

Schriften zum Strafrecht

---

Heft 87

**Zu den  
erhöht Gefahrtragungspflichtigen  
im differenzierten Notstand**

Von  
**Georg Lugert**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**GEORG LUGERT**

**Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen  
im differenzierten Notstand**

# **Schriften zum Strafrecht**

**Heft 87**

**Zu den  
erhöht Gefahrtragungspflichtigen  
im differenzierten Notstand**

**Von  
Georg Lugert**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Lugert, Georg:**

Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten  
Notstand / von Georg Lugert. – Berlin: Duncker und  
Humblot, 1991

(Schriften zum Strafrecht; H. 87)

Zugl.: Erlangen, Nürnberg, Univ., Diss., 1989/90

ISBN 3-428-07127-1

NE: GT

D 29

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 3-428-07127-1

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit ist die leicht überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Wintersemester 1989/90 angenommen wurde. Die Überarbeitung des Manuskripts habe ich im Herbst 1990 abgeschlossen.

Mein Dank gilt im besonderen meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Joachim Hruschka, der die Arbeit angeregt und durch vielfältige Hinweise und Ratschläge begleitet und gefördert hat.

Herrn Prof. Dr. Dieter Dölling bin ich für wertvolle Anregungen zu dieser Arbeit sehr verbunden. Schließlich danke ich Herrn Norbert Simon für die Aufnahme meiner Arbeit in die „Schriften zum Strafrecht“ und den Mitarbeitern des Verlages Duncker & Humblot für die reibungslose Zusammenarbeit.

Oberasbach, im Februar 1991

*Georg Lugert*



# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

|   |    |
|---|----|
| I. Präzisierung der Problemstellung .....                                 | 15 |
| II. Präzisierung des Begriffs der „erhöhten Gefahrtragungspflicht“ .....  | 17 |
| 1. Zum Verhältnis von allgemeiner und erhöhter Gefahrtragungspflicht .... | 17 |
| 2. Abgrenzung zu den Fällen zurechenbar verursachter Notstandslage .....  | 18 |

## *1. Abschnitt*

### **Die Reichweite der Eingriffsbefugnisse bei Handlungen von allgemein Gefahrtragungspflichtigen im Notstand**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. Kapitel: Ausarbeitung der relevanten Fälle .....</b>   | <b>21</b> |
| 1. Zum Begriff der „Tat“ in §34 StGB .....   | 21        |
| Exkurs: Die zwei Stufen der Zurechnung .....   | 23        |
| 2. Zum Begriff des „Begehens“ in §34 StGB .....  | 25        |
| 3. Zum Begriff der „Notstandssituation“ in §34 StGB .....  | 27        |
| <b>2. Kapitel: Untersuchung der relevanten Fälle hinsichtlich ihres deontischen Status</b>                 | <b>29</b> |
| 1. Welche Parameter sind relevant für die Bestimmung des deontischen Status einer Notstandshandlung? ..... | 29        |
| a) Die Systematik der Notstandsregelungen in den Fällen des §303 StGB                                      | 29        |
| b) Die Systematik der Notstandsregelungen bei anderen Rechtsgutsverletzungen .....                         | 33        |
| 2. Zusammenfassung der Ergebnisse des 2. Kapitels; das Fallsystem I .....                                  | 36        |



## 2. Abschnitt

**Die Reichweite der Eingriffsbefugnisse bei Handlungen  
von erhöht Gefahrtragungspflichtigen im Notstand**

|   |    |
|---|----|
| <b>1. Kapitel: Wer ist erhöht gefahrtragungspflichtig?</b> .....  | 40 |
| 1. Der differenzierende Ansatz .....  | 40 |
| 2. Die Einheitslösung .....   | 40 |
| 3. Rückkehr zum differenzierenden Ansatz .....  | 42 |
| a) Eine erhöhte Gefahrtragungspflicht resultiert aus einem besonderen<br>Rechtsverhältnis .....   | 42 |
| b) Eine erhöhte Gefahrtragungspflicht resultiert aus einer speziellen<br>Obhutspflicht .....  | 43 |
| c) Das Verhältnis der beiden Gruppen erhöht Gefahrtragungspflichtiger<br>zueinander .....   | 44 |
| 4. Zusammenfassung der Überlegungen des 1. Kapitels .....   | 47 |
| <b>2. Kapitel: Ausarbeitung der relevanten Fälle; das Fallsystem II</b> .....   | 49 |
| <b>3. Kapitel: Untersuchung der Fallvarianten III bis VI hinsichtlich ihres deontischen<br/>Status</b> .....                                | 51 |
| 1. Einführung .....   | 51 |
| 2. Die Reichweite der Notstandsbefugnisse von speziell Obhutspflichtigen (Fall-<br>varianten III und IV) .....                              | 52 |
| a) Zur Lösung der Fallvarianten B III bis E III sowie E IV .....  | 52 |
| b) Zur Lösung der Fallvarianten A IV bis D IV (speziell Obhutspflichtige in<br>Defensivnotstandssituationen) .....                          | 52 |
| c) Zur Lösung der Fallvarianten A III bis E III (speziell Obhutspflichtige in<br>Aggressivnotstandssituationen) .....                       | 60 |
| d) Zusammenfassung .....  | 63 |
| 3. Die Reichweite der Notstandsbefugnisse von Personen, die in einem beson-<br>deren Rechtsverhältnis stehen (Fallvarianten V und VI) ..... | 65 |
| a) Zur Lösung der Fallvarianten B V bis E V sowie D VI und E VI ....  | 65 |
| b) Zur Lösung der Fallvarianten A V sowie A VI bis C VI .....   | 65 |

|   |    |
|---|----|
| Inhaltsverzeichnis  | 9  |
| 4. Zur Lozierung des Parameters „Gefahrtragungspflicht“ im Gesetz                               | 78 |
| a) Lozierung in § 34 Satz 1 StGB  | 79 |
| b) Lozierung in § 34 Satz 2 StGB  | 79 |
| c) Konsequenzen aus dem Fallsystem II für die Lozierung einer erhöhten<br>Gefahrtragungspflicht | 81 |
| 5. Zusammenfassung des 3. Kapitels  | 81 |

### *3. Abschnitt*

#### **Zur Entschuldigung von Handlungen allgemein Gefahrtragungspflichtiger im Notstand**

|   |    |
|---|----|
| <b>1. Kapitel: Ausarbeitung der relevanten Fälle; das Fallsystem III</b>    | 83 |
| 1. Die „qualifizierte Notstandshandlung“                                    | 83 |
| 2. Die rechtswidrige „qualifizierte Notstandshandlung“                      | 84 |
| <b>2. Kapitel: Zum Begriff der „Zumutbarkeit“ in § 35 Abs.1 Satz 2 StGB</b> | 86 |
| 1. „Zumuten“ heißt „verlangen können“                                       | 86 |
| 2. „Zumuten“ heißt „zuschreiben“, „zutrauen“                                | 89 |
| <b>3. Kapitel: Zur „ratio“ des entschuldigenden Notstandes</b>              | 90 |
| 1. Die Theorie des „psychischen Drucks“                                     | 90 |
| a) Inhalt   | 90 |
| b) Kritik   | 91 |
| 2. Die Theorie der „doppelten Schuldminderung“                              | 92 |
| a) Inhalt   | 92 |
| b) Kritik   | 93 |
| 3. Die Theorie einer „strafzweckorientierten Schuld“                        | 96 |
| a) Inhalt   | 96 |
| b) Kritik   | 97 |

|   |            |
|---|------------|
| 4. Die Theorie des „funktionalen Schuldbegriffs“ .....  | 98         |
| a) Inhalt .....   | 98         |
| b) Kritik .....   | 99         |
| 5. Resümee .....  | 100        |
| 6. § 35 StGB als Synthese der Theorie des „psychischen Drucks“ und der These<br>Jakobs' von der „fehlenden Zufälligkeit“ .....            | 102        |
| <b>4. Kapitel: Untersuchung der relevanten Fälle hinsichtlich ihrer Zurechenbarkeit zur<br/>Schuld .....</b>                              | <b>105</b> |
| 1. Die Fälle der „Unverhältnismäßigkeit“ .....  | 105        |
| 2. Die Abwägungsklausel in § 35 Abs.1 Satz 2 StGB .....   | 108        |
| a) Der Parameter „Abwägung der konkret betroffenen Rechtsgüter“ ist auch<br>im Rahmen der Zurechnung auf der 2. Stufe von Bedeutung ..... | 109        |
| b) Der Parameter „Abwägung der konkret betroffenen Rechtsgüter“ in § 35<br>Abs. 1 Satz 2 StGB .....                                       | 114        |
| 3. Zum Parameter „Art der Notstandssituation“ .....   | 115        |
| 4. Zusammenfassung .....  | 115        |

#### 4. Abschnitt

#### Zur Entschuldigung von Handlungen erhöht Gefahrtragungspflichtiger im Notstand

|   |            |
|---|------------|
| 1. <b>Kapitel: Ausarbeitung der relevanten Fälle; das Fallsystem IV .....</b>   | <b>118</b> |
| 2. <b>Kapitel: Untersuchung der Fallvarianten III bis VI des Fallsystems IV hinsichtlich<br/>ihrer Zurechenbarkeit zur Schuld .....</b> | <b>120</b> |
| 1. Einführung .....   | 120        |
| 2. Zur Entschuldigung von Personen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis<br>stehen (Fallvarianten V und VI) .....                   | 121        |
| a) Der Meinungsstand .....  | 121        |
| b) Eigener Lösungsvorschlag .....   | 126        |

|  |         |
|--|---------|
| 3. Zur Entschuldigung von Personen, die speziell obhutspflichtig sind (Fallvarianten III und IV) .....   | 132     |
| a) Der Meinungsstand .....   | 133     |
| b) Zur Lösung der Fallvariante C III unter Berücksichtigung der Wertentscheidungen in Rechtsprechung und Lehre .....                               | 137     |
| c) Zur Lösung der Fallvarianten B III, D III, E III, D IV und E IV unter Berücksichtigung der Wertentscheidungen in Rechtsprechung und Lehre ..... | 138     |
| d) Einwände und Replik .....   | 143     |
| <br>3. <i>Kapitel: Zusammenfassung des 4. Abschnitts</i> .....   | <br>145 |
| <br><b>Literaturverzeichnis</b> .....  | <br>146 |
| <br><b>Sachverzeichnis</b> .....   | <br>155 |

## Abkürzungsverzeichnis

|          |  |
|----------|--|
| a. a. O. | am angegebenen Ort   |
| Abs.     | Absatz   |
| AE       | Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1966   |
| a. E.    | am Ende  |
| a. F.    | alte Fassung   |
| ARSP     | Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| AT       | Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches   |
| BadStGB  | Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden vom 6. März 1845   |
| BayJagdG | Bayerisches Jagdgesetz vom 13. Oktober 1978  |
| BayObLG  | Bayerisches Oberstes Landesgericht   |
| BGB      | Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896  |
| BGBI.    | Bundesgesetzblatt  |
| BGH      | Bundesgerichtshof  |
| BGHSt    | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)  |
| BJagdG   | Bundesjagdgesetz vom 29. September 1976  |
| BT       | Besonderer Teil des Strafgesetzbuches  |
| bzw.     | beziehungsweise  |
| DAR      | Deutsches Autorecht (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| ders.    | derselbe   |
| d. h.    | das heißt  |
| Diss.    | Dissertation   |
| FamRZ    | Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das Familienrecht (zitiert nach Jahr und Seite)                |
| Fn.      | Fußnote  |
| GA       | Goldammer's Archiv für Strafrecht (zitiert nach Band bzw. Jahr und Seite)  |
| GS       | Der Gerichtssaal (zitiert nach Band und Seite)   |
| HansOLG  | Hanseatisches Oberlandesgericht  |
| HESSt    | Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite) |
| Hrsg.    | Herausgeber  |
| JA       | Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| JR       | Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| JURA     | Juristische Ausbildung (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| JUS      | Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| JW       | Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| JZ       | Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| Kap.     | Kapitel  |
| LK       | Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch  |
| m. a. W. | mit anderen Worten   |
| MilStGB  | Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872  |

|           |  |
|-----------|--|
| MSchrKrim | Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (zitiert nach Jahr und Seite)                                     |
| m.w. N.   | mit weiteren Nachweisen  |
| ND        | Neudruck   |
| NdsRPfl   | Niedersächsische Rechtspflege (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| N. F.     | Neue Fassung   |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| NStZ      | Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| ÖJZ       | Österreichische Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| ÖStGB     | Strafgesetzbuch für Österreich vom 23. Januar 1974   |
| OGHSt     | Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)          |
| OLG       | Oberlandesgericht  |
| PDW       | Prüfe Dein Wissen (Verlag C. H. Beck)  |
| Prot. V   | Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform; 5. Wahlperiode                          |
| PStG      | Personenstandsgesetz vom 8. August 1957  |
| Rdnr.     | Randnummer   |
| RG        | Reichsgericht  |
| RGSt      | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)   |
| ROW       | Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (zitiert nach Jahr und Seite) |
| RStGB     | Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871  |
| SächsStGB | Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 13. August 1855   |
| SchwZfStr | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Band bzw. Jahr und Seite)                                      |
| SeemannsG | Seemannsgesetz vom 26. Juli 1957   |
| SeemannsO | Seemannsordnung vom 2. Juni 1902   |
| SK        | Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch   |
| SoldG     | Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten vom 19. August 1975  |
| StGB      | Strafgesetzbuch vom 10. März 1987  |
| StPO      | Strafprozeßordnung vom 7. April 1987   |
| StrRG     | Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969   |
| StV       | Strafverteidiger (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| u.ö.      | und öfter  |
| u.s.w.    | und so weiter  |
| u. U.     | unter Umständen  |
| Verf.     | Verfasser  |
| vgl.      | vergleiche   |
| VRS       | Verkehrsrechts-Sammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts (zitiert nach Band und Seite)            |
| WStG      | Wehrstrafgesetz vom 24. Mai 1974   |
| z. B.     | zum Beispiel   |
| ZDG       | Zivildienstgesetz vom 31. Juli 1986  |
| ZRP       | Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| ZStW      | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band und Seite)                                      |



# Einleitung

## I. Präzisierung der Problemstellung

Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung kann als eine der großen Errungenschaften der Strafrechtswissenschaft in den letzten 100 Jahren angesehen werden<sup>1</sup>.

Diese Differenzierung wird insbesondere manifest im Bereich der Notstandsregelungen. Der Notstand wird, vorbereitet durch die Rechtslehre<sup>2</sup>, seit der „bahnbrechenden“<sup>3</sup> Entscheidung des Reichsgerichts zum medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch<sup>4</sup>, allgemein teils als Rechtfertigungs-, teils als Entschuldigungsgrund verstanden. Der differenzierende Lösungsansatz hat durch die Regelungen der §§ 34, 35 StGB anlässlich des 2. Strafrechtsreformgesetzes<sup>5</sup> seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Die Berechtigung der Differenzierung sowie die Folgerungen daraus, die insbesondere bei Fragen der Teilnahme auf der Basis der „limitierten Akzessorietät“<sup>6</sup> sowie der „Notwehrprobe“<sup>7</sup> zu ziehen sind, scheinen anerkannt und werden in neuerer Zeit kaum mehr in Zweifel gezogen. Die „Differenzierungstheorie“<sup>8</sup> kann —

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu statt vieler Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 32ff. Rdnr. 1 m. w. N.; Hirsch, in: LK Vor §§ 32ff. Rdnr. 1 ff. m. w. N.

<sup>2</sup> Stammler, Notstand, S. 74 weist als einer der ersten darauf hin, daß Notstandshandlungen auch rechtmäßig sein können; vgl. auch v. Olshausen Vor § 51 Nr. 2, 11, § 54 Nr. 5 m. w. N.

<sup>3</sup> Der Ausdruck stammt von Lenckner, GA 1985, S. 295.

<sup>4</sup> RGSt 61, S. 242ff.; vgl. dazu Schmidt, ZStW Bd. 49 (1929), S. 350ff.

<sup>5</sup> Zweites Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969; BGBl. I, S. 717ff., 721.

<sup>6</sup> Die limitierte Akzessorietät (vgl. § 29 StGB), zeichnet sich dadurch aus, daß eine strafbare Teilnahme eine lediglich vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat voraussetzt; nicht erforderlich ist, daß die Haupttat auch zur Schuld zurechenbar ist. Bezogen auf Notstandshandlungen bedeutet dies, daß eine strafbare Anstiftung oder Beihilfe nur dann in Betracht kommt, wenn der Täter der Haupttat durch § 35 StGB entschuldigt ist; nicht jedoch, wenn er gerechtfertigt ist; vgl. Lackner, StGB, § 29 Nr. 1.

<sup>7</sup> Da die Annahme einer Notwehrbefugnis einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff voraussetzt, ist eine Eingriffsbefugnis des Inhabers des durch die Notstandshandlung beeinträchtigten Rechtsguts stets dann ausgeschlossen, wenn der im Notstand Handelnde gerechtfertigt, seine Handlung also rechtmäßig ist. Ist er hingegen gemäß § 35 Abs. 1 StGB entschuldigt, liegt auf seiten des Inhabers des beeinträchtigten Rechtsguts u. U. eine Notwehrlage vor; vgl. auch Dreher/Tröndle, StGB, § 32 Rdnr. 11.

<sup>8</sup> Nach Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 8 Fn. 2 ist der Begriff zuerst bei von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, in der von Schmidt besorgten 25. Auflage, S. 192 zu finden.



trotz hin und wieder vereinzelt aufkommender kritischer Stimmen<sup>9</sup> <sup>10</sup> — als gesicherter Bestandteil strafrechtlicher Dogmatik gelten<sup>11</sup>.

Im Gegensatz dazu betritt man weit weniger gesichertes dogmatisches Terrain, wenn man sich — unter Zugrundelegung der „Differenzierungstheorie“ — der Lösung derjenigen Probleme zuwendet, die sich daran anschließend aufwerfen. Eines dieser gewissermaßen erst „in zweiter Reihe“ auftretenden Problemfelder ist das der „erhöht Gefahrtragungspflichtigen“<sup>12</sup>. Schon die einschlägige gesetzliche Regelung ist unvollständig und dazu noch wenig konsistent: Wer bei unvoreingenommener Analyse des Begriffs „erhöht gefahrtragungspflichtig“ zu der Ansicht kommt, erhöht gefahrtragungspflichtig sei jemand, der bestimmte Notstandsgefahren zu ertragen hat, zu deren Duldung beliebige dritte Personen nicht verpflichtet sind, dem also keine oder nur eingeschränkte Eingriffsbefugnisse<sup>13</sup> in einer Notstandssituation zustehen, und

<sup>9</sup> Dazu gehört insbesondere Gimbernat-Ordeig, in: Festschrift für Welzel, S. 485 ff. Gimbernat-Ordeig versteht Notstand ausschließlich als Rechtfertigungsgrund; gegen ihn Küper, JZ 1983, S. 88 ff. Siehe auch die Replik Gimbernat-Ordeigs in der Einleitung zu Cuerda Riezu, La colisión de deberes en Derecho penal, S. 13 ff. Der „Differenzierungstheorie“ skeptisch gegenüber auch von der Linde, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, S. 135 f.

<sup>10</sup> Bernsmann, Entschuldigung, S. 305 ff., hingegen plädiert neuerdings für eine „extrastrafrechtliche, ‚rechtsgutspezifische‘ Notstandsdeutung“ (S. 315). Er unternimmt den Versuch, die Notstandsvorschriften mit Hilfe ihrer „philosophischen, historisch-staats-theoretischen und grundrechtlichen“ Bezüge (vgl. S. 305) zu erklären. Dieser Ansatz überzeugt jedoch nur auf den ersten Blick. Seine Schwächen werden dort offenkundig, wo Bernsmann die Konsequenzen seiner Überlegungen darlegt: „Falls erforderlich, ließen sich dem rechtsgutspezifischen Notstand so viele unterschiedliche dogmatisch-systematische ‚Orte‘ zuweisen, wie es unterschiedliche Notstandstypen gibt“ (S. 316).

Daraus folgert Bernsmann, daß sich Notstandskonstellationen nicht nur als rechtfertigend oder entschuldigend, sondern u. U. auch als straffausschließend oder strafunrechtsausschließend darstellen können. Offen bleibt dabei jedoch, welche Konstellationen welchen Kategorien zuzuordnen sind und welche Kriterien hierfür maßgebend sind. Solchen Kritikansätzen, die jeder analytischen Methodik immanent sind, entzieht sich Bernsmann mit dem Hinweis, sein Ansatz erlaube „heuristisch völlig offen, d. h. vor allem ohne Furcht vor fehlender (strafrechts-) systematischer Folgerichtigkeit und mit variablen Perspektiven an die mannigfaltigen Notstandskonfigurationen herangehen zu können und damit die „Theorie“-fortschreibung nicht allzu früh unter das Diktat der schlüssigen systematischen Zuordnung zu stellen.“ (S. 316).

Ob allerdings Lösungsvorschläge, die von vornherein auf „systematische Folgerichtigkeit“ verzichten und „schlüssige systematische Zuordnungen“ als „Diktat“ verstehen, generelle (und insbesondere richterliche) Akzeptanz für sich beanspruchen können, scheint doch mehr als zweifelhaft zu sein.

<sup>11</sup> So schon Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 9. Vgl. hierzu in letzter Zeit Küper, JUS 1987, S. 81 ff.; Roxin, JUS 1988, S. 425 ff.; Hruschka, Imputation, Brigham Young University Law Review, 1986, S. 669 ff.; Byrd, Wrongdoing and Attribution, The Wayne Law Review, 1987, S. 1289 ff.

<sup>12</sup> Zum Begriff der „erhöht Gefahrtragungspflichtigen“ siehe unten Einleitung II. Die damit verbundene Problematik war schon im römischen Recht bekannt, vgl. Corpus iuris civilis, L. 6 § 3, I. 9, 10 D de re militari 49, 16 (hinsichtlich Soldaten) sowie L. 1 § 28 D. de SC. Silan. et Claudian. 29, 5; I 1 § 29, 32 eod. (hinsichtlich Sklaven).

daraus den Schluß ziehen will, primärer dogmatischer Standort der erhöht Gefahrtragungspflichtigen sei deshalb die Ebene der Konstituierung von Pflichten, also insbesondere der Bereich der Rechtfertigungsgründe, der wird vom Gesetz eines vermeintlich Besseren belehrt. Der historische Gesetzgeber hat von expliziten Regelungen der erhöht Gefahrtragungspflichtigen im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes, § 34 StGB, abgesehen und offenbar geglaubt, die Problematik sei stattdessen in der Angemessenheitsklausel des § 34 Satz 2 StGB angesiedelt<sup>14</sup>. Im Gegensatz dazu ist eine spezielle Regelung in der Vorschrift zum entschuldigenden Notstand, § 35 StGB<sup>15</sup>, zu finden. Der Fragenkomplex, der mit den erhöht Gefahrtragungspflichtigen zusammenhängt, stellt sich also — so jedenfalls die Meinung des historischen Gesetzgebers — sowohl auf der Rechtfertigungs-, als auch auf der Entschuldigungsebene. Diese, auch vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der Notstandsregelungen nur schwer nachvollziehbare Inkonsequenz<sup>16</sup> und die ihr nachfolgenden Fragen nach der strafrechtlichen Beurteilung von Notstandshandlungen durch erhöht Gefahrtragungspflichtige auf der Basis des „differenzierten“ Notstandes sind Ausgangspunkt und ihre Beantwortung ist Anliegen der vorliegenden Arbeit.

## II. Präzisierung des Begriffs der „erhöhten Gefahrtragungspflicht“

### 1. Zum Verhältnis von allgemeiner und erhöhter Gefahrtragungspflicht

Ausgangspunkt ist die Gegenüberstellung zweier Personengruppen, die prinzipiell voneinander zu unterscheiden sind.

Einerseits die Gruppe der erhöht Gefahrtragungspflichtigen, die, insoweit im Einklang mit der herrschenden Meinung<sup>17</sup>, definiert werden soll als eine Personengruppe, die sich — mit den Worten des § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB — dadurch auszeichnet, daß ihre Mitglieder in einem „besonderen Rechtsverhältnis“ stehen; andererseits kommt aber auch der Personenkreis, der sich in „einer Garantenstellung gegenüber dem gefährdeten Gut“<sup>18</sup> befindet, dem m. a. W. in

<sup>13</sup> Zum Verhältnis der Begriffe „Eingriffsbefugnis“ und „Duldungspflicht“ vgl. Hruschka, Rettungspflichten, JUS 1979, S. 385 ff., 390 ff.; ders., Strafrecht, S. 89 ff.

<sup>14</sup> Protokolle der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode (Prot. V), S. 1792 f., 1796 ff.

<sup>15</sup> ... soweit dem Täter nach den Umständen, ... oder weil er in einem *besonderen Rechtsverhältnis* stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen.

<sup>16</sup> Vgl. einerseits die als Schuld- bzw. Strafausschließungsgründe verstandenen §§ 52, 54 StGB a. F. (hierzu Oppenhoff, RStGB, § 54 Nr. 1); andererseits war dem Gesetzgeber die Relevanz der Problematik der erhöht Gefahrtragungspflichtigen im Bereich des rechtfertigenden Notstandes durchaus bekannt, vgl. dazu Prot. V (90. und 92. Sitzung), S. 1792 f., 1796 ff., 1839 ff.

<sup>17</sup> Hirsch, in: LK § 34 Rdnr. 67; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rdnr. 34, § 35 Rdnr. 53, 58 f.

<sup>18</sup> Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rdnr. 34.