

Frankfurter
kriminalwissenschaftliche
Studien 79

Domenico Siciliano

Das Leben
des fliehenden Diebes:
Ein strafrechtliches
Politikum

Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist der Kampf um das Leben des fliehenden Diebes in der Strafrechtswissenschaft und in der Rechtsprechung. Im Strafrecht stellt sich eine intensiv diskutierte Frage: Darf der private Eigentümer als „ultima ratio“ den Dieb, der mit dem Gestohlenen flieht, notfalls erschießen? Die herrschende Meinung besagt, daß mit Ausnahme des Falles, in dem die Beute von „geringem Wert“ bzw. „nicht wertvoll“ sei, ein solches Recht des Eigentümers zu bejahen sei. Dies geschieht durch die Heranziehung der Norm des § 32 StGB, die die Notwehr im allgemeinen regelt. Daß es eine solche Regelung gibt, ist erklärungsbedürftig.

Aus diesem Grund richtet sich der Fokus der Analyse auf die Konstruktion, mit der durch § 32 StGB dem Eigentümer in seinem Konflikt gegen den mit der Beute fliehenden Dieb dasselbe „scharfe“ Tötungsrecht eingeräumt wird, das dem Menschen eingeräumt wird, der sich gegen einen tödlichen Angriff wehren muß.

In einem ersten kurzen Kapitel werden die Fragestellung und die Methode, die an die Foucaultsche Diskurstheorie anknüpft, skizziert.

In einem zweiten Kapitel wird der Stand der gegenwärtigen Auseinandersetzung um das Leben des fliehenden Diebes rekonstruiert. Es wird fundamental zwischen dem Diskurs der h. M. und dem der Mindermeinung unterschieden. Die h. M. plädiert für und behauptet ein Notwehrrecht, d. h. ein allgemeines Recht, in Notwehr zu töten. Damit wird auch der Fall der Tötung zum Schutz des Eigentums mitgedacht. Es ist die dogmatische Konstruktion, die als das „scharfe“ bzw. „schneidige“ Notwehrrecht bekannt ist. Es sollen insbesondere die vier diskursiven Teile analysiert werden, aus denen ein solches Recht besteht. Es handelt sich um das Notwehrrecht im engeren Sinne, um die Begründung des Notwehrrechts, um die Einschränkung des sog. „krassen Mißverhältnisses“ und um den Ausschluß der Anwendbarkeit des Art. 2 EMRK.

Der diskursive Teil, mit dem die h. M. hauptsächlich versucht, das Machtverhältnis zwischen dem Eigentum des Verteidigers und dem Leben des Diebes zu erhalten, ist die sog. Einschränkung des „krassen Mißverhältnisses“. Damit wird ein Schema reproduziert, nach dem das Notwehrrecht zu töten die Regel ist und seine Aufhebung nur als Ausnahme in „krassen Fällen“ eingeräumt wird. Die Ausnahme bestätigt also die Regel. Dieses Schema reagiert gegen den zunehmenden diskursiven Druck auf das Notwehrrecht zu töten mit ständigen Verschiebungen, die im einzelnen analysiert werden. Diese Verschiebungen lösen auch in den anderen diskursiven Teilen Reaktionen aus. Es lassen sich Verschiebungen registrieren, die ausgehend von der Einschränkung des „krassen Mißverhältnisses“ auf den Diskurs der Begründung und des Notwehrrechts im engeren Sinne einwirken. Als exemplarisch kann hier der Ansatz Kleszczewskis gelten. Kleszczewski registriert die zunehmende Wichtigkeit der Einschränkun-

gen des Notwehrrechts und sucht nach einer neuen Begründung einer sog. „abgestuften und maßvollen Notwehr“.

Die Mindermeinung setzt dem antagonistisch ein Konzept entgegen, das das Machtverhältnis zwischen dem fliehenden Dieb und dem Eigentümer umkehrt. Es wird das *Recht auf Leben* des Diebes behauptet und damit das Recht auf die tödliche Notwehr zum Schutz des Eigentums ausgeschlossen.

Im Anschluß daran wird in einem dritten Kapitel das Notwehrrecht genealogisch *analysiert*. Das Ziel ist, die historischen Bedingungen seiner Entstehung zu erklären. Es wird also der Frage nachgegangen, welchen Ursprung das „Notwehrrecht zu töten“ hat und welche anderen Diskurse die Fallkonstellation der Eigentumsnotwehr vor dem Diskurs des „Notwehrrechts“ beherrscht haben.

Es wird durch historische Diskursanalyse den diskursiven Zäsuren, Brüchen und Verschiebungen nachgegangen, die Indizien und Spuren der Ausgestaltung bzw. der Umkehrung des Machtverhältnisses zwischen Leben und Eigentum in der Fallkonstellation der Eigentumsnotwehr anbieten. Diese Brüche sind die Stellen, bei denen sich die Dogmatik nicht als fest und konsistent, sondern als offen und konfliktgeladen zeigt und auf die Machtverhältnisse bzw. das „Politikum“ der Eigentumsnotwehr verweist.

In diesem historischen Kapitel werden vor allem die Zäsuren in der Lehre der tödlichen bzw. lebensgefährdenden Sachwehr im deutschen Strafrecht seit dem XVI. Jh. bzw. seit der *Constitutio Criminalis Carolina* untersucht. Es werden die diskursiven Ereignisketten analysiert, die zur Umkehrung des Machtverhältnisses zwischen Leben und Eigentum in der Notwehrkonstellation geführt haben. Es wird gezeigt, wie das Leben zunehmend vom Eigentum bzw. von seiner Bedeutung abhängig gemacht wird bzw. wie es zu einer Variablen des Eigentums wird. Drei Zäsuren werden hierbei betrachtet:

Die erste Zäsur läßt sich anhand der Zunahme einer repressiven Sachwehrpolitik durch Notwehr gegen Räuber und Diebe am Anfang des XVII. Jh. festmachen. Hier ist der Übergang von einer durch das Christentum geprägten Lehre, die z. B. das Verbot der Tötung auch zugunsten von fliehenden Dieben und Räubern behauptet, zu einer repressiveren Lehre, die die Rechte des „Eigentümers“ in den Vordergrund rückt, hervorzuheben.

Die zweite Zäsur, die unter die Lupe genommen wird, besteht in einer „Verheißung“ des Rechts auf Leben, die in der zweiten Hälfte des XVIII. Jh. stattfindet. Es wird darin die Position des Angreifers bzw. dessen Recht auf Leben geltend gemacht, was auf den Einfluß des Gedankenguts der Aufklärung zurückzuführen ist. Einschlägig sind hier die Ansätze Wielands, Gmelins, von Sodens und von Globigs und Husters. Sie sind Ausdruck einer allgemeinen Kritik am Zustand des Strafrechts bzw. der Strafrechtspflege als Widerspiegelung struktureller Ungleichheit in der Gesellschaft im Bereich der Regelung der Eigentumsnotwehr. Dies wird anhand einer eingehenden Betrachtung des Ansatzes von Globigs und

Husters exemplarisch dargestellt und mit ähnlichen Semantiken anderer Aufklärer der Zeit, wie Marat und Beccaria, in Zusammenhang gebracht. Auf der Ebene der Gesetzgebung schlägt sich dies in der Regelung des preußischen Landrechts nieder. Bezüglich der tödlichen Notwehr hält die strafrechtliche Aufklärung aber nicht lange an.

In diesem Zusammenhang tritt die dritte Zäsur in Erscheinung. Nach einer anfänglich aufgeklärten Fassung des Entwurfs des Allgemeinen Gesetzbuches (AGB), mit der ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Leben und Eigentum erreicht worden war, ist eine rasche Gegenteilstendenz zu beobachten. Schon die Regelung des nie in Kraft getretenen Allgemeinen Gesetzbuches (AGB) von 1791 und des an seiner Stelle 1794 in Kraft getretenen Allgemeinen Landrechts stellt eine Milderung des Ansatzes des Entwurfs dar.

In der darauffolgenden wissenschaftlichen Bearbeitung durch die Lehre gewinnt das Eigentum das Übergewicht über das Leben. Damit setzt sich eine Regelung durch, die noch stärker und intensiver die Rechte der Eigentümer behauptet. Dieser Prozeß führt über das bayerische StGB von 1813 und die preußische Kodifikation von 1851 schließlich zum "scharfen Notwehrrecht" - hier der tödlichen Sachwehr - des deutschen StGBs von 1871, das bis heute prinzipiell durch Richterrecht zwar eingeschränkt, aber dennoch nicht in Frage gestellt wird.

Erstes Kapitel: Das Leben des fliehenden Diebes

A.) Gegenstand

Den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit stellt ein klassischer Fall des Strafrechts dar. Der Angreifer hat sich der Beute (des Pferdes, aber auch anderer „beweglicher Güter“) des Angegriffenen bemächtigt und ist im Begriff zu fliehen. Der angegriffene Eigentümer hat als einzige Chance zur Erhaltung seines Eigentums bzw. seines Besitzes die Anwendung lebensgefährdender Gewalt gegen den fliehenden Dieb. Er steht vor der Entscheidung: Entweder läßt er den Dieb mit seinem Eigentum fliehen oder er trifft ihn möglicherweise tödlich. Er entscheidet sich für den Schutz seines Eigentums und für die Tötung des fliehenden Diebes¹.

Nach der strafrechtlichen Lehre und Rechtsprechung geht es in dieser Fallkonstellation darum, festzustellen, ob das Verhalten des Verteidigers, das als eine Tötung gemäß § 212 StGB aufzufassen ist, strafbar sei oder nicht. Für den Ausschluß der Strafbarkeit kommt der Rechtfertigungsgrund der Notwehr des § 32 StGB in Betracht². Hier scheiden sich die Meinungen. Auf der einen Seite stellt die herrschende Meinung entschieden auf § 32 StGB ab. Auf der anderen Seite versucht eine Mindermeinung auf verschiedenen Argumentationswegen zur Strafbarkeit zu gelangen.

Diese Fallkonstellation wird in der gegenwärtigen Diskussion in der strafrechtlichen Lehre als ein Unterfall des allgemeineren Falls der Notwehr des § 32 StGB behandelt. Schon hier, in der prinzipiellen Gleichsetzung eines Angriffs auf das Eigentum mit viel schwerwiegenderen Angriffen, wie dem Angriff auf den Leib und das Leben, ist die Eigentümlichkeit der Interpretation durch die herrschende Meinung der Regelung des § 32 StGB zu betonen. Daß prinzipiell mit derselben tödlichen Gewalt gegen einen Angreifer, der eine Pistole auf einen Mensch richtet, um ihn möglicherweise zu ermorden und einen Angreifer, der mit der Beute eines Autoradios flieht, vorgegangen werden kann, ist erklärungsbedürftig. Die Frage, die durch diese Arbeit gestellt wird, ist also nicht: Wie ist die Konstellation der Schüsse auf die fliehenden Diebe zu lösen? Mit welchem dogmatischen Instrumentarium ist diese Frage zu beantworten? Dafür gibt es mehrere plausible und konsistente Ansätze. Die Frage ist eher eine andere: Wie ist es dazu gekommen, daß die h. M. in der strafrechtlichen Lehre heute immer noch die These vertritt, daß der fliehende Dieb notfalls als ultima ratio, wenn die Beute „nicht

¹ In der neuesten Konkretisierung wird der Fall durch das Landgericht München mit dem Urteil vom 10.11.1987 in NJW 1988, 1860 ff. entschieden. Siehe näher dazu in diesem Kapitel unter B.), III.), 5).

² Guter Überblick bei Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), München 2008, § 7 Rn. 117 f., Rn. 174 ff. m. w. N.

geringfügig“ ist, erschossen werden darf? Wie ist dieses hegemoniale Wissen entstanden? Welche sind die Strategien, mittels derer das allgemeine Notwehrrecht zu töten durchgesetzt worden ist? Es geht also darum, die Strategien, das dominante Wissen zu rekonstruieren, das durch die h. L. verkörpert ist. Das „Leben des fliehenden Diebes“ gilt damit als eine Arena der Interpretation innerhalb der strafrechtlichen Lehre, in der bestimmte Probleme thematisiert oder nicht thematisiert werden. Auf der einen Seite steht das dominante Wissen der h. M., auf der anderen Seite das unterdrückte bzw. verdrängte Wissen der Mindermeinung.

Durch eine historische Rekonstruktion der diskursiven Verläufe, Brüche, Zäsuren und Verschiebungen, die zu diesem Wissen bzw. zum Notwehrrecht geführt haben, kann der politische und soziale Wert, kurz: das Politikum der gegenwärtigen Auseinandersetzung um das Leben des fliehenden Diebes in seiner Komplexität hervorgehoben werden.

B.) Methode

Die Methode, die bei der Rekonstruktion des Notwehrrechts angewendet wird, ist die Diskursanalyse, die an die Foucaultsche Diskurstheorie anknüpft. Es wird versucht, anhand der Analyse der Diskurse der Strafrechtswissenschaft und der Rechtsprechung zur Strafflosigkeit bzw. Rechtfertigung durch Notwehr oder Strafbarkeit bzw. Nicht-Rechtfertigung der Tötung bzw. Lebensgefährdung des Diebes, der mit der Beute flieht, die Strategien zu rekonstruieren, auf die die h. M. und die Mindermeinung zurückgreifen.

In seiner Antrittsvorlesung am College de France mit dem programmatischen Titel „Die Ordnung des Diskurses“ unternimmt es Michel Foucault, auf die Mechanismen zu fokussieren, aufgrund deren der Diskurs zustande kommt bzw. produziert wird:

„Ich setze voraus, daß in jeder Gesellschaft die Produktion des Diskurses zugleich kontrolliert, selektiert, organisiert und kanalisiert wird – und zwar durch gewisse Prozeduren, deren Aufgabe es ist, die Kräfte und die Gefahren des Diskurses zu bändigen, sein unberechenbar Ereignishaftes zu bannen, seine schwere und bedrohliche Materialität zu umgehen“³.

Gleichzeitig ist der Diskurs nicht nur das Ergebnis dieser Produktion, sondern zugleich Mittel einer solchen Produktion:

„[D]er Diskurs - dies lehrt uns immer wieder die Geschichte - ist auch nicht bloß das, was die Kämpfe oder die Systeme der Beherrschung in Sprache übersetzt: er ist dasjenige, worum und womit man kämpft, er ist die Macht, dere[r] man sich zu bemächtigen sucht“⁴.

³ Michel Foucault, Die Ordnung des Diskurses, Frankfurt am Main 1991, 10 f.

⁴ Foucault, Ordnung, 11.

Die Ausgangsthese Foucaults ist also, daß der Diskurs bzw. das durch ihn artikuliert dominante Wissen Effekt der gesellschaftlichen *Ordnung* ist, und daß diese Ordnung selbst durch Diskurs realisiert wird.

Hier unternimmt Foucault eine Analyse der Mechanismen, mit denen der Diskurs geordnet wird. Foucault stellt mehrere Prozeduren bzw. Kriterien fest. Insbesondere thematisiert er vier „Prozeduren der Ausschließung“ bzw. „Ausschließungssysteme“, die den Diskurs „in seinem Zusammenspiel mit der Macht und dem Begehren“ betreffen⁵. Die erste ist die Prozedur des *Verbotes*:

„Man weiß, daß man nicht das Recht hat, alles zu sagen, daß man nicht bei jeder Gelegenheit von allem sprechen kann, daß schließlich nicht jeder beliebige über alles beliebige reden kann“⁶.

Innerhalb eines solchen Verbotes auszusagen unterscheidet Foucault weitere Typen von Verboten: Das „Tabu des Gegenstandes“, das „Ritual der Umstände“ und das „bevorzugte“ bzw. „ausschließliche“ Recht des „sprechenden Subjektes“⁷.

Die zweite Ausschließung findet nach Foucault durch die Unterscheidung zwischen Wahnsinn und Vernunft statt. Auf der einen Seite sei der Diskurs des Wahnsinnigen seit dem Mittelalter der Diskurs, der „nicht ebenso zirkulieren kann wie der der andern“⁸. Das Wort des Wahnsinnigen sei „null und nichtig“⁹. Es habe „weder Wahrheit noch Bedeutung“¹⁰. Auf der anderen Seite habe man in bestimmten Fällen dem Wort des Wahnsinnigen die „eigenartige Kraft“ bzw. „Macht“ zugetraut, „eine verborgene Wahrheit zu sagen oder die Zukunft vorzusagen oder in aller Naivität das zu sehen, was die Weisheit der andern nicht wahrzunehmen vermag“¹¹.

Das dritte Ausschließungssystem bestehe aus der Anwendung der Unterscheidung zwischen dem „Wahren“ und dem „Falschen“. Hier sei eine „historische Grenzziehung“ festzustellen, die in der griechischen Klassik stattgefunden habe¹² und mit dem Auftreten des „Willens zur Wahrheit“ zusammenfällt. Vor dieser Zäsur bei der griechischen Dichtung des VI. Jh. sei der „wahre Diskurs“ der Diskurs gewesen, „vor dem man Achtung und Ehrfurcht hatte“¹³. Einem solchen Diskurs sollte gehorcht werden, weil er „von dem hierzu Befugten nach dem er-

⁵ Foucault, *Ordnung*, 17.

⁶ Foucault, *Ordnung*, 11.

⁷ Foucault, *Ordnung*, 11.

⁸ Foucault, *Ordnung*, 12.

⁹ Foucault, *Ordnung*, 12.

¹⁰ Foucault, *Ordnung*, 12.

¹¹ Foucault, *Ordnung*, 12.

¹² Foucault spricht von der Zeit „zwischen Hesiod und Platon“. Siehe Foucault, *Ordnung*, 14.

¹³ Foucault, *Ordnung*, 14.

forderlichen Ritual verlaublich worden“¹⁴ sei. Der „Wille zur Wahrheit“ ändert die Wahrheitskriterien:

„[E]ines Tages hatte sich die Wahrheit vom ritualisierten, wirksamen und gerechten Akt der Aussage weg und zur Aussage selbst hin verschoben [...]“¹⁵.

Dementsprechend versteckt der „Wille zur Wahrheit“ in der Wahrheit selbst die ihm eigentümliche Komponente der Macht bzw. des Begehrens:

„Es ist, als würden der Wille zur Wahrheit und seine Wendungen für uns gerade von der Wahrheit und ihrem notwendigen Ablauf verdeckt. Der Grund dafür ist vielleicht dieser: wenn der wahre Diskurs seit den Griechen nicht mehr derjenige ist, der dem Begehren antwortet oder der die Macht ausübt, was ist dann im Willen zur Wahrheit, im Willen, den wahren Diskurs zu sagen, am Werk – wenn nicht das Begehren und die Macht?“¹⁶.

Mit anderen Worten: ein Diskurs ist nicht mehr *wahr*, weil derjenige, der ihn ausspricht, die Befugnis, die Macht dafür hat, sondern, weil er einfach *wahr* ist. Durch diese Verschiebung scheint das Element der Macht verschwunden zu sein. Es befindet sich aber – durch den „Willen zur Wahrheit“ versteckt - in der Wahrheit selbst bzw. im „wahren Diskurs“.

Damit stellt der „Wille zur Wahrheit“ die Vermittlung zwischen Macht und Wahrheit dar. Er verschiebt die Macht und das Begehren in die Wahrheit und verschränkt sie.

Diesen „externen“ Ausschließungssystemen fügt Foucault noch zwei weitere Gruppen von Ausschließungssystemen hinzu¹⁷. Die erste Gruppe besteht nach Foucault aus „[...] interne[n] Prozeduren, mit denen die Diskurse ihre eigene Kontrolle selbst ausüben [...]“¹⁸. Es handele sich um „[...] Prozeduren, die als Klassifikations-, Anordnungs-, Verteilungsprinzipien wirken“¹⁹.

Die zweite weitere Gruppe von Prozeduren trägt nach Foucault zur „Verknappung [...] der sprechenden Subjekte“²⁰ bei:

„Niemand kann in die Ordnung des Diskurses eintreten, wenn er nicht von vornherein dazu qualifiziert ist“²¹.

¹⁴ Foucault, Ordnung, 14.

¹⁵ Foucault, Ordnung, 14.

¹⁶ Foucault, Ordnung, 16 f.

¹⁷ Foucault, Ordnung, 17 ff.

¹⁸ Foucault, Ordnung, 17.

¹⁹ Foucault, Ordnung, 17. Im einzelnen zu den Figuren des „Kommentars“, des „Autors“ und der „Disziplinen“ siehe Derselbe, Ordnung, 17 ff.

²⁰ Foucault, Ordnung, 26.

²¹ Foucault, Ordnung, 26. Diese Prozedur wird von Foucault weder den „äußeren“ noch den „inneren“ Prozeduren zugeordnet. Sie gehört m. E. zum ersten Typ von Ausschließungspro-