

»Entschuldigung« durch Notstand

Studien zu § 35 StGB

Von Professor Dr. Klaus Bernsmann



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

Inhalt

Vorwort	VII
A. Einführung	1
B. Der Untersuchungsgegenstand	7
I. Terminologisches	7
1. <i>Zum Begriff des »Notstandes«</i>	7
2. <i>Zum »entschuldigenden« Notstand</i>	10
II. Probleme des § 35 im Überblick	12
1. <i>Historische Vorbemerkungen</i>	12
1.1. <i>Eine erste Orientierung</i>	12
1.2. <i>Vom RStGB zum AT 1975 – die Aufspaltung des »strafrechtlichen« Notstandes</i>	15
1.3. <i>Der AT 1975 – Die Vorschriften der §§ 52, 54 a. F. und § 35 im Ver- gleich</i>	18
2. <i>Einige offene Fragen des rechtsgutspezifischen Notstandes (§ 35)</i>	20
3. <i>Zur »Besonderheit« von Notstandskonstellationen</i>	23
C. Materialien zu einer »Theorie« der Vorschrift des § 35	27
I. Exkurs: Allgemeine Probleme einer Theorie des rechtsgutspezifischen Notstandes	27
1. <i>Vorbemerkung</i>	27
2. <i>Einige wissenschaftstheoretische Anmerkungen zu juristischen »Theorien«</i> ..	29
3. <i>Sonderproblem einer »Theorie« des rechtsgutspezifischen Notstandes</i>	35
4. <i>Resümee und Überleitung</i>	39
II. Der Regelungsgehalt des § 35 – eine erste Analyse	41
1. <i>Vorbemerkung</i>	41
2. <i>Die Notstandslage (§ 35 Abs. 1 S. 1)</i>	41
2.1. <i>Der Lebensnotstand</i>	41
2.1.1. <i>Der Lebens-Begriff</i>	41
2.1.2. <i>Die einzelnen Notstands-Typen</i>	43
2.1.2.1. <i>Einführung</i>	43
2.1.2.2. <i>Die Lebens-Gefahrengemeinschaft</i>	43
2.1.2.2.1. <i>Die »klassischen« Grundformen</i>	43
2.1.2.2.1.1. <i>Die »echte« Gefahrengemeinschaft</i>	43
2.1.2.2.1.2. <i>Variationen der »echten« Gefahrengemeinschaft</i>	48

2.1.2.2.2.	Die »unechten«, »modifizierten« Gefahrgemeinschaften	49
2.1.2.2.3.	Die »sekundäre« Gefahrgemeinschaft – die Umlenkung bzw. der Austausch der Lebensgefahr	53
2.1.2.2.3.1.	Vorbemerkung	53
2.1.2.2.3.2.	Die akute Gefahr	53
2.1.2.2.3.3.	Die Notwehr-Notstands-Kombination	55
2.1.2.2.3.4.	Die »gestreckte« Gefahr (Dauergefahr)	56
2.1.2.3.	Sonderformen des Lebensnotstandes	57
2.1.2.3.1.	Notstand bei Identität von Gefahrenquelle und Opfer – Der nicht- verursachte »entschuldigende« Defensiv-Notstand	60
2.1.2.3.2.	Der »verursachte« Defensiv-Notstand	60
2.1.2.4.	Lebensrettung auf Kosten von »niederrangigen« oder Gemeinschafts- Gütern	62
2.2.	Der Leibesnotstand	64
2.2.1.	Vorbemerkung	64
2.2.2.	Der Begriff des »Leibes«	64
2.2.3.	Unterschiede zum Lebensnotstand	65
2.2.4.	Zum Umfang der »Leibesgefahr«	68
2.2.4.1.	Proportionalitätserwägungen	68
2.2.4.2.	Sonstige Restriktionsversuche	69
2.3.	Der Freiheitsnotstand	74
2.3.1.	Vorbemerkung	74
2.3.2.	Der Freiheitsbegriff	75
2.3.3.	Formen des Freiheitsnotstandes	79
2.4.	Die Notstandshilfe	80
2.4.1.	Vorbemerkung	80
2.4.2.	»Angehörige« und sonstige »Sympathiepersonen«	82
2.4.3.	Exkurs: Notstandshilfe und Staat	89
2.4.3.1.	»Staatsnotstandshilfe« als Problem des § 35?	90
2.4.3.2.	Hoheitsträger als »Notstandshelfer«	91
2.4.4.	Zum »Notstandshilfwillen« des gefährdeten »Angehörigen«	96
2.4.4.1.	Der Nothilfewille bei drittwirkender Notstandshilfe	97
2.4.4.2.	Nothilfewille bei Identität des Trägers von Erhaltungs- und Eingriffs- gut	99
2.4.4.2.1.	Die <i>aufgedrängte</i> Hilfe	99
2.4.4.2.2.	Einverständliche Hilfe bei generell indisponiblen Rechtsgut	100
2.4.4.3.	Die sittenwidrige Hilfe	102
3.	<i>Zur Notstandsbehandlung</i>	103
3.1.	Die subjektiven Notstandsvoraussetzungen	103
3.2.	Die »Erforderlichkeit« der Notstandshandlung	106
4.	§ 35 Abs. 1 S. 2	109
4.1.	Vorbemerkung: Die besondere »Theorie«-Relevanz der Gefahrtra- gungsregel	109
4.2.	»Die Gefahrverursachung« als Grund besonderer Pflichten	111
4.2.1.	Anmerkungen zu einem gesetzgeberischen Fehlschlag	111
4.2.2.	»Gefahrverursachung« und Notstandshilfe	115
4.3.	Das »besondere Rechtsverhältnis«	116
4.3.1.	Allgemeines	116
4.3.2.	Konkretisierungsversuche	118

4.3.2.1.	Das »besondere Rechtsverhältnis« – ein strafrechtsuntauglicher Begriff	118
4.3.2.2.	Die besondere Gefahrtragungspflicht der Hoheitsträger	121
4.3.2.3.	»Besonderes Rechtsverhältnis« und staatliche Eingriffe	126
4.3.2.4.	Notstandshilfe und »besonderes Rechtsverhältnis«	130
4.4.	Sonstige Fälle erhöhter Notstandspflichtigkeit	131
4.4.1.	Zur Disproportionalität von Erhaltungs- und Eingriffsgut	132
4.4.2.	Weitere Fälle erhöhter Gefahrtragungspflichten	134
4.4.2.1.	Aus »sonstigen Rechtsbeziehungen«	134
4.4.2.2.	Garantenstellung und besondere Notpflichten	135
4.5.	Zur Eigenständigkeit des Zumutbarkeitskriteriums	136
5.	<i>Exkurs: Besonderheiten des Nötigungsnotstandes?</i>	140
5.1.	Die Geschichte der Beseitigung des selbständigen Nötigungsnotstandes aus dem Gesetz	140
5.2.	Die Spezifika des Nötigungsnotstandes	142
5.2.1.	Zum Unterschied der Gefahrenqualität in § 52 und § 54 (§ 35)	142
5.2.3.	Dogmatisch-systematische »Vorteile« der Selbständigkeit	144
5.2.4.	»Nötigungsnotstand« und § 34	147
5.3.	Fazit	148
6.	<i>Die Irrtumsregelung des § 35 Abs. 2.</i>	148
7.	<i>Der Notstandszweifel</i>	152
III. Ende und Überleitung		155
D. Kritik der Notstands-»Theorien«		157
I. Exkurs: Zur Psychologie und Ethologie des rechtsgutspezifischen Notstandes		157
1.	<i>Vorbemerkung</i>	157
2.	<i>Die Psychologie und Physiologie der sog. »Katastrophenreaktionen«</i>	158
2.1.	Die Notfall-Reaktion im engeren Sinn	158
2.1.1.	Die Primärreaktion	160
2.1.2.	Die Sekundärreaktion	161
2.2.	Die Psychologie des länger antizipierten Schadens	165
II. Die Notstands-»Theorien«		174
1.	<i>Zur Auswahl der »Theorien«</i>	174
2.	<i>Die »psychologische« Theorie</i>	177
2.1.	Darstellung der »Theorie«	177
2.2.	Kritik der »psychologischen Theorie«	179
2.2.1.	Allgemeines	179
2.2.2.	Die Undifferenziertheit der »Theorie«	179
2.2.3.	Der unpsychologische Agnostizismus des Gesetzes	181
2.2.4.	Zur »Psychologie« der Gefahrtragungsregeln	181
2.2.5.	Die Psychologie der Irrtumsregelung	184
2.2.6.	Ergebnis	185
3.	<i>Normative Notstands-»Theorien«</i>	185
3.1.	Vorbemerkung: die allgemeine Unzumutbarkeits-Lehre als Ausgangspunkt	185

3.2.	Die Lehren im einzelnen	187
3.2.1.	Bockelmann, Gallas	187
3.2.2.	Kritik	188
3.3.	Maurach	191
3.3.1.	Die Lehre	191
3.3.2.	Kritik	192
3.4.	Schmidhäuser	194
3.4.1.	Darstellung der Notstandskonzeption	194
3.4.2.	Kritik	194
4.	<i>Die Notstandstat als rechtmäßige bzw. unverbote Handlung</i>	195
4.1.	Vorbemerkungen	195
4.1.1.	Einige dogmenhistorische Anmerkungen	195
4.1.2.	Die Stellungnahme des Gesetzgebers	198
4.2.	Die »Theorien« im einzelnen	199
4.2.1.	Das »ultra-possé«-Argument	199
4.2.2.	Zur »Theorie des überwiegenden Interesses«	202
5.	<i>Die Vorschrift des § 35 als (unrechts- und schuld mindernder) »Entschuldigungsgrund«</i>	204
5.1.	Die »Theorie«	204
5.2.	Kritik	205
5.2.1.	Mängel der Erklärungsleistung bei § 35 Abs. 1 S. 1	205
5.2.2.	Weitere Einzelheiten	209
5.2.2.1.	Nochmals: Die (angebliche) Schuld minderung	209
5.2.2.2.	Einzelheiten der (angeblichen) Unrechts-Verminderung	209
5.2.3.	Die Schwächen bei der Erklärung der besonderen Gefahrtragungspflichten (§ 35 Abs. 1 S. 2)	210
5.3.	Fazit	213
6.	<i>Die präventionsorientierten Notstands-»Theorien«</i>	213
6.1.	Vorbemerkung	213
6.2.	Die Lehre Roxins	215
6.2.1.	Der Inhalt	215
6.2.3.	Kritik	216
6.3.	Jakobs	225
6.3.1.	Darstellung der »Theorie«	225
6.3.2.	Kritik	227
6.3.3.	Fazit	233
E. Außerstrafrechtliche Elemente einer Notstands-»Theorie«? Interdisziplinäre Überlegungen am Beispiel des rechtsgutspezifischen Lebensnotstandes		235
I. Vorüberlegungen		235
1.	<i>Allgemeines</i>	235
2.	<i>Argumente für (und gegen) eine interdisziplinäre Fundierung</i>	236
II. Exkurs: Die Philosophie des Todes und der rechtsgutspezifische (Lebens-)Notstand		240
1.	<i>Vorbemerkung</i>	240

2.	<i>Der Todesbegriff als Ausgangspunkt</i>	242
3.	<i>Heideggers Todes-Analytik</i>	246
4.	<i>Die Philosophie des Todes nach und gegen Heidegger</i>	250
5.	<i>Schlußbetrachtung</i>	251
III.	Die staatsphilosophischen Dimensionen des rechtsgutspezifischen (Lebens-)Notstandes	254
1.	<i>Allgemeine Vorüberlegungen: Staat, Lebensschutz und Lebensnotstand</i>	254
2.	<i>Historisch-politische Anmerkungen zur Entwicklung des (rechtsgutspezifischen) Notstandes</i>	257
3.	<i>Die staatspolitischen Bezüge des Lebensnotstandes</i>	264
3.1.	Vorbemerkung	264
3.2.	Die Neuzeit und das »Prinzip der Selbsterhaltung«	264
3.3.	Vertiefung – Das Beispiel: Thomas Hobbes	269
3.3.1.	Zur allgemeinen Bedeutung Hobbes'	269
3.3.2.	Das Recht auf Selbsterhaltung im Leviathan	270
3.4.	Die Selbsterhaltung in anderen Vertragstheorien des frühen Naturrechts	280
3.4.1.	Die »Vermittlungslehre« Pufendorfs	281
3.4.2.	Fichte's Exemptions-»theorie«	283
3.4.3.	Zur weiteren Entwicklung	284
4.	<i>Abschließende Überlegungen und Überleitung</i>	284
IV.	Der rechtsgutspezifische Notstand und das Grundgesetz	287
1.	<i>Einleitung: Das verfassungsrechtliche Problem – Bestandsaufnahme eines sensiblen Zusammenhanges</i>	287
1.1.	Viktimologische Aspekte	287
1.2.	Der »Meinungsstand«	288
2.	<i>§ 35 Abs. 1 S. 1 – Legitime Durchbrechung einer an sich gebotenen Pönalisierung?</i>	290
2.1.	Problementfaltung	290
2.2.	Zur »Drittwirkung« des Grundrechts auf Leben	290
2.3.	Lebensschutz und Pönalisierung	297
2.3.1.	Argumente gegen eine Pönalisierungspflicht	297
2.3.2.	Pönalisierung und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (i. w. S.)	298
2.3.2.1.	Allgemeine Grundlegung	298
2.3.2.2.	Zur Effizienz der Strafbewehrung des Lebensschutzes	299
2.3.2.3.	Die »Erforderlichkeit«	300
2.3.3.	Zwischenergebnis	300
2.4.	Die Durchbrechung des strafrechtlichen Lebensschutzes und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (i. e. S.)	300
F.	Eine »rechtsgutspezifische Theorie« der Vorschrift des § 35	305
I.	Ein erstes Modell	305
1.	<i>Vorüberlegungen: Interdisziplinäre Bestandsaufnahme</i>	305

2.	<i>Ein erster »Theorie«-Entwurf</i>	306
2.1.	Der Ausgangspunkt	306
2.2.	Das Leben und die beiden anderen notstandsfähigen Rechtsgüter im Vergleich	309
2.2.1.	Die (staats-)historischen Aspekte	309
3.	<i>Probleme</i>	311
II. Überleitung zu den »theoretischen« Einzelheiten		315
III. Die »theoretischen« Einzelheiten – Anwendung, Überprüfung und Fortschreibung der »rechtsgutspezifischen Notstandstheorie«		317
1.	<i>Der Lebensnotstand</i>	317
1.1.	Die Gefahrengemeinschaft	317
1.1.1.	Die »echte«, »klassische« Gefahrengemeinschaft	317
1.1.1.1.	Vorbemerkung	317
1.1.1.2.	Eine strafrechtsvergleichende Abzweigung: Der anglo-amerikanische Rechtskreis	318
1.1.1.3.	Verfassungsrechtliche Aspekte der Straflosigkeit	319
1.1.1.4.	Die »echte« Gefahrengemeinschaft – ein »Rechtfertigungsgrund« (im weiteren Sinne)?	321
1.1.1.4.1.	<i>Der Meinungsstand</i>	321
1.1.1.4.2.	Die Küper'sche Analyse der Gefahrengemeinschaft	324
1.1.1.5.	Die eigene Auffassung	327
1.1.1.5.1.	Grundsätzliches	327
1.1.1.5.2.	Die »besonderen Pflichten« der Gefährten	332
1.1.1.5.2.1.	Der Stand der Diskussion	332
1.1.1.5.2.2.	Das Losverfahren als Beispiel einer prinzipiell gerechten Lösung des »Verteilungsproblems« in Lebensgefahrengemeinschaften	336
1.1.1.5.2.2.1.	Historischer Exkurs	337
1.1.1.5.2.2.2.	Der gerechtigkeits-theoretische Aspekt des Losens	338
1.1.1.5.2.2.2.1.	Das Problem	338
1.1.1.5.2.2.2.2.	Ein konkreter Versuch: Rawls' »Theorie der Gerechtigkeit«	341
1.1.1.5.2.2.2.3.	Situative Besonderheiten	345
1.1.1.6.	Zwischenbetrachtung	347
1.1.2.	Die »unechten« Gefahrengemeinschaften	348
1.1.2.1.	Die Unterschiede zur »echten« Gefahrengemeinschaft	348
1.1.2.2.	Zur Notstandsfähigkeit des »natürlichen Todes«	349
1.1.2.2.1.	Präzisierung der Fragestellung	349
1.1.2.2.2.	Der »natürliche« Tod als »Jedermannsgefahr«?	355
1.1.2.3.	Gefahrtragungspflichten	356
1.1.2.3.1.	Allgemeine Grundlegung: Die Bedeutung der Verfahrensgerechtigkeit ..	356
1.1.2.3.2.	Medizinisch-technische Lebensverlängerungsmöglichkeiten und Gefahrtragungspflichten	359
1.1.3.	Die »sekundären« (Lebens-)Gefahrengemeinschaften	367
1.1.3.1.	Schreckreaktion und rechtsgutspezifischer Lebens-Notstand	368
1.1.3.2.	Rettungshandlungen nach bzw. außerhalb der Schreckreaktion	369
1.1.3.2.1.	Die zweite Phase der Katastrophenreaktion	369
1.1.3.2.1.1.	Die »normale« Reaktion	369
1.1.3.2.1.2.	Die »panische« Reaktion	371
1.1.3.2.2.	Zwischenüberlegungen	374

1.1.3.2.3.	Die »durchdachte« Lebensnot	374
1.1.3.2.3.1.	Allgemeines	374
1.1.3.2.3.2.	Systematische Überlegungen	376
1.1.3.2.3.2.1.	Sekundäre Gefahrgemeinschaften und »Entschuldigung«	376
1.1.3.2.3.2.1.1.	Überlegungen zur doppelten Schuldminderung	376
1.1.3.2.3.2.1.2.	Die kriminalpolitisch begründete »Entschuldigung«	377
1.1.3.2.3.2.2.	Die eigene Lösung: Der Notstand als Strafausschließungsgrund	379
1.2.	Ein Ergebnis	383
2.	<i>Der Leibesnotstand</i>	384
2.1.	Vorbemerkung	384
2.2.	Der »Leibes«begriff	385
2.2.1.	Das Verhältnis zu §§ 223 ff.	385
2.2.2.	Der drohende sexuelle Mißbrauch	387
2.2.2.1.	Der Ausgangspunkt	387
2.2.2.2.	Die rechtsgutspezifischen Gründe	388
2.2.2.3.	Zur Möglichkeit einer Analogie	389
2.3.	Leibesnotstand und Güterabwägung	390
3.	<i>Der Freiheitsnotstand</i>	391
4.	<i>Die Gefahrtragungsregeln (§ 35 Abs. 1 S. 2)</i>	391
4.1.	Vorbemerkung	391
4.2.	Regelbeispiele	392
4.2.1.	Allgemeine »theoretische« Fundierung	392
4.2.2.	Zur notstandsübergreifenden Bedeutung der »besonderen Gefahrtragungspflichten«	394
4.3.	Regelbeispiele und sonstige »besondere« Notstandspflichten	399
4.4.	Die problematischen Sonder-Pflichten	401
4.4.1.	Die Disproportionalität von Eingriffs- und Erhaltungsgut	401
4.4.1.1.	Vorbemerkung	401
4.4.1.2.	Begriffliches: Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit	402
4.4.1.3.	Die Proportionalitäts-Zumutbarkeitsrelation des § 35 Abs. 1 S. 2	404
4.4.1.3.1.	Allgemeine Grundlegung	404
4.4.1.3.2.	Orientierungspunkte	407
4.4.1.3.2.1.	Definitorischer Exkurs: Der »sichere Tod« als diskutierbarer Grenzwert?	407
4.4.1.3.2.2.	Der drohende »sichere Tod« auf Täterseite	407
4.4.1.3.2.3.	Der »sichere Tod« auf der Opferseite	409
4.4.1.3.2.4.	Die sonstigen Kollisionslagen	413
4.4.2.	Zwischenüberlegungen	416
4.5.	Zur Reichweite der Sonderpflichten des § 35 Abs. 1 S. 2	418
4.5.1.	Vorbemerkung	418
4.5.2.	Beispiele	418
4.5.2.1.	Die Lebensgefahr des »rechtswidrig« Angreifenden	418
4.5.2.2.	Willentliche Verpflichtungen auf den Tod?	422
4.5.2.3.	Anmerkungen zu einigen Sonderfällen	424
4.5.2.4.	Gefahrtragung und »natürliche« Gefahr	427
4.6.	Die Duldungspflicht bei hoheitlichen Eingriffen	428
4.6.1.	Grundsätzliches	428

4.6.2.	»Besonderes Rechtsverhältnis« oder sonstige »besondere« Pflicht?	428
4.6.3.	Zur Reichweite der Duldungspflichten	429
4.6.3.1.	Allgemeines	429
4.6.3.2.	Die Sonderpflichten der Gefangenen	430
4.6.3.2.1.	Die internationale Dimension der Duldungspflicht	430
4.6.3.2.2.	Das materiell unrichtige, freiheitsentziehende Strafurteil	433
4.7.	Notstandshilfe und Sonderpflichten	434
4.7.1.	Allgemeine Überlegungen	434
4.7.2.	Die Sonderpflichten im einzelnen	436
4.7.2.1.	»Gefahr-Verursachung«	436
4.7.2.2.	»Besonderes Rechtsverhältnis«	438
4.7.2.3.	Sonstige Gefahrtragungspflichten	439
4.7.2.4.	Die Reichweite der Pflichten	440
4.8.	Nochmals: Die Unzumutbarkeit der Pflichterfüllung	440
5.	<i>Irrtum und Zweifel (§ 35 Abs. 2).</i>	441
Literatur		445
Sach- und Personenverzeichnis		513