

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 285

Notstand und Strafe

Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs

Von

Alaor Leite



Duncker & Humblot · Berlin

ALAOR LEITE

Notstand und Strafe

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

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

Herausgegeben von

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

und

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

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 285

Notstand und Strafe

Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs

Von

Alaor Leite



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, München

Die Juristische Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München hat diese Arbeit
im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-15640-5 (Print)
ISBN 978-3-428-55640-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85640-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Prof. Dr. Luís Greco
in dankbarer Verbundenheit gewidmet

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Jahr 2018 an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juli 2018 berücksichtigt werden.

Besonders bei meinem hochverehrten Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin – vor allem für die sorgfältige Betreuung der Arbeit – und bei Prof. Dr. Luís Greco (LL.M.) – an dessen Lehrstuhl an der Humboldt-Universität zu Berlin ich das Privileg habe, als wissenschaftlicher Mitarbeiter arbeiten zu dürfen – möchte ich mich für die stetige Unterstützung und Förderung während meiner gesamten Magister- und Promotionszeiten ganz herzlich bedanken. Außerdem danke ich Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann nicht nur für die Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für seinen ständigen Beistand – denn diese Arbeit wurde zu großen Teilen in der Ludwigstr. 29 an dem damals noch von ihm betreuten Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften geschrieben. Herrn Dr. Benjamin Roger bin ich für die inhaltlichen Anregungen und auch für die sprachliche Korrektur der Arbeit sehr dankbar. Was es mir bedeutet, meine Dissertation in der renommierten Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen“ veröffentlichen zu dürfen, ist kaum zu überschätzen. Dafür will ich den Herausgebern danken.

Last, but not least: Diese Arbeit wäre sicherlich ohne die persönliche Unterstützung meiner lieben Eltern – Marco Leite (*in memoriam*) und Mara Leite – und auch meiner Freundin – Manuela Leite – nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im September 2018

Alaor Leite

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	15
I. Die positivrechtliche Regelung des § 35 StGB	15
II. Die wissenschaftliche Aufgabe: Die Bestimmung des Kerns des entschuldigenden Notstands	19
III. Ziel und Gang der Untersuchung	28
B. Die grundlegenden Probleme: Die Revisionsbedürftigkeit des herrschenden Schuldbegriffs	31
I. Methodisches: Rechtsphilosophie und Strafrechtssystem	32
II. Vorfrage: Kapitulation der Rechtsordnung?	42
1. Die Unverbotbarkeitsthese	42
2. Die Hobbes'sche Herausforderung	48
3. Die Stufen des Instrumentalisierungsverbots	58
III. Die grundsätzliche Unzulänglichkeit des Ausgangspunkts des herrschenden strafrechtlichen Schuldbegriffs	66
1. Die normtheoretische Perplexität und die Idee des „Schuldrests“	67
2. Die Nachsichtsausübung als leere Behauptung	72
3. Die gemeinsame Behandlung von entschuldigendem Notstand und Notwehrexzess	77
IV. Ein Gedankenexperiment: Das Hinwegdenken des entschuldigenden Notstands	80
V. Zwischenfazit	82
C. Theorie des entschuldigenden Notstands	83
I. Die Aufarbeitung des Rechtsstoffes: Die Phänomenologie der Fälle	85
1. Brett des Carneades und Mignonette-Fall als Symbole	87
2. Die deutsche Rechtsprechung	89
3. Zwischenfazit	99
II. Die normativen Fragen: Drei Anforderungen an die Theorie des entschuldigenden Notstands	100
1. Erklärungspotenzial: Erklärung der komplexen Struktur des § 35 StGB	100
2. Begründungspotenzial: Rechtfertigung der Strafe gegenüber dem Täter bzw. Rechtfertigung der Straffreiheit gegenüber dem Opfer	103
3. Differenzierungspotenzial: Abgrenzung zum rechtfertigenden Notstand	116
4. Zwischenfazit	130
III. Die Ansätze in der Lehre	131

1. Der Instrumentalisierungsverdacht: Entschuldigender Notstand als Kon- zession der Allgemeinheit	131
2. Unrechtsproblem?	133
3. Schuldproblem?	137
4. Dritte Kategorie?	146
5. Sowohl Unrechts- als auch Schuldproblem?	157
6. Weder Unrechts- noch Schuldproblem?	167
7. Vor- oder außerstrafrechtliches Problem?	170
8. Die Bestätigung des Instrumentalisierungsverdachts	177
9. Zwischenfazit	181
IV. Der Notstand, ein Schuldproblem	182
1. Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs	183
2. Notstand und Strafe	189
3. Strafe als „Entzug“ angeborener Rechte der Person	193
4. Schuldprinzip und Lebensplan	203
5. Die ratio des entschuldigenden Notstands	212
Exkurs: Schuld und Prävention? Der übergesetzliche entschuldigende Not- stand	213
6. Zwischenfazit	219
V. Grund und Grenzen des entschuldigenden Notstands	219
1. Differenzierungspotenzial	219
2. Begründungspotenzial	221
3. Erklärungspotenzial	222
a) Gegenwärtige Gefahr	222
b) Katalog der Rechtsgüter	224
c) Erforderlichkeit („nicht anders anwendbar“)	225
d) Personenkreis und Notstandshilfe	226
e) Rettungsabsicht	228
f) Die zumutbare Hinnahme der Gefahr	228
aa) Selbstverursachung	230
bb) Besondere Rechtsverhältnisse	234
cc) Andere Fälle	235
g) Proportionalität	238
VI. Ergebnisse des Kapitels	239
D. Der Irrtum beim entschuldigenden Notstand	241
I. Zur Relevanz der Problematik	247
II. Die ratio der Irrtumsregelung beim entschuldigenden Notstand	254
1. Begründung der Existenz einer Sonderregelung für den Irrtum beim entschuldigenden Notstand	254
2. Die Ansätze in der Lehre	259

a) Die Zumutbarkeitslösung	260
b) Die Fahrlässigkeitslösung	262
c) Die Vorsatzlösung	267
3. Eigene Begründung	267
III. Die konkreten dogmatischen Fragen im Bereich des Irrtums beim entschuldigenden Notstand	269
1. Der Begriff der „Umstände“ im Sinne § 35 StGB	270
2. Der Begriff des Irrtums	272
3. Die Vermeidbarkeit	273
4. Der Irrtum über die entschuldigende Norm	276
5. Analogiefähigkeit des § 35 II StGB	281
IV. Ergebnisse des Kapitels	284
E. Ergebnisse der Untersuchung	286
Literaturverzeichnis	290
Sachwortverzeichnis	313

Abkürzungsverzeichnis

Allgemein

Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
brasStGB	Brasilianisches Strafgesetzbuch
chStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Hrsg.	Herausgeber
italStGB	Italienisches Strafgesetzbuch
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
LG	Landesgericht
LH	Libro Homenaje
OLG	Oberlandesgericht
östStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
portStGB	Portugiesisches Strafgesetzbuch
Rn.	Randnummer
RStGB	Reichstrafgesetzbuch
SG	Soldatengesetz
WStG	Wehrstrafgesetz

Zeitschriften

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchVolk	Archiv des Völkerrechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
EuGRZ	Europäische Grundrecht Zeitschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
InDret	Revista para el Análisis del Derecho

JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Kommentare

LK	Leipziger Kommentar, 12. Aufl.
MK	Münchener Kommentar, 3. Aufl.
NK	Nomos Kommentar, 5. Aufl.
SK	Systematischer Kommentar, 9. Aufl.

„In der Lehre vom Notstand ist deutlich eine Befruchtung vom Naturrecht her zu spüren“

Eberhardt Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 171

„No man can transferre or lay down his Right to save himself from Death, Wounds, and Imprisonment“

Thomas Hobbes, Leviathan, Chap. XIV, S. 98

A. Einführung

I. Die positivrechtliche Regelung des § 35 StGB*¹

Gegenstand dieser Abhandlung ist der sogenannte *entschuldigende Notstand*. § 35 I 1 lautet: „Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt *ohne Schuld*“². Konkreter gesagt: Es geht um die Diskussion über den *Grund*, weshalb der Staat den Vater, der seinen in eine lebensgefährliche Situation geratenen Sohn nur dadurch retten kann, dass er ein unbeteiligtes Opfer tötet, *nicht bestraft*. Selbst wenn er mehrere unschuldige Menschen tötet, um zum Beispiel nach einem Unfall sich selbst oder eine ihm nahestehende Person zu retten, ist der Täter nach dem geltenden Recht grundsätzlich zu entschuldigen. Die Wahl des „größeren Übels“ ist zu entschuldigen³, sogar wenn diese Wahl nicht panikbedingt, sondern kaltblütig erfolgt ist⁴. Denn anders als beim rechtfert-

* Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des deutschen Strafgesetzbuchs.

¹ Auch der hier nicht in den Vordergrund zu stellende Art. 31 I d IStGH-Statut (BGBl. 2000 II, S. 1393) enthält eine Regelung des Nötigungsnotstands (BGBl. 2000 II, S. 1416 f.). Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union enthält dagegen keine spezifische Regelung des entschuldigenden Notstands. In dem Forschungsprojekt „Europa-Delikte“ wurde aber eine Regelung dafür vorgeschlagen, die § 35 insgesamt ähnelt. Dazu siehe ausf. die interessante Darstellung von *Müssig-MK*, § 35, 3. Aufl., Rn. 89 ff., 93 ff.; siehe auch *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl., 2007, Rn. 294 ff., 493 ff., 511 ff.; ausf. hierzu außerdem die grundlegende Untersuchung von *Ambos*, Der Allgemeine Teil, 2002, S. 825 ff., 837 ff.

² Dazu statt aller *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl., § 22, Rn. 1 ff.

³ So die Formulierung von *Silva-Sánchez*, in: FS-Hruschka, 2005, S. 681 ff., 684 ff.

⁴ *Frister*, JuS 2013, S. 1057 ff., 1062: Die Entschuldigung sei gerade deshalb erklärungsbedürftig, weil sie „den Täter auch ohne hochgradigen Affekt entschuldigt, d.h. selbst dann, wenn er in einer existenziellen Notlage ‚kühlen Kopf‘ behält“, sonst griffen schon §§ 20, 21 ein; so auch *Hörnle*, JuS 2009, S. 873 ff., 875.

tigenden Notstand des § 34, wo vom „wesentlichen Überwiegen“ die Rede ist, oder bei den zivilrechtlichen Notständen der §§ 228, 904 BGB, wo der Schaden „nicht außer Verhältnis zu der Gefahr“ oder „nicht unverhältnismäßig groß“ sein darf, kennt § 35 keine explizite Interessenabwägungsklausel⁵. Hier wird die Selbstbetroffenheit des Täters als maßgeblicher Gesichtspunkt betrachtet. Es besteht zugleich keine Beschränkung der Güter auf der Eingriffsseite, das heißt: Der in existentielle Not geratene Täter „darf“ – in einem normtheoretisch schwachen Sinn – Leben, Leib oder Freiheit des unschuldigen Opfers straflos antasten. Dem Täter wird also trotz des Rechtswidrigkeitsurteils – „Du sollst trotz der Not nicht einen Unschuldigen töten oder schwer verletzen!“ – ein strafloser Handlungsspielraum gewährt: „Du bleibst aber straflos, wenn du das tust“. Die an den Täter gerichtete Verhaltensnorm besteht fort, was vor allem bedeutet, dass dem Opfer keine starke Duldungspflicht auferlegt wird. Der Täter hat kein Recht auf diese Handlung. Die Sanktionsnorm wird aber punktuell zurückgenommen⁶.

⁵ Siehe zur Interessenabwägungsformel beim § 34 *Küper*, GA 1983, S. 289 ff.; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, 1990, S. 22 ff. Die ältere Literatur spricht von zwei Prinzipien: dem Prinzip der Interessenabwägung beim rechtfertigenden Notstand und dem Prinzip des Selbsterhaltungstriebes beim entschuldigenden Notstand, *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, 1911, S. 18; siehe *Neumann*, JA 1988, S. 329 ff. Wegweisend hierfür war die zivilrechtliche Studie von Ihering's Schüler Rudolf Merkel: *R. Merkel*, Kollision, 1895, S. 11 („Die Prämisse, daß die Notstandshandlung überall rechtswidrig sei, ist aber eine reine petitio principii“), S. 21, 49 ff.; *Titze*, Die Notstandsrechte, 1897, S. 13 ff.; dazu siehe ausf. *Hatzung*, Dogmengeschichtliche Grundlagen, 1984, S. 162 ff.; über die „Scheidung zwischen objektiven und subjektiven“ beim Notstand siehe *Dohna*, Die Rechtswidrigkeit, 1905, S. 122 ff., 126 ff.; dagegen *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931, S. 10, der schreibt, diese Prinzipien seien lediglich Abstufungen innerhalb eines einheitlichen Notstandsbegriffs: „Alle Notstandsfälle pendeln zwischen dem einen Pol, an dem die Interessenspannung völlig in den Vordergrund tritt, die innere Motivation womöglich gar nicht stattfindet, und dem Gegenpol, der überragenden Bedeutung der Motivationslagen“; siehe auch *Oetker*, FG-Frank I, S. 359 ff., 366 ff., der sagt, die Interessenabwägung sei schon als Ausgangspunkt falsch, „da wirklich nicht verlangt werden kann, daß der Nottäter das eigene Leben usw. geringer einschätzt als fremdes“. Die heute herrschende Meinung behauptet, dass beim entschuldigenden Notstand trotz des bestehenden Unrechtsurteils eine gewisse „Unrechtsminderung“ kraft der Erhaltung des eigenen Gutes noch immer erfolge. Über die viel diskutierten Proportionalitätserfordernisse beim entschuldigenden Notstand *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 11 („gewisse Verhältnismäßigkeit“); *Silva-Sánchez*, in: FS-Hruschka, 2005, S. 681 ff.; *Pawlik*, JRE 11 (2003), S. 287 ff., 310; *Mañalich*, in: van Weezel (Hrsg.), Humanizar y renovar el Derecho Penal, 2013, S. 715 ff., 732 f.; siehe schon *Moriaud*, Du délit nécessaire et de l'état de nécessité, 1889, S. 306 ff.; s. u. C., V., g).

⁶ Die Geschichte der sogenannten dualistischen Normentheorie ist alt. Schon in *Puffendorf*, Über die Pflicht, Erstes Buch, 2. Kapitel, § 7, 1994, S. 4 kann man lesen: „Jedes vollkommene Gesetz hat zwei Teile: Der eine Teil legt fest, was zu tun oder zu unterlassen ist, der andere zeigt an, welches Übel dem angedroht wird, der ein Gebot nicht erfüllt und etwas Verbotenes tut. Wegen der Schlechtigkeit des Menschen, der gern nach Verbotenem strebt, wäre es sinnlos, einfach zu sagen: ‚Tu das!‘, wenn den, der es nicht tut, kein Übel erwartete. Ebenso abwegig ist die Aussage: ‚Du wirst Strafe bezahlen‘, wenn kein Grund für eine Bestrafung gegeben ist“; in der strafrechtlichen

„Der allgemeine Grundsatz“, sagte Stammler, „daß der Übertreter einer vom Staate aufgestellten Norm die vom Gesetze dafür angedrohte Strafe zu erdulden habe, erleidet eine Ausnahme, wenn der Handelnde zur Zeit der That sich in Noth befand“⁷. Der Täter muss mit der Ausübung des rechtlich begrenzten Notwehrrechts seines Mitbürgers (auch im Rahmen der Notwehrhilfe⁸), nicht aber mit einer später zu verhängenden staatlichen Strafe rechnen.

Die Feststellung, dass die absichtliche Abwälzung einer existentiellen Gefahr auf einen anderen unschuldigen Bürger, der dadurch im schlimmsten Fall seine Existenz verliert, *straflos* erfolgen darf, ist in dieser Allgemeinheit ziemlich beunruhigend. Denn ungeachtet des endlosen Streits um den richtigen Strafzweck⁹ gilt die aus dem Grundsatz *neminem laedere* abzuleitende These, Androhung und Verhängung von Strafe sollten absichtliche schwere Verletzungen anderer verhindern, als unbestreitbar¹⁰. Die Entschuldigung tritt deswegen schon nach dem positiven Recht nicht grenzenlos ein. Die Rechte, die man im entschuldigenden Notstand retten darf, sind anders als beim rechtfertigenden Notstand auf die existentiellen, unersetzbaren, oder noch besser, angeborenen Rechte beschränkt: Leben, Leib und (Fortbewegungs-)Freiheit¹¹. Auch der Kreis der Personen, die

Diskussion wird diese Unterscheidung mit den Namen Karl Bindings verbunden, der zwischen einem an den Staat gerichteten Strafgesetz und einer an den Bürger gerichteten Norm unterscheidet, *Binding*, Die Normen I, 1922, 4. Aufl., S. V, 4 ff., 45 ff., 155, 162 ff.; *Binding*, in: Abhandlungen, I, 1915, S. 528; ausf. hierzu *Renzikowski*, ARSP 87, 2001, S. 110 ff.; *ders.*, in: FS-Gössel, 2002, S. 3 ff.; *ders.*, ARSP Beiheft 104, 2005, S. 115 ff.; *ders.*, GA 2007, S. 560 ff.; dazu siehe auch *Baumgarten*, Der Aufbau, 1913, S. 14 ff.; *Altenhain*, Das Anschlußdelikt, 2002, S. 282 ff.; zuletzt *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 7 ff., die richtigerweise darauf hinweist, dass spätestens die Sanktionsnormen „verhaltenslenkend wirken sollen“ (dazu u. C., II., 2.); zu der Diskussion über den entschuldigenden Notstand als bloße Einschränkung der Sanktions- oder schon der Verhaltensnorm siehe *Frister*, JuS 2013, S. 1057 ff., 1063 ff.

⁷ *Stammler*, Darstellung, 1878, S. 1.

⁸ Dazu eingehend *Engländer*, Nothilfe, 2008, S. 7 ff.; *Haas*, Notwehr, 1978, S. 126 ff.

⁹ Siehe die klassische Studie von *Roxin*, JuS 1966, S. 377 ff. Es ist richtig, dass zum Beispiel bei der Theorie der negativen Generalprävention offen bleibt, „von welchem Verhalten der Staat überhaupt die Befugnis hat abzuschrecken“ (S. 380). Es bestreitet aber niemand, dass das bei den Straftaten gegen die Person – gegen das Leben, den Leib – der Fall ist.

¹⁰ *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, 2007, S. 33: „Die Verpflichtung zur Respektierung fremder Rechtskreise ist die Rechtspflicht schlechthin“; siehe jüngst *Renzikowski* in: Hilgendorf/Joedern (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, S. 453 ff.

¹¹ *Janka*, Der strafrechtliche Notstand, 1878, S. 197: „Die ganze Existenz des Bedrängten ist in Gefahr“; *Stammler*, Darstellung, 1878, S. 63: Güter, die „das Wesen der Persönlichkeit ausmachen“; *Pretsch*, Das Notstandsrecht, 1899, S. 50: „Persönlichkeitsrechte“; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, 1911, S. 2: „wichtigste Lebensgüter“; *A. Köhler*, Der Notstand, 1926, S. 52 f., der von „schwere persönliche Gefahr“ und „Lebensentwertung“ spricht; *Oetker*, FG-Frank I 1930, S. 359 ff., 369, der den Ausdruck „wesentliche Schädigung der Person“ sogar für die Gesetzgebung vorschlägt; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, 1935, S. 105: Güter, „deren Bedrohung den Kampf