

70

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 227

Zur Notwehr und zur Putativnotwehr, insbesondere
bei Schußwaffengebrauch.

BGH, Urt.v. 23. September 1975 - VI ZR 232/73 - KG Berlin
LG Berlin

71

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 232/73

URTEIL

Verkündet am

23. September 1975
B e c k e r ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Chemie-Ingenieurs Klaus-Peter L [REDACTED],
B [REDACTED], G [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

1. die Schneiderin Renate P [REDACTED] geb. Sch [REDACTED]
 2. die am [REDACTED] 1966 geborene Ariane Sophie P [REDACTED]
 3. den am [REDACTED] 1970 geborenen Marcus Renée P [REDACTED]
- zu 2) und 3) vertreten durch ihre Mutter Renate P [REDACTED]
sämtlich wohnhaft B [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr.Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED]-

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Dr. Steffen, Dr. Kullmann und Dr. Ankermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 16. Oktober 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

In der Nacht zum 28. März 1971 wurde P., Ehemann der Klägerin zu 1) und Vater der Kläger zu 2) und 3), nach dem Besuch eines Frühlingsfestes bei einer Auseinandersetzung mit anderen Festbesuchern durch einen Schuß aus einer Pistole des Beklagten tödlich verletzt.

Die Kläger nehmen den Beklagten auf Ersatz ihres Unterhaltsschadens in Anspruch. Sie haben geltend gemacht: Vor dem Festzelt sei der mit P. befreundete Marokkaner Mo. angespuckt worden. Nach dessen Beschreibung sei der Beklagte als Täter in Betracht gekommen; dieser habe mit seinen Begleitern L. und Me. ebenfalls das Fest gerade



verlassen gehabt. Zur Klärung des Vorfalls habe P. zusammen mit seinen Freunden W. und G. diese drei Personen eingeholt und sie zur Rede gestellt. Ohne begründeten Anlaß habe der Beklagte daraufhin die Pistole gezogen und den tödlichen Schuß auf P. abgegeben.

Der Beklagte hat sich auf Notwehr berufen und vorgetragen: P., G. und W., wiederholt wegen Gewaltdelikten vorbestraft, hätten ihn und seine Begleiter ohne Grund angegriffen. Er sei durch Schläge auf den Kopf ebenso wie sein Begleiter L. zu Boden geschlagen worden. Erst als er auf dem Boden gelegen habe, habe er einen im Winkel von 45 Grad nach oben gerichteten Warnschuß abgegeben. G. und W. hätten ihm dann die Pistole aus der Hand gerissen, wobei sich weitere Schüsse gelöst hätten. Er selbst habe lebensgefährliche Schädelverletzungen erlitten.

Landgericht und Kammergericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts muß der Beklagte für den Unterhaltsschaden der Hinterbliebenen des getöteten P. nach §§ 823 Abs. 1 und 2, 844 Abs. 2 BGB

i.V.m. § 222 StGB aufkommen, weil er den Tod des P. zu verantworten habe. Dabei legt das Berufungsgericht als unstreitig zugrunde, daß der tödliche Schuß vom Beklagten abgegeben worden ist; zu dessen Gunsten geht es davon aus, daß er diesen Schuß nicht auf P. gezielt, sondern als Warnschuß abgegeben habe. Daß ein solcher Warnschuß durch Notwehr gerechtfertigt war, hat er aber nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht nachzuweisen vermocht. Hierzu erwägt das Berufungsgericht: Die Behauptung des Beklagten, er sei von der Gruppe um P. so heftig tätlich angegriffen worden, daß er schwer verletzt zu Boden gegangen sei und erst dann seine Waffe gezogen und einen Warnschuß abgegeben habe, sei durch die Beweisaufnahme widerlegt. Danach habe er bereits geschossen, als die Auseinandersetzung noch verhältnismäßig harmlos gewesen sei und eine Steigerung der Gefährlichkeit nicht habe erwarten lassen; zu gefährlichen Handgreiflichkeiten sei es erst nach dem Schuß gekommen. Soweit deshalb zur Zeit der Abgabe des Schusses überhaupt schon von einem Angriff gesprochen werden könne, habe es zur Abwehr ausgereicht, um Hilfe zu rufen; andere Besucher des Festzeltes hätten dann für Hilfe sorgen oder selbst zu Hilfe herbeieilen können. Der Beklagte habe jedoch als erstes Mittel der Gegenwehr zur Waffe gegriffen und damit die erforderliche Verteidigung auf jeden Fall und zumindest fahrlässig überschritten. Für einen entschuldbaren Irrtum über das Vorliegen einer Notwehrlage habe er nichts angeführt, zumal er sich nicht ausdrücklich auf Putativnotwehr berufen, vielmehr eine echte Notwehrlage geltend gemacht habe.

II.

Mit diesen Ausführungen kann das Berufungsurteil gegenüber den Angriffen der Revision keinen Bestand haben.

1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß dem Beklagten der Rechtfertigungsgrund des § 227 BGB nur dann zur Seite stand, wenn das Ziehen der Pistole und ihr Gebrauch selbst bei Würdigung der damit verbundenen, auch für ihn erkennbaren Lebensgefahren zur Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erforderlich war. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß der Gebrauch einer Schußwaffe - sei es auch nur zur Warnung - nur in ernststen Gefahrensituationen und nur als äußerstes Mittel gerechtfertigt ist (Senatsurteil vom 21. Februar 1967 - VI ZR 151/65 = VersR 1967, 477, 478; BGH Urt.v. 2. Juni 1955 - 4 StR 157/55 = GoldtArch. 1956, 49); auch wer sich gegen Tötlichkeiten verteidigen muß, die er - wovon für den Streitfall auszugehen ist - nicht herausgefordert hat, steht unter dem Gebot, menschliches Leben und menschliche Gesundheit soweit wie nur irgend möglich zu erhalten (Roxin NJW 1972, 1821). Andererseits ist die Verteidigung mit der Schußwaffe nicht nur dann gerechtfertigt, wenn das Leben des Angegriffenen bedroht ist, etwa der Angreifer eine ähnlich gefährliche Waffe einsetzt; grundsätzlich verlangt § 227 BGB - vom Mißbrauch des Notwehrrechts durch völlig maßloses Verhalten abgesehen - nicht die Verhältnismäßigkeit der dem Verteidiger drohenden Gefahr zu dem von ihm mit der Verteidigung angerichteten Schaden (BGH Urt.v. 19. April 1967 - 2 StR 14/67 = GoldtArch.

1968, 182, 183; BGH Urt.v. 10. Januar 1956 - 1 StR 412/55 = NJW 1956, 920). Grundsätzlich darf ein rechtswidrig Angegriffener - jedenfalls wenn er den Angriff nicht provoziert hat - dasjenige für ihn erreichbare Abwehrmittel wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr mit Sicherheit erwarten läßt; er braucht sich nicht auf ein weniger gefährliches Verteidigungsmittel verweisen zu lassen, dessen Wirkung für die Abwehr zweifelhaft ist. Das gilt nicht nur im Strafrecht für § 53 StGB (BGH Urteil vom 2. Juni 1955 - 4 StR 157/55 aaO; vom 26. Mai 1964 - 1 StR 90/64 = GoldtArch. 1965, 147, 148; vom 19. April 1967 - 2 StR 14/67 = aaO; vom 14. Juni 1972 - 2 StR 679/71 = NJW 1972, 1821 m.w.Nachw.), sondern ebenso für § 227 BGB.

Soweit dem Vorwurf des Berufungsgerichts, daß der Beklagte "als erstes Mittel der Gegenwehr zur Waffe gegriffen" und nicht um Hilfe gerufen hat, die Auffassung zugrunde liegen sollte, dem Waffengebrauch müsse immer zunächst der Versuch vorausgehen, einer drohenden tätlichen Auseinandersetzung durch die Bitte an Dritte um Beistand auszuweichen, könnte dem nicht gefolgt werden. Es widerspricht im übrigen der Lebenserfahrung, daß sich - zumal an einem solchen Ort zur Nachtzeit - unbeteiligte Dritte in Unkenntnis des Anlasses der Auseinandersetzung in die Feindseligkeit zweier Gruppen schlichtend einmischen. War der Beklagte, als der tödliche Schuß fiel, einem tätlichen Angriff von P. und seinen beiden Freunden bereits ausgesetzt oder stand dieser unmittelbar bevor, so brauchte er sich auf eine so unsichere Abwehr durch Hilfe Dritter nicht verweisen zu lassen. Ob dem Angegriffenen die Inanspruchnahme

fremder Hilfe bei mißbräuchlicher Ausübung des Notwehrrechts oder bei einem von ihm provozierten Angriff zugemutet werden kann, kann im Streitfall dahinstehen (vgl. BGHSt 5, 245, 248; BGH Urteil vom 1. August 1961 - 1 StR 197/61 = LM StGB § 53 Nr. 6 m.w.Nachw.; RGSt 71, 133; 72, 57, 58; Baldus in LK StGB 9. Aufl. § 53 Rdnr. 21); eine solche Fallgestaltung liegt nicht vor.

2. Gleichwohl wären die rechtlichen Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht dem Schußwaffengebrauch durch den Beklagten jede Rechtfertigung nach § 227 BGB abgesprochen hat, im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn mit ihm davon auszugehen wäre, daß es vor Abgabe des Warnschusses weder zu gefährlichen Handgreiflichkeiten gekommen ist, noch solche zu erwarten waren. Dann kann mit ihm dahingestellt bleiben, ob der Beklagte dadurch, daß sich ihm und seinen Freunden P. und seine Freunde ohne rechtfertigenden Anlaß in den Weg gestellt hatten, um ihn wegen seines angeblich ungebührlichen Benehmens gegenüber Mo. "zur Rede zu stellen", einem gefahrdrohenden Angriff ausgesetzt war, sich also in einer Notwehrlage befand, was er beweisen müßte. Denn in diesem Fall hätte jedenfalls eine (von den Klägern nachzuweisende, vgl. Senatsurteil vom 17. Mai 1966 - VI ZR 257/64 = VersR 1966, 778; vom 6. Februar 1968 - VI ZR 51/66 und vom 2. März 1971 - VI ZR 136/69 = VersR 1971, 629, 631 jeweils m.w. Nachw.) Überschreitung der erforderlichen Verteidigung (Notwehrexzeß) vorgelegen. Insoweit will auch die Revision nichts erinnern. Jedoch zeigt, wie die Revision mit Recht rügt, die Begründung, die der Tatrichter für seine Überzeugungsbildung gegeben hat,

daß er seinen Feststellungen zu den Vorgängen, die zu dem tödlichen Schuß geführt haben, nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung zugrundegelegt hat (§ 286 ZPO).

a) Seine Überzeugung, daß erst nach dem tödlichen Schuß die gefährlichen Handgreiflichkeiten eingesetzt hätten, hat das Berufungsgericht aus den Bekundungen der Zeugen G., W., der beiden Freunde des Getöteten, und des Sch. gewonnen.

Die Aussage des Zeugen Sch., der - wie das Berufungsgericht zutreffend sagt - von diesen Personen als einziger den Vorgängen "neutral" gegenübersteht und der zudem das ganze Geschehen aus der Nähe beobachtet hatte, ergibt jedenfalls in ihrem protokollierten Inhalt (Bl. 163/164 GA) nichts für diese Feststellungen des Tatrichters; näher lag es, durch die Bekundungen dieses Zeugen die vom Beklagten behauptete Notwehrlage bestätigt zu sehen. Danach hat der Zeuge, während er an den feindlichen Gruppen vorbei zu seinem in der Nähe geparkten Wagen ging, schon beide Gruppen in einer Schlägerei verwickelt gesehen; erst 4 - 5 Minuten nach Passieren der Streitenden will er den ersten Schuß gehört haben. Diese Bekundung stimmt mit seinen zeitlich früher gemachten Aussagen bei den strafrechtlichen Ermittlungen, auf deren Akten das Berufungsurteil Bezug nimmt, überein. Dort hatte er seine Beobachtungen dahin präzisiert, das Handgemenge habe bis zu dem Schuß andauert; die daran Beteiligten hätten eine Art Knäuel gebildet, das sich ständig bewegt, teilweise auf dem Erdboden

sich gerollt habe. Nach dem Schuß sei das Handgemenge weitergegangen; es seien noch weitere Schüsse gefallen. Er wisse genau, daß der erste Schuß gefallen sei, als die Schlägerei schon in Gang gewesen sei (Bl. 93 ff, 190 ff StrA). Das Berufungsgericht hätte angesichts dieser früheren Bekundungen des Zeugen im einzelnen begründen müssen, warum es dessen Aussage in einem Sinn verstanden hat, der sich jedenfalls nach den protokollierten Erklärungen so nicht anbot.

b) Die beiden Freunde des Getöteten, die Zeugen G. und W., haben bei ihrer ersten polizeilichen Vernehmung noch am Tag der Tat eingeräumt, gemeinsam mit der Gruppe um den Beklagten eine Schlägerei (so W.), ein "Handgemenge" mit der "zur Rede gestellten" Gruppe um den Beklagten (so G.) begonnen zu haben; erst im Verlauf der tätlichen Auseinandersetzung habe der Beklagte die Pistole gezogen (Bl. 7, 8 StrA). Später haben die Zeugen allerdings diese ihre Aussagen teils widerrufen, teils abgeschwächt (Bl. 73 ff, 245 ff; 80 ff, 197 ff StrA). Danach will W. erst nach dem Schuß zu der Gruppe um den Beklagten gestoßen sein; während er noch vor dem Untersuchungsrichter von der Wahrnehmung eines dem Schuß vorausgegangenen "Handgemenges" gesprochen hat, war davon bei seiner Aussage vor dem Berufungsgericht nicht mehr die Rede. Der Zeuge G. hat in der gerichtlichen Voruntersuchung seine früheren Angaben dahin abgeschwächt, es könne möglich sein, daß er seinen Arm ausgestreckt oder seitlich gehalten habe, um die Gruppe um den Beklagten am Weitergehen zu hindern, und daß es dabei zu einer körperlichen Berührung mit den drei (!) Männern oder einem von ihnen gekommen sei. Vor dem Berufungsgericht

hat er wiederum von einem vorausgegangenen "Handgemenge" gesprochen.

Bereits die Widersprüche in den Aussagen dieser beiden Zeugen über Intensität ihres "Vorgehens" und über ihre bei der Auseinandersetzung eingenommenen Standorte mußten dem Tatrichter Anlaß geben, die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen im angefochtenen Urteil einer besonders kritischen Würdigung zu unterziehen. Immerhin hatte sich schon der Untersuchungsrichter gerade wegen der Widersprüche der Zeugen bezüglich des entscheidenden Teils des Tatgeschehens veranlaßt gesehen, dem Beklagten in seiner Schilderung zur Notwehrlage zu folgen und ihn von dem Vorwurf des Totschlags und der fahrlässigen Tötung mangels Beweises außer Verfolgung zu setzen. Auch konnte nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Zeuge G. nach eigenem Eingeständnis das von ihm selbst eingeräumte massive Vorgehen gegen den Beklagten und seine Freunde (Anhalten der bereits mit dem Wagen abfahrenden W. und P. zur "Verfolgung" des Beklagten und seiner Begleiter, Umstellen dieser Gruppe, um sie am Weitergehen zu hindern; "Handgemenge") bereits auf die reichlich vagen Angaben des Mo. hin eingeleitet hatte. Außerdem hätte sich das Berufungsgericht damit auseinandersetzen müssen, daß W. und G. sich auch deshalb veranlaßt sehen konnten, ihre Rolle bei der Auseinandersetzung zurückhaltend zu schildern, um nicht selbst wegen der Folgen des tödlichen Schusses zur Verantwortung gezogen zu werden - zumal sie aufgrund zahlreicher Vorstrafen bei der Polizei als gewalttätig bekannt waren und weil ferner aufgrund der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht

ausgeräumt ist, ob nicht erst durch das Eingreifen eines der Zeugen oder beider der vom Beklagten abgegebene Schuß, der als Warnschuß in die Luft gehen sollte, auf P. hingelenkt worden ist.

c) Selbst wenn das Berufungsgericht auch bei solch kritischer Würdigung die Glaubwürdigkeit der Zeugen G. und W. nicht hätte bezweifeln wollen, hätte es zumindest näher darlegen müssen, warum es aufgrund dieser Aussagen für den Zeitpunkt bis zum Schußwaffengebrauch von der Harmlosigkeit der Auseinandersetzung überzeugt war. Solches Verständnis lag selbst nach der Darstellung der Zeugen G. und W. zumindest nicht ohne weiteres auf der Hand. Die Bewertung ihres Vorgehens als "zur Rede stellen" mit "körperlicher Berührung", als "Handgemenge" kann (und dürfte) im Blick auf Massivität und Gefährlichkeit in einem anderen Licht erscheinen, werden Anlaß und Umstände berücksichtigt, unter denen P. und seine Freunde sich zur Verfolgung des Beklagten und dessen Freunde aufgemacht und sich ihnen in den Weg gestellt haben, um auf die recht unbestimmten Angaben des Mo. hin "die Angelegenheit zu regeln". Bei der Beurteilung von Art und Intensität der "Handgreiflichkeit" darf auch nicht die Brutalität ganz außer Betracht bleiben, mit der G. und W. nach dem Schuß gegen den Beklagten und seine Begleiter nach Art von Rockern vorgegangen sind. Um sich ein Bild von Spannungsdichte und Bedrohlichkeit ihres Auftretens machen zu können, hätte das Berufungsgericht schließlich das gewalttätige Verhalten des P. und seiner beiden ander Auseinandersetzung beteiligten Freunde bei früheren Anlässen, das bei den strafrecht-

lichen Ermittlungen zutage getreten ist, nicht außer Betracht lassen dürfen. Auf alle diese Punkte hatte der Beklagte in seinen Schriftsätzen vor dem Berufungsgericht hingewiesen. Er erwartete mit Recht (§ 286 ZPO), daß sich damit das Berufungsgericht, wenn es ihn dennoch verurteilte, in seinem Urteil auseinandersetzte.

3. Da das Berufungsurteil mit einer anderen Begründung nicht gehalten werden kann, muß die Sache vom Tatrichter erneut gewürdigt werden.

Sollte das Berufungsgericht aufgrund erneuter Prüfung zu der Auffassung gelangen, daß sich der Beklagte durch das Auftreten des P. und seiner Freunde ernstlich bedroht fühlen mußte, dann hat er den ihm obliegenden Nachweis einer Notwehrlage geführt. Es ist dann, wie ausgeführt, Sache der Kläger, nachzuweisen, daß der Beklagte durch den Schuß nach Maßgabe der eingangs angestellten Erörterungen (Ziff. 2 a) die erforderliche Verteidigung überschritten hat. In diesem Fall kann es darauf ankommen, ob er P. nur versehentlich getroffen, etwa nur einen Warnschuß abgeben wollte, oder auf P. gezielt geschossen hat (Senatsurteil vom 21. Februar 1967 - VI ZR 151/65 = VersR 1967, 477, 478). Kommt das Berufungsgericht aufgrund erneuter Überprüfung zu dem Ergebnis, daß objektiv eine Notwehrlage für den Beklagten nicht festgestellt werden kann oder daß ihm ein Notwehrexzeß nachgewiesen ist, so hat es sich auch damit auseinanderzusetzen, ob er nicht entschuldbar über seine Notwehrlage geirrt bzw. in der Wahl der Verteidigungsmittel sich ohne Verschulden vergriffen hat. Auch dann würde seine Haftung für den Unterhaltsschaden zwar nicht

wegen fehlender Rechtswidrigkeit seines Vorgehens, wohl aber mangels Verschuldens entfallen. Dem würde der vom Berufungsgericht angesprochene Gesichtspunkt, daß der Beklagte die Waffe unerlaubt mit sich führte, nicht entgegenstehen; dieser Umstand könnte jedenfalls dem Angreifer bzw. seinen Hinterbliebenen nicht zugute kommen.

Entgegen seiner Auffassung ist das Berufungsgericht solcher Prüfung auch nicht deshalb enthoben, weil sich der Beklagte nur auf eine "echte" Notwehrlage berufen hat; dieses Vorbringen schließt die hilfsweise Berufung auf Putativnotwehr bzw. einen entschuldbaren Notwehrexzeß mit ein. Jedoch wäre in diesem Falle der Beklagte beweispflichtig dafür, daß sein Irrtum nicht fahrlässig war (RGZ 88, 118, 120 m.w.Nachw.; Senatsurteil vom 6. Februar 1968 - VI ZR 51/66 aaO). Selbst wenn ihm aber sein Vorgehen als fahrlässig vorgeworfen werden müßte, könnte seine Einstandspflicht durch ein Mitverschulden des P. gemindert sein (§§ 254, 846 BGB); auch das hatte er hilfsweise geltend gemacht.

Dr. Weber

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann