

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 240

**Rechtfertigender Notstand
bei internen Interessenkollisionen**

Von

Jörg L. Schmitz



Duncker & Humblot · Berlin

JÖRG L. SCHMITZ

Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 240

Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen

Von

Jörg L. Schmitz



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Karsten Altenhain, Düsseldorf

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 978-3-428-14075-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54075-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84075-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Sanni

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2012 der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation vorgelegt. Sie befindet sich auf dem Stand von Februar 2013.

Mein herzlichster Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Karsten Altenhain für die Betreuung dieser Arbeit und für die ebenso lehrreiche wie angenehme Zeit, die ich als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Herrn Prof. Dr. Helmut Frister danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder und Herrn Prof. Dr. Andreas Hoyer danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Strafrechtliche Abhandlungen“.

Weiterer Dank gehört allen Mitarbeitern des Lehrstuhls, die mich auf meinem Weg begleitet haben. Sie alle haben durch fachliche Diskussionsbereitschaft, menschliche Fürsorge und ausgiebigen Humor den Erfolg dieser Arbeit erst ermöglicht.

Darüber hinaus danke ich meinen Eltern Monika und Wolfgang Schmitz für den von ihnen stets gewährten Rückhalt. Größter Dank gebührt schließlich meiner Lebensgefährtin Gianna Bodden nicht zuletzt für das Korrekturlesen des Manuskripts und doch vor allem dafür, dass sie jeden Tag für mich da war.

Düsseldorf, im Februar 2013

Jörg L. Schmitz

Inhaltsverzeichnis

A. Problemstellung	15
I. Die interne Interessenkollision	16
II. Relevante Fallgestaltungen	19
1. Dauerhafte oder vorübergehende Einwilligungsunfähigkeit	20
2. Handeln gegen den Willen	25
3. Rechtliche Unmöglichkeit einer Einwilligung	28
III. Überblick über die grundlegend vertretenen Positionen	32
IV. Die relevante Historie des rechtfertigenden Notstands	34
V. Gang der weiteren Bearbeitung	37
B. Die Beschränkung der Notstandssituation auf die Interessen einer Person	39
I. Die Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern	39
II. Der Schutz von Allgemeinrechtsgütern	41
III. Die Beeinträchtigung von Allgemeinrechtsgütern	44
IV. Der Schutz von Individualrechtsgütern Dritter	48
V. Die Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern Dritter	52
VI. Zwischenergebnis	52
C. Die Voraussetzungen des § 34 StGB	53
I. Die Notstandsfähigkeit eines preisgegebenen Rechtsguts	53
II. Das Vorliegen einer Interessenkollision	56
1. Vorliegen eines geschützten Interesses	57
2. Vorliegen eines beeinträchtigten Interesses	62
III. Das Überwiegen des Rechtsguts Leben	65

IV. Zwischenergebnis	70
D. Das Verhältnis des rechtfertigenden Notstands zu Einwilligung und mutmaßlicher Einwilligung	71
I. Die Rechtsnatur der Einwilligung	71
II. Die Rechtsnatur der mutmaßlichen Einwilligung	78
III. Die Grenzen der mutmaßlichen Einwilligung	85
1. Fehlende Anhaltspunkte zur Bestimmung individueller Präferenzen	85
2. Konstitutionelle Einwilligungsunfähigkeit	88
IV. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen	94
1. Kongruente Ergebnisse durch Berücksichtigung der Autonomie innerhalb der Interessenabwägung	94
2. Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit	98
3. Kumulation und Kollision von Rechtfertigungsgründen	100
4. Das logische Verhältnis der Rechtfertigungsgründe	103
5. Konkurrenz interferierender Rechtfertigungsgründe	108
V. Verfassungsmäßigkeit teleologischer Einschränkungen	111
1. Argumentation für die Geltung des Analogieverbots	112
2. Argumentation gegen die Geltung des Analogieverbots	114
3. Stellungnahme	116
4. Grenze des Art. 20 Abs. 3 GG	119
VI. Zwischenergebnis	120
E. Teleologische Erwägungen zur Subsidiarität des rechtfertigenden Notstands bei internen Interessenkollisionen	122
I. Ausrichtung und Wortlaut des § 34 StGB	122
II. Das Rechtfertigungsprinzip der Einwilligung: Das Selbstbestimmungsrecht ...	125
1. Gefahr des Übergehens autonomer Entscheidungen	127
2. Rechtfertigender Notstand jenseits der Grenzen des Selbstbestimmungsrechts	130
3. Wahrung des Selbstbestimmungsrechts durch den rechtfertigenden Notstand	133
4. Dysfunktionalität des Wesentlichkeitserfordernisses	135

III. Das Rechtfertigungsprinzip des rechtfertigenden Notstands	137
1. Ausgangspunkte der Diskussion bei Kant und Hegel	139
2. Zwecktheorie und Güterabwägungstheorie	142
3. Theorie des überwiegenden Interesses	146
4. Utilitaristische Begründung	150
a) Anwendungsbezogene Kritik	152
b) Kritik an der Figur des Gemeinnutzes	155
c) Individualistische Kritik	157
5. Solidaritätsprinzip	158
a) Die verschiedenen Begründungsentwürfe	159
b) Die Diskussion über das Solidaritätsprinzip	161
c) Kritik und eigener Ansatz bei Haas	165
d) Kritik bei Pawlik	167
e) Eigener Ansatz bei Pawlik	170
f) Der rechtfertigende Notstand als Surrogat der Einwilligung	172
IV. Auswirkungen des Solidaritätsprinzips auf die Beurteilung interner Interessenkollisionen	176
V. Materielle Subsidiarität des rechtfertigenden Notstands gegenüber Einwilligung und mutmaßlicher Einwilligung	181
F. Lösungen für die relevanten Fallgestaltungen	183
I. Rechtfertigung bei dauerhafter oder vorübergehender Einwilligungsunfähigkeit	183
II. Keine Rechtfertigung bei möglicher Unbeachtlichkeit eines entgegenstehenden Willens	184
III. Keine Rechtfertigung bei rechtlicher Unmöglichkeit einer Einwilligung	186
1. Möglichkeit der Einwilligung in eine Fremdtötung	187
2. Möglichkeit der Einwilligung in eine Lebensgefährdung	193
G. Ergebnisse der Arbeit	195
Literaturverzeichnis	198
Sachwortverzeichnis	215

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft
FamFR	Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR	Familie Partnerschaft Recht
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungsreport
StV	Strafverteidiger
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

A. Problemstellung

Der rechtfertigende Notstand gemäß § 34 StGB wurde durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. Juli 1969¹, welches am 1. Juli 1975 in Kraft trat, wie folgt gefasst:

„Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“

Mit diesem Wortlaut stellt § 34 StGB den weitreichendsten kodifizierten Rechtfertigungstatbestand des Strafrechts dar.² Zugleich handelt es sich auf Grund der verwendeten auslegungsbedürftigen Begriffe³ und vor allem der im Mittelpunkt stehenden Interessenabwägung, deren genaue Ausgestaltung vom Gesetz nur angedeutet wird⁴, um eine der in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft am facettenreichsten diskutierten Normen des Strafrechts. Diese Arbeit soll auf der einen Seite einen spezifischen Teil dieser Diskussion aufgreifen, analysieren und dem korrekten Ergebnis näherbringen und auf der anderen Seite dadurch einen Beitrag zum angemessenen Gesamtverständnis dieser Norm leisten.

Der BGH stellte in seinem viel beachteten⁵ Urteil zur gerechtfertigten Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch vom 25. Juni 2010 folgendes fest:

„Auch eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des Notstands gem. § 34 StGB scheidet, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend gesehen hat, vorliegend schon deshalb aus, weil sich der Eingriff des Angeklagten hier gegen das höchstrangige Rechtsgut (Leben) derje-

¹ BGBl. I, 717.

² *Paeffgen*, in: NK-StGB, Vor § 32 Rn. 46: „Grundfigur“; *Roxin*, AT I, § 14 Rn. 43.

³ Vgl. *Kühl*, AT, § 8 Rn. 1: „nicht gerade präzise formulierten“; *Küper*, JZ 2005, 105: „vage Norm“; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 4: „Unschärfe“.

⁴ *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 65; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 22.

⁵ Man beachte nur die Anmerkungen und Besprechungen von *Albrecht*, DNotZ 2011, 40; *Bergmann/Wever*, MedR 2010, 635; *Doering-Striening*, FamFR 2010, 341; *Dölling*, ZIS 2011, 345; *Eidam*, GA 2011, 232; *Engländer*, JZ 2011, 513; *Gaede*, NJW 2010, 2925; *Joerden*, in: FS Roxin 2011, S. 593; *Kubiciel*, ZJS 2010, 656; *Lipp*, FamRZ 2010, 1555; *Mandla*, NSTZ 2010, 698; *Rieger*, NotBZ 2010, 457; *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 544; *Rosenau*, in: FS Rissing-van Saan, S. 547; *Verrel*, NSTZ 2010, 671; *Walter*, ZIS 2011, 76; *Wolfslast/Weinrich*, StV 2011, 286.

nigen Person richtete, welcher die gegenwärtige Gefahr (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) im Sinne von § 34 StGB drohte“.⁶

Dieser Aussage wird teilweise lediglich entnommen, dass der BGH – wie schon zuvor⁷ – eine Rechtfertigung nach § 34 StGB allein deshalb ablehne, weil das im konkreten Kontext beeinträchtigte Rechtsgut Leben im Rahmen der Interessenabwägung von keinem anderen Interesse wesentlich überwogen werden könne.⁸ In diesem Fall wäre der angeschlossene Relativsatz jedoch gänzlich überflüssig. Dieser stellt allerdings klar, dass die Anwendung des rechtfertigenden Notstands hier „schon deshalb“ ausscheiden soll, weil sich der Eingriff gegen den Gefährdeten selbst richtet. Damit geht der zweite Strafsenat in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung⁹ davon aus, dass der rechtfertigende Notstand gemäß § 34 StGB nicht anwendbar ist, sobald der Notstandstäter zur Abwehr der drohenden Gefahr in Rechtsgüter desjenigen eingreift, zu dessen Gunsten die Notstandstat erfolgen soll, und schließt sich somit der in der Literatur entwickelten Differenzthese¹⁰ an. Nach dieser muss das im Zuge der Notstandshandlung geschützte Interesse zwingend einem anderen Rechtsgutsträger zustehen als das demgegenüber beeinträchtigte Interesse. Sogenannte interne oder intrapersonale Interessenkollisionen sollen demgegenüber nicht in den Anwendungsbereich des rechtfertigenden Notstands fallen.¹¹ Ob dies zutrifft, soll Thema dieser Arbeit sein.

I. Die interne Interessenkollision

Die Rechtfertigungssituation des Notstands wird zumeist definiert als Zustand gegenwärtiger Gefahr für ein berechtigtes Interesse, der nur durch die Aufopferung eines anderen berechtigten Interesses abgewendet werden kann.¹² In den typischen Anwendungsfällen des § 34 StGB liegt eine solche Sachlage vor, indem der Täter zur

⁶ BGH Urteil v. 25.06.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 20; abgedruckt unter anderem in BGHSt 55, 191; NJW 2010, 2963; NStZ 2010, 630; FamRZ 2010, 1551; JZ 2011, 532.

⁷ BGH NStZ 2001, 324, 326.

⁸ So die Deutung von *Engländer*, JZ 2011, 513, 515 u. 517.

⁹ BGH JZ 1973, 173 f.; BGH NStZ 1997, 182, 184; AG Nordenham MedR 2008, 225.

¹⁰ Diese Terminologie findet sich bei *Bottke*, Suizid, S. 87, und *Kühl*, AT, § 8 Rn. 34 Fn. 47; ähnlich *Bottke*, GA 1982, 346, 356: „Differenzgebot“.

¹¹ *Engländer*, GA 2010, 15, 25; *Frister*, GA 1988, 291; v. *Hippel*, in: FG RG V, S. 1, 2; *Kindhäuser*, AT, § 17 Rn. 33; *Knauf*, Einwilligung, S. 89; *Pawlik*, Notstand, S. 103 Fn. 140; *Renzikowski*, Notstand, S. 65.

¹² Diese Kernaussage ist allen gängigen Definitionsversuchen gemein, vgl. *Jakobs*, AT, Abschn. 13 Rn. 1; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 353; *Kindhäuser*, AT, § 17 Rn. 1; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 34 Rn. 1; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 17; *Küper*, JuS 1987, 81; *Lenckner*, Notstand, S. 7; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Vor § 32 Rn. 67; *Lugert*, Notstand, S. 27; *Maurach/Zipf*, AT I, § 27 Rn. 1, 13; *Paeffgen*, in: NK-StGB, Vor § 32 Rn. 46; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 1; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 291; ähnlich bereits *Berner*, Lehrbuch, § 85, und v. *Liszt*, Lehrbuch, § 34 II.

Abwehr einer Gefahr in ein Rechtsgut eingreift, welches einem anderen Rechtsgutsträger zusteht als das demgegenüber geschützte Rechtsgut. Es wird also zu Gunsten des Interesses einer Person in ein Interesse einer anderen Person eingegriffen. Wenn beispielsweise A den schwerverletzten und bewusstlosen B in der heißen Sonne liegend auffindet und ihn zu dessen Schutz in das Haus des C bringt, ohne über die Zustimmung des C zu verfügen,¹³ so handelt er zu Gunsten des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit des B und greift dazu in das Hausrecht des C ein. Eine Strafbarkeit nach § 123 StGB würde hier jedoch durch § 34 StGB ausgeschlossen, da A zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr¹⁴ eine erforderliche¹⁵ Handlung vornimmt und dabei das geschützte Interesse in Form von Leib und Leben des B das beeinträchtigte Interesse des Hausrechts des C wesentlich überwiegt¹⁶.

Denkbar sind aber auch Fälle, in denen das Interesse einer Person beeinträchtigt wird, um ein anderes Interesse eben dieser Person zu schützen. Wenn zum Beispiel A in Abwesenheit des C dessen Haus betritt, um während eines heftigen Unwetters ein offenstehendes Dachfenster zu schließen,¹⁷ wird das Hausrecht des C verletzt und dadurch auf der anderen Seite das Eigentum des C vor Schaden bewahrt. Es wird also ein Interesse des C zu Gunsten eines anderen Interesses des C geopfert. Die eingangs genannte Definition schließt solche Konstellationen somit grundsätzlich mit ein. Zwar wird in einigen Formulierungen darauf verwiesen, dass das Interesse eines anderen¹⁸ oder ein fremdes Interesse¹⁹ betroffen sein müsste. Dies meint jedoch nicht, dass der Träger des Erhaltungsguts, zu dessen Gunsten gehandelt wird, und der Träger des Eingriffsguts²⁰, dessen Rechte verletzt werden, verschiedene Personen sein müssen, sondern ist aus Sicht des Eingreifenden zu betrachten. Eine Not-

¹³ Beispielsfall angelehnt an *Heinrich*, AT, Rn. 407.

¹⁴ Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens sicher oder höchstwahrscheinlich ist, wenn nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden. BGH NJW 1979, 2053, 2054; BGH NStZ 1988, 554; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 39, 56; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 12, 17; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 12; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 303; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 26, 36; ähnlich BGHSt 5, 371, 373.

¹⁵ Erforderlich ist die Tat, wenn sie zur Abwendung der Gefahr geeignet ist und unter mehreren gleichermaßen geeigneten das mildeste Mittel darstellt. OLG Hamm NJW 1976, 721, 722; *Erb*, in: MK-StGB, § 34 Rn. 93; *Frister*, AT, Kap. 17 Rn. 7; *Küper*, JZ 1976, 515, 516; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 18; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 308.

¹⁶ Grundsatz der Interessenabwägung; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 362; *Lenckner*, Notstand, S. 123; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch, § 17 Rn. 68; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 22; *Roxin*, AT I, § 16 Rn. 26.

¹⁷ Beispielsfall angelehnt an *Rengier*, AT, § 23 Rn. 52; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 Rn. 32.

¹⁸ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 353; *Küper*, JuS 1987, 81; *Lenckner*, Notstand, S. 7; *Maurach/Zipf*, AT I, § 27 Rn. 1.

¹⁹ *Kühl*, AT, § 8 Rn. 17; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 291.

²⁰ Vgl. zu dieser Terminologie *Küper*, JZ 1976, 515, 516; *Küper*, JuS 1987, 81, 82; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 26.