

Kapitel 4

Strafrechtspaternalistische Anwendungsvoraussetzungen auf dem Feld des Aggressivnotstands der postmortalen Organübertragung

A. Missbrauchsgefahr und rechtspaternalistische Grenzen der Duldungspflichten bezüglich des rechtfertigenden Notstands

Weil es zwischen Strafgesetz und Transplantationsgesetz ein Stufenverhältnis der Subordination bezüglich der tatbestandlichen Sonderregelungen gibt, ist § 34 StGB unmittelbar im Transplantationswesen anwendbar. Bemerkenswerterweise bildet § 34 StGB bei intrapersonalen Interessenkonflikten einen Rechtfertigungsgrund, der allen, die vom Eingriffsrecht betroffen sind, eine damit korrespondierende Duldungspflicht auferlegt⁷¹⁴. Weil die Durchsetzung des überwiegenden Interesses eine bessere Option für den Betroffenen auf der Erhaltungsseite als auf der Seite des Eingegriffenen bedeutet, ist eine Rechtfertigung nach § 34 StGB für Ausnahmefälle anzuerkennen. Zwar räumt der Gesetzgeber historisch und methodisch die Möglichkeit einer Notstandsrechtfertigung nach § 34 StGB ein, aber die Gefahr seines Missbrauchs lässt sich nicht gänzlich ausschließen. Deshalb betont Scheinfeld: „Methodisch ist die Anwendung des § 34 StGB [...] ebenfalls bloß ein ‚Notbehelf‘. De lege ferenda sollte eine besondere Erlaubnisnorm im Transplantationsgesetz die Entnahmevoraussetzungen [...] präzise bestimmen.“⁷¹⁵

Anders als das Dammbruch- oder Schiefe-Bahn-Argument fordert das Missbrauchsargument, dass eine Regelung nicht eingeführt werden sollte, weil die konkret indizierte Gefahr eines Missbrauchs der Regelung besteht, der sich nicht verhindern lässt⁷¹⁶. Anders gesagt: Missbräuche einer neuen Handlungsfreiheit sind niemals gänzlich auszuschließen; dies gilt für alle schon bestehenden Handlungserlaubnisse nicht anders als für alle denkbaren neuen, denn „ein Missbrauch berührt, solange er gesellschaftlich als solcher klar identifizierbar bleibt, nicht die Geltung der Norm, die ihn

714 Vgl. Duttge, in: Gesamtes Strafrecht, § 34 StGB, Rn. 1.

715 Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 246.

716 Vgl. Saliger, Dammbruchargument in Medizinrecht, S. 636.

als tadelnswert oder rechtswidrig ausweist⁷¹⁷. Faktisch kommt es bei der Regel darauf an, ob und inwieweit der tatsächliche Missbrauch einer Norm schon über die bereits bestehende statistische Quote an Missbrauchsfällen hinausging, was sich nicht auf die Geltung und Anwendungsmöglichkeit der Norm selbst, z. B. des § 34 StGB, bezieht.

Auf rechtspraktischer Ebene muss die Auferlegung einer solchen Opferpflicht bzw. Duldungspflicht demnach durch die Konkretisierung der Anwendungskriterien auf begründete Ausnahmefälle beschränkt bleiben:

Die grundrechtlich geschützten Positionen des einzelnen stehen in einer freiheitlich orientierten Rechtsordnung nicht zur beliebigen Disposition eines Nützlichkeitsdenkens, das sich auf den gesamtgesellschaftlichen Vorteil oder die Belange Dritter bezieht. Hier steht vielmehr das Autonomieprinzip im Vordergrund, das nur dort unter Solidaritätsaspekten eingeschränkt werden darf, wo zum einen eine ganz erhebliche Diskrepanz der betroffenen Interessen festzustellen ist und zum anderen gewisse absolute Grenzen der Opferpflicht beachtet werden.⁷¹⁸

Mit anderen Worten bedeutet die hier in Rede stehende Duldungspflicht des Angriffsadressaten bzw. des unbeteiligten Dritten beim aggressiven Notstand die paternalistische Einschränkung seines individuellen Selbstbestimmungsrechts. Demnach beruht die Verhütung der oben genannten Missbrauchsgefahr logischerweise auf der Abgrenzung dieser paternalistischen Einschränkung bzw. auf der Durchsetzung der Schutzpflicht der Menschenwürde aus der Perspektive der entsprechenden Abwehrfunktion, wie vorhergehend erwähnt. So bezieht sich die Legitimation einer Mindestduldung zum einen auf die gesetzlichen Erfordernisse des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses, zum anderen auf die Angemessenheit der Notstandshandlung. „Genau darum geht es bei dem Subsidiaritätsprinzip: um die rechte Ausgewogenheit von Freiheit des Menschen zu seiner Entfaltung einerseits und von staatlicher Sicherung und Unterstützung dieser Freiheit andererseits.“⁷¹⁹ Diese rechte Ausgewogenheit nennen wir Gerechtigkeit – nicht formale, sondern materiale soziale Gerechtigkeit. Dementsprechend lässt sich eine solche negative Duldungspflicht des im Notstand Angegriffenen weiter auf zwei unterschiedlichen Betrachtungsebenen konkretisieren.

717 *Merkel*, Dammbruch-Argument, S. 286.

718 *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 5.

719 *Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip, S. 93.

I. Erforderlichkeit auf Erhaltungsseite

Die Duldungspflicht bedeutet die Verantwortung des Menschen als Mitglied der Gemeinschaft, die Solidarität in der Gesellschaft zu bewahren⁷²⁰. Deswegen ist die notwendige Duldungspflicht bzw. Einschränkung des eigenen Freiheitsbereichs in ganz bestimmten Notlagen zugunsten eines Anderen „eine in der alten und modernen Gesellschaft unverzichtbare Rechtsidee“⁷²¹.

1. Die Interessenabwägung der notstandsfähigen Rechtsgüter

Der § 34 stellt den gesetzgeberischen Versuch dar, in dieser Regelung die Theorie des überwiegenden Interesses mit der Zwecktheorie zu kombinieren. So wird das wesentliche Überwiegen des geschützten Interesses bzw. das Kriterium der Interessenabwägung als gemeinsames Merkmal aller Notrechte angesehen, d. h., nicht allein die Höherwertigkeit des geschützten Rechtsguts gegenüber dem beeinträchtigten Rechtsgut reicht zur Legitimation eines Notstandseingriffs aus, sondern alle in der konkreten Situation betroffenen, rechtlich beachtenswerten Belange sind zu berücksichtigen und in einer umfassenden Interessenabwägung zu würdigen⁷²². Hierzu betont *Wachinger*, dass der Ausschluss der Rechtswidrigkeit durch Rechtfertigungsgründe nicht nur aus dem Strafrecht, sondern auch aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen ist: „[E]ine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist.“⁷²³ Anders formuliert: Die umfassende Interessenabwägung stellt eine Folgenorientierung bzw. Konsequenzialisierung dar: „Mit der Entscheidung für die rechtfertigende Wirkung von bestimmten Notlagen stellt die Rechtsordnung die Verbindlichkeit ihrer Verbote unter einen weitreichenden Vorbehalt: Diese Verbote werden suspendiert, soweit die Folgen, die ihre Respektierung hätte, im Einzelfall als nicht hinnehmbar erscheinen.“⁷²⁴ So wird die rechtliche Qualität einer konkreten Handlung nicht nur an ihrer Übereinstimmung mit

720 Vgl. *Kollhosser*, Organtransplantationen, S. 165.

721 *Perdomo-Torres*, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 40.

722 Vgl. *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 146.

723 *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 481.

724 *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 StGB, Rn. 6.

den allgemeinen Normen des Rechts, sondern auch an ihren Folgen gemessen, was schließlich bedeutet, dass die Interessenabwägungstheorie nur die objektiv festzustellenden Umstände bezüglich eines als überwiegend zu bewertenden Interesses⁷²⁵ beschreibt. Aber im Detail und in der praktischen Anwendung vermag diese Theorie es nicht, ausreichend konkrete Kriterien zur Beurteilung des Eingreifens des rechtfertigenden Notstands zu liefern:

Die im Rahmen des § 34 StGB zu berücksichtigenden Interessen dienen nur als Abwägungsfaktoren, sie können damit aber nicht selbst auch der Abwägungsmaßstab sein. Es ist erforderlich zu klären, aus welchem Blickwinkel die Bewertung der abzuwiegenden Interessen erfolgen soll und wann tatsächlich das Überwiegen eines Interesses festgestellt werden kann.⁷²⁶

Bei der praktischen Anwendung dieser Theorie benutzt man die sog. komparativen Sätze mit „Je-desto-Formel“, d. h., je größer und je mehr die Interessen der Erhaltungsseite nach einzelnen Präferenzkriterien gegenüber denen auf der Eingriffsseite überwiegen, desto eher tritt die Rechtsfolge des wesentlich überwiegenden Interesses ein⁷²⁷. Hierfür betont *Lenckner* vornehmlich:

Sind dort das „Erhaltungsgut“ und das durch die Erforderlichkeit der Notstandshandlung bestimmte „Eingriffsgut“ gegeneinander abzuwägen, so findet die Abwägung hier zwischen den potentiellen „Eingriffsgütern“ statt. Auch befinden sich diese hier alle in derselben Ausgangsposition, während sich „Erhaltungsgut“- [sic] und „Eingriffsgut“ im typischen, durch die Abwälzung des drohenden Schadens auf einen unbeteiligten Dritten gekennzeichneten Notstandsfall unter verschiedenen Vorzeichen gegen-

725 Der Begriff „Interesse“ ist noch präziser zu definieren. Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 124: „Zweifel und Mißverständnisse sind hier deshalb möglich, weil der Begriff ‚Interesse‘ selbst nicht eindeutig feststeht. So bemerkte WELZEL einmal, die Bezeichnung ‚Interesse‘ sei sprachlich der ärgste Proteus und vermöge wie kein anderes Wort begrifflich über alles einen Schleier des Halbdunkels zu legen, der um so [sic] gefährlicher sei, als er nicht ganz verdunkle, sondern scheinbar zulasse, die Dinge zu unterscheiden. Trotz dieser zweifellos bestehenden Gefahren ist es jedoch offenbar unmöglich, auf den gerade in der Rechtssprache besonders häufigen Terminus ‚Interesse‘ zu verzichten oder ihn durch einen besseren zu ersetzen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Um so [sic] wichtiger ist es deshalb, Klarheit darüber zu gewinnen, was es bedeutet.“

726 *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 148.

727 Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 219.

überstehen, was wichtige Konsequenzen für die zu treffende Präferenzentscheidung hat: Während ein (wesentlich) überwiegendes Interesse i. S. des § 34 S.1 nur angenommen werden kann, wenn die Abwägung von „Eingriffs“- [sic] und „Erhaltungsgut“ eine unverhältnismäßig größere Schutzwürdigkeit des ersteren ergibt, genügt es hier, daß insoweit überhaupt eine Differenz besteht [Hervorh. d. Verf.].⁷²⁸

Wegen ihrer inneren Komparativität bzw. Vergleichbarkeit stellt diese Formel nur ein bewegliches System oder eine weiche Ordnung dar⁷²⁹. In diesem System kommt die Rechtfertigung also erst in Betracht, wenn ein wesentliches Überwiegen des Interesses der Erhaltungsseite festgestellt wird. Indessen dürfte eine solche Interessenabwägung in Wirklichkeit wenig praktikabel sein, „da klare Kriterien dafür, welche besondere normative Anerkennung ein Interesse benötigt, um zum Rechtsgut zu erstarken (und damit über § 34 ggf. auch über den Rahmen der bestehenden Gesetze hinaus verfolgt werden kann), nicht ersichtlich sind.“⁷³⁰ Im Vergleich dazu zeigt *Lenckner* weiter:

Dem „Mehr-Nutzen-als-Schaden“-Prinzip, auf dem – richtig verstanden – der rechtfertigende Notstand letztlich beruht, entspricht es, daß hier eine Entscheidung weder zugunsten der einen noch zugunsten der anderen Seite getroffen werden kann: Ist das geeignetere jeweils das schwerere bzw. das weniger geeignete jeweils das mildere Mittel, so führt eine unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit durchgeführte „Gewinn- und-Verlust-Rechnung“ hier immer zum selben Ergebnis – dem höheren Aufwand auf der „Eingriffsseite“ entspricht ein höherer Gewinn in Gestalt einer größeren Erfolgsaussicht und umgekehrt dem geringeren Verlust die geringere Rettungschance [Hervorh. d. Verf.] –, weshalb insoweit alle Mittel als gleichwertig anzusehen sind.⁷³¹

Durch die Interessenabwägung ergibt sich daher in Notstandsfällen eine Konsequenz: Der rechtliche Schutz beider konkurrierender Interessen hebt sich gegenseitig auf; der mit der Strafdrohung des Tatbestandes verfolgte Zweck ist dadurch relativiert⁷³² und möglicherweise sogar völlig neutra-

728 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 102.

729 Vgl. *Küper*, Pflichtenkollision im Strafrecht, S. 16 f.

730 *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 54.

731 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 111.

732 Bei der Rechtfertigungsprüfung zeigt sich vielmehr, dass man die Kollision der gegenseitigen Interessen zum Gegenstand hat, die an sich beide rechtlichen Schutz

liert⁷³³. Anders ausgedrückt: Eine Rechtfertigung der Zulässigkeit von Notstandseingriffen kann nicht mehr nur mit dem Prinzip des überwiegen- den Interesses geleistet werden, weil dieses Prinzip kein selbsttragendes Prinzip ist⁷³⁴. Deswegen versucht man, ein stabiles Kriterium hinter der In- teressenabwägung zu finden⁷³⁵. Dieses Kriterium beruht auf der Lehre des Utilitarismus⁷³⁶, dass im Rahmen der Interessenabwägungsformel des § 34 StGB nur die Kriterien, die folgenorientiert sozialpragmatisch und aktuell den besten Ausweg aus der Not weisen, entscheidend sind⁷³⁷. Wie oben dargestellt, orientiert sich die utilitaristische Beurteilung schließlich immer an kollektiven Wohlfahrtsinteressen, die aus mitmenschlichen Solidaritäts- pflichten dogmatisch hergeleitet werden⁷³⁸, wie *Perdomo-Torres* betont:

Der Notstandskonflikt ist im Wesentlichen ein rechtlicher, denn dabei stehen zwei Rechte in Kollision, das Recht als Person respektiert zu wer- den und das Recht des Wohls. Jeder der dabei Beteiligten hat ein Recht

genießen. Auch kann die Rechtfertigungslehre auf den Wandel gesellschaftlicher Anschauungen rasch reagieren und diesen bei der Lösung von Konflikten berück- sichtigen. Damit bezieht sich die Interessenabwägung wesentlich auf die subjektive Bewertung des Richters. Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 129: „Soll daher der Interessenabwägungsgrundsatz einen vernünftigen Sinn bekommen, so kann er nicht auf bestimmte Interessen beschränkt werden, sondern muß alle im Einzelfall kollidierenden Werte erfassen, wobei schon oben dargelegt wurde, daß der Interessenbegriff dies durchaus zuläßt, weil sich jeder Wert in einem entspre- chenden Sozial- oder Individualinteresse auswirkt.“

733 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 49.

734 Vgl. *Neumann*, Rechtsethische Begründung des Notstands, S. 156. Siehe dazu auch *Merkel*, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 185: „Vielmehr ist danach das ‚wesentliche‘ Interessenübergewicht auf der Erhaltungsseite nicht deswegen ein Rechtfertigungs- grund, weil es eine Nutzenfunktion für den Güterbestand der Rechtsgemeinschaft optimiert.“

735 Siehe dazu *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 505: „Im [...] Teil [...] wird in Ausführungen, die auch für den mit der Güterabwägungstheorie arbeitenden Ju- risten sehr beachtlich sind, der Grundsatz der Güterabwägung in seine Teilprinzipi- en zerlegt und dargetan, daß diese Teilprinzipien zwar bis zu einem gewissen Grad in Theorie und Praxis Geltung haben, daß sie aber in uneingeschränkter Allgemein- heit zu unannehmbaren Folgerungen führen, daß ferner die Wertungen nicht der Güterabwägungstheorie selbst, sondern anderen Grundsätzen entnommen werden müssen [Hervorh. d. Verf.]“.

736 Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 43: „Dadurch ließen sich die besonders unbefriedigenden Konsequenzen der älteren Güterabwägungs- theorie innerhalb des ‚utilitaristischen‘ Begründungsschemas vermeiden.“

737 Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 220.

738 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 50.

darauf, aber auch die entsprechende Pflicht dem Anderen gegenüber, dies ist Grundbedingung des gesellschaftlichen Zusammenlebens.⁷³⁹

Zwar führt die Erhaltung des größeren Wertes demnach zur Wahrung des größeren Gesamtgüterbestands der Gesellschaft, aber dahinter verbirgt sich weiter die Gefahr, dass die persönliche Autonomie bzw. das Selbstbestimmungsrecht des Eingriffsoffers im Notstand aufgrund der auferlegten Duldungspflicht dem auf Gesamtnutzen bezogenen Zweck untergeordnet werden muss, wie *Schmitz* zeigt:

Treten zwei solcher Bestandteile nun auf eine Art in Konflikt, dass notwendigerweise einer von beiden geopfert werden muss, so soll untersucht werden, nach welcher Vorgehensweise ein größerer Wert auf dem Gemeinschaftskonto verbleibt. Dient der Notstandseingriff dazu, den im Vergleich größeren Gesamtgüterbestand zu erhalten, so wird er als rechtmäßig beurteilt und das Eingriffsoffer zu Gunsten der Allgemeinheit zur Duldung des Eingriffs verpflichtet [Hervorh. d. Verf.]. Wesentlichstes Element dieses Verrechnungsprinzips ist also, dass rechtlich geschützte Interessen von Einzelpersonen nicht anerkannt werden, sondern nur die Gemeinschaft ein beachtliches Interesse am Erhalt von Rechtsgütern haben soll.⁷⁴⁰

Deswegen müssen wir vornehmlich aus liberaler Perspektive die notwendige Einschränkung der extremen Duldungspflicht beachten. Mit anderen Worten kann die Gewährleistung individueller Rechtspositionen einerseits nicht schrankenlos sein – keine Gesellschaft kommt umhin, ihre Bürger in einem gewissen Rahmen zur Wahrung übergeordneter Interessen in Anspruch zu nehmen, was u. a. in den Eingriffsvorbehalten im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes zum Ausdruck kommt, so dass die Rechtsordnung auch einem Unbeteiligten die Pflicht auferlegen kann, vor dem Hintergrund gravierender Notlagen eine Mindestsolidarität walten zu lassen und ausnahmsweise die Übergriffe in seine Rechtssphäre zu dulden; andererseits muss man berücksichtigen: „Ab einer gewissen [...] Schwelle erscheint ein egoistisches Beharren auf vergleichsweise gering zu veranschlagenden Positionen bei drohender Beeinträchtigung wichtiger Rechtsgüter anderer nicht mehr nur als ethisch verwerfliche Rücksichtslosigkeit, sondern als eine Sozialfeindlichkeit, die mit der Gemeinschaftsbezogenheit

739 *Perdomo-Torres*, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 38.

740 *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 150 f.

des Individuums auch in einer grundsätzlich individualistisch konzipierten Rechtsordnung nicht mehr vereinbar ist.“⁷⁴¹

Jedoch bleibt hierbei noch die Frage offen, woraus sich diese Verpflichtung zur Mindestsolidarität ergibt und welchen genauen Inhalt sie aufweist. Dabei ist zunächst festzustellen, dass der Begriff der Solidarität jedenfalls keine klar definierten Konturen aufweist und demnach aus sich heraus keine hinreichenden Lösungen zu geben vermag, sondern vielmehr als ungreifbare Leitfigur erscheint, die noch der Konkretisierung bedarf. *Lenckner* betont, dass sich das Reichsgericht für seinen Grundsatz auf *Binding* berufen hat, der seine These, dass es nicht verboten sei, das größere Gut auf Kosten des minderwertigen, das gleichwertige auf Kosten des gleichen zu retten, dementsprechend erläutert hatte, dass nicht der Wert der Güterarten, sondern der Wert der einzelnen Güter im konkreten Falle entscheidend sei⁷⁴².

Nach *Merkel* bedeutet die Interessenabwägung trotzdem ein Instrument des reinen Kosten-Nutzen-Kalküls bzw. der Gewinn-und-Verlust-Rechnung im Dienst der Maximierung des gesellschaftlichen Güterbestands und über die vom Recht gezogenen Schutzgrenzen individueller Sphären hinweg⁷⁴³. D. h., mit einer kollektivistischen Tendenz, der Sozialisierung von Gefahrenlagen und auch der Vergemeinschaftung von Schutzgütern wird man der in der Interessenabwägungsformel steckenden sachlichen Kritik die Berechtigung nicht absprechen können: „So rational der Grund der Interessenverrechnung im Hinblick auf den kollektiven Gesamtnutzen sein mag, so wenig wird man diese Rationalität mit Gerechtigkeit gleichsetzen wollen.“⁷⁴⁴ Deswegen sollte man andere, gegenläufige normative Kriterien zur Korrektur der reinen Interessenverrechnung übernehmen: Gerechtigkeit, Rechtsfrieden, Autonomie, Menschenwürde. *Wachinger* betont in diesem Zusammenhang, dass der Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung (des überwiegenden Interesses) nicht als alleiniges Entscheidungsprinzip in Notstandsfällen funktionieren solle; dass die Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, die sich als das angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks darstellen, als rechtmäßige Handlungen

741 *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 6.

742 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 55.

743 Vgl. *Merkel*, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 176.

744 *Kühl*, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. 156.

anzusehen seien⁷⁴⁵, so dass das Merkmal der Angemessenheit zur notwendigen Zuordnungsinstantz wird.

2. Die Notstandsgefahr

a) *Die Gegenwärtigkeit der Gefahr*

Neben dem abstrakten Rangverhältnis der konkurrierenden Interessen in der oben genannten Abwägungsformel kommt noch ein eigenständiges Kriterium in Betracht, bei dem es sich um die Berücksichtigung des Grades der dem jeweiligen Interesse drohenden Gefahr handelt, die sich schon aus dem Wortlaut des § 34 StGB ergibt⁷⁴⁶.

Das Erhaltungsgut muss sich in einer Gefahr befinden, unter der man einen Zustand versteht, in dem aufgrund bestimmter Risikofaktoren eine bestimmte Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens besteht⁷⁴⁷. Eine gegenwärtige Gefahr für die betroffenen Rechtsgüter liegt dann vor, wenn sie ohne Ergreifen abwehrender Maßnahmen alsbald oder in allernächster Zeit in einen Schaden umzuschlagen droht. „Gefahr ist die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Sie bezeichnet bezüglich eines Schadens die Möglichkeit aufgrund generalisierender Betrachtung des Gegebenen, daß er Wirklichkeit wird.“⁷⁴⁸ Dies kann eine Augenblicksgefahr sein, aber auch eine sog. Dauergefahr, bei der infolge eines gefahrdrohenden Zustands von längerer Dauer der Schaden jederzeit oder auch alsbald eintreten kann⁷⁴⁹, weil die zeitliche Komponente nur eine Indizfunktion hat: „Sie lässt ein unverzügliches Eingreifen auf der einen Seite umso dringlicher erscheinen, je schneller der Schaden einzutreten droht, und begründet zwingend dessen Notwendigkeit, wenn die Rechtsgutsverletzung unmittelbar bevorsteht oder mit einer im Rahmen von § 34 beachtlichen Wahrscheinlichkeit [...] jederzeit stattfinden kann – deshalb sind Augenblicks- und Dauergefahren in jedem Fall gegenwärtig.“⁷⁵⁰

745 Vgl. Wachinger, Der übergesetzliche Notstand, S. 475 f.

746 Vgl. Janka, Der Strafrechtliche Notstand, S. 246.

747 Vgl. Erb, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 58.

748 Meißner, Die Interessenabwägungsformel, S. 241.

749 Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, § 34 StGB, Rn. 17.

750 Erb, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 82.

Wie sich ein Geschehen, dessen weiterer Verlauf zur Zeit der möglichen Gefahrenlage prinzipiell nicht sicher vorhersehbar war, am Ende tatsächlich entwickelt, ist für das Gefahurteil irrelevant⁷⁵¹; eine Rechtfertigung nach § 34 StGB kann zudem nur eintreten, wenn die konkrete Gefahrenlage vom Täter so beurteilt worden ist, wie es der Summe aller Kenntnisse der Menschheit entspricht. D. h., der Notstandstäter beurteilt subjektiv aus seiner *Ex-ante*-Perspektive die Gefahrenlage; damit ist ein Rest an Ungewissheit notwendigerweise in Kauf zu nehmen und die Anforderungen an diese Beurteilung sollten sich schließlich jedoch irgendwie objektiv feststellen lassen⁷⁵². Anders gesagt: Die Beurteilung der Gegenwärtigkeit der Gefahr umfasst noch ein objektives Kriterium:

Auch Augenblicks- und Dauergefahren sind (sogar in besonders offensichtlicher Form) durch die Notwendigkeit sofortigen Handelns gekennzeichnet, die hier freilich unmittelbar aus der zeitlichen Nähe eines möglichen Schadenseintritts folgt. Damit liegt das übergeordnete und zentrale Kriterium, das über die Gegenwärtigkeit der Notstandsgefahr entscheidet, in der Frage, ob schon zum jetzigen Zeitpunkt Gegenmaßnahmen erforderlich sind, um die drohende Rechtsgutsverletzung zu verhindern [Hervorh. d. Verf.].⁷⁵³

Abgesehen davon, dass die Fähigkeiten des Menschen, irgendwelche Vorgänge zu präjudizieren, immer begrenzt sind⁷⁵⁴, kann der Täter die Gefährlichkeit einer Handlung durch die Bestimmungsfunktion strafrechtlicher Verhaltensnormen beurteilen; beispielsweise können die Verbotsnormen nur solche Handlungen erfassen, deren Eignung, bestimmte Rechtsgüter zu beeinträchtigen, vom *Ex-ante*-Standpunkt aus den Menschen überhaupt er-

751 Vgl. ebenda, Rn. 61.

752 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 107.

753 *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 81.

754 Siehe dazu *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 98 f.: „Dabei kehren an dieser Stelle alle die Fragen wieder, die schon beim Gefahrenbegriff vielfach umstritten sind und auf die hier nicht näher eingegangen werden kann: Ob durchgehend auf eine ex-ante-Beurteilung abzustellen ist oder ob der dem Prognoseurteil über die künftige Entwicklung als gegenwärtig gegeben zugrunde gelegte Sachverhalt tatsächlich vorliegen muß, ferner welcher Beurteilungsmaßstab anzuwenden ist, ob derjenige eines zugleich mit dem Sonderwissen des Täters ausgestatteten Durchschnittsbeobachters, eines verständigen Beobachters aus dem Verkehrskreis des Handelnden, eines besonders sachverständigen oder gar über alle Gegenwertskenntnisse verfügenden Betrachters, schließlich ob hier bei den §§ 34 und 35 unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind.“

kennbar ist, wie *Rudolphi* betont: „Gegenstand strafrechtlicher Verbote sind daher stets nur Handlungen, die – vom ex-ante-Standpunkt aus beurteilt – möglicherweise, wahrscheinlich oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das jeweils geschützte Rechtsgut beeinträchtigen“⁷⁵⁵, denn die strafrechtlichen Verbote beinhalten nur Verbote gefährlicher Handlungen. Im echten Kollisionsfall handelt es sich also bei einem objektiv begründeten Gefahurteil um die *Ex-ante*-Bewertung einer künftigen Entwicklung⁷⁵⁶. Aber es ist einzuräumen: „Die objektive Rechtfertigungslage ist ex ante zu beurteilen – wobei der Maßstab dieser Beurteilung noch offen bleibt [sic]. – Zu dieser Lösung drängen auch andere Erwägungen: Was de lege lata für den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand schon richtig ist, schreibt der künftige § 34 ausdrücklich vor, eine Abwägung ‚der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren.‘“⁷⁵⁷ Deswegen sollte man die objektiven Maßstäbe der *Ex-ante*-Bewertung über den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand präzise definieren und weiter spezialisieren, was wir hier dahingestellt sein lassen⁷⁵⁸.

b) *Die historische Entwicklung und dogmatische Veränderung des Begriffs der Gegenwärtigkeit der Gefahr*

Gegenwärtige Gefahr bedeutete in den frühen Rechtsprechungen, dass die Verhältnisse darauf hindrängen, alsbald mit Abwehrhandlungen vorzuge-

755 *Rudolphi*, Pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungserfordernis, S. 81.

756 Vgl. *Lenckner*, Rechtfertigungsgründe, S. 179.

757 *Kaufmann*, Lehre vom personalen Unrecht, S. 401.

758 Siehe dazu *Schaffstein*, Maßstab für das Gefahurteil, S. 91 f.: „Das Vorliegen einer ‚gegenwärtigen Gefahr‘ für Rechtsgüter im maßgeblichen Zeitpunkt des Handelns kann zwar vom subsumierenden Richter erst ex post festgestellt werden. Der Richter kann diese Feststellung aber nur aufgrund einer ex ante-Betrachtung treffen, d. h. also, indem er sich in den Zeitpunkt des Eingreifens des Notstandstäters zurückversetzt. Würde man nämlich für das Gefahurteil eine ex post-Betrachtung zugrundelegen, so wäre eine Gefahr nur dann vorhanden gewesen, wenn sie später in eine Verletzung des Rechtsguts umgeschlagen wäre. Damit aber hätte der Gefahrbegriff die spezifische Funktion, die ihm das Strafrecht beim Notstand, bei dem konkreten Gefährdungsdelikt usw. zuweist, eingebüßt [Hervorh. d. Verf.]. Diese Funktion setzt eben gerade voraus, daß das Strafrecht um des stärkeren Schutzes willen seine Rechtsfolgen schon an einen früheren Zustand als den der Rechtsgutsverletzung anknüpft, an einen Zustand nämlich, in dem jene letztere noch im Ungewissen bleibt, so daß nicht nur in Kauf genommen, sondern sogar beabsichtigt ist, daß es überhaupt nicht zur Verletzung kommt.“

hen, und dass durch das Zögern das Ereignis, welches das Übel verwirklicht, unabwendbar wird oder die Gefahr unverhältnismäßig wächst⁷⁵⁹. Die Gefahr stellt demnach einen Zustand dar, „der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird.“⁷⁶⁰ Diese Rechtsprechung erscheint überzeugend, aber man kann nicht um die Tatsache herumreden, „daß hier das Erfordernis der ‚Gegenwärtigkeit‘ der Gefahr durch das der ‚gegenwärtigen oder als sicher bevorstehenden Gefahr‘ ersetzt wird.“⁷⁶¹ In der Folgezeit ist dieses Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Gefahr inhaltlich durch die Rechtsprechungen weiter ausgedehnt worden, wie folgend dargelegt:

Wenn, wie a. a. O. zugegeben wird, der „Notstand“ im § 54 StGB. [sic] auch die Augenblicksgefahr umfaßt, und wenn andererseits auch eine Dauergefahr selbstverständlich gegenwärtig sein kann, so ist aus dem Richtgebrauch des Wortes „Notstand“ in § 52 StGB. [sic] nicht zu folgern, daß der Gesetzgeber mit der in beiden Vorschriften wörtlich übereinstimmenden Wendung „gegenwärtige, auf andere Weise nicht abzuwendende Gefahr für Leib oder Leben“ nicht dasselbe gemeint haben sollte, zumal auch Wissenschaft und Rechtsprechung, die erste wenigstens überwiegend, die Lage des Täters in § 52 StGB. [sic] als Notstand kennzeichnen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Die Dauergefahr kann begrifflich im Falle des § 52 StGB. [sic] ebenso gegenwärtig sein, wie im Falle des § 54 StGB. Dazu genügt, daß der Täter bei Unterlassung einer abwendenden Maßnahme mit dem alsbaldigen Eintritt des Übels rechnen kann. Die gleichzeitige Möglichkeit etwa späteren Eintritts des Erfolgs steht der Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht entgegen. [...] Da im Sinne der §§ 52, 54 StGB. [sic] unter zukünftiger Gefahr die nicht gegenwärtig drohende zu verstehen ist, so kann dieselbe Gefahr nur entweder gegenwärtig oder zukünftig, nicht beides zugleich sein.⁷⁶²

Die Gefahr im Notstand bedeutet einen Zustand, „der nach menschlicher Erfahrung bei natürlicher Weiterentwicklung der gegebenen Sachlage den Eintritt einer Schädigung sicher oder doch höchstwahrscheinlich

759 Vgl. RGSt 36, 334 (340).

760 RGSt 61, 242 (255).

761 Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr, S. 179.

762 RGSt 66, 98 (100 ff.).

[Hervorh. d. Verf.] macht, wenn nicht alsbald eine Abwehrmaßnahme ergriffen wird.“⁷⁶³

Das eigentliche Problem der Aussageerpressungsfälle ist aber auch damit noch nicht erreicht. Dieses liegt darin, daß zwar die Gefahr für die Gegenwart anderweitig abgewendet werden kann und der Erfolgseintritt auch für die Zukunft nicht höchstwahrscheinlich ist [Hervorh. d. Verf.], daß aber eine restlose Beseitigung der Gefahr nur durch sofortiges Handeln, eben die falsche Aussage, möglich ist.⁷⁶⁴

Auch ein Dauerzustand kann eine gegenwärtige Gefahr bilden [Hervorh. d. Verf.]. Gerade im Augenblick der Tat muß die sofortige unmittelbare Verwirklichung des drohenden Übels nicht zu erwarten sein. Das Einschließen der Person, von der Gefahr droht, kommt nicht unter allen Umständen als ein Mittel in Betracht, um die Dauergefahr zu bannen. [...] Eine solche dauernde Gefahr kann insbes. angenommen werden [Hervorh. d. Verf.], wenn der Charakter eines Menschen diesen, obschon nicht ohne irgendwelche Unterbrechungen, so hoch in rascher Folge, immer wieder zu Handlungen hinzureißen droht [Hervorh. d. Verf.], die nach den gegebenen Verhältnissen Leib oder Leben seiner Angehörigen gefährden. [...] Leib oder Leben steht in Gefahr, wenn ihre Verletzung ohne Ergreifung wirksamer Gegenmaßnahmen zu erwarten ist, und die Gefahr ist „gegenwärtig“, sofern die Maßnahmen, um die Gefahr mit Sicherheit zu beseitigen, alsbald ergriffen werden müssen [Hervorh. d. Verf.].⁷⁶⁵

Handelt es sich um eine gegenwärtige Dauergefahr, so braucht sich die Abwehr nicht darauf zu beschränken, den sofortigen Eintritt des Schadens zu hindern, die Gefahr also hinauszuschieben; die einheitliche Dauergefahr ist nicht in einen gegenwärtigen und einen zukünftigen Teil zu zerlegen (RGSt 66, 98).⁷⁶⁶

Im Wesentlichen verbergen sich dogmatisch hinter der verschachtelten Gesetzesformulierung nur die Elemente sowohl der Notstandslage als auch

763 RGSt 66, 222 (225).

764 Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr, S. 179.

765 JW 1934, 422 (423).

766 BGHSt 5, 371 (375). Siehe dazu auch Roxin, ESJ-Strafrecht: AT, S. 134: „Das Urteil behandelt eine der praktisch wichtigsten Notstandskonstellationen. Die Ausführungen zur ‚Dauergefahr‘ und zum Problem der ‚Abwendbarkeit‘ zeigen, daß die Berufung auf einen entschuldigenden Notstand in Fällen solcher Art keineswegs aussichtslos ist.“

der Notstandshandlung; „[S]chon nach allgemeinem Sprachgebrauch ist eine Gefahr, der man sich mühelos entziehen oder sonst ohne weiteres begegnen kann [...], noch kein ‚Notstand‘ oder eine ‚Notstandslage‘.“⁷⁶⁷ Daraus ist auch abzuleiten, dass die Bedeutsamkeit der Gegenwärtigkeit der Gefahr bei der Rechtsbeurteilung allmählich verändert und sogar, beispielsweise durch die begriffliche Anerkennung der Dauergefahr, verflüchtigt wird. Wie *Schroeder* zeigt, wurde die frühere Formulierung „der Erfolgseintritt stand mit Sicherheit bevor“ in RGSt 36, 334 (340) durch den späteren Ausdruck „die sichere Beseitigung der Gefahr ist nur in der Gegenwart möglich“⁷⁶⁸ ersetzt; demnach ist die Notstandslage „nunmehr auf eine ‚gegenwärtige oder als sicher bevorstehende oder nur in der Gegenwart mit Sicherheit zu beseitigende Gefahr‘ erweitert“⁷⁶⁹. Dies führt dazu, dass die Strafbarkeit der Handlung durch eine erweiternde Auslegung des §§ 34, 35 StGB eingeschränkt wird, was das Bedenken herbeiführt, „daß hier durch staatliche Gerichte Eingriffe in grundrechtlich geschützte Güter für rechtmäßig erklärt werden, ohne daß eine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden ist.“⁷⁷⁰

II. Angemessenheit auf Eingriffsseite

Als Träger der Solidaritätspflicht wird ein Angriffsadressat bzw. ein an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligter durch die Notstandshandlung verletzt oder gefährdet, was bedeutet, dass jeder Notstandseingriff in seine Rechtsgüter zugleich einen Eingriff in seine Autonomie darstellt⁷⁷¹. D. h., auf der Seite des Eingriffsopfers ist dementsprechend nicht nur das Interesse zu berücksichtigen, das gerade durch den heranzuziehenden Straftatbestand geschützt wird; einzubeziehen sind vornehmlich auch mittelbare Beeinträchtigungen anderer Interessen des Inhabers des Eingriffsgutes⁷⁷². Deshalb ist die Handlung nur dann gerechtfertigt, wenn das bedrohte Interesse auf der Erhaltungsseite die Summe der betroffenen Interessen auf der Eingriffsseite wesentlich überwiegt.

767 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 95.

768 JW 1934, 422 (423).

769 *Schroeder*, Notstandslage bei Dauergefahr, S. 179.

770 Ebenda, S. 180.

771 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 141.

772 Vgl. *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 StGB, Rn. 69.

1. Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr

Das zu prüfende Verhältnis ist also dasjenige zwischen den Gefahren im Notstand und den Erhaltungsinteressen: Je größer der zu erwartende Schaden beim Erhaltungsgut ist, desto geringere Anforderungen sind an dessen Eintrittswahrscheinlichkeit zu knüpfen; je mehr sich die Schadenswahrscheinlichkeit der Schadensgewissheit für das zu erhaltende Rechtsgutsobjekt annähert, desto eher darf ein anderes Rechtsgutsobjekt bzw. Angriffsobjekt verletzt werden⁷⁷³. Auf der Eingriffsseite stellt sich ein entsprechend umgekehrtes Verhältnis dar: „Je geringer die Wahrscheinlichkeit eines Verletzungserfolges, [sic] und je geringer dessen Schwere, desto eher wird ein überwiegendes Interesse zugunsten des Erhaltungsgutes zu bejahen sein.“⁷⁷⁴ Anders gesagt: Es kommt bei der Rechtfertigung bzw. Angemessenheit der Notstandshandlung auf den Verletzungs- oder Gefährdungsgrad beim Angriffsadressaten an; auf der Seite des Eingriffsopfers bezieht sich demnach das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr im Notstand auf die Notstandshandlung, während es auf der Erhaltungsseite neben der Gegenwärtigkeit der Gefahr zur Notstandslage gehört, wie *Lenckner* betont:

Muß die Tat in einer anders (!) nicht zu beseitigenden Gefahr begangen sein, so heißt dies zugleich, daß sie von der Art sein muß, daß gerade sie und nur sie die Gefahr für das „Erhaltungsgut“ beseitigen kann. Da hiermit bestimmte Anforderungen an die Notstandshandlung gestellt werden, betrifft das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit daher auch diese [Hervorh. d. Verf.].⁷⁷⁵

Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr betrifft demnach auch die Zuspitzung der Kollision der gegenseitigen Interessen: Das bedrohte Interesse muss entweder abgeschieden oder zu seiner Rettung muss ein anderes Interesse geopfert werden, da die Gefahr für das Erhaltungsgut nur durch die Nothandlung, nämlich die Verletzung des Eingriffsopfers, abzuwenden ist.

773 Siehe dazu *Merkel*, Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 78: „Je nach der Größe der ihm in concreto drohenden Verletzung kann das Interesse an Erhaltung der körperlichen Integrität dem Lebensinteresse gleichwertig sein [Hervorh. d. Verf.] – Beraubung der Geisteskräfte – oder selbst einem beträchtlichen Vermögensinteresse untergeordnet erscheinen – Verlust eines Ohrläppchens.“

774 *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 241.

775 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 96.

Dieses Merkmal betont daher, dass der Notstandstäter nicht nur auswählen muss, „entweder den Dingen ihren Lauf zu lassen und die Gefahr hinzunehmen oder – tertium non datur – diese gerade dadurch abzuwenden, daß er die fragliche Tat begeht“⁷⁷⁶, sondern zudem weiter abwägen muss, ob diese Gefahr auch auf andere Weise abwendbar ist. Anders formuliert: „Bei § 34 ist dies einerseits die Erwägung, daß für das Recht nur dann Anlaß bestehen kann, den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zuzulassen, wenn dem Betroffenen dadurch kein sinnloses Opfer auferlegt wird, oder positiv formuliert: wenn der verfolgte Zweck – Abwendung der drohenden Gefahr – damit möglichst auch erreicht wird“⁷⁷⁷; andererseits ist vornehmlich auf der Eingriffsseite zu beachten, dass die Erhaltung des bedrohten Interesses nur mit dem geringstmöglichen Verlust des Eingriffsopfers erkaufte werden darf. Demnach deutet das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ eine notwendige Voraussetzung für die Notstandshandlung an, nämlich die Angemessenheit des Eingriffs in die Rechte und/oder Unversehrtheit eines an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligten⁷⁷⁸. Dabei bezieht sich diese Angemessenheit sowohl auf die richtige Auswahl als auch auf die sachgemäße Anwendung des Mittels, wie *Lenckner* zeigt:

Die Erforderlichkeit der Notstandstat ist daher zu verneinen, wenn diese zwar ihrer Art nach das geeignetste und relativ mildeste Mittel darstellt, ihre konkrete Ausführung aber in einer Weise erfolgt, daß sie ihren Zweck, die Gefahr mit der größtmöglichen Aussicht auf Erfolg und unter den geringstmöglichen Opfern abzuwenden, deshalb verfehlt.⁷⁷⁹

Es stellt sich also durch das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ die Ausgewogenheit vom Schutz der möglichst hohen Interessen auf der Erhaltungsseite und von der Durchsetzung der möglichst geringen Verletzung oder Gefährdung auf der Eingriffsseite dar.

776 Ebenda, S. 96.

777 Ebenda, S. 97.

778 Siehe dazu ebenda, S. 97: „Bei diesem besteht, gleichgültig wie man § 35 im übrigen erklären mag, kein Grund zur Nachsicht gegenüber dem Täter, wenn nicht wenigstens die Minimalvoraussetzung erfüllt ist, daß die Tat zur Abwendung der Gefahr in dem genannten Sinn erforderlich war. Mit Recht hat deshalb die h. M. auch nie gezögert, das vom Gesetz der Gefahr zugeschriebene Merkmal der ‚Nicht-anders-Abwendbarkeit‘ in beiden Notstandsvorschriften in den Grundsatz der Erforderlichkeit der Notstandshandlung umzudeuten.“

779 Ebenda, S. 97.

2. Angemessenheit der Notstandshandlung

Für den Angriffsadressaten bedeutet die Notstandshandlung eine Bedrohung seiner Interessen, deswegen kommt es bei der Rechtfertigung der Notstandshandlung einerseits darauf an, dass bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt⁷⁸⁰; andererseits muss trotzdem das beeinträchtigte Interesse des Angriffsadressaten bzw. des an der Entstehung der Gefahrenlage völlig Unbeteiligten berücksichtigt werden, weil dessen eigentlich rechtlich geschützte Freiheitssphäre durch die Notstandshandlung bzw. die Durchführung der entsprechenden Duldungspflicht beschränkt wird.

Demnach bezieht sich der Beurteilungsmaßstab, nach dem die Angemessenheit der Notstandshandlung festzustellen ist, nicht nur auf die Präjudizierung der Gefahrenlage, wie oben dargestellt, sondern auch darauf, wie wahrscheinlich es sein muss, dass die fragliche Notstandshandlung den gewünschten Erfolg hat. Anders gesagt: „Sinn und Zweck der Angemessenheitsprüfung ist es, die schutzwürdigen Belange des von der Notstandshandlung Betroffenen noch einmal besonders in den Blickpunkt zu rücken. Auf diese Weise können die bisher gewonnenen Ergebnisse unter Berücksichtigung einer sozialetischen Gesamtwertung, die den Wertvorstellungen der Allgemeinheit Rechnung trägt, gegebenenfalls noch korrigiert werden.“⁷⁸¹ Jedoch ergibt sich daraus die Schwierigkeit, wie genau der Beurteilungsmaßstab der Angemessenheitsprüfung abgegrenzt werden kann, weil zum einen nicht nur eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit eines positiven Schadenseintritts auf der Erhaltungsseite verlangt werden kann und zum anderen auch eine nur ganz entfernte und vage Duldungspflicht auf der Eingriffsseite nicht ausreicht, wie *Lenckner* erläutert: „Dabei ist eine exakte begriffliche Fixierung hier so wenig möglich wie dort, und wie schon das Vorliegen einer Gefahr, so kann auch die für die Geeignetheit des Mittels erforderliche Rettungschance nicht mit Hilfe von Prozentzahlen bestimmt werden.“⁷⁸² So beruft sich die Lösung logischerweise auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn mehrere Möglichkeiten in Betracht kommen, die Gefahr abzuwenden.

780 Vgl. *Kühl*, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. 148.

781 *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 101.

782 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 99.

Zunächst muss der Täter unter den mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln eine Auswahl treffen. Wenn er die falsche trifft, dann ist eine Rechtfertigung wegen des Notstands dementsprechend zu verneinen, auch wenn der Täter dieser fraglichen Notstandshandlung im Glauben ist, diese Auswahl sei das einzige verfügbare Mittel; aber umgekehrt „auch dann, wenn die fragliche Tat, wäre sie das einzige verfügbare Mittel gewesen, gerechtfertigt oder entschuldigt wäre“⁷⁸³, wie *Kaufmann* aufzeigt:

Beim Verkennen der Tatumstände eines Verbotstatbestandes kann noch ein anderes Verbot eingreifen – die Verbote beispielsweise, die der Fahrlässigkeit zugrunde liegen [Hervorh. d. Verf.]. Wäre die Vorstellung von den Voraussetzungen des Erlaubnissatzes maßgebend, wäre [...] die Folge eine Rechtfertigung, und zwar schlechthin. Die Rechtsordnung als Regelung menschlichen Verhaltens kann deshalb das ausnahmsweise Eingreifen des Erlaubnissatzes nicht von der etwaigen Fehlvorstellung des Erlaubnisträgers abhängig machen, sondern letztlich nur von außerhalb der Tätervorstellung liegenden Kriterien [Hervorh. d. Verf.]. Sie muß damit aber dem Handelnden, der von einer Erlaubnis des Rechts Gebrauch machen will, das Risiko aufbürden, die Voraussetzungen des Erlaubtseins richtig zu erkennen.⁷⁸⁴

Mit anderen Worten hat die hier in Rede stehende Erforderlichkeit der Notstandshandlung die Funktion eines ersten und wichtigen Filters. Nachdem die Alternativen, die keine wirksame Abhilfe versprechen, nach der oben genannten Regel auszuschneiden sind⁷⁸⁵, werden die übrigen möglichen Handlungsalternativen noch einmal unter dem Gesichtspunkt ihrer Eignung zur Gefahrabwendung geprüft und miteinander je nach Größe der Erfolgsaussicht verglichen, so dass der Täter selbst herausfinden kann, ob diese Handlungsalternativen für den gewollten Zweck gleich oder unterschiedlich geeignet sind. Hierzu erklärt *Lenckner* insbesondere:

Geht es bei der Prüfung der Geeignetheit der vorhandenen Mittel um den Nutzen auf der „Erhaltungsseite“ in Gestalt einer mehr oder weniger großen Chance, das bedrohte Gut retten zu können, so ist anschließend ein Blickwechsel zur „Eingriffsseite“ vorzunehmen und nach der Höhe der dort jeweils entstehenden „Kosten“ zu fragen.⁷⁸⁶

783 Ebenda, S. 100.

784 *Kaufmann*, Lehre vom personalen Unrecht, S. 400.

785 Vgl. *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 100 f.

786 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 100.

Auf der Eingriffsseite zielt demnach der Vergleich der Handlungsalternativen darauf ab, das relativ mildeste Mittel auszuwählen, so dass das entsprechende Opfer auch das kleinste Übel ist⁷⁸⁷.

a) Bei der Angemessenheitsprüfung kommen deshalb die Interessen auf der Eingriffsseite überhaupt nur in Betracht, weil der Täter dort eine einfache Abwägung der betroffenen Güter und Interessen vornehmen kann, um das relativ mildeste Mittel als Gefahrabwendungshandlung zu bestimmen. Anders ausgedrückt:

Die Interessen, um die es auf der „Erhaltungsseite“ geht, haben dabei außer Betracht zu bleiben, da bei der Prüfung der Erforderlichkeit allein die Frage interessiert, mit welchem der vorhandenen Mittel das geringste Opfer auf der „Eingriffsseite“ verbunden ist [Hervorh. d. Verf.]: Auch wenn die Notstandshandlung, weil das geschützte Interesse das beeinträchtigte nicht wesentlich überwiegt (§ 34) bzw. die Hinnahme der Gefahr zumutbar ist (§ 35), nicht gerechtfertigt oder entschuldigt ist, kann sie unter den gegebenen Möglichkeiten doch das mildeste Mittel gewesen sein, ebenso wie umgekehrt eine wegen des Vorhandenseins eines milderer Mittels nicht erforderliche Notstandshandlung rechtswidrig und schuldhaft bleibt [Hervorh. d. Verf.], auch wenn sie, hätte es diesen anderen Ausweg nicht gegeben, gerechtfertigt oder entschuldigt wäre (z. B. im Fall des § 34, weil auch hier die geschützten Interessen immer noch wesentlich überwogen hätten).⁷⁸⁸

Meist wird herangezogen, dass die Bestimmung des relativ mildesten Mittels wesentlich auf den Vergleich der Schadenkosten auf beiden Seiten, nämlich Erhaltungsseite und Eingriffsseite, abstellt, was jedoch nicht bedeutet, dass man die Angemessenheit gleichsam nach dem arithmetischen Mittel zu bestimmen hätte. Maßgeblich ist jedenfalls das Verhältnis zwischen den Eingriffskosten, vornehmlich dem Verlust an Selbstbestimmungsfreiheit des an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligten, und den subjektiv zu bewertenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen, wenn man

787 Siehe dazu *Henkel*, Notstand, S. 116: „Nach alledem bedarf es in der Subsidiaritätsfrage einer Änderung in der bisherigen Prägung des Begriffes. Man sollte nicht daran festhalten, daß die Notlage ‚nicht anders‘ oder ‚nicht auf rechtmäßige Weise‘ abwendbar sein muß, sondern es richtiger darauf abstellen, daß sie unter den verschiedenen Rettungsmöglichkeiten das kleinste Übel bedeutet. Diesem Gedanken wird am besten die Formel gerecht, der Notstand dürfe ‚nicht durch weniger schädliche Mittel‘ zu beseitigen sein.“

788 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 101 f.

die Notstandshandlung zu rechtfertigen hat, was vielmehr auf die Abwägung unter den konkreten Umständen abstellt⁷⁸⁹.

b) Auf der Eingriffsseite bedeutet das kleinste Übel zugleich eine Inanspruchnahme des am wenigsten schutzwürdigen Interesses des Angriffsadressaten⁷⁹⁰. Weil das Ausmaß der Schutzwürdigkeit der verfügbaren Eingriffsinteressen von konkreten Umständen wie z. B. faktischen Lebenssituationen abhängt, ist eine Konkretisierung und Individualisierung für die im abstrakten Rang- und Wertverhältnis stehenden Interessen notwendig⁷⁹¹.

Bemerkenswerterweise ergibt sich daraus, dass sich die Schutzwürdigkeit der möglichen Eingriffsgüter im Einzelfall nicht nur auf die strafrechtliche Abwägung der Notstandshandlung bezieht, sondern beispielsweise auch auf den zivilrechtlichen Vergleich der Geringerwertigkeit der durch diese Notstandshandlung beeinträchtigten Eingriffsgüter. In der Regel bedeutet ein milderes Mittel eine Handlung, die eigentlich keinen Straftatbestand verwirklicht⁷⁹².

Ausnahmsweise kann aber auch eine Rettungsalternative, die keinen Straftatbestand erfüllt, für den Angriffsadressaten mit schwereren Nachteilen verbunden sein. Anders gesagt: „Nur mit Einschränkungen ist daher auch der Satz richtig, daß nicht tatbestandsmäßige Handlungen gegenüber solchen, die einen Straftatbestand erfüllen, die milderen Mittel sind. Schon bei der auf der Ebene eines abstrakten Rechtsgütervergleichs durchgeführten Abwägung zwischen den möglichen ‚Eingriffsgüter [sic]‘ kann daraus, daß ein Gut z. B. nur zivilrechtlichen Schutz genießt, nicht schlechthin auf seine Geringerwertigkeit gegenüber strafrechtlich geschützten Gütern geschlossen werden.“⁷⁹³

c) Bevor der drohende Schaden durch den Übergriff auf eine fremde Rechts- und Herrschaftssphäre auf einen Dritten abgewälzt wird, muss der Notstandstäter zunächst unter den konkreten Umständen abwägen, ob die zu rettende Person, die in eine Gefahr geraten ist, die Gefahrenlage auf eigene Kosten bereinigen kann.

789 Vgl. *Fateh-Moghadam*, Paternalismus, S. 41.

790 Vgl. *Hoyer*, Wesentlich überwiegendes Interesse, S. 177.

791 Siehe dazu *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 103: „Eine Konkretisierung, weil Rechtsgut nur der abstrakte Rechtswert (z. B. das Eigentum als solches), nicht aber das konkrete Objekt ist (z. B. die bestimmte einzelne Sache); eine Individualisierung, weil immer zu fragen ist, welche Interessen gerade die potentiell Betroffenen im Einzelfall an ihren Gütern tatsächlich haben und berechtigterweise haben dürfen.“

792 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 158 ff.

793 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 103.

Mit anderen Worten kann die zu rettende Person im Notstand regelmäßig nicht uneingeschränkt erwarten, auf Kosten Dritter salviert zu werden, aufgrund des allgemeinen Prinzips, dass jedermann die ihn betreffenden Risiken des Lebens und die daraus resultierenden Schäden primär selbst zu tragen hat und nicht anderen aufbürden darf⁷⁹⁴, wie *Lenckner* betont: „Den Anforderungen der sozialen Gemeinschaft entspricht zunächst der selbstverständliche Grundsatz, daß jeder einen ihm drohenden Schaden selbst tragen muß und nicht berechtigt ist, ihn auf einen unbeteiligten Dritten abzuwälzen. Dem entspricht es auf der Seite des Betroffenen, daß sich seine Güter gegenüber dem gefährdeten prinzipiell behaupten dürfen.“⁷⁹⁵

B. Fallanalyse

Wie oben bereits dargestellt, kann § 34 StGB neben den Regelungen des TPG zur Anwendung kommen, d. h., das strikt formulierte Spendeverbot im TPG vermag keinen Aufschluss über die Nichtanwendung des § 34 StGB zu geben, weil die Anwendung von Rechtfertigungsgründen bei allen Verbotsnormen das allgemeine Prinzip der Rechtsordnung ist⁷⁹⁶, wie *Dietrich* zeigt:

Eine Organentnahme, die unter Verstoß gegen die §§ 3, 4, 17 ff. TPG vorgenommen wird, noch an § 34 StGB zu messen, bedeutet zunächst einmal schlicht die Anwendung geltenden Rechts. Die Vorschrift zum rechtfertigenden Notstand gilt prinzipiell für jede Tatbestandserfüllung und verlangt, in jedem Fall zur Unrechtsprüfung herangezogen zu werden; sonst würde dem Täter vorschnell und gesetzwidrig eine Rechtfertigungsmöglichkeit abgeschnitten.⁷⁹⁷

Zu denken ist also an einen Sachverhalt, bei welchem der Arzt gegen den Willen des Verstorbenen eine Organ- oder Gewebeentnahme durch-

⁷⁹⁴ Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 38: „Die Geburt des heutigen, umfassenden Aggressivnotstandsrechts datiert ins ausgehende 19. Jahrhundert. Ausgangspunkt ist zu diesem Zeitpunkt eine Rechtskultur, die ganz im Zeichen negativer Freiheit steht und der die Inanspruchnahme eines Unbeteiligten zugunsten eines anderen fremd ist. KANT hatte, wie gesehen, das Notrecht abgelehnt, weil es keine Not geben könne, welche, was unrecht sei, gesetzmäßig mache.“

⁷⁹⁵ *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. III.

⁷⁹⁶ Vgl. *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 239.

⁷⁹⁷ *Dietrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 83.

führt, um mit der geplanten Übertragung das unmittelbar bedrohte Leben eines anderen Patienten zu retten. Hierbei ist es eine Frage des Einzelfalls, ob das Überlebensinteresse des potenziellen Empfängers die postmortale Rechtsstellung des Verstorbenen zu verdrängen vermag, wenn es an einem Widerspruch sowohl des Verstorbenen als auch des nächsten Angehörigen fehlt⁷⁹⁸. Sicherlich kann es aber keinen Automatismus dergestalt geben, dass bei fehlendem Widerspruch stets auf die Regeln des Notstands zurückgegriffen werden kann. Anderenfalls würde die Entscheidung des Gesetzgebers, die postmortale Organ- oder Gewebespende der erweiterten Zustimmungslösung zu unterstellen, unterlaufen und in eine Widerspruchslösung umdeklariert. Nicht zuletzt ist gleichsam noch weiter klärungsbedürftig, ob somit die Angemessenheit der Notstandshandlung in jedem Fall scheitert.

I. Ärztliche Organentnahme im Notstand ohne Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen

Fall A: Der Arzt A im Entnahmekrankenhaus hat die eigenmächtige Nierenentnahme der in der Klinik befindlichen Leiche ohne Einwilligung des Verstorbenen B oder seiner Angehörigen durchgesetzt, um den Patienten C im Notstand zu retten.

1. Solidarität aus der rechtspaternalistischen Perspektive

a) *Solidarität als juristischer Begriff*

Das Legitimationsprinzip, das der Notstandsnorm zugrunde liegt, ist wie oben erwähnt die Mindestsolidarität⁷⁹⁹. Nach Metz liegt die sprachgeschichtliche Wurzel des Solidaritätsbegriffs im Recht bzw. „in der Kategorie der Solidarhaftung, sei es einer organisierten Gruppe für ihre Mitglieder, sei es der Mitglieder für das Ganze. Bereits im römischen Recht verbindet sich dieser Haftungsgedanke mit dem Adjektiv ‚solidus‘, weitet dessen Grundbedeutung ‚sicher gegründet, fest zusammenhängend‘ zur

798 Vgl. Tag, in: MK-StGB, Bd. 6, § 19 TPG, Rn. 16.

799 Vgl. Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 229.

Bedeutung von ‚zuverlässig, moralisch begründet‘ aus⁸⁰⁰. Die französische Rechtssprache übernimmt diese Kategorie und nennt sie „solidité“. Nach dem Ausbruch der Französischen Revolution politisierte sich der Gedanke wechselseitiger Haftung zum eigentlichen Begriff der „solidarité“, der in der Umgangssprache häufig für den der „fraternité“ verwendet wird. Im 19. Jahrhundert wurde der Begriff der Solidarität in Frankreich jedoch sprachlich entpolitisiert und juristisch in der Napoleonischen Gesetzgebung an die Solidarhaftung zurückgebunden, wie Metz betont: „Solidarität sollte aus seiner politisch brisanten Kausalverbindung mit der Brüderlichkeit gelöst und ausschließlich als Haftungsverpflichtung von Mitschuldnern verstanden werden.“⁸⁰¹ Bemerkenswerterweise wurde der sozialreformerische Begriff der Solidarität⁸⁰² weltanschaulich von den repräsentativen Intellektuellen des bürgerlichen Republikanismus, wie z. B. *Léon Bourgeois* und *Emile Durkheim*, erneut formuliert und schrittweise in einer Reihe von Sozialgesetzen zwischen 1892 und 1910 umgesetzt⁸⁰³. Deswegen lag dem juristischen Begriff der Solidarität anfangs die liberale Vorstellung einer freien Gesellschaft, in der Freiheit, Gleichheit und Philanthropie als Kategorien der Individualisierung galten⁸⁰⁴, zugrunde.

Zwar mangelt es an begrifflicher Bestimmtheit der Solidarität, aber dennoch betont *Kühnbach*:

Die Einwände der Bedeutungsvielfalt und begrifflichen Unbestimmtheit können nicht gegen die Verwendung des Begriffs Solidarität im recht-

800 Metz, *Solidarität und Geschichte*, S. 17. Siehe dazu auch Loos, *Solidarität und Gemeinsinn*, S. 8.

801 Metz, *Solidarität und Geschichte*, S. 20.

802 Siehe dazu ebenda, S. 23: „Die ‚Solidarität‘ war zum wichtigsten Begriff der politischen Sprache in Frankreich geworden und als ‚Solidarismus‘ zum Ansatz einer neuen Sozialphilosophie, aus dem die Franzosen im Laufe des 20. Jahrhunderts dann ihr Konzept der ‚sécurité sociale‘, des Wohlfahrtsstaates, abgeleitet haben.“

803 Vgl. ebenda, S. 23.

804 Siehe dazu ebenda, S. 34: „Zur Theorie ausgearbeitet wurde die katholische Interpretation des Solidaritätsgedankens dann von dem deutschen Jesuiten Heinrich Pesch seit 1905 unter der Bezeichnung ‚Solidarismus‘. Mit ihm wurde ‚Solidarität‘ bis dahin im Deutschen wesentlich nur als kämpferischer Klassenbegriff der selbstbewußten Arbeiterschaft gebräuchlich, zu einem Konsensusbegriff oder mindestens zum Angebot eines solchen. In Anlehnung an das französische Denken verstand Pesch unter ‚Solidarität‘ oder ‚Gemeinhaftung‘ [Hervorh. d. Verf.], wie er auch sagte, die Anerkennung der wechselseitigen Abhängigkeit der in Gesellschaft lebenden Menschen, die dadurch von einem faktischen zu einem sittlichen Verhältnis fortgebildet werden konnte [Hervorh. d. Verf.].“

lichen Kontext ins Feld geführt werden. Bedeutungsvielfalt im sprachlichen Umgang disqualifiziert einen Begriff nicht als Rechtsbegriff, weil es dem Recht nichts Fremdes ist, Begriffe aus ihrem herkömmlichen Sprachgebrauch zu isolieren und ihnen eine festgelegte, begrenzte rechtliche Bedeutung durch rechtliche Definition zu geben. Auch ist zu beachten, daß der Einwand mangelnder Bestimmtheit auf Solidarität nicht stärker zutrifft als auf zahlreiche andere geschriebene oder ungeschriebene Rechtsprinzipien, wie zum Beispiel die Menschenwürde, das Sozialstaatsprinzip, das Gebot der Bundestreue oder Kreationen wie Neutralität, Toleranz, Vertrauensschutz, Verhältnismäßigkeit.⁸⁰⁵

Demnach zeigt sich begrifflich in der Solidarität das Bilden eines gegenseitigen Füreinander-Einstehens in abgegrenzten Personengruppen, wie z. B. in der Arbeiterschaft oder der Familie, welches auf Freiwilligkeit bzw. einem freiwilligen Zusammenschluss beruht. D. h., wie oben dargestellt, bedeutet die hier in Rede stehende Solidarität im Wesentlichen eine freiwillig übernommene Pflicht der Personengesamtheit, die Freiheit und Gleichheit im Zusammenleben zu erhalten⁸⁰⁶. Auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene ist die Solidarität zumindest eine grundsätzliche Sozialversicherungspflicht, z. B. die Pflicht zur Nothilfe und die Duldungspflicht im Notstand. „Denn in einer Gesellschaft, in der rechtliche Hilfspflichten bestehen, braucht man vor Notfällen – auch wenn sie dann tatsächlich für viele nie eintreten – keine Angst zu haben, weil man im Vertrauen auf die Hilfe der Mitbürger leben kann. Und das bringt neben der Freiheitseinschränkung auch eine Freiheitserweiterung mit sich, da man Dinge tun wird, die man sich sonst nicht getrauen würde oder für die man großen Vorsorgeaufwand betreiben müßte.“⁸⁰⁷ Demnach deutet diese Verpflichtung an, dass das soziale Bedürf-

805 Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 58.

806 Siehe dazu Droesser, Solidarität, S. 19: „Die grundlegende Einheit der Gesellschaft ist dann keine Zwangsordnung – sei diese durch Sitte und Gesetz vorgegeben oder als moralisches Projekt und Ideal aufgegeben, sondern ein Einigungsvorgang, der sich aus verschiedenen Interaktionen immer wieder neu herstellt. Sie ergibt sich aus dem Zusammenspiel der individuellen Freiheiten; sie ist die Selbstsystematisierung der Freiheit, die wiederum neue Differenzierungen ermöglicht und provoziert. In diesem Modell sprechen die individuellen Subjekte sich zwar an, sie nehmen aufeinander Bezug, aber sie machen einander nicht zum Objekt und auch nicht zum Objekt ihres moralischen Wollens. Kein Individuum drängt sich der Freiheit des anderen auf. Objekte sind nur die Gebrauchsdinge, an denen die Freiheit des einen wie des anderen interessiert sind [Hervorh. d. Verf.]“

807 Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 65.

nis nach Solidarität nicht nur durch ethische Selbstlenkung, sondern auch durch heteronome moralische Gebote⁸⁰⁸ und sogar positivrechtliche Zwänge erfüllt werden muss⁸⁰⁹. § 34 StGB verkörpert ein solches gesetzesrechtliches Beispiel, das den Gedanken der Solidarität bzw. der oben genannten Pflicht auf der fiktiv gesellschaftsvertraglichen Ebene zeigt, Notstandsgefahren abzuwehren⁸¹⁰. Weil die Duldungspflicht des § 34 StGB eigentlich zu einer Freiheitsbeschränkung der Bürger führt, soll sie aber nicht grenzenlos ausgestaltet werden, wie Kühnbach zeigt:

Da der Begriff der Pflicht, sei es eine Unterlassungs-, Duldungs- oder Handlungspflicht, durch nichts anderes bestimmt ist als eine Freiheitsbeschränkung und die Wirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Bürgern ebenso zu Freiheitsbeschränkungen führen, wie ihre Geltung gegenüber dem Staat dessen Macht oder Freiheit beschränken, führen sie im Verhältnis zwischen den Bürgern zu Pflichten und zwar zu jenen interpersonalen Pflichten, die den Rahmen, innerhalb dessen der Gesetzgeber ihr Rechtsverhältnis ausgestaltet, vorstrukturieren.⁸¹¹

Als Argument der Rechtfertigung der Notstandshandlung beruhen die Interessenabwägung und auch die Duldungspflicht des § 34 StGB also primär auf dem Gedanken einer Maximierung des sozialen Nutzens. Bemerkenswerterweise ist wiederum zu betonen, dass dieser soziale Nutzen nicht einen Nutzen der abstrakten Gesamtheit, sondern einen Nutzen aller einzelnen Mitglieder der Gesellschaft bedeutet⁸¹², wie Kühl hervorhebt:

808 Siehe dazu Merkel, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 181: „Dies ist die gedankliche Voraussetzung aller Deutungen der Interessenabwägungsklausel als einer Prämie für sozial nützliches Handeln. Sie artikuliert keine rein strafrechtliche These mehr, sondern ein ethisches Grundlagenargument [Hervorh. d. Verf.]. [...] § 34 gehört auch zur Rechtsordnung. Der theoretische Ort des Problems liegt in der praktischen Philosophie.“

809 Siehe dazu Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 67: „Die Vereinbarung wechselseitiger Solidaritätspflichten sei unter dem die Unparteilichkeit der Verhandlungsteilnehmer garantierenden ‚Schleier des Nichtwissens‘ als eine Politik der gegenseitigen sozialen Absicherung nicht im Sinne einer genuin moralischen Einstellung, sondern im Sinne einer rational motivierten Kooperation denkbar, die das Moralprinzip der Solidarität in den härteren Geltungsmodus des Rechts überführe, und könne Regelungen wie §§ 34 StGB, 904 BGB schlüssig etablieren.“

810 Vgl. Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 138.

811 Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 207.

812 Vgl. Merkel, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 187.

Jedermann habe aus Gründen der Solidarität mit dem in Gefahr Geratenen eine Inanspruchnahme seiner Rechtsgüter durch diesen hinzunehmen. Umgekehrt wird von jedermann ebenfalls aus Gründen der Solidarität nach dem Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland verlangt, daß er bei Unglücksfällen dem in Gefahr Geratenen Hilfe leistet (§ 323c StGB). Auch wenn die Gefahrenlagen i. S. v. § 34 StGB und die i. S. v. § 323c StGB möglicherweise nicht voll identisch sein sollten, kann doch für solche Notfälle, die von beiden Vorschriften erfaßt sind, gesagt werden, daß sie Pflichten für jedermann, Pflichten für Unbeteiligte auslösen.⁸¹³

Mit anderen Worten wird in die Interessen unbeteiligter Dritter im typischen Fall des Notstands eingegriffen, um die entsprechende Duldungspflicht zu erfüllen, so dass die Notstandshandlung schließlich zu rechtfertigen ist, was darauf abstellt, dass sich die Mindestsolidarität, die dabei in Konkurrenz zur Utilität („Sozialnützlichkeit“ oder „Mehr-Nutzen-als-Schaden“-Prinzip) als Begriff erscheint⁸¹⁴, trotz der individuellen Freiheitsbeschränkungen im aggressiven Notstand verwirklichen lässt⁸¹⁵.

b) *Erforderlichkeit der Solidarität*

Der rechtfertigende Notstand wird heute meistens mit dem Utilitaritäts- bzw. Solidaritätsprinzip begründet⁸¹⁶. Nach dem Utilitaritätsprinzip dürfen geringerwertige Güter zur Erhaltung höherwertiger Güter aufgeopfert werden, weil dies sozial nützlich ist. Aber das hier in Rede stehende Solidaritätsprinzip darf keineswegs ein kollektivistisches Staats- und Gesellschaftsmodell voraussetzen. Mit anderen Worten orientiert es sich noch grundsätzlich am Schutz der individuellen Interessen und Freiheit⁸¹⁷, wie *Perdomo-Torres* erläutert:

813 *Kühl*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, S. 266 f.

814 Vgl. ebenda, S. 264.

815 Siehe dazu *Albrecht*, Rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, S. 76: „Die gesetzlich fixierten Maßnahmen stellen jedoch regelmäßig geringfügige Eingriffe und eine Aufopferung zugunsten von Interessen der Allgemeinheit (Strafverfolgung, Bekämpfung übertragbarer Krankheiten) dar. Eine Blutentnahme zur Lebenserhaltung betrifft hingegen die Rettung eines einzelnen als Akt mitmenschlicher Hilfsbereitschaft.“

816 Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, § 16, Rn. 10.

817 Vgl. *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 StGB, Rn. 9.

Die Berücksichtigung anderer Güter scheint aber heute in einer Gesellschaft, die auf gemeinschaftsbezogene Güter bzw. auf das allgemeine Wohl, auf wirtschaftliche Entwicklungen oder auf ihre „eigene Kultur“ Wert legt, durchaus plausibel; dies ist aber strukturell unterschiedlich zum existentiellen Notstand der gezeigten rechtsphilosophischen Tradition und deswegen sollte es soweit wie möglich mit rechtlichen Grundprinzipien abgesichert werden, also mit freiheitlichen Gedanken kompatibel bleiben [Hervorh. d. Verf.]. Das angenommene Verständnis von rechtlich zu erwartender Solidarität zwischen den Bürgern innerhalb einer Freiheitsordnung leistet diese Sicherung und lässt trotz des Gemeinschaftsbezugs die hiesige Notstands begründung als immer noch individualistisch erscheinen.⁸¹⁸

Demnach lässt sich die Legitimität der Duldungspflicht des § 34 StGB nur auf der Ebene der Gewährleistung der individuellen Freiheit begründen. Mit anderen Worten stützt sich das hier in Rede stehende Solidaritätsprinzip bezüglich dieser Duldungspflicht entweder auf das verständige Eigeninteresse des Notstandspflichtigen – wer einen maßvollen fremden Eingriff dulden muss, wird dazu bereit sein, wenn er bedenkt, dass er selbst einmal in die Lage kommen kann, sich auf Kosten anderer retten zu müssen – oder auf den Gedanken der Fairness – weil man in der Vergangenheit von der Solidarität anderer profitiert hat, ist man fairerweise jetzt auch zu einer Solidaritätsleistung verpflichtet⁸¹⁹ –, was die Folge einer ausschließlich rational motivierten Kooperation zwischen Bürgern darstellt⁸²⁰. „Begründet wird die Wahl der natürlichen Pflicht zur Nothilfe von RAWLS unter Rückgriff auf KANTS Ableitung der moralischen Hilfspflicht aus dem Kategorischen Imperativ: Die Ablehnung einer allgemeinen Pflicht zur Nothilfe sei ein Selbstwiderspruch im Wollen eines vernünftigen Wesens, da man sich dadurch selbst jeder Hoffnung [sic] auf diese Hilfe beraube, obwohl für jeden Situationen entstehen könnten, in denen er der Hilfe anderer bedürfe.“⁸²¹

Zugleich deutet die Duldungspflicht auf der Eingriffsseite auch eine erforderliche Dimension des individuellen Abwehrrechts an, weil die Interessen eines an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligten nicht jederzeit zu opfern sind, um die gewichtigeren Interessen einer anderen Person zu schützen, wie *Neumann* betont:

818 *Perdomo-Torres*, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 38.

819 Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, § 16, Rn. 10.

820 Vgl. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 70 f.

821 *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 65.

Plausibel ist diese Konzeption nur auf der Basis eines Gesellschaftsmodells, das die Gesellschaft als Körper und die Individuen nur als Glieder dieses Körpers versteht. Dieses organozistische Modell spielt etwa bei Bentham im Zusammenhang mit der Begründung eines utilitaristischen Moralkonzepts eine wichtige Rolle. Es entspricht aber weder den grundlegenden Wertungen eines modernen liberalen Verfassungsstaates noch den fundamentalen Rechtsprinzipien, auf die sich das positive Recht dieses Staates (dieses Staatstypus') gründet [Hervorh. d. Verf.].⁸²²

Deswegen kann die Duldungspflicht nur im Einzelfall je nach aktuellen Bedürfnissen eingesetzt und ausgestaltet werden, wobei das Erwägungsprinzip deutlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist. Anders gesagt: Bei der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs sollte eine weitere Abwägung zwischen Autonomie und Solidarität getroffen werden⁸²³, um die Mindestsolidarität aus der Perspektive der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Menschenwürde zu verwirklichen⁸²⁴.

2. Menschenwürdegarantie als Bewertungsmaßstab der Duldungspflicht im § 34 StGB

a) Grenze der Solidarität

Einerseits bedeutet die Duldungspflicht, dass sich das Selbstschutzrecht bzw. Selbstbestimmungsrecht eines an der Entstehung der Gefahrenlage

822 Neumann, Rechtsethische Begründung des Notstands, S. 163.

823 Siehe dazu Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 81 f.: „Ein auf der Straße vorübergehender Spaziergänger wird gezwungen, sich für eine Blutentnahme zur Verfügung zu stellen, obwohl auch einer der behandelnden Ärzte als Blutspender in Betracht gekommen wäre. Wenn es richtig ist, daß den Arzt in einem solchen Fall wegen seiner besonderen Beziehung zu dem Patienten wirklich eine entsprechende Duldungspflicht trifft, so ist die gewaltsame Blutentnahme bei einem völlig unbeteiligten Dritten in der Tat schon aus diesem Grund rechtswidrig.“

824 Siehe dazu Neumann, Rechtsethische Begründung des Notstands, S. 163: „Weil es mit dem Menschenbild eines Staates nicht vereinbar ist, der die Menschenwürde verfassungsrechtlich garantiert und diese Würde als Würde jedes einzelnen versteht. Die Einzelne ist nach dieser Sichtweise eben nicht nur dienendes Glied der Gemeinschaft, sondern ein Wert an sich selbst. Das Bild von dem Gesamtkörper und seinen Gliedern verzeichnet deshalb das normative Verhältnis von Individuum und staatlicher Gemeinschaft im liberalen Verfassungsstaat.“

Unbeteiligten beschränken lässt⁸²⁵; andererseits beinhaltet die Mindestsolidarität jedoch die Anforderung, dass die Notstandshandlung auf der Eingriffsseite, nämlich der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht unbeteiligter Dritter, nicht unverhältnismäßig durchgesetzt werden darf⁸²⁶, denn auf der Erhaltungsseite wird die Duldungspflicht vom Staat anerkannt als Ersetzung bzw. Ergänzung der staatspaternalistischen Schutzpflicht. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Frage nach der Angemessenheit zu stellen, wo sich die unstrittigen Grenzen der Duldungspflicht vornehmlich in der pluralistischen Gesellschaft befinden dürfen. Man kann nur von einem Basiskonsens der Allgemeinheit ausgehen, um die Antwort auf diese Frage herbeizuführen⁸²⁷.

Wie bereits dargestellt, kann der Eingriff in die rechtlich geschützte Freiheitssphäre eines anderen nicht mehr nur durch die utilitaristische Verrechnung der in einer Notsituation kollidierenden Interessen gerechtfertigt werden⁸²⁸. Mit anderen Worten bedeutet beispielsweise die Wahrung des höheren Werts nicht einfach die Erhaltung des höherwertigen, sondern des nach den besonderen Umständen schutzwürdigeren Interesses, wie *Lenckner* zeigt: Weil das Opfer dem Angriffsadressaten durch einen von außen her erfolgenden Eingriff in seine Rechts- und Herrschaftssphäre aufgezwungen wird, ist es zusätzlich noch dadurch charakterisiert, dass sich mit dem Gutsverlust als solchem eine Missachtung seiner Autonomie verbindet⁸²⁹. In diesem Sinn muss das Selbstbestimmungsrecht bzw. die Menschenwürde des von der Notstandshandlung Betroffenen unbedingt respektiert werden⁸³⁰. Anders formuliert: Nach Art. 1 I 2 GG ist es die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Menschenwürde zu achten und zu schützen⁸³¹, was weiter bedeutet:

825 Die hier in Rede stehende Duldungspflicht bezieht sich logischerweise auf die Frage, ob die Gemeinschaft vom Einzelnen im besonderen Fall ein solches, mit der Verletzung seiner Selbstbestimmung verbundenes Sonderopfer verlangen darf. Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 112 f.

826 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 248.

827 Vgl. *Drerup*, Paternalismus, S. 158.

828 Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 96: „Eine Güterabwägung, die nach dem Rang- und Wertverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter fragt, führt nach der Zwecktheorie nur zu einer ersten, vorläufigen Aussage, die [...] vielfach noch der Korrektur bedarf.“

829 Vgl. ebenda, S. 112.

830 Vgl. *Kühl*, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. 154.

831 Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 54: „Das Solidaritätsprinzip trägt die Abwägung rechtlich geschützter Interessen gegeneinander – an-

Geht man nun davon aus, daß die Menschenwürde in Art.1 Abs.1 der ideelle Ausgangspunkt für die nachfolgenden Einzelgrundrechte ist [Hervorh. d. Verf.] und diese nur die wichtigsten und vornehmlichsten Mittel zur positiv-rechtlichen Verwirklichung jener objektiven Ausgangsnorm sind, so liegt die Annahme nahe, daß die zu positivem Schutz verpflichtende Aussage des Art.1 Abs.1 S.2 zugleich hinter den darauf folgenden Grundrechtsartikeln steht [Hervorh. d. Verf.]. Diese Interpretation müßte jedenfalls bei solchen Rechtsgütern möglich sein, die, wie Leben, Körperintegrität und Freiheit, in besonders naher Beziehung zur Menschenwürde stehen, soweit es sich dabei um den Schutz vor so schwerwiegenden Verletzungen handelt.⁸³²

Demnach orientiert sich die Legitimität der Solidarität des § 34 StGB grundsätzlich an der Wahrung der Menschenwürde bzw. der Autonomie⁸³³ auf der Eingriffsseite, da ein solidarisches Notstandsverständnis die Ausübung individueller Rechte zu weit beschränken und ihre Garantie praktisch aufheben würde⁸³⁴. Bezüglich der begrifflichen Vagheit der Menschenwürde kann man jedoch im Einzelfall auch noch durch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit die Beschränkung von Eingriffsmöglichkeiten bzw. Duldungspflichten verwirklichen⁸³⁵, um die Interessen der einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft untereinander und gegenüber den Interessen der Allgemeinheit abgrenzen zu können. Aber man muss einräumen: „Dem Richter erwächst bei der Beurteilung tatbestandsmäßiger Handlungen unter dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstands – wie überhaupt bei einer die jeweiligen Kulturanschauungen berücksichtigenden Rechtsprechung – eine schwere Aufgabe.“⁸³⁶ Bei der Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit insbesondere in der pluralistischen Gesellschaft betont *Wachinger* deswegen:

ders als das Verrechnungsprinzip – nicht unter Auflösung des Autonomieprinzips, sondern als weiteres Gestaltungsprinzip für die Verteilung von Freiheiten neben diesem.“

832 *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

833 Aus liberaler Perspektive wird die Menschenwürdegarantie im heutigen Rechtsstaat immer mit der Brüderlichkeit in Zusammenhang gebracht, d. h., neben der Autonomie gehört auch ein bestimmtes Quantum an Solidarität zum Begriff der Menschenwürde. Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 205.

834 Vgl. *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 167 f.

835 Vgl. *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 505.

836 Ebenda, S. 517.

[Der Richter] muß sich mit allen Vorgängen des kulturellen Lebens vertraut machen, um die im Volk und namentlich in der führenden Schicht herrschenden Wertvorstellungen und damit den Geist des geltenden Rechts zu ergründen. Er muß aber seinen Blick auch über das geltende Recht (im weitesten Sinn) hinaus auf das natürliche Sittengesetz richten, nicht um das geltende Recht zu korrigieren [Hervorh. d. Verf.] – dies muß er dem Gesetzgeber überlassen –, wohl aber, um Ergebnisse seiner Denkarbeit, die mit dem Sittengesetz nicht vereinbar zu sein scheinen, mit doppelter Schärfe auf ihre Haltbarkeit zu prüfen. Käme er hierbei zu der Überzeugung, daß er ein Urteil fällen müßte, das dem natürlichen Sittengesetz und seinem Gewissen ganz unzweifelhaft zuwiderläuft, dann entstünde für ihn ein tragischer Konflikt, den er unter Umständen nur durch Verzicht auf sein Amt lösen könnte [Hervorh. d. Verf.].⁸³⁷

Mit anderen Worten ist es möglich, die Anwendung des § 34 StGB bzw. die Duldungspflicht auf der Eingriffsseite unmittelbar wegen einer unzulässigen Überschreitung der Grenzen der Menschenwürdegarantie abzusprechen.

b) Rechtswidrigkeit im Falle A

Nach *Albrecht* besteht keine rechtliche Verpflichtung zur Aufopferung der Integrität der Leiche für die Lebenserhaltung eines Mitmenschen, denn diese Aufopferung „widerspräche den fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft, namentlich der Menschenwürde und dem Freiheitsprinzip“⁸³⁸. Anders gesagt: Eine solche Aufopferung der Leiche ist nicht in der gerechtfertigten Duldungspflicht eingeschlossen, ohne dass der Verstorbene selbst oder seine nächsten Angehörigen in die Organentnahme eingewilligt haben. In diesem Sinn kann die Nichtäußerung eines Widerspruchs des Verstorbenen oder seiner nächsten Angehörigen angesichts des geltenden Transplantationsgesetzes keine Voraussetzung für das Eingreifen des rechtfertigenden Notstandes sein⁸³⁹. *Rosenau* betont, dass die

⁸³⁷ Ebenda, S. 518.

⁸³⁸ *Albrecht*, Rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, S. 76.

⁸³⁹ Siehe dazu *Tag*, in: MK-StGB, Bd. 6, § 19 TPG, Rn. 15: „Im Hinblick darauf, dass § 3 Abs. 2 Nr. 1 die Organ- oder Gewebeentnahme bei vorliegendem Widerspruch des Verstorbenen ausdrücklich verbietet, schließt ein Widerspruch die Entnahme auch dann aus, wenn sie zur konkreten unmittelbaren Rettung eines anderen Menschen

Notstandslösung an der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB scheitert, weil die Aufopferung eines Rechtsguts nur dann verlangt werden kann, wenn dies mit dem Anspruch des Betroffenen auf Selbstbestimmung und Respektierung der Person nach dem Autonomieprinzip vereinbar ist; dieses Selbstbestimmungsrecht kommt aber auch dem Verstorbenen zu und es wirkt nach seinem Tod weiter. Deswegen kommt die hier in Rede stehende Rechtfertigung der Organentnahme im Notstand nicht in Betracht, denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich in den §§ 3, 4 TPG eine abschließende Spezialregelung getroffen⁸⁴⁰.

„Der bloße Rechtsgütervergleich der sich gegenüberstehenden Interessen geht zunächst eindeutig zugunsten des Transplantatempfängers aus [...]. Ebenso steht das postmortale Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper im Rang unter dem Recht auf Leben als vitale Basis aller Grundrechte. Dies ergibt sich aber nicht bereits aus dem Umstand, daß die Interessen eines Lebenden mit jenen eines Toten abzuwägen sind.“⁸⁴¹ Mit anderen Worten bezieht sich die Legitimation der Rechtfertigung der Notstandshandlung im Falle A im Wesentlichen nicht auf die Interessenabwägung zwischen dem Verstorbenen B und dem Patienten C, sondern nur auf die Respektierung der postmortalen Menschenwürde bzw. die Bewertung der Angemessenheit der Notstandshandlung⁸⁴²:

Die Angemessenheitsprüfung dient der Begrenzung der Solidarpflichten des Einzelnen. Die in der Prüfung festgestellte Grenze entspricht derjenigen, die auch eine einfachgesetzlich geschaffene Regelung nicht zu überwinden vermag. Anders formuliert: Soll die eigenmächtige Transplantatentnahme eine angemessene Rettungshandlung i.S.d. § 34 S. 2 StGB darstellen, mußte in einem Gesetz formuliert der Satz vor dem Grundgesetz Bestand haben [Hervorh. d. Verf.]: „Jeder hat nach seinem Tod die Entnahme von Organen zum Zwecke der Rettung eines konkret

notwendig gewesen wäre. Unter diesen Voraussetzungen bleibt kein Anwendungsbereich für § 34 StGB.“

840 Vgl. *Rosenau*, Widerspruchslösung, S. 66.

841 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 117 f.

842 Siehe dazu *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 124: „Trockel lehnt prinzipiell eine Anwendung des § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund einer Organentnahme ab, weil die Rechtsgüterabwägung zu einem absoluten Vorrang des postmortalen Persönlichkeitsrechtes des Toten und der Pietätsinteressen der Angehörigen führe.“

bedrohten Lebens oder zur Heilung schwerster Krankheiten zu dulden, sofern diese Ziele nicht in anderer Weise erreichbar sind.“⁸⁴³

Sinn und Zweck der Angemessenheitsprüfung ist es, die schutzwürdigen Belange des von der Notstandshandlung Betroffenen noch einmal besonders in den Blickpunkt zu rücken. Auf diese Weise können die zuvor gewonnenen Ergebnisse unter Berücksichtigung einer sozialetischen Gesamtwertung, die dem sozialen Basiskonsens der Zivilgesellschaft bzw. den Wertvorstellungen der Allgemeinheit Rechnung trägt, gegebenenfalls noch korrigiert werden⁸⁴⁴. Demnach ergibt sich aus der Angemessenheitsprüfung im Falle A, dass die Grenze der Solidar- bzw. Duldungspflichten auf der Eingriffsseite darin liegt, ob die postmortale Menschenwürde zu beachten ist oder ob der Mensch einschließlich seiner Leiche zum bloßen Objekt fremder Zwecksetzung wird. Mit anderen Worten soll niemand aus Gründen mitmenschlicher Solidarität verpflichtet sein, seine körperliche Integrität aufzuopfern, denn „ein allgemeiner Grundsatz, wonach jeder verpflichtet ist, etwa seine Nieren nach dem Tode zur Verfügung zu stellen, geht über die Sozialpflichtigkeit des Einzelnen hinaus“⁸⁴⁵, wie auch *Lüthe* darlegt:

Zur Aufopferung der körperlichen Integrität für die Lebenserhaltung eines Mitmenschen existiert allerdings keine rechtliche Verpflichtung. Es widerspräche fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft, insbesondere der Menschenwürde und dem Freiheitsprinzip [Hervorh. d. Verf.], erklärte man für Rechters [sic], einen anderen über seine Freiheitsrechte und seine verantwortliche sittliche Entscheidung hinweg zu zwingen, seinen Körper als bloßes Mittel zur Erreichung eines, wenn auch wünschenswerten, Zwecks, [sic] verwenden zu lassen.⁸⁴⁶

Wenn die Notstandshandlung im Falle A aufgrund der Anerkennung der entsprechenden Solidarpflichten als gerechtfertigt angesehen würde, würde dies zugleich einen Missbrauch des § 34 StGB im Einzelfall herbeiführen⁸⁴⁷ und auch die geltende Entscheidungslösung des § 3 TPG wäre damit abzu-

843 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 127.

844 Vgl. *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 101.

845 *Dietrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 125.

846 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 119.

847 Vgl. *Merkel*, Früheuthanasie, S. 597 ff.

sprechen⁸⁴⁸, denn „einen allgemeinen Rechtsbegriff der Solidarität mit präzisiertem Inhalt und konkreten, auf verschiedene Rechtsgebiete übertragbaren Rechtsfolgen gibt es im Rechtssystem der Bundesrepublik nicht“⁸⁴⁹. D. h., eine Notstandslösung bedeutet in der juristischen Praxis normalerweise eine Einzelfalllösung, was logischerweise zu der Rechtsunsicherheit führt, jederzeit die Möglichkeit der Notstandsrechtfertigung zu eröffnen⁸⁵⁰. Zwar ist somit die Zulassung einer relativen Rechtsunsicherheit *de lege lata* unvermeidbar, aber die Legitimation der Solidar- bzw. Duldungspflichten beispielsweise im Falle A bedarf noch einer weiteren Anforderung als unvertretbare Voraussetzung der entsprechenden Rechtfertigung, wie *Kühl* zeigt: „Ebenso wie bei der moralischen Hilfespflicht müssen auch bei der moralischen Duldungspflicht zusätzliche, einschränkende Voraussetzungen hinzukommen, bevor aus ihr eine allgemein zustimmungsfähige Rechtspflicht entstehen kann.“⁸⁵¹ Damit stellt sich die Frage, wie man diese Voraussetzung in methodisch-systematischer Hinsicht bei einer Notstandsrechtfertigung der Organentnahme wie beispielsweise im Falle A herausfinden kann.

De lege lata ist wiederum zu betonen, dass es aus Sicht des Gesetzgebers als planwidrig anzusehen ist, wenn das soziale Allgemeininteresse aus verfassungsrechtlichen Gründen wegfällt. „Folglich darf diese Lücke mit einer analogen Anwendung des § 34 StGB geschlossen werden, und zwar im Wege des Erst-recht-Schlusses: Wenn der Gesetzgeber die Tat erlauben wollte, obwohl aus seiner Sicht sogar ein weiteres schutzwürdiges Interesse beeinträchtigt worden wäre, dann muss die Tat erst recht erlaubt sein, wenn dieses Interesse gar nicht strafrechtlich geschützt werden darf, denn dann ‚überwiegen‘ die mit der Tat geschützten Interessen ja noch stärker.“⁸⁵² In diesem Sinn lässt sich eine Anwendung des § 34 StGB im Falle A methodisch nicht mehr legitim begründen, weil sich der Gesetzgeber mit § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG bewusst und unter Bewertung bzw. Respektierung

848 Siehe dazu *Bock*, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 261: „In der Praxis ist es nur unzureichend kontrollierbar, ob ausreichende Versuche unternommen wurden, die Angehörigen zu erreichen. Hinzu kommt, daß Obdachlose, Staatenlose, Alleinstehende oder Waisen von vornherein als potentielle Spender betrachtet werden könnten, denn hier wird es in den seltensten Fällen gelingen, Angehörige in der knapp bemessenen Zeit aufzuspüren. Auch im Falle fehlender Erreichbarkeit der Ersatzentscheider, [sic] weckt eine Rechtfertigung über § 34 StGB also durchweg Unbehagen.“

849 *Kühl*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, S. 260.

850 Vgl. *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 173.

851 *Kühl*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, S. 276.

852 *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 237.

der postmortalen Menschenwürde für die strikten Organspendebedingungen entschieden hat. Anders formuliert: Ohne Einwilligung entweder des potenziellen Spenders oder seiner Angehörigen ist trotz des Notstands die Organentnahme im Falle A noch unzulässig. Vor diesem Hintergrund macht sich der Arzt im Falle A, der unter Verstoß gegen § 3 I und II TPG und § 4 I 2 TPG ein Organ entnimmt, bei Vorsatz nach § 19 II TPG, bei Fahrlässigkeit nach § 19 V TPG strafbar.

II. Ärztliche Organentnahme im Notstand mit Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen

Fall B: Der Arzt A im Entnahmekrankenhaus hat die beauftragte Nierenentnahme mit der Einwilligung des Verstorbenen B oder seiner Angehörigen ordnungsgemäß wahrgenommen, und nach der Erfüllung seiner Aufgaben muss das postmortale Organ rechtzeitig unmittelbar transportiert werden, um den potenziellen Empfänger D auf der Warteliste zu retten. Aber in Wirklichkeit hat A mit diesem Organ eine Organübertragung zur Erreichung des Zwecks der Heilbehandlung für den Patienten C im Notstand durchgeführt.

1. Die Kollision gleichwertiger Interessen und die Bestimmung der Rechtfertigung

Der Fall B unterscheidet sich vom Fall A darin, dass entweder der Verstorbene oder seine Angehörigen schon vor dem Notstand in die postmortale Organentnahme eingewilligt haben. Der verstorbene Spender stellt bei einer postmortalen Organspende die eigenen Organe für eine Transplantation zur Verfügung, was *de lege lata* anonym durchgesetzt wird. Demnach können er und seine Angehörigen nicht erfahren, wer das Organ empfängt⁸⁵³. In diesem Sinn verändert sich der Inhalt der Einwilligung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen im Falle B im Wesentlichen nicht, obwohl der Arzt A in Wirklichkeit mit der gespendeten Niere eine Organübertragung zur Erreichung des Zwecks der Heilbehandlung für den Patienten C im Notstand durchgeführt hat. Anders gesagt: Dieser Arzt hat nicht die postmortale Menschenwürde bzw. die Autonomie beeinträch-

853 Siehe dazu die entsprechenden Angaben auf der Seite: <https://www.organspende-info.de/faq.html>, abgerufen am 18.11.2021.

tigt⁸⁵⁴, was zugleich bedeutet, dass es bezüglich der Legitimation der Rechtfertigung der ärztlichen Notstandshandlung im Falle B überhaupt nur auf die Interessenabwägung zwischen dem Patienten C und dem potenziellen Empfänger D auf der Warteliste ankommt⁸⁵⁵.

Bemerkenswerterweise ist zugleich zu betonen, dass entweder der Patient C oder der potenzielle Empfänger D im Falle B noch durch die eigene Grunderkrankung gefährdet bzw. beeinträchtigt werden. Demnach stellt die ärztliche Notfallrettung nur ein Mittel zur Verringerung und Beseitigung der entsprechenden Lebensgefahren dar⁸⁵⁶. Mit anderen Worten deuten die Rettungschancen nur ein individuelles Anwartschaftsrecht an, aber nicht das individuelle Leben selbst. Damit beschreibt die Rechtfertigung der Verteilung dieser Rettungschancen, wie dieses Anwartschaftsrecht durch die Duldungspflicht in der Notstandslage rechtspaternalistisch beschränkt bzw. wie darin eingegriffen wird. Demnach handelt es sich bei diesem Anwartschaftsrecht wesentlich um die im Falle B abzuwägenden Interessen.

Infolgedessen tangiert die Organübertragung im Falle B gleichzeitig die Lebensinteressen bzw. Rettungschancen von C und D. Nach der herrschenden Strafrechtslehre werden der Höchststrang des menschlichen Lebens und das unbedingte Verbot der Abwägung seiner Quantität und Qualität festgestellt⁸⁵⁷; wenn die betroffenen Rechtsgüter annähernd gleichwertig sind oder das gleiche Rechtsgut auf beiden Seiten betroffen ist, tritt das Maß der Beeinträchtigung ganz in den Vordergrund der Betrachtung⁸⁵⁸. Im Falle B wird auch nach *Pawlik* nur die gegenwärtige Gefahr zum Gegenstand der Rechtfertigungsabwägung nach § 34 StGB⁸⁵⁹. Nach *Meißner* beruht das Wahrscheinlichkeits- und Gegenwärtigkeitsurteil der hier in Rede stehenden Gefahr insbesondere auf den verschiedenen Graden der Rettungschancen in der Notstandslage und auch auf der eigenen Grunderkrankung der Patienten⁸⁶⁰.

„Grundsätzlich wird man das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr bei den Patienten bejahen können, die auf eine Leber-, Herz- oder Lungenver-

854 Vgl. *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 36 f.

855 Vgl. *Broelsch*, UNIKATE 2009, S. 41.

856 Vgl. *Schlögl-Flierl*, Widerspruchslösung, S. 66.

857 Vgl. *Merkel*, Früheuthanasie, S. 540.

858 Vgl. *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 112.

859 Vgl. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 137.

860 Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 244.

pflanzung angewiesen sind.“⁸⁶¹ In diesem Sinn bedeutet die hier in Rede stehende Beseitigung der gegenwärtigen Gefahr mindestens eine tatsächliche Verbesserung der gesundheitlichen Lage, wie z. B. die erhebliche Verkürzung einer Dialysebehandlung⁸⁶². Umgekehrt bedeutet die hier in Rede stehende gegenwärtige Gefahr, dass der Funktionsausfall der eigenen Organe beispielsweise den Patienten C oder den potenziellen Empfänger D auf der Warteliste schnell in eine krisenhafte Situation bringen wird, „die durch apparative Maßnahmen entweder nur schlecht oder gar nicht aufgefangen werden kann.“⁸⁶³ Nach *Diettrich* liegt eine gegenwärtige Gefahr zudem nicht nur bei krisenhafter Zuspitzung vor, „sondern auch dann, wenn bei einer bereits eingetretenen Schädigung eine Intensivierung des Schadens drohe“⁸⁶⁴; deswegen ist noch weiter zu fordern, dass die Krankheit des Patienten eine gewisse Progredienz aufweist, so dass gesundheitliche Schäden oder der potenzielle Tod nur durch sofortiges Handeln bzw. durch unverzügliche Implantation eines Organs gerade von dem betroffenen Verstorbenen abgewendet werden können⁸⁶⁵, d. h., „schon dann sei Notstand gegeben, wenn ein Abwärtstrend bei Nichteingreifen weitergehe, nicht erst bei einer dramatischen Verschlimmerung des Zustandes eines Dialysepatienten.“⁸⁶⁶ Wenn es also gleichwertige Interessen und auch gleichgradige Gefahren zwischen dem Patienten C und dem potenziellen Empfänger D auf der Warteliste gibt⁸⁶⁷, wie können wir die im Falle B genannte Notstandshandlung als *ultima ratio* zur Rettung eines Schwerkranken rechtfertigen?

Nach *Delonge* ist es eindeutig *contra legem*, dass alle Betroffenen im Falle B beliebig ihre subjektiven Eigeninteressen verfolgen können, d. h., dass sie alle nur um ihre eigene Rettung besorgt sind, wenn sich die gleichwertigen Interessen in einer Kollision befinden:

861 *Bock*, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 258.

862 Vgl. *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 94.

863 *Bock*, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 258.

864 *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 91.

865 Vgl. *Bock*, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 259.

866 *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 91.

867 Siehe dazu *König*, Todesbegriff und Strafrecht, S. 98: „Der Krankheitszustand des Organempfängers kann sich jederzeit abrupt dergestalt verändern, daß er in einen lebensgefährdenden Zustand umschlagen kann [Hervorh. d. Verf.]. Einige Autoren lassen es sogar genügen, daß eine bloße Verschlechterung des Gesundheitszustandes in Aussicht steht. Das spricht für das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr, im Sinne einer Dauer Gefahr, auf Seiten des Empfängers.“

Statt also diesen Egoismus zum Ausgangspunkt zu nehmen, dem dort Schranken auferlegt werden, wo er in den Augen der Normsetzer per Saldo Schaden anrichtet [Hervorh. d. Verf.], setzt diese Betrachtungsweise also erst bei diesen Schranken ein: Sie betrachtet diese Verbote als das Urprinzip [Hervorh. d. Verf.] und räumt dem individuellen Egoismus nur dort ausnahmsweise Erlaubnisse ein, wo er per Saldo positiven Nutzen bringt. Erklären läßt sich diese Sichtweise wohl am ehesten mit der grundsätzlichen Abneigung gegen jede Form eines gesellschaftlichen „Darwinismus“ [Hervorh. d. Verf.].⁸⁶⁸

Wenn zwei gleich geschützte Interessen mit gleich großen Gewichten auf beiden Seiten der Waagschale liegen und dadurch das Recht letztlich nichts hinsichtlich dieser Kollision aussagt, darf und muss jeder Mensch für sich selbst handeln⁸⁶⁹. Infolgedessen funktioniert das strafrechtliche Bewertungssystem in der juristischen Praxis nicht und fällt sogar gänzlich aus⁸⁷⁰. Gegen einen solchen rechtsfreien Raum⁸⁷¹ sollte der Staat nur positive rechtspaternalistische Eingriffe durchführen, um die Mindestsolidarität zu bewahren, weil der individuelle Egoismus auf der gesellschaftsvertraglichen

868 *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 170. Siehe dazu auch *Büchner*, Darwinismus und Sozialismus, S. 5 f.: „Es ist ein allgemeiner Konkurrenz-Kampf oder ein Krieg aller gegen alle, wobei der Tod des einen das Brot des andern, das Unglück des einen das Glück des andern bedingt [Hervorh. d. Verf.]. Der mächtige Trieb der Selbsterhaltung und der Zwang des gesellschaftlichen Egoismus überwiegt alles; ein Widerstand gegen denselben ist nicht möglich, ausser bei schwerer Strafe der Widerstrebenden [Hervorh. d. Verf.]. Denn wo das Wohl oder Interesse des Einzelnen in Frage kommt, da kennt der gesellschaftliche Egoismus in der Regel ebensowenig Mitleid oder Schonung, wie der Tiger, wenn er sein Opfer zerreisst; und man kann oder darf dieses dem Einzelnen nicht einmal zum Vorwurf machen, da der Trieb oder das Interesse der Selbsterhaltung innerhalb eines gesellschaftlichen Organismus, wie er zur Zeit noch besteht, ihm sein Verhalten gebieterisch vorschreibt, wenn er nicht den eignen Untergang herbeiführen oder beschleunigen will. Selbst der aufopferndste Menschenfreund kann sich diesem Gebot des Egoismus nicht entziehen, ohne sich selbst den grössten Gefahren auszusetzen. Es ist gewissermassen eine grosse und allgemeine Flucht oder ein Wettrennen der Furcht vor der Not und Entbehrung des Lebens [Hervorh. d. Verf.], ohne Mitleid oder Hilfe für die dabei zu Boden Sinkenden, ähnlich jenem berüchtigten Übergang der grossen Armee über die Beresina, wo jeder nur für die eigne Rettung besorgt war und besorgt sein musste.“

869 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 129.

870 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 179.

871 Vgl. *Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, S. 339 ff.

Ebene nicht mehr der Legitimierung bedarf, wenn er sich gegen fremde Interessen durchsetzen muss.

Hierfür betont *Lenckner* vornehmlich: „Dann aber wäre der Interessenabwägungsgrundsatz nicht nur wertlos, sondern geradezu falsch, denn er würde immer irgendwo auf halbem Weg stehenbleiben und Gesichtspunkte außer acht lassen, die für eine gerechte Entscheidung von ausschlaggebender Bedeutung sein können.“⁸⁷² Demnach kann man die Notstandshandlung im Falle B nur durch Angemessenheitsprüfung rechtfertigen⁸⁷³. Anders gefragt: Auf welcher Seite ist der Zweck der Heilbehandlung effizienter durch diese Notstandshandlung zu erreichen? Oder wer hat eine größere Chance, gerettet zu werden?

Nach *Diettrich* werden die Rettungschancen für beide Seiten bei der Angemessenheitsprüfung erst recht entscheidend und spielen möglicherweise unter diesen Umständen sogar eine einzige Rolle, wenn nach lediglich abstrakter Güterabwägung vom Rangverhältnis her die verletzten Rechtsgüter gleichwertig sind oder sie nach dieser abstrakten Abwägung nur unbedeutende Unterschiede aufweisen⁸⁷⁴. Nur durch den konkreten Vergleich der Rettungschancen kann der Arzt deswegen in der *Ex-ante*-Betrachtung⁸⁷⁵ bei vermeintlich kollidierenden bzw. widersprüchlichen, anscheinend gleichrangigen, jedoch abstrakten Personenwerten von C und D die Beurteilung treffen, dass der Patient C eine größere Rettungschance als D hat, nicht nur weil C sich schon im Krankenhaus des Arztes befindet und das Spendenorgan dabei auch nicht weiter transportiert werden muss, sondern auch, weil der aktuelle Grad der körperlichen Gefährdung beim Organempfänger D noch nicht von diesem Arzt konkret und deutlich festgestellt werden kann.

In diesem Sinn lässt sich eine Anwendung des § 34 StGB im Falle B methodisch legitim begründen. Deswegen macht sich der Arzt als Notstandstäter nicht strafbar, auch wenn der potenzielle Empfänger D auf der Warteliste wegen der ärztlichen Unterlassung eine Rettungschance verliert und dadurch eine dramatische Verschlimmerung oder möglicherweise sogar der Tod dieses Empfängers D unmittelbar verursacht wird.

872 *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 129.

873 Siehe dazu *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 246: „Die Funktion des § 34 S. 2 StGB soll sich auf die einer bloßen ‚Kontrollklausel‘ beschränken: § 34 S. 2 StGB ermahne dazu, nicht vorschnell die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung zu bejahen, sondern wirklich umfassend abzuwägen.“

874 Vgl. *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 103.

875 Vgl. *Schaffstein*, Maßstab für das Gefährurteil, S. 100 f.

2. Strafunrechtsausschließungsgründe als zivilrechtliche Erlaubnissätze und öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen im Falle B?

Die oben genannte Unterlassung des Arztes im Falle B ist ordnungswidrig, weil seine Übertragung von Organen des verstorbenen Spenders nach § 20 I Nr. 4 und 5 TPG i. V. m. § 9 II TPG ordnungswidrig ist:

Im Rahmen der postmortalen Spende entnommene Organe, vgl. § 3 oder § 4 (vermittlungspflichtige Organe), dürfen nur übertragen werden, wenn sie durch die Vermittlungsstelle (Eurotransplant) unter Beachtung der Regelungen nach § 12 Abs. 3 S. 1 vermittelt worden sind. Ein ordnungswidriges Verhalten liegt vor, wenn der Arzt ein Organ ohne oder entgegen der Vermittlungsentscheidung überträgt. Sind vermittlungspflichtige Organe im Geltungsbereich dieses Gesetzes entnommen worden, ist ihre Übertragung darüber hinaus nur zulässig, wenn die Entnahme nach § 11 Abs. 4 S. 5 durch die Koordinierungsstelle organisiert und unter Beachtung der weiteren Regelungen nach § 11 durchgeführt wurde. Ein Verstoß hiergegen ist ebenfalls eine Ordnungswidrigkeit.⁸⁷⁶

Wie bereits dargestellt, ist der Arzt im Falle B wegen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB nicht strafbar, aber es stellt sich hier noch weiter die Frage, ob auch die oben erwähnte Ordnungswidrigkeit dieses Arztes nach § 34 StGB gerechtfertigt werden kann.

Wie oben erklärt, zeigen die Merkmale der strafrechtlichen Rechtfertigung: „Die Funktion eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes sei die einer ‚Begrenzungsnorm für den Zugriff staatlicher Strafgewalt auf die einzelnen‘. Würde § 34 StGB als Eingriffsermächtigung verwendet, erlange er jedoch die genau gegenläufige Wirkung einer Kompetenz- und Befugnisnorm.“⁸⁷⁷ Diese im § 34 StGB dargestellte Eingriffsermächtigung beruht bemerkenswerterweise nicht nur auf der Erforderlichkeitsprüfung der Notstandshandlung bezüglich der Theorie des überwiegenden Interesses, sondern auch auf ihrer Angemessenheitsprüfung bezüglich der Zwecktheorie bzw. Zweckrationalität⁸⁷⁸. Im Vergleich dazu sind die Rechtfertigungsgedanken im Zivilrecht und auch im öffentlichen Recht anders als im § 34 StGB. Aus kriminalpolitischer Perspektive existiert also noch ein Begriff über

876 Tag, in: MK-StGB, Bd. 6, § 20 TPG, Rn. 7.

877 Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 76.

878 Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 237 ff.

allgemeine, metajuristische Rechtfertigungsgründe neben dem Notwehr- oder Notstandsrecht im strafrechtlichen Rahmen, wie *Günther* erklärt:

Denn solche allgemeinen Rechtfertigungsgründe stellen infolge ihrer Beschränkung auf die Erfassung rechtmäßiger Verhaltensweisen an den Strafunrechtsausschluß zu strenge Anforderungen [Hervorh. d. Verf.], weil sie möglicherweise rechtswidrige, aber nicht strafwürdige Verhaltensweisen im Kriminalisierungsbereich belassen. Als deklaratorische Wiedergabe eines allgemeinen, auch für das Zivil- und das Öffentliche Recht geltenden Rechtfertigungsgedankens können sie die funktionsbestimmten Aspekte des Strafrechts nicht berücksichtigen und damit den strafrechts-teleologisch begründeten Besonderheiten des Strafunrechtsausschlusses keine Rechnung tragen [Hervorh. d. Verf.]. Sie reichen deshalb zur Beurteilung der „Strafrechtswidrigkeit“ einer Straftatbestandsverwirklichung nicht aus, sondern bedürfen der Ergänzung durch echte Strafunrechtsausschließungsgründe [Hervorh. d. Verf.].⁸⁷⁹

Mit anderen Worten orientieren sich die Strafunrechtsausschließungsgründe im Wesentlichen nur an den Funktionen des Strafrechts selbst und eliminieren neben rechtmäßigen auch die rechtswidrigen Verhaltensweisen aus der Kriminalisierungszone, die trotz Straftatbestandsverwirklichung kein strafwürdiges Unrecht verkörpern. Hierzu betont *Duttge* ausdrücklich, dass sich die allgemeine Notstandsregelung des § 34 StGB nicht auf einzelne Rechtsgüterkollisionen beschränke und sie insofern die Qualität einer Regelung mit „Auffangcharakter“ gewinne, als beispielsweise die zivilrechtlichen Notstandsvorschriften (§§ 228, 904 BGB) nur die Abwehr von Sachgefahren erfassen⁸⁸⁰, was umgekehrt bedeutet, dass eine unmittelbare Geltung des § 34 StGB im Zivilrecht und auch im öffentlichen Recht ausscheidet, wie *Günther* aufzeigt:

Die Positivierung eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes gerade im StGB zeigt unmißverständlich nur, daß er die Funktion eines Strafunrechtsausschließungsgrundes ausüben soll [Hervorh. d. Verf.]. Dagegen läßt sie offen, in welcher Form der allgemeine Rechtfertigungsgrund auch als zivilrechtlicher Erlaubnissatz oder öffentlichrechtliche [sic] Eingriffsermächtigung fungieren soll. Dies zu entscheiden, ist nicht Aufgabe

879 *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 259.

880 Vgl. *Duttge*, in: *Gesamtes Strafrecht*, § 34 StGB, Rn. 2.

des Strafrechts, sondern Aufgabe des jeweils einschlägigen Rechtsgebiets [Hervorh. d. Verf.].⁸⁸¹

Demnach ist festzustellen, dass dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht eine unmittelbare Heranziehung der strafgesetzlichen Regelungen über die Notwehr oder den rechtfertigenden Notstand verwehrt bleibt. Trotzdem ist logischerweise noch nicht die Möglichkeit auszuschließen, ob und in welcher Form es allgemeine Rechtfertigungsgründe gibt, die nicht nur vom Strafrecht, sondern auch vom Zivilrecht sowie dem öffentlichen Recht in denselben Geltungsbereichen gemeinsam rezipiert werden können. Doch obwohl diese Möglichkeit von *Günther* nicht durchaus abgesprochen wird, ist strafrechtsdogmatisch für den öffentlich-rechtlichen Bereich die Heranziehung der in § 34 StGB für das Strafrecht positivierten Grundsätze des rechtfertigenden Notstandes in der Regel nicht anerkannt⁸⁸².

Deswegen wird die Ordnungswidrigkeit des Arztes im Falle B noch nach § 20 I Nr. 4 und 5 TPG i. V. m. § 9 II TPG mit einer Geldbuße geahndet⁸⁸³, obwohl er wegen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB nicht strafbar ist.

881 *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 371.

882 Siehe dazu ebenda, S. 372: „Entsprechend hat das Zivilrecht in §§ 227, 228, 904 BGB eigene Regelungen zum ‚übergesetzlichen‘ Notwehr- und Notstandsgedanken erlassen. Darüber hinaus ist für den zivilrechtlichen Bereich die Heranziehung der in § 34 StGB für das Strafrecht positivierten Grundsätze des rechtfertigenden Notstandes auch ohne eigene zivilgesetzliche Regelung anerkannt [Hervorh. d. Verf.]. Weitaus problematischer stellt sich die Rechtslage im Öffentlichen Recht dar. §§ 32, 34 StGB selbst müssen nach den bisherigen Überlegungen zwar als öffentlich-rechtliche [sic] Ermächtigungen zu hoheitlichen Grundrechtseingriffen ausscheiden [Hervorh. d. Verf.]. Der Klärung bedarf jedoch, inwieweit eine analoge Anwendung der §§ 32, 34 StGB, ein Rückgriff auf die hinter diesen strafrechtlichen Vorschriften stehenden allgemeinen Notrechte, in Betracht kommt. Diese Frage führt zu spezifisch öffentlichrechtlichen [sic] Problemen, die sich insbesondere mit Blick auf den öffentlichrechtlichen [sic] Gesetzesvorbehalt und auf die öffentlichrechtliche [sic] Kompetenzordnung stellen. Ihre Beantwortung bildet indes nicht einen Gegenstand strafrechtsdogmatischer Überlegungen [Hervorh. d. Verf.], sondern fällt in die Domäne der Staats- und Verwaltungsrechtsdogmatik, weil für die Lehre von der ‚Strafrechtswidrigkeit‘ Auswirkungen auf den Strafunrechtsausschluß ausbleiben.“

883 Vgl. *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 124.

C. Resümee

Auf rechtspaternalistischer Ebene handelt es sich beim rechtfertigenden Notstand im § 34 StGB begrifflich um eine staatliche Eingriffsermächtigung, die sich in der Form der Duldungspflicht auf die Beschränkung der negativen bzw. passiven Selbstbestimmungsrechte des Angriffsadressaten bezieht. „Der Ausgang der Kollision [ist] den Normsetzern in aller Regel keineswegs gleichgültig. Vielmehr läßt sich meist eine eindeutige Aussage darüber machen, welches dieser Interessen sie im Vergleich zum anderen eher opfern wollen. Und eine solche Relation von Rechtsgütern (also: geschützten Bedürfnissen) läßt sich ebenso abstrakt formulieren wie ein Tatbestand.“⁸⁸⁴ Der Begriff der Übergesetzlichkeit der Rechtfertigungsgründe stellt weiter dar, dass die Tatbestandsmäßigkeit eingeschränkt dafür funktioniert, die Handlungen als rechtswidrig zu erachten, wie *Wachinger* betont:

Im Gebiet des Strafrechts ist freilich die Bildung neuer und die Erweiterung bestehender strafbarer Tatbestände durch Gesetzes- oder Rechtsanalogie gemäß § 2 Abs. 1 StGB. [sic] ausgeschlossen; dagegen ist beides zur Auffindung von Rechtfertigungsgründen unentbehrlich. Bei der Schaffung des Strafgesetzbuches war man sich klar darüber, daß weder das Strafgesetzbuch selbst noch das sonstige gesetzte Recht eine lückenlose Aufzählung der Gründe enthalte, durch welche die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung ausgeschlossen werde.⁸⁸⁵

Demnach beruhen die Rechtfertigungsgründe auf dem Rechtsgefühl und auch auf den Kulturanschauungen der Gemeinschaft. Unter Berücksichtigung der beiden Seiten, nämlich Erhaltungs- und Eingriffsseite, setzt man die Analyse der Gegenwärtigkeit der wahrscheinlichen Gefahren und zugleich die Interessenabwägung immer mit der entsprechenden Angemessenheitsprüfung durch, um festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen des Angriffsadressaten im Einzelfall als ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks gelten können.

Insbesondere bedeutet die Erfüllung der Solidarität zwar die Förderung des allgemeinen Wohls, aber im Rechtsstaat muss man die Lebensinteressen der Mitglieder der Gemeinschaft untereinander und gegenüber den In-

884 *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 60.

885 *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 509.

teressen der Allgemeinheit abgrenzen, um die Menschenwürde einschließlich der postmortalen Persönlichkeitsrechte wie z. B. der Integrität des Leichnams zu respektieren und zu schützen, was von der Ausgewogenheit zwischen sozialer Gerechtigkeit und individueller Freiheit ausgeht⁸⁸⁶, wie *Trockel* aufzeigt:

Soweit bei der Durchführung einer Organverpflanzung die Gewebeentnahme aus dem Leichnam eines Verstorbenen erfolgt, wie es bei einem unpaaren Organ immer notwendig ist, ist für eine derartige Maßnahme die zu Lebzeiten erteilte Einwilligung des Verstorbenen oder die Einwilligung der Hinterbliebenen erforderlich. Ein eigenmächtiger Eingriff verletzt das Totensorgerecht der Hinterbliebenen und ist grundsätzlich rechtswidrig. Das Totensorgerecht der Hinterbliebenen erstreckt sich auf das abgetrennte Gewebe. Es erlischt erst mit der Durchführung der Transplantation, nach der das überpflanzte Teil eine Einheit mit dem Körper des Menschen bildet, dem es übertragen worden ist. Sofern dies nicht alsbald geschieht, das abgetrennte Teil vielmehr der Lagerung etwa in einer Organbank zugeführt wird, erlischt die Befugnis der Hinterbliebenen mit dieser Zweckbestimmung. Auch dies gilt jedoch nur dann, wenn die Organentnahme die zu Lebzeiten erteilte Einwilligung des Verstorbenen gefunden hat. Liegt eine derartige Erklärung nicht vor, gibt das Totensorgerecht den Hinterbliebenen die Befugnis, die Herausgabe der Leichenteile zum Zwecke der Bestattung zu verlangen. Eine Rechtfertigung durch den sog. übergesetzlichen Notstand kommt nicht in Betracht, weil die mit ihm verbundene Frage der Zumutbarkeit zu verneinen ist. Das allgemeine Sittlichkeitsempfinden läßt das Rechtsgut der Pietät, das mit dem Totensorgerecht der Hinterbliebenen geschützt wird, selbst gegenüber einer Gefahr für das Leben dessen, der als Organempfänger ausersehen ist, unantastbar sein [Hervorh. d. Verf.]. Ganz ähnlich ist die Rechtslage bei einer Bluttransfusion. Die im Wege ärztlicher Eigenmacht durchgeführte Blutentnahme, gleichgültig ob sie bei einem lebenden Menschen oder von dem Leichnam eines Verstorbenen erfolgt, ist selbst dann nicht durch den übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt, wenn sie erforderlich war, um das Leben eines anderen Menschen zu retten. Das allgemeine Sittlichkeitsempfinden verneint die Zumutbarkeit. Eine Ausnahmesituation, in der die Verweigerung der

886 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 93 f.

Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, ist nicht anzuerkennen
[Hervorh. d. Verf.].⁸⁸⁷

Im Falle A geht es also um Solidarpflichten, die das postmortale Selbstbestimmungsrecht tangieren, ohne dass ein Menschenwürdeverstoß in Betracht gezogen wird. Anders gesagt: „In der Angemessenheitsprüfung kommt es allein darauf an, ob die Möglichkeit besteht, den Willen des durch die Rettungshandlung Betroffenen zu überwinden.“⁸⁸⁸

Im Falle B wird die Ordnungswidrigkeit des Arztes aus der Perspektive der Rechtsstaatlichkeit und insbesondere auf der Basis des Gewaltenteilungs- bzw. Funktionsordnungsprinzips⁸⁸⁹ zwar im öffentlich-rechtlichen Bereich nach § 20 I Nr. 4 und 5 TPG i. V. m. § 9 II TPG mit einer Geldbuße geahndet, aber er ist wegen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB nicht strafbar, auch wenn der potenzielle Organempfänger angesichts der ärztlichen Unterlassung eine Rettungschance verliert und dadurch eine dramatische gesundheitliche Verschlimmerung oder unmittelbar der Tod verursacht wird. Hierzu betont *Lenckner* bemerkenswerterweise bei der Interessenabwägung:

Je geringer die Rettungschancen sind, umso eher fällt die Interessenabwägung zugunsten des „Eingriffsguts“ aus (§ 34) bzw. umso eher ist die Hinnahme der drohenden Gefahr zumutbar (§ 35 I S. 2), wobei die Anforderungen an die Geeignetheit noch steigen, je schwerer der in der Notstandstat liegende Eingriff in fremde Güter einerseits und je geringer die durch sie geschützten Interessen andererseits wiegen [Hervorh. d. Verf.]. Umgekehrt sinken diese Anforderungen, je höher das „Erhaltungsgut“ zu veranschlagen ist und je geringfügiger die Verletzungshandlung erscheint, um schließlich einen Punkt zu erreichen, an dem es genügt, daß der Erfolg nicht gänzlich unwahrscheinlich ist.⁸⁹⁰

Demnach funktioniert die Rettungschance noch als Abwägungselement zur Rechtfertigung der Notstandshandlung, wenn man mit gleichwertigen Interessen und auch gleichgradigen Gefahren auf beiden Seiten im Notstand konfrontiert ist.

Zusammenfassend dient die Achtung bzw. der Schutz der Menschenwürde als eine fundamentale einschränkende Voraussetzung der Solidar- bzw.

887 *Trockel*, NJW 1970, S. 493.

888 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 128.

889 Vgl. *Stern*, Staatsrecht, S. 537 ff.

890 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 99.

Duldungsverpflichtung sowie der staatspaternalistischen Anerkennung der Notstandshandlung⁸⁹¹.

891 Vgl. *Seelmann*, Paternalismus und Solidarität, S. 866. Siehe dazu auch *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 70: „Innerhalb der vergleichenden Bewertung von Rechtsgütern, etwa bei der Abwägungsdogmatik des § 34 StGB[,] besteht nach dieser Lehre ein gewisser Vorrang für die fundamental personalen Güter, zu Lasten der abzuleitenden kollektiven Güter, deren Bedeutung für die Interessen des einzelnen jeweils zu überprüfen ist. Gleichzeitig mutieren all diejenigen Delikte, die dann als Schutz der Medien der personalen Interessen verstanden werden müssen.“