsbegriffs im Strafrecht diese Konstruktion. Die Rechtswidrigkeit in § 32 StGB entspricht nicht präzise dem der allgemeinen Verbrechenlehre, sondern ist besser mit einem Verstoß gegen die Gesamtrechtsordnung umschrieben. Dies folgt schon daraus, daß „Angriff“ im Sinne von § 32 StGB nicht nur tatbestandliches, sondern auch anderes menschliches Verhalten sein kann, das man aber nicht am strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff messen kann (tatbestandslos, aber rechtswidrig?). Entfällt aber dieses systematische Argument, fragt sich materiell, ob die Rechtswidrigkeit des Angriffs tatsächlich der richtige Standort für die Verortung dieses Problems ist: Nach herrschender Ansicht führt der Angriff durch rechtswidrig, aber schuldlos Handelnde (Kinder, Geisteskranke) nicht zum Ausschluß des Notwehrrechts, sondern zu dessen (sozialethischer) Beschränkung. Wäre es nicht ein Wertungswiderspruch, den nicht fahrlässig Irrenden gegenüber dem Schuldunfähigen zu privilegieren?

3. Wenn man dieser Lehre aber folgte, hätte dies zur Konsequenz, daß die Rechtswidrigkeit des Angriffs dann entfallen kann, wenn T — ohne Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht — ein Tatbestandsirrtum zur Seite steht, u. U. auch, wenn er sich im *Erlaubnistatbestandsirrtum* befunden hat: Nur für die strenge Schuldtheorie sowie für die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie kann beim Erlaubnistatbestandsirrtum erst die Schuld entfallen; die sonstigen Befürworter der (eingeschränkten) Schuldtheorie, die Anhänger der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und die Vertreter der sog. Unrechtstheorie verneinen dagegen schon das Unrecht<sup>26</sup>. In unserem Fall besteht jedoch kein Anhaltspunkt, einen Erlaubnistatbestandsirrtum des T anzunehmen; dies

korrespondiert schon damit, daß wir oben — auch aus Sicht des T — einen dringenden Tatverdacht eines Betrugers verneint haben.

Im Falle der Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums ergäbe sich ein weiteres Problem: Das Merkmal der Rechtswidrigkeit des Angriffs scheiterte nur aus dem Blickwinkel des T, wäre aber aus der Sicht des A vorhanden. Dies hätte zur Folge, daß die Handlungsbefugnis des T nicht mit einer Duldungspflicht des A korrespondierte. Demzufolge könnte das Wehren des A wenigstens wegen Notstandes gemäß § 34 StGB gerechtfertigt sein. Im vorliegenden Fall ist die Norm jedoch nicht einschlägig, weil sie ein wesentliches überwiegen bei der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter zugunsten des A voraussetzt. Die zeitlich begrenzte Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit bzw. der allgemeinen Betätigungsfreiheit des A wiegt jedoch keinesfalls schwerer als die Körperverletzung gegenüber T. In diesem Fall könnte man demzufolge nur an einen entschuldigenden Notstand gemäß § 35 StGB denken, der jedoch spätestens daran scheitert, daß A - vgl. § 35 I 2 StGB - die Gefahr durch seine Zahlungsverweigerung selbst verursacht hat. — Hier zeigt sich nochmals, daß die bloße Einschränkung des Notwehrrechts gegenüber dem Irrenden die vorzugswürdige Lösung ist: Der „schuldlos“ Angegriffene kann doch nicht im Rahmen der Notstandsrechte zur völligen Interessenpreisgabe verpflichtet sein, sofern er dem Angriff nicht ausweichen kann und ihn nur durch eine gleichschwere Verletzung von Rechtsgütern des Täters abwenden könnte. Gegen gemäß § 35 StGB bloß entschuldigte Notstandshandlungen wäre wiederum ein Notwehrrecht des irrenden Angreifers gegeben ...

4. Kommen wir zurück zu unserem Fall: Auch mit der Bejahung eines rechtswidrigen Angriffs des T wäre noch nicht automatisch eine Rechtfertigung des A wegen Notwehr gegeben. Zunächst einmal müßten seine „massiven Schläge“ als Notwehrhandlung *erforderlich* gewesen sein. Lassen wir die rein tatsächliche Frage außer acht, ob leichtere, nicht gleich eine Schädelprellung hervorrufende körperliche Gegenwehr als milderes Mittel genügt hätte, um dem Griff des T zu entkommen. Werfen wir statt dessen ein dogmatisch prinzipielles Problem auf. *Joerden* hat dies für den insoweit parallelen schon angesprochenen „Gänsebrust-Fall“ diskutiert<sup>27</sup>. Seiner Auffassung zufolge sind „mildere Mittel“ im Hinblick auf § 32 StGB auch solche, die einen Angriff entbehrlich, machen und ihn dadurch abwenden — sofern der Angegriffene zum Ergreifen dieser Möglichkeit rechtlich verpflichtet ist, was bei der Personalienmitteilung der Fall sei. Meiner Ansicht nach ist diese Auffassung nicht zutreffend, weil A dennoch eigene Interessen preisgeben müßte: Was von ihm verlangt wird, ist letztendlich nicht weniger, als dem Angriff des T auszuweichen, eigentlich sogar ihm nachzugeben. Machte man mit diesem Gedanken ernst, wäre das Notwehrrecht ausgehöhlt. In letzter Konsequenz wäre dann auch der Bedrohte verpflichtet, eine geschuldete Vermögensverfügung

<sup>18</sup> Siehe *H. Schumann*, JuS 1979, 562.

<sup>19</sup> Siehe *Felber*, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979, S. 145.

<sup>20</sup> So etwa *Roxin*, Strafrecht AT/1, 1992, § 15 Rdn. 14; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT/1; 7. Aufl. 1987, § 26 Rdn. 14ff; *Lenckner*, in: SchSch, 24. Aufl., § 32 Rdn. 21; *Lackner*, StGB, 19. Aufl., § 32 Rdn. 5; *Felber*, Die Rechtswidrigkeit, S. 135 ff; *Hirsch*, FS Dreher, 1977, S. 211ff; *H. Schumann*, JuS 1979, 559f.

<sup>21</sup> *Hirsch*, FS Dreher, S. 214.

<sup>22</sup> So zutreffend *Felber*, Die Rechtswidrigkeit, S. 146 f. Siehe etwa *Lenckner*, in: SchSch, § 32 Rdn. 21: „unvermeidbarer (Erlaubnis-)Tatbestandsirrtum“.

<sup>23</sup> So wohl auch *Felber*, die Rechtswidrigkeit, S. 147; *H. Schumann*, JuS 1979, 562.

<sup>24</sup> *Hirsch*, FS Dreher, S. 217; ähnlich *Felber*, Die Rechtswidrigkeit, S. 147.

<sup>25</sup> Näher dazu *Wessels*, Strafrecht AT, 21. Aufl. 1991, § 11 I 2 m. w. N.

<sup>26</sup> Siehe näher dazu *Paeffgen*, GS Arm. Kaufmann, 1989, S. 399ff; *Herzberg*, JA 1989, 243 ff; *D. Geerds* JURA 1990, 421 ff.

<sup>27</sup> *Joerden*, JuS 1992, 25; siehe auch *Schroeder*, JZ 1991, 683.

vorzunehmen, da dies größere Schonung des Bedrohenden bedeutete als körperlicher Widerstand. Über die Notwehr wäre die dem geltenden Recht so nicht bekannte Befriedigungsselbsthilfe zugelassen.

Dennoch hilft *Joerdens* Gedankengang weiter. Wenn man mit der ganz herrschenden Ansicht davon ausgeht, daß weiteres Merkmal der Notwehrbestimmung sei, daß die Notwehrhandlung auch unter sozialem Gesichtspunkten *geboten* sein muß oder, mit anderen Worten, daß das Notwehrrecht nicht mißbraucht werden darf<sup>28</sup>, können wir die Überlegungen aufgreifen: Man kann sowohl argumentieren, daß A den Angriff des T erst dadurch provoziert hat, daß er sich den zivilrechtlichen Ansprüchen des T auf Erfüllung oder jedenfalls Sicherung seiner Fahrpreisforderung massiv widersetzt. Im Falle des vom Angegriffenen verschuldeten Angriffs geht die herrschende Ansicht davon aus, daß dem Angegriffenen ein Ausweichen zuzumuten sei. Ferner könnte man darauf hinweisen, daß es materiell — darauf hebt auch *Joerden* ab — hier nicht um die beschränkte Fortbewegungsfreiheit des A geht, sondern um die geschuldete Forderung — nur ganze 6,- DM. Bedenkt man ferner, daß T auf diese 6,- DM einen fälligen und einredefreien Anspruch hat, sie also vermögensrechtlich dem A ohnehin nicht mehr zugeordnet sind, könnte man auch argumentieren, daß ein grobes, unerträgliches Mißverhältnis zwischen dem von A geschützten und dem von ihm angegriffenen Rechtsgut besteht. Oder noch anders formuliert: Hätte T dem A das Geld weggenommen und dieser nunmehr versucht, das Geld auf dem Rechtswege zurückzuerhalten, wäre ihm jedenfalls der Grundsatz „dolo facit, qui petit quod statim redditurus est“ entgegenzuhalten gewesen.

5. Aber selbst wenn man sich über diese Überlegungen hinwegsetzt, ist eine weitere Hürde zu nehmen: Nach ganz herrschender Ansicht<sup>29</sup> ist bei der Notwehr ein subjektives Rechtfertigungselement, der *Notwehrwille* erforderlich. Das bedeutet an sich: Weiß der Täter nicht, daß die Voraussetzungen der Notwehr gegeben sind, so handelt er mit gewöhnlichem Deliktvorsatz und die Tat bleibt rechtswidrig — umstritten ist nur, ob wegen Vollendung oder nach Versuchsgrundsätzen zu strafen ist<sup>30</sup>. Der Erlaubnisirrtum des T korrespondiert jedoch mit einem wahndeliktischen Verhalten des A, der bei der Beurteilung der Rechtslage wohl kaum gemeint haben dürfte, sich durch das Schlagen des T nicht strafbar zu machen. Nun ist dies — auf der Grundlage unserer bisherigen Erörterungen — aus Rechtsgründen auch nicht strafbar gewesen. Insofern liegt ein sogenannter umgekehrter Erlaubnisirrtum vor: Die auf einem reinen Auslegungsfehler beruhende Annahme, nicht gerechtfertigt zu sein, führt zu einem straflosen Wahndelikt — es fehlt dann also am Deliktvorsatz des A mit der Folge seiner Straflosigkeit<sup>31</sup>.

## V. Ein Lösungsversuch

Wir haben mithin im vorliegenden Fall einige Mühe, die von unserem Rechtsgefühl geforderte Strafbarkeit des A zu begründen. Aber selbst dann, wenn dies gelingt, ist das Ergebnis, daß T kein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, sondern daß er allenfalls über eine Irrtumskonstruktion eigener Bestrafung entgehen kann, rechtspolitisch unhaltbar. In Geschäften des täglichen Lebens wie Taxifahrten (und Restaurantbesuche, siehe den „Gänsebrust-Fall“), bei denen regelmäßig an einen namentlich nicht bekannten Vertragspartner vorgeleistet wird, bedarf der Vorleistende des Schutzes der Rechtsordnung. Denn betrachten wir uns einige Konsequenzen: Erkennen wir kein Selbsthilferecht des T an, so haftete er auch ohne Verschulden gemäß §231 BGB auf Schadensersatz. Da die Straflosigkeit des T nur aufgrund der Annahme eines unvermeidbaren Erlaubnisirrtums konstruierbar ist, könnte diese

für ähnliche Fälle in der Zukunft, etwa infolge der Publikation einschlägiger Entscheidungen, entfallen.

In unserem Fall kommt noch etwas dazu: Taxifahrer unterliegen grundsätzlich der bußgeldbewehrten Beförderungspflicht (§ 22 PBefG). Diese kann im konkreten Fall dann entfallen, „wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, daß die zu befördernde Person eine Gefahr für die Sicherheit und Ordnung des Betriebes ... darstellt“ (§ 13 BOKraft). Nach dieser Vorschrift kann der Taxifahrer im Einzelfall die Beförderung Betrunkener ablehnen<sup>32</sup>; gleiches soll gelten, „wenn die Bezahlung der Fahrt unsicher erscheint“<sup>33</sup>. Ansonsten muß der Taxifahrer befördern — ohne Vorauskasse: Die Beförderung von einer Vorleistung abhängig zu machen, stellt einen Verstoß gegen die Beförderungspflicht dar<sup>34</sup>. Beim Beförderungsvertrag als Werkvertrag ist die Vergütung nach § 641 BGB erst bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Zudem darf gemäß § 37 I BOKraft ein anderes als das vom Fahrpreisanzeiger angezeigte Beförderungsentgelt nicht gefordert werden: „Dieses steht aber naturgemäß erst am Fahrtende fest“<sup>35</sup>. Kurzum: Wenn der Gesetzgeber den Taxifahrer in diese rechtliche Konstellation zwingt, muß er ihm auch Schutz gewähren. Versuchen wir also, einen Ansatzpunkt zu finden, um ein Selbsthilferecht des T zu konstruieren.

*Volk* schlägt hierzu vor, ein Selbsthilferecht durch Festnahme nach § 229 BGB auch dann schon zuzulassen, wenn der persönliche Arrest nicht beantragt werden kann, weil schon für ein Erkenntnisverfahren die Personalien fehlen<sup>36</sup>. Zwei Hürden muß *Volk* überwinden: Zunächst einmal die, daß § 229 i. V. m. § 230 III BGB nicht die Personalienfeststellung, sondern den Sicherheitsarrest als eigentlich erstrebte Rechtsfolge der Festnahme vorsieht. *Volk* hält dieses Problem deshalb für überwindbar, weil § 933 ZPO, der die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes regelt, als milderer Mittel auch die Wegnahme der Legitimationspapiere zulasse. Dem ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, daß dies innerhalb der zivilprozessualen Literatur umstritten ist<sup>37</sup>; darüber hinaus geht es hier nicht um die Beschlagnahme von Papieren, sondern um die Personalienfeststellung. Die Wegnahme der Legitimationspapiere soll — ähnlich wie die sonstigen im Rahmen von § 933 ZPO zulässigen Maßnahmen des Hausarrests oder der Einziehung des Reisepasses — nur eine Flucht des Schuldners unmöglich machen oder erschweren. Es handelt sich hier, benutzen wir das strafprozessuale Vokabular, um eine Art Haftverschonung (vgl. § 116 StPO). Die zweite Hürde, die *Volk* nehmen muß, besteht darin, daß, wie oben festgestellt, die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines Sicherheitsarrests nicht gegeben sind, weil der Arrestgrund fehlt. Demzufolge schlägt er vor, der Gläubiger sollte beim Amtsgericht im Wege einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO beantragen, daß das Gericht Auskunft über die Personalien anordnen soll.

<sup>28</sup> Siehe dazu zuletzt ausführlich *Kühl*, JURA 1990, 244 ff; 1991, 57 ff; 175 ff.

<sup>29</sup> A. A. insbes. *Spendel*, in: LK, 10. Aufl., §32 Rdn. 138ff m. w.N.; siehe auch *Schroeder*, JZ 1991, 683.

<sup>30</sup> Siehe dazu *Lenckner*, in: SchSch, vor §§32ff Rdn. 15; §32 Rdn. 63.

<sup>31</sup> Siehe hierzu *Herzberg*, JuS 1980, 478 ff; *Burkhardt*, JZ 1981, 681 ff; *Nierwetberg*, JURA 1985, 241 f.

<sup>32</sup> *Bildinger*, BOKraft, 3. Aufl., §13 Anm. 5.

<sup>33</sup> *K. Meyer*, Personenbeförderungsrecht, § 13 BOKraft Anm. 3; ähnlich OLG Düsseldorf, VRS 58, S. 470 (471); siehe auch KG, VRS 38, S. 379 (380).

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf, VRS 58, S. 470.

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf, VRS 58, S. 471.

<sup>36</sup> *Volk*, JR 1980, 252.

<sup>37</sup> Dagegen *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 2. Aufl., § 933 Rdn. A; *Damm*, in: AK ZPO, §933 Rdn. 1.

Selbst wenn wir diese Erweiterung von § 230 III BGB über seinen Wortlaut hinaus akzeptieren, ist doch zu fragen, ob *Volks* Vorschlag die Problematik befriedigend löst: T will doch nicht zum Amtsgericht, sondern er möchte lediglich erreichen, daß A mit ihm auf die Polizei wartet, damit diese die Personalien feststellt. Verfolgen wir diesen Gedankengang weiter. T hatte zunächst einmal unstreitig einen Anspruch darauf, von A dessen Personalien zu erfahren. Jeder Vertragspartner hat, wenn aus einem Vertrag Streitigkeiten entstehen, nach Treu und Glauben die vertragliche Nebenpflicht, im Rahmen des ihm Zumutbaren daran mitzuwirken, daß der andere in die Lage versetzt wird, eine Klärung der umstrittenen vertraglichen Ansprüche — notfalls vor Gericht — herbeizuführen. Daraus folgt, daß, wenn sich die Vertragspartner nicht persönlich kennen, im Streitfall jeder gegen den anderen Anspruch darauf hat, daß dessen Personalien in einwandfreier Weise festgestellt werden<sup>38</sup>. Weiterhin existiert eine Verpflichtung der Polizei, zur Sicherung von privaten Rechten den Namen einer Person festzustellen — sog. Sistierung —, wenn das zu sichernde Recht hinreichend glaubhaft gemacht ist, gerichtliche Hilfe nicht erlangt werden kann, und ohne die Sistierung die Durchsetzung des Rechts nicht möglich ist oder doch wesentlich erschwert wird<sup>39</sup>. Dies ist in Nordrhein-Westfalen, wo sich unser Fall abgespielt hat, ausdrücklich in § 1 II PolG niedergeschrieben<sup>40</sup>. Im übrigen soll dies auch schon aus den polizeilichen Generalklauseln der Länder folgen<sup>41</sup>.

Haben wir diese beiden Bausteine, fehlt uns nur noch eine kleine Verbindung: Wir suchen eine Rechtsgrundlage dafür, daß es dem T erlaubt ist, den A bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten. Das HansOLG Hamburg hat hierzu allgemein ausgeführt, daß der Schuldner verpflichtet sei, entweder dem Gläubiger seinen Personalausweis vorzuweisen oder aber zu warten, bis der Gläubiger die Polizei benachrichtigt und diese die gewünschten Feststellungen zur Person getroffen hat. Dies folge aus § 229 BGB<sup>42</sup>. Näher äußert sich das Gericht zu dieser „Wartepflicht“ nicht, die man aber wohl als Bestandteil der

eben angesprochenen Nebenpflicht auf Personalienmitteilung anerkennen muß.

Schauen wir uns nun unter diesem Gesichtspunkt noch einmal § 229 BGB an, so sehen wir, daß die Norm eine weitere Alternative hat: Zum Zwecke der Selbsthilfe besteht auch ein Widerstandsbesetzungsrecht gegen eine Handlung, die der andere zu dulden verpflichtet ist. Im Rahmen dieses Rechts ist auch die erforderliche Gewalt gegen eine Person zulässig<sup>43</sup>. Dies müßte sich auf unseren Fall übertragen lassen. Ist der A verpflichtet, auf die Polizei zu warten und die Einsichtnahme in die Papiere zu dulden, so dürften wenig Bedenken dagegen bestehen, das Verhalten des T als Widerstandsbesetzung zu verstehen, wenn er den A bis zum Eintreffen der Polizei festhält. Diese Lösung erscheint nicht nur deshalb sachgerecht, weil sie uns nun endlich eine Möglichkeit gibt, das Verhalten des T als Selbsthilfe zu klassifizieren, sondern führt auch unter umgekehrtem Gesichtspunkt zu billigen Ergebnissen: Auch diese Interpretation von § 229 BGB gibt dem T kein Recht, etwa gewaltsam den A nach Geld oder seinen Personalpapieren zu durchsuchen, jedenfalls ohne daß ein Arrestgrund besteht<sup>44</sup>. Denn eine so weitgehende Selbsthilfe wollte der Gesetzgeber mit seiner restriktiven Fassung des Selbsthilferechts gerade vermeiden — und daran sollte man nichts ändern.

<sup>38</sup> Siehe dazu (mit Hinweisen auf die mehr allgemeine zivilrechtliche Literatur) HansOLG Hamburg, MDR 1969, 759; BayObLG, NSZ 1991, 133 (134); *Laubenthal*, JR 1991, 519; *Joerden*, JuS 1992, 25; *Volk*, JR 1980, 251.

<sup>39</sup> OVG Minister, OVG 24, 72; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 185; *R. Krüger*, Privatrechtsschutz als Polizeiaufgabe, 1976, S. 42ff.

<sup>40</sup> Siehe näher dazu *Wagner*, AK PolG NRW, § 1 Rdn. 149.

<sup>41</sup> OVG Münster, OVG 24, 72; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, S. 185.

<sup>42</sup> HansOLG Hamburg, MDR 1969, 759.

<sup>43</sup> *Fahse*, in: *Soergel*, § 229 Rdn. 23.

<sup>44</sup> Siehe dazu *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT/2, § 242 Fn. 15.