

Professor Dr. Wilfried Küper*

Die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes beim unechten Unterlassungsdelikt

<https://doi.org/10.1515/zstw-2019-0001>

I. Einführung

Das Gesetz regelt in § 34 StGB den rechtfertigenden Notstand. In einer gleichermaßen sprachlich überladenen wie inhaltlich vagen Vorschrift benennt es hier die Voraussetzungen dafür, dass jemand, der „eine Tat begeht“ – einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht –, gleichwohl „nicht rechtswidrig handelt“. Der Täter muss zunächst die Tat „in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut“ begehen, „um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden“. Voraussetzung ist weiter, dass „bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt“. Als Einschränkung wird hinzugefügt: „Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“ – Andererseits beschreibt das Gesetz in § 13 Abs. 1 StGB die tatbestandlichen Voraussetzungen des sog. unechten Unterlassungsdelikts (Garantendelikts) als Bedingungen dafür, dass der Tatbestand des jeweiligen Begehungsdelikts auch bei unterlassener Erfolgsabwendung gilt: „Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.“ Das Nebeneinander beider Regelungen im Gesetz führt zu der Frage, in welchem *Verhältnis* sie zueinander stehen. Anders und genauer formuliert, lautet die Frage, ob und inwiefern der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB (auch) auf den in § 13 Abs. 1 StGB umschriebenen Tatbestand des – unechten – Unterlassungsdelikts anwendbar ist.

*Kontaktperson: Wilfried Küper, emeritierter Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Das Gesetz hat es bei dem unverbundenen „Nebeneinander“ der Regelungen belassen und die in § 34 StGB für den rechtfertigenden Notstand formulierte Erlaubnisnorm nicht mit der in § 13 Abs. 1 StGB kodifizierten Tatbestandsbeschreibung koordiniert: Die Notstandsvorschrift enthält nicht nur keinen Hinweis darauf, dass die Begehung der (tatbestandsmäßigen) „Tat“, von der hier die Rede ist und bei deren Ausführung der Täter „nicht rechtswidrig handelt“, auch in einem tatbestandlichen Unterlassen bestehen kann. Vielmehr ist der *Normtext* des § 34 StGB in Formulierungen wie z. B. „eine Tat begeht“, „handelt nicht rechtswidrig“ oder „um die Gefahr abzuwenden“ sprachlich-semantic unverkennbar an der Tatbegehung durch *aktives Handeln* ausgerichtet¹. Das gilt ebenso für die Abwägung zwischen dem durch die Notstandstat „geschützten“ und dem hierdurch „beeinträchtigten Interesse“. Freilich lässt sich auch die in § 13 Abs. 1 StGB beschriebene, der aktiven Begehung hier prinzipiell gleichgestellte Unterlassung als eine „Tat“ i. S. des § 34 StGB verstehen und das „nicht rechtswidrige Handeln“ auf dieses Verhalten beziehen². Die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes auf das tatbestandliche Unterlassen ist bei diesem Ausgangspunkt grundsätzlich möglich; wie weit die Anwendbarkeit reicht, hängt dann davon ab, ob und wann die übrigen Voraussetzungen des § 34 StGB erfüllt sind.

Da es bei der Bestimmung des Verhältnisses von rechtfertigendem Notstand und Garantien-Unterlassung nicht um ein „exotisches“ Problem an der Peripherie der Straftatsystematik geht, sondern um eine deliktssystematische *Grundfrage* – wenn auch vermutlich von relativ geringer praktischer Bedeutung –, sollte man eigentlich erwarten, dass dieses Thema bereits in den strafrechtlichen „Standardwerken“ – Lehrbüchern und Kommentaren – stets genauer behandelt wird, entweder bei den Erläuterungen zum rechtfertigenden Notstand oder bei der Darstellung des unechten Unterlassungsdelikts. So verhält es sich jedoch nicht. Immerhin findet man aber in Lehrbüchern und Kommentaren – spezielle Abhandlungen zum Thema liegen nicht vor – verstreute substantielle Aussagen zur Anwendung des rechtfertigenden Notstandes beim unechten Unterlassungsdelikt, die über formelhafte Wendungen hinausgehen. Insgesamt betrachtet, ergibt sich aus solchen Äußerungen das „Mosaik“ eines Diskussionsstandes, der bisher in der Literatur noch nicht näher beschrieben worden ist:

¹ Vgl. auch Stein, in: Systematischer Kommentar StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 13 Rdn. 42: „in erster Linie auf Begehungsdelikte zugeschnitten“.

² Dazu Küper, JuS 2016, 1070, 1074.

II. Spurensuche: Die Notstandsrechtfertigung der unechten Unterlassung in der Lehrbuchliteratur

1. Die Ausgangslage

In den Lehrdarstellungen zum *rechtfertigenden Notstand* kommt die unechte Unterlassung als Anwendungsfall des § 34 StGB in aller Regel gar nicht vor. Zwar begegnet man im Kontext der rechtfertigenden Pflichtenkollision, die als „unterlassungsspezifischer Rechtfertigungsgrund“³ in allen relevanten Lehrbüchern eingehend berücksichtigt wird, häufiger der Bemerkung, dass sich bei der sog. Kollision von „*Handlungs-* und *Unterlassungspflicht*“ die Rechtfertigung nach den Regeln des rechtfertigenden Notstandes richtet⁴. Doch beziehen sich solche Bemerkungen – obwohl sie möglicherweise eine Aussage zur Rechtfertigung des Unterlassens implizieren – regelmäßig ausdrücklich oder sinngemäß lediglich auf die Verletzung der „*Unterlassungspflicht*“ durch *aktive Begehung* der Notstandstat: als Klarstellung, dass das Bestehen einer *Handlungspflicht* an den Anforderungen, die das Gesetz in § 34 StGB an die aktive Notstandshandlung stellt, grundsätzlich nichts ändert (und die für eine Kollision von *Handlungspflichten* etablierten Regeln hier nicht gelten sollen)⁵.

Bei der Lehrdarstellung des unechten *Unterlassungsdelikts* wird unter dem Aspekt der „*Rechtswidrigkeit*“ allerdings, wengleich selten und meist nur lakonisch, darauf hingewiesen, dass § 34 StGB auch für die Unterlassung einen Rechtfertigungsgrund enthalte⁶. Hierbei wird anscheinend – parallel zur aktiven Not-

3 Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2017, § 49 Rdn. 39.

4 Vgl. z. B. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2015, § 5 Rdn. 305 ff.; Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2015, § 11 Rdn. 88; Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2015, Rdn. 347; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 33 II. 1. b); Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 18 Rdn. 2; Krey/Esner, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2016, Rdn. 630; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. 2016, § 21 Rdn. 96; Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 9 Rdn. 126; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Aufl. 2018, Rdn. 1211.

5 So behandelt Kindhäuser, *Allg. Teil (Anm. 4)*, § 18 Rdn. 2, die Kollision von *Handlungs-* und *Unterlassungspflicht* allein unter dem Aspekt, „ob die an sich verbotene Handlung vorgenommen werden darf“. Eine Andeutung zur Möglichkeit, das *Unterlassen* nach § 34 StGB zu rechtfertigen, immerhin bei Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 25 Rdn. 66 a.E. Vgl. auch Hardtung/Putzke, *Examinatorium Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2016, Rdn. 1061 f.

6 Soweit überhaupt darauf eingegangen wird, ist der pauschale Hinweis verbreitet, dass „allgemeine Rechtfertigungsgründe“ wie der rechtfertigende Notstand grundsätzlich auch bei tatbestandsmäßigem Unterlassen anwendbar seien. Vgl. etwa Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf,

standstat – regelmäßig ein in Relation zu dem durch Unterlassen „beeinträchtigen“ Interesse „wesentliches Überwiegen“ desjenigen Interesses vorausgesetzt, welches mit der dem Unterlassen korrespondierenden Handlung (und insofern mit einer Unterlassung) „geschützt“ wird. Der gesetzliche Abwägungsmaßstab des „wesentlich überwiegenden Interesses“ soll dann also für die Rechtfertigung der Unterlassung ebenfalls gelten. In diesem Sinn heißt es z. B. im Lehrbuch von Kühl:

„Auch beim Unterlassungsdelikt gilt, dass die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit der unterlassenen Erfolgsabwendung indiziert. Dieses Indiz kann freilich auch hier durch das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes widerlegt werden. So ist etwa eine *Notstandsrechtfertigung* gem. § 34 anzunehmen, wenn der Täter einer Handlungspflicht (z. B. zum übernommenen Schutz für verwahrte Gegenstände) nicht nachkommt, um bei einem Brand höherwertige Sachen eines anderen zu retten, zu deren Rettung er *nicht verpflichtet* gewesen wäre.“⁷

Immerhin sind in der Lehrbuchliteratur zwei bemerkenswerte Ausnahmen von der beim unechten Unterlassungsdelikt überwiegend nur flüchtigen Behandlung des rechtfertigenden Notstandes zu registrieren:

2. Die Konzeption der Rechtfertigung des Unterlassens bei Roxin

Im zweiten Band seines großen Lehrbuchs zum „Allgemeinen Teil“ geht Roxin unter dem Gesichtspunkt der „Rechtswidrigkeit bei Unterlassungsdelikten“ auch

Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 46 Rdn. 170 f.; Hilgendorf/Valerius, Allg. Teil (Anm. 4), § 11 Rdn. 81; Kaspar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2017, § 10 Rdn. 1015; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Allg. Teil (Anm. 4), § 21 Rdn. 84; Stratenwerth/Kuhlen, Allg. Teil (Anm. 4), § 13 Rdn. 80; Wessels/Beulke/Satzger, Allg. Teil (Anm. 4), Rdn. 1211.

⁷ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rdn. 133 (Hervorhebungen z. T. im Original). Der Hinweis, dass der Unterlassende zur Rettung der höherwertigen Sachen „nicht verpflichtet“ gewesen wäre, dient ersichtlich der Abgrenzung zur rechtfertigenden Pflichtenkollision. Im folgenden, nicht ganz klaren Text (Rdn. 133 mit Fn. 283 a) wird auch die Möglichkeit angedeutet, dass für die Rechtfertigung der Unterlassung die „Gleichwertigkeit“ des geschützten Interesses ausreicht. – Auf welches *tatbestandsmäßige* Unterlassen sich im Ausgangsfall die Anwendung des § 34 StGB beziehen soll, wird nicht ausdrücklich gesagt. Offenbar ist insoweit an eine vom Garanten/Verwahrer durch Unterlassen begangene Untreue gedacht (die eine spezifische Vermögensbetreuungspflicht voraussetzen würde). Für die Rechtfertigung der Sachbeschädigung käme die Spezialvorschrift des § 904 BGB in Betracht. Zum Spezialitätsverhältnis vgl. etwa Erb, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 34 Rdn. 14 ff., mit weit. Nachw.

etwas näher auf die Anwendbarkeit des § 34 StGB ein⁸. Dabei legt er ersichtlich eine *andere* Konstellation zugrunde, als sie in dem von *Kühl* angedeuteten Sachverhalt vorliegt. Die dort gegebene Konstellation lässt sich so beschreiben, dass „*Rettungsinteressen*“ – Interessen an der Erhaltung des jeweils bedrohten Rechtsgutes – *miteinander* kollidieren: Dem durch Unterlassen „beeinträchtigten“ steht in diesem Fall ein Rettungsinteresse gegenüber, welches durch eine entsprechende – der Unterlassung korrespondierende – *Rettungshandlung* »geschützt« wird. Dagegen orientiert *Roxin* die Betrachtung erkennbar an der Konstellation des Unterlassens im Konflikt zwischen „Handlungs“- und „Unterlassungspflicht“ und somit an Fällen, in denen das durch Unterlassen beeinträchtigte „Rettungsinteresse“ mit einem „Integritätsinteresse“ kollidiert, das durch den Verzicht auf dessen Beeinträchtigung (also wiederum durch Unterlassung) „geschützt“ wird. In solchen Fällen sei es – so *Roxin* – für die Notstandsrechtfertigung des Unterlassens nicht einmal notwendig, dass „das bewahrte Rechtsgut das beeinträchtigte an Wert überwiegt“. Vielmehr gelte für Unterlassungsdelikte § 34 StGB „*in seiner Umkehrung*“, mit der Konsequenz, dass es zur Rechtfertigung ausreiche, wenn das „bewahrte Rechtsgut“ im Verhältnis zum beeinträchtigten „von gleichem oder nicht deutlich geringerem Wert“ sei. Dies ergebe sich daraus, dass ein Eingriff in die Rechte Dritter nach § 34 StGB nur bei „wesentlich Überwiegen des geschützten Rechtsguts“ gerechtfertigt werden könne⁹. – Hier wird also, in der Terminologie einer *Rechtsgüterkollision*, für die Rechtfertigung des Unterlassens der Abwägungsmaßstab des „wesentlich überwiegenden Interesses“ durch einen abweichenden Maßstab ergänzt: die „Gleichwertigkeit“ – oder doch nur unerhebliche Geringerwertigkeit – des geschützten Interesses in Relation zum beeinträchtigten.

Roxin hat dies am Lehrbuchbeispiel eines „Schiffsunglücks“ erläutert, bei dem ein Garant durch die Unterlassung, ihm anvertraute Sachen – „Goldbarren“ – aus einer akuten Gefahrenlage zu retten, (möglicherweise) den Tatbestand der Untreue erfüllt. In der ersten Fallvariante könnte er die ihm anvertrauten Gegenstände nur dadurch retten, dass er aus dem überfüllten Rettungsboot einen „Passagier“ ins Meer wirft und so „dem Tode überliefert“; er unterlässt es, die „Goldbarren“ auf diese Weise zu retten. In der zweiten Variante des Falles müssten als Rettungsmaßnahme nur Gegenstände „von gleichem oder nicht deutlich geringerem Wert“ aus dem Rettungsboot ins Meer geworfen werden; der Garant bleibt ebenfalls untätig. Nach *Roxin* wäre die tatbestandsmäßige Untreue in beiden Varianten nach § 34 StGB „*in seiner Umkehrung*“ gerechtfertigt. Für die

⁸ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 31 Rdn. 205.

⁹ *Roxin*, Allg. Teil II (Anm. 8), § 31 Rdn. 205.

Rechtfertigung der Sachbeschädigung durch Unterlassen – die *Roxin* nicht erwähnt – müsste die spezielle Rechtfertigungsnorm des § 904 BGB mit gleichen Ergebnissen „umgekehrt“ werden.

3. Die Konzeption der Rechtfertigung des Unterlassens bei Frister

Zu den »Ausnahmen« gehört aber vor allem das Kapitel zur „Rechtfertigung des Unterlassungsdelikts“ im Lehrbuch von *Frister*. Darin befasst sich der *Autor* eingehend und differenziert mit der Anwendung des rechtfertigenden Notstandes bei unechter Unterlassung. Zugrunde gelegt wird auch hier erkennbar die Situation eines Konflikts zwischen Handlungs- und Unterlassungspflicht:

Nach *Frister* ist bei der Abwägung der kollidierenden Interessen „im Regelfall der Maßstab des *Defensivnotstands* anzuwenden“¹⁰. Dies folge daraus, dass eine Abwendung des tatbestandlichen Erfolges durch Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter nach § 34 StGB nur erlaubt sei, sofern das geschützte Interesse das beeinträchtigte „wesentlich überwiegt“. Deshalb müsse „spiegelbildlich“ das Unterlassen der Erfolgsabwendung schon dann gerechtfertigt sein, wenn diese Voraussetzung *nicht erfüllt*, also das Interesse des unbeteiligten Dritten „nicht wesentlich geringerwertig“¹¹ sei als das durch die Unterlassung beeinträchtigte Interesse. Zum Abwägungsmaßstab des „Defensivnotstandes“ gelangt *Frister* (auch) mit der Annahme, dass zur Abwendung des tatbestandlichen Erfolges notwendige Rechtsgutsbeeinträchtigungen grundsätzlich „der Sphäre des bedrohten Rechtsguts zuzurechnen“ seien. Daher sei das *Unterlassen* der mit einer solchen Beeinträchtigung verbundenen Erfolgsabwendung regelmäßig eine „Defensivnotstandsmaßnahme, die in entsprechender Anwendung des § 228 BGB zu rechtfertigen ist“¹².

¹⁰ *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, 22. Kap. Rdn. 55. Dagegen soll für die Rechtfertigung des Unterlassens ausnahmsweise der „Abwägungsmaßstab des Aggressivnotstands“ gelten, wenn zur Erfolgsabwendung in Rechtsgüter einer Person eingegriffen werden muss, von deren Rechtssphäre „die abzuwendende Gefahr gegenwärtig ausgeht“ (Rdn. 57).

¹¹ Im Original: „geringerwertiger“.

¹² *Frister*, Allg. Teil (Anm. 10), 22. Kap. Rdn. 56, demonstriert den „Defensivnotstand“ an einem Beispielfall: Dem Garanten G hat dessen Freund F ein wertvolles Fahrzeug („Porsche“) anvertraut. Dem Fahrzeug droht eine erhebliche Beschädigung durch Hagelschlag. Diese Gefahr ist nur dadurch abzuwenden, dass G das Fahrzeug in der Garage seines Nachbarn N unterstellt. Dazu müsste er aber den dort abgestellten „Mercedes“ des N der Beschädigung durch Hagelschlag aussetzen. G unterlässt es, die Gefahr durch diesen (rechtswidrigen) Eingriff abzuwenden. Nach

III. Spurensuche II: Die Notstandsrechtfertigung der unechten Unterlassung in der Kommentarliteratur

Die *Kommentarliteratur* bietet ein ähnliches Bild wie die Behandlung unseres Themas in den strafrechtlichen Lehrbüchern. Überwiegend wird auf die Frage einer Notstandsrechtfertigung des Unterlassens nicht näher oder überhaupt nicht eingegangen. Doch gibt es auch Ausnahmen:

1. Leipziger Kommentar

Im großen „Leipziger Kommentar“ wird die Anwendbarkeit des rechtfertigenden Notstandes beim unechten Unterlassungsdelikt nirgends genauer behandelt. Die Kommentierung des § 13 StGB (*Weigend*) beschränkt sich auf den Hinweis, dass „grundsätzlich“ die allgemein anerkannten Rechtfertigungsgründe auch auf Unterlassungsdelikte anwendbar seien¹³. In den Erläuterungen zu § 34 StGB (*Zieschang*) findet sich zum Unterlassen lediglich die Aussage, dass die „begangene Tat“ als notwendig tatbestandsmäßiges Verhalten ein „Begehungs- oder Unterlassungsdelikt“ sein könne¹⁴. Unergiebig sind ferner die nahezu monographischen Vorbemerkungen zu den §§ 32ff. StGB (*Rönnau*). Bei der „Art des tatbestandsmäßigen Verhaltens“, welches für eine Rechtfertigung vorauszusetzen sei, wird nur sehr allgemein erwähnt, dass es sich „um einen Vorsatz- oder auch Fahrlässigkeitstatbestand handeln“ könne¹⁵; die Unterlassung kommt nicht ausdrücklich vor. Gleiches gilt für den in den Vorbemerkungen enthaltenen Überblick zum rechtfertigenden Notstand¹⁶. Anlässlich der ausführlich erörterten „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ (Kollision von Handlungspflichten)¹⁷ – bei der es ja ebenfalls um die Rechtfertigung eines *Unterlassens* geht – wird der charakteristische Unterschied zum rechtfertigenden Notstand darin gesehen, dass § 34 StGB ein „wesentliches Überwiegen“ des geschützten Interesses im Verhältnis zum beeinträchtigten verlange, während nach den Regeln der „Pflich-

Frister ist die damit begangene Sachbeschädigung durch Unterlassen als „defensive Notstandsmaßnahme“ gerechtfertigt.

¹³ *Weigend*, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rdn. 75.

¹⁴ *Zieschang*, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 34 Rdn. 41.

¹⁵ *Rönnau*, in: LK StGB (Anm. 14), Vor § 32 Rdn. 81.

¹⁶ *Rönnau*, in: LK StGB (Anm. 14), Vor § 32 Rdn. 113.

¹⁷ *Rönnau*, in: LK StGB (Anm. 14), Vor § 32 Rdn 115 ff.

tenkollision“ eine Pflicht- bzw. Interessenverletzung schon dann gerechtfertigt sein könne, „wenn sie dem Schutz des geringfügig oder gar nicht überwiegenden Interesses dient“¹⁸. Die Differenz wird darauf zurückgeführt, dass der Täter beim rechtfertigenden Notstand *aktiv* in das Rechtsgut eines unbeteiligten Dritten eingreife, bei der Pflichtenkollision hingegen nur die Rettung eines gefährdeten Interesses *unterlasse*. Dass unter dem Aspekt des „Unterlassens“ auch eine *Notstandsrecht*fertigung in Betracht kommt, bleibt ebenso unerwähnt wie der hierfür maßgebliche Abwägungsmaßstab.

2. Münchener Kommentar

Im „Münchener Kommentar“ wird in *Freunds* Erläuterungen des unechten Unterlassungsdelikts der Rechtfertigungsgrund des Notstandes nicht ausdrücklich berücksichtigt. Generell soll vielmehr der Satz gelten: „Besondere Rechtfertigungsprobleme stellen sich bei den Unterlassungsdelikten nicht.“¹⁹ Dieser Standpunkt erklärt sich daraus, dass der *Autor* in den sonst den Rechtfertigungsgründen zugeordneten Konstellationen des Unterlassens ohnehin bereits ein „grundsätzlich tatbestandlich zu missbilligendes Verhalten“ ablehnt²⁰. Genauere Kriterien für das Fehlen solcher tatbestandlichen Missbilligung in Notstandsfällen werden nicht mitgeteilt. – *Erb* geht in seiner Kommentierung des § 34 StGB auf die Anwendbarkeit des rechtfertigenden Notstandes beim Unterlassungsdelikt ebenfalls nicht explizit ein. Im Kontext der „Pflichtenkollision“ wird allerdings der Fall angesprochen, dass jemand als Garant für das in Not geratene Rechtsgut einzustehen hat, die erforderliche Rettungshandlung aber gegen ein *Verbot* verstößt und die Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstandes (für diese Handlung) nicht gegeben sind²¹. In diesem Fall – also einer Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht – sei die Rettungshandlung „schlicht verboten“. Für die Unterlassung bedeute dies, „dass der Betroffene²² insoweit eben nicht verpflichtet

18 *Rönnau*, in: LK StGB (Anm. 14), Vor § 32 Rdn. 119. – In Rdn. 120 erwähnt *Rönnau* bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht den Satz: „Geboten ist nur, was erlaubt ist“, ohne auf eine mögliche Notstandsrechtfertigung des Unterlassens einzugehen.

19 *Freund*, in: MK StGB (Anm. 7), § 13 Rdn. 193.

20 *Freund*, in: MK StGB (Anm. 7), § 13 Rdn. 194 ff.; Vor § 13 Rdn. 213 ff. Vgl. auch *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 6 Rdn. 94 ff.; *dens.*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 281 ff.

21 *Erb*, in: MK StGB (Anm. 7), § 34 Rdn. 40.

22 Gemeint ist: der Täter (der Unterlassende).

ist, zur Rettung des bedrohten Rechtsguts tätig zu werden²³. Ob „insoweit“ eine durch Notstand *gerechtfertigte* Unterlassung vorliegen kann, bleibt offen.

3. Nomos Kommentar

Im „Nomos Kommentar“ hat sich allein *Ulfrid Neumann* mit der Notstandsrechtfertigung des Unterlassens befasst²⁴, freilich – ähnlich wie *Erb* – nur indirekt und nicht unter diesem Titel. In seinen Bemerkungen zur „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ stellt er die Frage, ob die Fälle der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht „nach den besonderen Regeln der Pflichtenkollision oder aber ausschließlich nach § 34 zu beurteilen sind“²⁵. Die Antwort hänge „von der Wertstruktur des Instituts der Pflichtenkollision und ihrem Verhältnis zur Ratio des § 34 ab“. Hierzu wird dann zunächst dargelegt, dass „nach den Regeln der sog. Pflichtenkollision im Gegensatz zu § 34 eine Interessenverletzung schon dann gerechtfertigt sein“ könne, „wenn sie dem Schutz des nur geringfügig oder gar nicht überwiegenden (gleichwertigen) Interesses dient“²⁶. Für diesen Unterschied sei wiederum entscheidend, dass die Rettungshandlung bei der Pflichtenkollision nicht „*Rechtspositionen*“, sondern nur „(Rettungs-)Interessen eines anderen“ betreffe. Der in § 34 StGB festgelegte Abwägungsmaßstab beruhe aber auf dem Gesichtspunkt, dass Eingriffe in die Rechtssphäre eines Dritten zur Rettung eines Rechtsgutes grundsätzlich nur zulässig seien, wenn das „Erhaltungsinteresse“ das „Eingriffsinteresse“ wesentlich überwiege. Dieser Maßstab passe indes für Konstellationen nicht, in denen es um die Abwägung zweier verschiedener „Erhaltungsinteressen“ gehe. Von hier aus sieht *Neumann* die „entscheidende normative Differenz“ zwischen den Fällen der Pflichtenkollision und des rechtfertigenden Notstandes in der Differenz „zwischen der *Unterlassung der Rettung* eines gefährdeten Interesses einerseits und der *aktiven Verletzung* eines rechtlich geschützten Interesses andererseits“.

²³ *Erb*, in: MK StGB (Anm. 7), § 34 Rdn. 40 (grundsätzlicher Vorrang von Unterlassungs- gegenüber Handlungspflichten).

²⁴ *Neumann*, in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rdn. 124 ff. – In der Kommentierung des unechten Unterlassungsdelikts (*Gaede*, § 13 Rdn. 1 ff., 17) wird der Notstand als Rechtfertigungsgrund der Unterlassung nicht erwähnt; ebenso in den Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. (*Paeffgen/Zabel*, Vor §§ 32 ff. Rdn. 170 ff.).

²⁵ *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 124.

²⁶ *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 125 (auch zum Folgenden; Hervorhebungen nicht im Original).

Obwohl sich diese Bemerkungen unmittelbar nur auf das Verhältnis der Pflichtenkollision zum rechtfertigenden Notstand beziehen, legen sie die allgemeine Folgerung nahe, das die Anwendung des § 34 StGB auf jedes Verhalten – welches in der „Unterlassung der Rettung eines gefährdeten Interesses“ besteht – also auf unechtes Unterlassen überhaupt –, schlechthin ausgeschlossen ist. Diese Konsequenz zieht *Neumann* jedoch nicht²⁷. In den folgenden Ausführungen wird die Unterlassung dann unter dem Aspekt der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht noch einmal angesprochen: Sei der Eingriff in fremde Güter (Verletzung der „Unterlassungspflicht“) nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt, so bedeute dies für die entsprechende Unterlassung, „dass die Handlungspflicht schon deshalb entfällt, weil sie nicht auf eine rechtswidrige Tat gerichtet sein kann“²⁸. Dieser „Wegfall“ der Handlungspflicht bleibt aber insofern ein isoliertes Phänomen, als er nicht mit der Möglichkeit einer Notstandsrechtfertigung des Unterlassens in Verbindung gebracht wird.

4. Schönke/Schröder

Im Kommentar von *Schönke/Schröder* wird die Notstandsrechtfertigung unechten Unterlassens an drei verschiedenen Stellen berührt. In den Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. (*Bosch*) begegnet man zunächst einem knappen und farblosen Hinweis zur „Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte“. Sie stelle – so heißt es dort – „kein Sonderproblem dar“. Wer eine erforderliche und zumutbare Handlung unterlasse und damit einen Straftatbestand erfülle, verhalte sich „grundsätzlich rechtswidrig“ und könne „nur durch Rechtfertigungsgründe“ wie z. B. Notstand „gerechtfertigt sein“²⁹. In den Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. (*Sternberg-Lieben*) wird sodann unter dem Stichwort „Pflichtenkollision als Rechtfertigungsgrund“ die Konstellation des „Zusammentreffens einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht“ angesprochen. Hierbei sei „nach Notstandsgrundsätzen zu entscheiden, ob die an sich verbotene Handlung gerechtfertigt ist“. Andernfalls „entfällt insoweit schon die Handlungspflicht, weil diese nicht auf ein rechtswidriges Tun gerichtet sein kann“³⁰. Auf eine in diesem Fall mögliche Rechtfertigung des Unterlassens wird nicht eingegangen.

²⁷ Anders aber nunmehr *Neumann*, Festschrift für Yamanaka, 2017, S. 171, 176 ff.; dazu näher unten VII. 1. b).

²⁸ *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 126.

²⁹ *Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, 30. Aufl. 2019, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 157.

³⁰ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), Vorbem. §§ 32 ff. Rdn. 71/72.

Bei der Kommentierung des § 34 StGB (*Perron*) findet man schließlich einen kurzen Abschnitt mit der Überschrift „Notstand und Unterlassungsdelikt“³¹, der an vorausgegangene Bemerkungen zu „Notstand und Pflichtenkollision“ anschließt. Dort war gesagt worden, dass § 34 StGB nicht für die „echte“ Pflichtenkollision (Kollision von Handlungspflichten) gelte, welche „anderen Regeln“ folge³². Im Anschluss daran heißt es deshalb nunmehr, dass § 34 StGB beim Unterlassungsdelikt nur Bedeutung habe, „wenn der Täter einer Handlungspflicht nicht nachkommt, um andere Güter schützen zu können, *ohne dass* er insoweit jedoch zum Handeln *verpflichtet* wäre“³³. Nach § 34 StGB sei deshalb der Fall zu beurteilen, dass ein Verwahrer bei einem Brand auf Kosten der ihm anvertrauten Sache diejenige eines Dritten rettet. Bei diesem Sachverhalt – also einer Kollision von „Rettungsinteressen“ ohne eigentliche Pflichtenkollision – genüge es aber für die Rechtfertigung nicht, „dass die Unterlassung der Wahrung eines *gleichrangigen* Wertes dient, da das Gut, zu dessen Schutz eine *besondere Handlungspflicht* besteht, nur *höherrangigen* Interessen zu weichen braucht“³⁴. Die früher erwähnte Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht wird in der Kommentierung des § 34 StGB nicht mehr genannt.

5. Systematischer Kommentar – Kommentar von Matt/Renzikowski

Auf eine wesentlich *genauere Behandlung* des rechtfertigenden Notstandes bei unechter Unterlassung trifft man lediglich in zwei StGB-Kommentaren, dem großen „Systematischen Kommentar“ und dem Kommentar von *Matt/Renzikowski*:

a) Systematischer Kommentar

Im „Systematischen Kommentar“ wird die thematische Rechtfertigungsfrage zwar weder in der Kommentierung des § 13 StGB (*Stein*) noch in den Erläuterungen zu § 34 StGB (*Hoyer*) behandelt. Doch hat ihr *Stein* in der „Vorbemerkung vor § 13“ eingehende und präzise – wenn auch etwas kompliziert und unübersichtlich

³¹ *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), § 34 Rdn. 5.

³² *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), § 34 Rdn. 4.

³³ *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), § 34 Rdn. 5; Hervorhebung nicht im Original.

³⁴ *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), § 34 Rdn. 5; Hervorhebungen nicht im Original.

formulierte – Ausführungen gewidmet³⁵. Ausgangspunkt ist wiederum die „sog. Kollision einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht“. Der *Autor* kennzeichnet diese Konstellation so, dass „die Vornahme der an sich gebotenen *Handlung* für Rechtsgüter Dritter unerlaubt gefährlich wäre, die *Unterlassung* also geeignet und erforderlich ist, die bei Handlungsvornahme bestehende Gefahr *abzuwenden*“³⁶. Soweit hier das mit der Unterlassung „geschützte“ Interesse das durch sie „beeinträchtigte“ wesentlich überwiege, resultiere die Rechtfertigung bereits unmittelbar aus dem Wortlaut des § 34 StGB³⁷. Aus dem „materiellen Regelungsgehalt“ der Vorschrift ergebe sich aber darüber hinaus ein „Umkehrprinzip“, demzufolge § 34 StGB „analog anzuwenden ist, wenn das durch die Unterlassung geschützte Interesse nicht wesentlich geringerwertig³⁸ ist als das durch sie beeinträchtigte, insbesondere also in den Fällen der Gleichwertigkeit“. Denn aus der in erster Linie auf Begehungsdelikte zugeschnittenen Notstandsnorm folge, dass in diesen Fällen „die Handlungsvornahme mangels wesentlichen Überwiegens des mit der Handlung geschützten Interesses nicht gerechtfertigt, ihre Unterlassung daher sogar rechtlich geboten ist“³⁹.

Anders als den Konflikt von Handlungs- und Unterlassungspflicht hat *Stein* die Kollision von „*Rettungsinteressen*“ nicht ausdrücklich unter diesem Titel thematisiert. Sie taucht jedoch der Sache nach zuerst in einer Rubrik auf, die als „Kollision einer Handlungspflicht mit einem Eigeninteresse des Handlungspflichtigen“ bezeichnet wird⁴⁰. Da der rechtfertigende Notstand keinen Unterschied kenne zwischen Gefahren für Dritte und Gefahren, die dem Unterlassenden selbst drohen, sei § 34 StGB auch auf Fälle (unmittelbar oder analog) anwendbar, in denen „die Handlungsvornahme nicht für Dritte, sondern für den Garanten selbst gefährlich wäre“. Mit § 34 StGB ist nach *Stein* aber auch die Konstellation – des Konflikts von Rettungsinteressen – zu erfassen, dass „eine an sich gebotene Handlung unterlassen wird, um eine andere *rechtsgüterschützende* Handlung vornehmen zu können“. Hierzu werden einmal die Fälle gerechnet, „in denen (auch) die Handlung, deren Vornahme durch die Unterlassung ermöglicht wird“, durch eine Garantenpflicht geboten ist („Kollision mehrerer Handlungspflichten“)⁴¹.

35 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42 ff.

36 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42; Hervorhebung nicht im Original. Eine m. E. etwas unglückliche Formulierung: Durch die Unterlassung wird die Gefahr, die bei der *Vornahme* der erfolgsabwendenden Handlung bestehen würde, nicht „abgewendet“, sondern deren Entstehung von vornherein verhindert.

37 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42.

38 Im Original: „geringerwertiger“.

39 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42.

40 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 44.

41 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 44.

Auch solche Konstellationen des Unterlassens seien unmittelbar unter § 34 StGB zu subsumieren, sofern dessen Abwägungsmaßstab (wesentlich überwiegendes Interesse) gewahrt sei. Soweit dagegen das „durch die Unterlassung geschützte Interesse“ zwar nicht wesentlich überwiege, aber auch nicht geringerwertig sei, könne wiederum § 34 StGB analog angewendet werden. Die Notwendigkeit, einen eigenständigen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ anzuerkennen, bestehe deshalb nicht⁴². Ebenso zu bewerten seien schließlich die Konstellationen, „in denen die vorgenommene Handlung zwar Rechtsgüter Dritter schützt, aber von vornherein nicht rechtlich geboten ist“. Auch diese Fälle (der Kollision von Rettungsinteressen) seien damit, ohne dass es eines zusätzlichen eigenständigen Rechtfertigungsgrundes bedürfe, bei wesentlichem Überwiegen des geschützten Interesses unter § 34 StGB subsumierbar bzw. analog zu behandeln, wenn das geschützte Interesse nicht wesentlich geringerwertig sei⁴³.

b) Matt/Renzikowski

Im Kommentar von *Matt/Renzikowski* enthalten zwar die Erläuterungen zu § 13 StGB (*Haas*) lediglich den Hinweis, dass auch beim Unterlassungsdelikt die Rechtswidrigkeit der Tat durch die Erfüllung des Tatbestandes „indiziert“ werde und eine Rechtfertigung nach § 34 StGB z. B. in Frage komme, „wenn der Täter die an sich gebotene Handlung unterlässt, um wesentlich überwiegende Interessen zu schützen“⁴⁴. Doch hat *Engländer* in seiner Kommentierung des § 34 StGB dem „rechtfertigenden Notstand beim Unterlassungsdelikt“ ein besonderes, knappes, aber inhaltsreiches Kapitel gewidmet⁴⁵.

Der *Autor* knüpft darin an vorausgegangene Bemerkungen zum Fall „miteinander kollidierender Handlungspflichten“ an. Bei dieser Fallgestaltung seien „ausschließlich die Grundsätze der rechtfertigenden Pflichtenkollision maßgeblich“. Auf Unterlassungsdelikte könne § 34 StGB daher nur in *zwei Konstellationen* angewendet werden. In der ersten unterlasse der Garant eine Rettungshandlung und erhalte dadurch ein anderes Gut, zu dessen Schutz er *nicht verpflichtet* sei. Damit ist die „Kollision von Rettungsinteressen“ angesprochen. In der zweiten Konstellation werde eine Rettungshandlung unterlassen, durch die der Garant

42 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 45.

43 *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 46.

44 *Haas*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, 2013, § 13 Rdn. 49.

45 *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 53 ff.

„die Güter eines anderen im Wege *aktiven Tuns* verletzen würde – Kollision einer Handlungspflicht mit einer Unterlassungspflicht“⁴⁶.

Im Anschluss hieran befasst sich der *Autor* genauer mit der Notstandsrechtfertigung des Unterlassens. Die „Regelungen des rechtfertigenden Notstands“ gelten danach nicht nur für das Begehungs-, sondern auch für das Unterlassungsdelikt: „In Betracht kommen sie, wenn der Garant eine ihm an sich gebotene und mögliche Rettungshandlung nicht vornimmt, um seine eigenen Güter zu erhalten oder um nicht die Güter eines anderen im Wege *aktiven Tuns* zu beeinträchtigen.“⁴⁷ Beim Unterlassen „verschiebe“ sich indessen der „Abwägungsmaßstab“. Im Hinblick auf die Unterlassung von Rettungshandlungen, durch deren Vornahme die Rechtsgüter eines *anderen* aktiv beeinträchtigt würden, verstehe sich dies geradezu von selbst: „Denn ist beim Aggressivnotstand die *Vornahme* einer solchen Rettungshandlung nur zulässig, wenn das geschützte Interesse (d. h. das Interesse des Schutzbefohlenen) das durch die Rettungshandlung beeinträchtigte Interesse (das Interesse des Dritten) wesentlich überwiegt, so muss umgekehrt das *Unterlassen* dieser Rettungshandlung schon dann gerechtfertigt sein, wenn das *dadurch* geschützte Interesse (nun das Interesse des Dritten) zumindest *nicht wesentlich weniger wiegt* als das durch das Unterlassen beeinträchtigte Interesse (also das Interesse des Schutzbefohlenen).“⁴⁸

Aus Gründen der „Wertungskonsistenz“ bedürfe es einer Anpassung des Abwägungsmaßstabes aber auch in den Fällen, in denen ein „Beschützergarant“ die Rettungshandlung unterlässt, um seine eigenen Güter zu erhalten. Das von ihm zu erbringende Sonderopfer könne hier nicht weiter reichen als bei einer „Rettungsduldungspflicht“. Einen „Rettungseingriff“ in seine Güter müsse er nach § 34 StGB nur hinnehmen, wenn das Interesse des Schutzbefohlenen sein eigenes Interesse wesentlich überwiege. Deshalb werde das Unterlassen der Rettungshandlung zum Erhalt eigener Güter schon dann gerechtfertigt, wenn das geschützte Interesse (des Garanten) nicht weniger wiege als das beeinträchtigte Interesse (des Schutzbefohlenen), also zumindest gleichwertig sei⁴⁹. – Eingang hatte *Engländer* die „erste“ Anwendungskonstellation allgemein so bezeichnet,

⁴⁶ *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 9; Hervorhebungen nicht im Original.

⁴⁷ *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 53.

⁴⁸ *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 55; Hervorhebungen überwiegend nicht im Original.

⁴⁹ *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 55. – Anders sei beim „Überwachungsgaranten“ zu verfahren. Da ihn die „Zuständigkeit“ für die Gefahrenquelle treffe, sei das Unterlassen der Rettungshandlung hier nur gerechtfertigt, wenn das geschützte Interesse (des Überwachungsgaranten) das beeinträchtigte Interesse (des Hilfsbedürftigen) wesentlich überwiege (Rdn. 55 a. E.).

dass der Garant durch das Unterlassen ein anderes Rechtsgut erhalte, zu dessen Schutz er *nicht verpflichtet* sei. Dazu gehört jedoch nicht nur die Erhaltung „eigener Güter“, sondern gerade auch die Unterlassung zum Schutz fremder Rettungsinteressen, also das Unterlassen in der Kollision von „Rettungsinteressen“ (ohne eigentliche Pflichtenkollision) überhaupt. Es fällt auf, dass der *Autor* diese Variante der „ersten“ Konstellation bei der Bestimmung des Abwägungsmaßstabes nicht mehr eigens berücksichtigt. Vermutlich soll der Maßstab mit dem für die „Erhaltung eigener Güter“ geltenden übereinstimmen. Doch könnte dies nicht mehr mit den Grenzen eines zulässigen „Rettungseingriffs“ und einer entsprechenden „Rettungsduldungspflicht“ begründet werden. Insofern enthält *Engländers* differenzierte Systematik der Notstandsrechtfertigung des Unterlassens eine „Leerstelle“.

IV. „Flurbereinigung“

1. Rückblick

Das Referat über die Lehrbuch- und Kommentarliteratur zur Anwendbarkeit des rechtfertigenden Notstandes beim unechten Unterlassungsdelikt hat, entgegen dem ersten Anschein, eine überraschende Vielfalt substanzieller – z. T. auch etwas „versteckter“ – Aussagen zu diesem Thema zutage gefördert, die in ihrer Summe für die Notstandsrechtfertigung des Unterlassens ein breites Anwendungsspektrum reklamieren. Das Spektrum möglicher Anwendungsfälle reicht dabei von der Kollision einer „Handlungspflicht“ mit einem „Eigeninteresse“ des Garanten über die – meist im Vordergrund stehende – Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht sowie die schlichte Kollision von „Rettungsinteressen“ bis zur eigentlichen „Pflichtenkollision“ als Konkurrenz gegenläufiger Handlungspflichten. Der Diskussionsstand ist damit bereits unübersichtlich geworden. Für die weiteren Überlegungen empfiehlt sich daher eine gewisse „Flurbereinigung“ des Materials, und zwar in stofflicher und in deliktssystematischer Hinsicht:

2. Stoffbegrenzung

In stofflicher Hinsicht ist eine Begrenzung des Themas angezeigt, die eine Konzentration der Untersuchung auf die Kernfragen der Notstandsrechtfertigung beim unechten Unterlassungsdelikt gewährleistet. Unter diesem Gesichtspunkt soll die Kollision der „Handlungspflicht“ mit einem „Eigeninteresse“ des Garan-

ten aus der Betrachtung ausgeklammert werden. Sie stellt ohnehin insofern ein spezielles Problem dar, als diese Konstellation überwiegend unter dem Aspekt der sog. „Unzumutbarkeit“ thematisiert wird: als Grund eines pflichtbegrenzenden Tatbestandsausschlusses oder einer übergesetzlichen Entschuldigung⁵⁰ und nur vereinzelt als Rechtfertigungsgrund⁵¹. Auf diesen Problembereich, der Gegenstand einer eigenen Abhandlung sein müsste, wird hier deshalb nicht näher eingegangen. Außerhalb der Untersuchung liegt auch die Frage, ob und inwiefern die „echte“ *Pflichtenkollision* (Kollision von Garantienpflichten) als Erscheinungsform der Notstandsrechtfertigung beim Unterlassungsdelikt begriffen werden kann. Die Kollision von Handlungspflichten wird allerdings in späterem Zusammenhang, bei der Konkurrenz von „Rettungsinteressen“, noch Bedeutung gewinnen. Hauptgegenstand der folgenden Überlegungen sind damit die beiden „klassischen“ Notstandskonstellationen beim unechten Unterlassungsdelikt: die Unterlassung im Fall der Kollision von „Handlungs“- und „Unterlassungspflicht“ sowie die Unterlassung im Konflikt von „Rettungsinteressen“ (ohne Kollision von „Pflichten“).

3. Deliktssystematische Klarstellung

Deliktssystematisch wird die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes, wie überwiegend in der bisherigen Literatur, auch beim unechten Unterlassungsdelikt als eine Frage der *Rechtfertigung* – auf der zweiten Stufe des Deliktsaufbaues – verstanden, nicht als Problem des *Tatbestandsausschlusses* (etwa: des „tatbestandsmäßig missbilligten Verhaltens“) durch Notstandsvoraussetzungen⁵² oder des entsprechenden Ausschlusses bereits der *Garantenpflicht* selbst⁵³. Vor-

50 Vgl. nur Haas, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 13 Rdn. 30 ff.; *Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 155 ff.; jew. mit weit. Nachw.

51 Für eine Qualifizierung als Notstandsrechtfertigung außer den oben in Anm. 40, 49 Zitierten namentlich *Engländer*, Festschrift für Roxin (II), 2011, S. 657, 660 ff.; *Frister*, Allg. Teil (Anm. 10), 22. Kap. Rdn. 59 f.; *Gropp*, Allg. Teil (Anm. 4), § 11 Rdn. 116, 201; *Hoyer*, Festschrift für Küper, 2007, S. 173, 181; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 297 f.; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 87 ff., 100 ff.; *Roxin*, Allg. Teil II (Anm. 8), § 31 Rdn. 206.

52 So *Freund*, in: MK StGB (Anm. 7), § 13 Rdn. 194 ff.; Vor § 13 Rdn. 213 ff. (vgl. oben Anm. 20).

53 So *Roxin*, Allg. Teil II (Anm. 8), § 31 Rdn. 201, der die Trennung von Tatbestandsmäßigkeit/Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit/Rechtfertigung beim unechten Unterlassungsdelikt für „gekünstelt“ hält, gleichwohl aber durchgehend (Rdn. 204 ff.) von einer „Rechtfertigung durch Notstand“ spricht. Kritisch dazu *Küper*, Festschrift für Rengier, 2018, S. 67, 72 mit Fn. 29; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/ Mitsch/Eisele*, Allg. Teil (Anm. 4), § 21 Rdn. 94 mit Fn. 441. Für echte Recht-

ausgesetzt ist damit, dass die jeweilige Unterlassung ein tatbestandsmäßig-pflichtwidriges, mit der Garantenpflicht unvereinbares (pflichtverletzendes) Verhalten darstellt, dessen Unrecht erst durch den Rechtfertigungsgrund des Notstandes ausgeschlossen wird⁵⁴. Diese Systematik beruht auf der weithin anerkannten, durch die prinzipielle tatbestandliche Gleichstellung von unechter Unterlassung und aktiver Begehung (§ 13 Abs. 1 StGB) vorgezeichneten Annahme, dass auch für das Unterlassungsdelikt ein dreistufiger Straftaufbau gilt, in dem Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit/Rechtfertigung zu unterscheiden sind. Auch das sog. „Entfallen“ der Handlungspflicht, wie es bei der Kollision mit einer Unterlassungspflicht verschiedentlich angenommen wird, wenn deren Verletzung (Eingriff in eine fremde Gütersphäre) nicht nach 34 StGB zu rechtfertigen ist⁵⁵, wird deshalb als Anwendungsfall der *Rechtfertigung* tatbestandlich-pflichtverletzenden Unterlassens begriffen. Nur in dieser Bedeutung gilt dann folgerichtig der häufiger zitierte Satz, dass eine Handlungspflicht nicht auf eine rechtswidrige Tat gerichtet sein könne (und deshalb „entfalle“, sofern sie darauf gerichtet wäre). – Im Übrigen geht es bei der Anwendung des § 34 StGB auf die Unterlassung nur um den Regelungsgehalt des Satzes 1, während die in Satz 2 enthaltene „Angemessenheitsklausel“ bei der Rechtfertigung des Unterlassens keine Funktion hat.

fertigung des Unterlassens bereits *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 96 ff., 123; *ders.*, JuS 1987, 81, 90.

54 Dabei wird nicht verkannt, dass nach heute überwiegender Auffassung die „Garantenpflicht“, im Gegensatz zur „Garantenstellung“, nicht zum objektiven Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikts gehören, sondern – als Korrelat der „Unterlassungspflicht“ beim Begehungsdelikt – die *Rechtswidrigkeit* der Unterlassung bezeichnen soll. Vgl. etwa *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 7), § 18 Rdn. 129; *Rengier*, Allg. Teil (Anm. 3), § 49 Rdn. 37; *Roxin*, Allg. Teil II (Anm. 8), § 31 Rdn. 191; *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 36; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), § 15 Rdn. 96; jew. mit weit. Nachw.; anders z. B. *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 19 (40 und passim); *Stratenwerth/Kuhlen*, Allg. Teil (Anm. 4), § 13 Rdn. 59 f.; *Wohlers/Gaede*, in: NK StGB (Anm. 24), § 13 Rdn. 20. Diese „Rechtswidrigkeit“ reflektiert jedoch nur die aus der Garantenstellung in der konkreten Situation resultierende Pflichtwidrigkeit des Unterlassens und reicht nicht weiter als sie. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung insgesamt wird dadurch nicht definitiv bestimmt, kann vielmehr durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden („Rechtfertigung an sich rechtswidrigen Unterlassens“). Jedenfalls im Kontext der Rechtfertigung kann daher auch die Garantenpflicht dem Tatbestand zugeordnet werden: Ein bloßes „Unterlassen in Garantenstellung“ (ohne Pflichtwidrigkeit) ergibt allein keinen sinnvollen Rechtfertigungsgegenstand. Dass sich der *Vorsatz* des Unterlassungstäters nicht auf die Garantenpflicht selbst, sondern nur auf deren sachliche Voraussetzungen (namentlich die Garantenstellung) bezieht, steht auf einem anderen Blatt. Vgl. zum Ganzen auch *Küper*, Festschrift für Neumann, 2017, S. 931, 932 mit Fn. 10, sowie *ders.*, Festschrift für Rengier, S. 67, 72.

55 Vgl. etwa *Erb*, in: MK StGB (Anm. 7), § 34 Rdn. 40; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), Vorbem. §§ 32 ff. Rdn. 71/72; *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 126.

V. Die Grundvoraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes beim unechten Unterlassungsdelikt

1. Das Problem

Soweit die Notstandsrechtfertigung der unechten Unterlassung in der Literatur bisher genauer behandelt wird, liegt der Schwerpunkt deutlich auf der Bestimmung des *Abwägungsmaßstabes* für das Verhältnis der kollidierenden Interessen. Doch muss zuvor gefragt werden, ob und inwiefern die gesetzlichen *Grundvoraussetzungen* des rechtfertigenden Notstandes überhaupt vorliegen. Da sie im Normtext primär für aktives Handeln formuliert sind, müssen sie inhaltlich zugleich „unterlassungsbezogen“ angewandt werden (können). Die Frage betrifft das Erfordernis, dass die gegenwärtige Gefahr „nicht anders abwendbar“ sein muss als durch die (Unterlassungs-)Tat, ferner die Begehung dieser Tat, „um die Gefahr abzuwenden“, und allgemein die Polarität von „geschütztem“ und „beeinträchtigtem“ Interesse. In diesen Punkten zeigt sich eine bemerkenswerte Differenz zwischen der Unterlassung im Konflikt von „Rettungsinteressen“ einerseits und in der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht andererseits.

2. Die Kollision von Rettungsinteressen

Bleibt der Täter bei einer Kollision von Rettungsinteressen nicht gänzlich untätig, greift er vielmehr – handelnd und unterlassend – in den Konflikt ein, so wird die Gefahr für ein bedrohtes Rechtsgut durch *aktives Handeln* „abgewendet“, und der Täter handelt „zur Abwendung“ dieser Gefahr. Diesem aktiven Verhalten korrespondiert jedoch die pflichtwidrige Unterlassung, das kollidierende, ebenfalls gefährdete Rechtsgut zu retten. Unterlässt der Täter damit bei der aktiven Abwendung der Gefahr zugleich die Befolgung seiner Garantienpflicht, so ist diese Unterlassung notwendige Bedingung der Möglichkeit, die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut (aktiv) abzuwenden. Insofern darf man sagen, dass die Gefahr nur („nicht anders als“) durch die *Unterlassung* „abwendbar“ ist und dass der Täter unterlässt, „um die Gefahr abzuwenden“⁵⁶. Das „geschützte“ Interesse ist in

⁵⁶ Vgl. dazu Küper, JuS 2016, 1070, 1074; auch Stein, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 44, der von einer „rechtsgüterschützenden Handlung“ spricht, „deren Vornahme durch die Unterlassung ermöglicht wird“.

dieser Konstellation identisch mit dem – auch – durch die Unterlassung erhalten/bewahrten Interesse; das „beeinträchtigte“ ist das durch Unterlassen „preisgegebene“, *nicht* durch Gefahrabwendung „geschützte“ Interesse.

3. Die Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht

Bei einer Unterlassung in der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht ist die Ausgangslage anders. In diesem Fall wird die gegenwärtige Gefahr nicht „abgewendet“, weder aktiv noch passiv durch Unterlassen, und der Täter unterlässt auch nicht, „um die Gefahr abzuwenden“; er unterlässt es lediglich, „die Gefahr abzuwenden“ – wie dies bei der Kollision von Rettungsinteressen im Verhältnis zum „preisgegebenen“ Interesse geschieht –. Soweit von der „Abwendung“ einer Gefahr überhaupt gesprochen werden kann, besteht sie allenfalls darin, dass der Täter mit der Unterlassung die Gefahr eines *Eingriffs* in eine unbeteiligte Gütersphäre vermeidet, die bei aktiver Abwendung der „eigentlichen“ Gefahr entstehen und realisiert würde⁵⁷. Doch ist dies nicht *die Gefahr*, auf die sich die Voraussetzungen beziehen, dass sie „nicht anders abwendbar“ sein und der Täter „zu deren Abwendung“ handeln muss. Es ist evident, dass insoweit die gesetzlichen Grundvoraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes nicht mehr „unterlassungsbezogen“ interpretierbar und deshalb jedenfalls unmittelbar nicht anwendbar sind. Doch lässt sich immerhin eine *analoge* Anwendung begründen:

In der Voraussetzung, dass die Gefahr „nicht anders“ als durch die Tat „abwendbar“ sein muss, beschreibt das Gesetz – für das Begehungsdelikt – in der Sache („materiell“) das elementare Notstandserfordernis eines unvermeidlichen *Interessenkonflikts*: die Kollision des Interesses an der Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes mit dem gegenläufigen Interesse an der Integrität desjenigen Gutes, in dessen Bestand zur Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes eingegriffen werden muss. Mit dem Erfordernis der Tatbegehung, „um die Gefahr abzuwenden“, wird die *Auflösung* dieser Kollision (zugunsten des „Erhaltungsgutes“) gekennzeichnet. Eine vergleichbare Kollision mit vergleichbarer Auflösung liegt aber auch bei einem Unterlassen vor. In diesem Fall kollidiert ebenfalls das Interesse an der Erhaltung des gefährdeten Gutes mit einem Interesse an der Integrität des Rechtsgutes, das zur Erhaltung des gefährdeten Gutes beeinträchtigt werden muss. Nur erfolgt die Auflösung dieser Kollision auf andere Weise als bei der Begehungstat: Der Täter *beeinträchtigt* dadurch, dass er die

57 Vgl. Stein, in: SK StGB (Anm. 1), Vor§ 13 Rdn. 42 (dazu auch oben Anm. 36).

bestehende Gefahr *nicht* abwendet, das Interesse an der Erhaltung des gefährdeten Gutes und *vermeidet* so die Beeinträchtigung des kollidierenden Integritätsinteresses. An die Stelle der „nicht anders“ als durch die Notstandstat abwendbaren Gefahr tritt nunmehr das Moment, dass die Beeinträchtigung jenes Integritätsinteresses „nicht anders“ als durch die Nichtabwendung der Gefahr (Unterlassung) *vermeidbar* ist. Von dieser Differenz abgesehen ist aber die Kollisionslage so ähnlich, dass die Grundvoraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes analog angewandt werden können. Das durch Unterlassen „beeinträchtigte“ Interesse ist dann mit dem bei der Kollision von Rettungsinteressen „preisgegebenen“ identisch, das „geschützte“ Interesse allerdings synonym mit dem *nicht beeinträchtigten*, „geschonten“ Integritätsinteresse.

VI. Probleme des adäquaten Abwägungsmaßstabes bei der Notstandsrechtfertigung der Unterlassung

Sind damit beim unechten Unterlassen die gesetzlichen *Grundvoraussetzungen* des rechtfertigenden Notstandes sowohl im Konflikt von Rettungsinteressen als auch in der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht (zumindest analog) anwendbar, so stellt sich das Problem des *Abwägungsmaßstabes* für die Relation der kollidierenden Interessen. Hierbei sind zwei Fragenkomplexe voneinander zu trennen. Zunächst geht es darum, den für eine Rechtfertigung des Unterlassens *sachgerechten* (adäquaten, „richtigen“) Maßstab näher zu bestimmen. Sodann ist zu fragen, ob und inwieweit dieser Abwägungsmaßstab in der *gesetzlich* (positivrechtlich) getroffenen Notstandsregelung enthalten bzw. mit ihr vereinbar ist.

1. Die „Umkehrung“ des regulären Abwägungsmaßstabes

§ 34 StGB verlangt für die Rechtfertigung der Notstandstat ausdrücklich, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte „wesentlich überwiegt“. Dieser strenge Abwägungsmaßstab beruht auf der Voraussetzung eines „Aggressivnotstandes“, bei dem der Täter zur Abwendung der Gefahr für ein Rechtsgut *aktiv* in die Gütersphäre eines unbeteiligten „Dritten“ eingreift. Es besteht daher in der Literatur, soweit sie sich bisher mit dem Maßstabsproblem näher befasst hat, weitgehender Konsens darüber, dass dieser Maßstab für eine adäquate Rechtfertigung der pflichtwidrigen Unterlassung nicht verbindlich sein kann, sondern der veränder-

ten Interessenrelation angepasst werden muss. Primär für die Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht ist deshalb eine „Umkehrung“ des gesetzlichen Abwägungsmaßstabes mit dem Inhalt vorgeschlagen worden, dass zur Rechtfertigung der Unterlassung der Schutz eines im Verhältnis zum beeinträchtigten *annähernd gleichwertigen* („nicht wesentlich geringerwertigen“) Interesses ausreicht⁵⁸ – was eine Rechtfertigung bei „wesentlich überwiegendem“ Interesse nicht ausschließt –. Man kann den Abwägungsmaßstab auch so formulieren, dass die Unterlassung gerechtfertigt ist, wenn der Täter damit ein „mindestens gleichwertiges“ Interesse schützt. Dieses „Umkehrprinzip“ (*Stein*) soll anscheinend auch bei der Kollision von „Rettungsinteressen“ maßgebend sein⁵⁹. *Engländer* hat die „Umkehrung“ des Abwägungsmaßstabes und ihren Grund präzise formuliert:

„Ist beim Aggressivnotstand die *Vornahme* einer solchen [scil. aktiven] Rettungshandlung nur zulässig, wenn das geschützte Interesse das durch die Rettungshandlung beeinträchtigte wesentlich überwiegt, so muss *umgekehrt* das *Unterlassen* dieser Rettungshandlung schon dann gerechtfertigt sein, wenn das dadurch geschützte Interesse *zumindest nicht weniger wiegt* als das durch Unterlassen beeinträchtigte Interesse.“⁶⁰

2. Der Abwägungsmaßstab bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht

Bei einer Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht ist eine solche Anpassung des Abwägungsmaßstabes schlüssig. Denn die *Unterlassung*, zur Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes „aggressiv“ in ein unbeteiligtes Integritätsinteresse einzugreifen, das sonst beeinträchtigt werden müsste, stellt die spiegelbildliche „Umkehrung“ einer derartigen Notstandsmaßnahme dar. Gleichwohl ist es unbefriedigend, den Abwägungsmaßstab nur formal mit solcher Umkehrung zu begründen, weil der eigentliche Legitimationsgrund einer Notstandsrechtfertigung des Unterlassens, für die bereits der Schutz eines „gleichwertigen“ Interesses genügen soll, hierbei verborgen bleibt. Der Legitimations-

⁵⁸ Vgl. dazu die bereits referierten Vorschläge von *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 55; *Frister*, Allg. Teil (Anm. 10), 22. Kap. Rdn. 55; *Roxin*, Allg. Teil II (Anm. 8), § 31 Rdn. 205; *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42. Vgl. auch bereits *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 29 ff., 34.

⁵⁹ So jedenfalls *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 46.

⁶⁰ *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 55; Zitat gekürzt, Hervorhebungen z. T. im Original.

grund wird aber deutlich, sobald man sich vergegenwärtigt, dass der Täter mit dem – in der Unterlassung enthaltenen – *Verzicht* darauf, die dem Rechtsgut drohende Gefahr durch die Beeinträchtigung eines mindestens gleichwertigen Interesses abzuwenden, das für den Aggressivnotstand geltende „Grundgesetz“ der Notstandserlaubnis respektiert: die Maxime, dass unbeteiligte Rechtsgüter nur verletzt werden dürfen, wenn dies zum Schutz eines wesentlich überwiegen- den Interesses erforderlich ist. Eine Rechtfertigung der Unterlassung, die dem Rechtsgut drohende Gefahr abzuwenden, ist bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht nur die „positive Kehrseite“ des Verbots der Gefahr- abwendung durch aktive Beeinträchtigung des kollidierenden Interesses⁶¹.

3. Der Abwägungsmaßstab beim Konflikt von Rettungsinteressen

a) Der Ausgangspunkt

Für die Rechtfertigung der Unterlassung im Konflikt von *Rettungsinteressen* ist eine solche Umkehrung des Abwägungsmaßstabes jedoch keine angemessene Methode. Denn in dieser Konstellation ist die Unterlassung nicht jenes „Spiegelbild“ einer aggressiven Notstandshandlung, das sie bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht darstellt, und nicht die „positive Kehrseite“ eines unerlaubten aggressiven Eingriffs. Sie hat vielmehr selbst einen quasi-aggressiven Charakter: Der Täter greift zwar nicht zur Rettung eines gefährdeten Rechtsgutes in eine fremde Gütersphäre ein, opfert aber mit der Unterlassung, die Gefahr abzuwenden, ein „unbeteiligtes“ gefährdetes Rechtsgut, um ein anderes, ebenfalls gefahrbedrohtes Rechtsgut zu retten – gleichsam ein „Eingriff durch Unterlassen“. Das ist eine strukturell andere Konstellation, als sie bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht vorliegt. Der Abwägungsmaßstab muss deshalb anders konzipiert und begründet werden. Hierzu kann auf die Regeln der Interessenabwägung zurückgegriffen werden, die für die Rechtfertigung der Unterlassung bei „rechtfertigender Pflichtenkollision“ gelten:

⁶¹ Dieser Gesichtspunkt erlaubt es auch, in Zweifelsfällen die „Gleichwertigkeit“ des geschützten Interesses im Verhältnis zum beeinträchtigten genauer zu bestimmen. Ist das durch die Unterlassung „geschützte“ Interesse nicht eindeutig höherwertig, sondern möglicherweise eher geringerwertig, so ist dessen „Gleichwertigkeit“ daran zu erkennen, dass es durch einen aktiven Notstandseingriff nicht beeinträchtigt werden dürfte. Vgl. dazu in anderem Zusammenhang *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 100 ff.

b) Pflichten- und Interessenabwägung bei rechtfertigender Pflichtenkollision

Der Kollision von Handlungspflichten (Garantenpflichten), die aus einer Gefahrenlage resultieren⁶², liegt zugleich eine Kollision von „*Rettungsinteressen*“ zugrunde⁶³. Bei der Pflichtenkollision hat man es daher mit einer „doppelten“ Kollision zu tun⁶⁴, einer Kollision auf der Ebene von Rettungspflichten („Pflichtenebene“) und einer weiteren auf der Ebene von Rettungsinteressen („Interessenebene“). Zwischen beiden Ebenen besteht gleichsam Parallelität. Dabei ist die Interessenebene insofern die primäre, als sie grundsätzlich eine Differenzierung der Pflichten nach ihrer relativen Wertigkeit ermöglicht: Die Bewertung einer Rettungspflicht als – im Verhältnis zur konkurrierenden – „höherwertig“, „geringerwertig“ oder „gleichwertig“ entspricht (und folgt aus) der Wertigkeit des jeweiligen Rettungsinteresses, das ebenfalls „höher“- , „geringer“- oder „gleichwertig“ ist. Man kann deshalb von einer „abgeleiteten Pflichtenbewertung“ sprechen⁶⁵. Die im Ergebnis anerkannte Beurteilung, dass bei Erfüllung der höherwertigen Pflicht das Unterlassen gerechtfertigt ist, das in der Nichtbefolgung der geringerwertigen besteht⁶⁶, lässt sich damit auf beiden Kollisionsebenen begründen. Auf der „Pflichtenebene“ ergibt sich die Rechtfertigung daraus, dass die Befolgung der höherwertigen („wichtigeren“) Pflicht Vorrang hat vor der Erfüllung der geringerwertigen und deren Nichtbefolgung deshalb von der Rechtsordnung erlaubt wird. Auf der „Interessenebene“ resultiert, parallel dazu, die Rechtfertigung des pflichtwidrigen Unterlassens daraus, dass der Pflichtadressat das

62 Im Folgenden wird mit der herrschenden Auffassung vorausgesetzt, dass eine echte Pflichtenkollision – als Konkurrenz unvereinbarer Handlungspflichten – theoretisch anzuerkennen ist. Nach einer inzwischen häufiger vertretenen Gegenmeinung, die bisher noch keine einheitliche Gestalt gewonnen hat, sind die kollidierenden Pflichten bloße „Prima-facie-Pflichten“ oder „hypothetische Pflichten“, aus deren Verhältnis sich die eigentliche, „definitive“ Handlungspflicht ergibt, die selbst mit keiner anderen Pflicht kollidiert. Vgl. zu den verschiedenen Tendenzen in dieser Richtung die Nachweise bei *Küper*, Festschrift für Neumann, S. 931, 940 f. mit Fn. 41 ff.; *ders.*, Festschrift für Rengier, S. 67, 72 f., 74 ff.; dort eingehende Kritik an dieser „Theorie der Pflichteinheit“. Wie sich noch zeigen wird, kommt es für die Rechtfertigung des Unterlassens auf diese Kontroverse nicht an; vgl. unten Anm. 77.

63 Grundlegend *Neumann*, Festschrift für Roxin (I), 2001, S. 421, 423 ff.; *ders.*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 125; weit. Nachw. bei *Rönnau*, in: LK StGB (Anm. 14), Vor § 32 Rdn. 115.

64 Vgl. zum folgenden Text bereits *Küper*, JuS 2016, 1070; 1071 ff.; *ders.*, Festschrift für Neumann, S. 931, 934 ff.

65 *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 33.

66 Hierzu statt vieler *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), Vor §§ 32 ff. Rdn. 30; *Erb*, in: MK StGB (Anm. 7), § 34 Rdn. 41; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Allg. Teil (Anm. 4), § 21 Rdn. 98; *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 125; *Rönnau*, in: LK StGB (Anm. 14), Vor § 32 Rdn. 115, 122; *Wessels/Beulke/Satzger*, Allg. Teil (Anm. 4), Rdn. 1212.

höherwertige, im Verhältnis zum geringerwertigen „überwiegende“ Rettungsinteresse schützt.

Nach inzwischen weitaus herrschender Auffassung soll bei der Pflichtenkollision eine Rechtfertigung des Unterlassens aber auch möglich sein, wenn der Pflichtadressat von zwei (oder mehreren) *gleichwertigen* Handlungspflichten *eine Pflicht* erfüllt und damit die Befolgung der konkurrierenden unterlässt. Auf der „Pflichtenebene“ wird dies – gegen die nur noch selten vertretene „Entschuldigungslösung“⁶⁷ – hauptsächlich mit einer Argumentation begründet, die für die Rechtfertigung der Unterlassung ausdrücklich oder sinngemäß den traditionellen Rechtsgrundsatz „*ultra posse nemo obligatur*“ (oder „*impossibilium nulla obligatio est*“)⁶⁸ in Anspruch nimmt: Das „Recht als Verhaltensordnung“ könne „mit seinen Geboten nichts Unmögliches verlangen“, also nur das Mögliche gebieten⁶⁹, d. h. die Erfüllung einer der konkurrierenden Pflichten⁷⁰. Hinzu kommt eine Reihe weiterer Argumente für die Gleichwertigkeitslösung. Etwa: Würde die Rechtfertigung des Unterlassens verneint, so hätte der Pflichtadressat in der Kollisionslage keine Möglichkeit, sich insgesamt rechtmäßig zu verhalten⁷¹; seine Unterlassung wäre bei Erfüllung der einen Pflicht ebenso rechtswidrig wie bei Nichtbefolgung beider⁷². Ferner: Bei einer Kollision gleichwertiger Handlungspflichten sei die Rechtsordnung „nicht in der Lage, dem betroffenen Bürger zu

67 Dafür namentlich *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl. 2019, Vor § 32 Rdn. 11 a; *Gallas*, Beiträge (Anm. 54), S. 59, 71, 75; *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil (Anm. 4), § 33 V.1. c); *Paeffgen/Zabel*, in: NK StGB (Anm. 24), Vor §§ 32ff. Rdn. 174.

68 Zur Tradition dieses Rechtsgrundsatzes näher *Hruschka*, Festschrift für Larenz, 1983, S. 257, 274 mit Fn. 34 ff.; *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl. 2007, S. 98 (Nr. 22), 237 (Nr. 21), mit weit. Hinw.

69 Repräsentativ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), Vorbem. §§ 32ff. Rdn. 73; *Lenckner*, GA 1985, 295, 404. Vgl. ferner u. a. *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), Vor §§ 32ff. Rdn. 30; *Erb*, in: MK StGB (Anm. 7), § 34 Rdn. 41; *dens.*, JuS 2010, 17, 20; *Kindhäuser*, Allg. Teil (Anm. 4), § 18 Rdn. 3; *Krey/Esser*, Allg. Teil (Anm. 4), Rdn. 633; *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 21 ff., 26 f.; *ders.*, JuS 1987, 81, 89 ff.; *Rengier*, Allg. Teil (Anm. 3), § 49 Rdn. 41; *Rönnau*, in: LK StGB (Anm. 14), Vor § 32 Rdn. 116 f. mit Fn. 480.

70 Zur logischen Struktur der „Ultra-posse“-Argumentation bei rechtfertigender Pflichtenkollision näher *Küper*, Festschrift für Neumann, S. 931, 936 f.; Kurzfassung in: JuS 2016, 1070, 1072.

71 *Krey/Esser*, Allg. Teil (Anm. 4), Rdn. 633; *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 24, 26. Vgl. auch *Erb*, in: MK StGB (Anm. 7), § 34 Rdn. 41.

72 In diesen Zusammenhang gehört das Argument, dass derjenige, der eine der beiden Pflichten erfüllt, nicht dem völlig Untätigen „gleichgestellt“ werden dürfe: *Neumann*, Festschrift für Roxin (I), S. 421, 431; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 16 Rdn. 120; sowie bereits *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 24. Zu diesem „negativen Gleichstellungsargument“ näher *Küper*, Festschrift für Neumann, S. 931, 938 ff.

sagen, was er tun soll“, dann könne sie ihm aber, wenn er eine der beiden Pflichten befolge, „nicht ex post anlasten, er habe sich falsch verhalten“⁷³.

Auf der „Interessenebene“ entspricht dieser Kollision gleichwertiger *Handlungspflichten* eine Kollision gleichwertiger *Rettungsinteressen*. Die Rechtfertigung des Unterlassens setzt auf dieser Ebene somit nicht voraus, dass der Pflichtadressat mit der Rettungshandlung das „wesentlich“ oder überhaupt „überwiegende Interesse“ wahrt; es genügt die *Gleichwertigkeit* des geschützten Rettungsinteresses im Verhältnis zu dem Interesse, das durch die Unterlassung beeinträchtigt wird. Das für die Kollision ungleichwertiger Rettungsinteressen geltende Rechtfertigungsprinzip des „überwiegenden Interesses“ wird in diesem Kontext ersetzt durch ein Prinzip der „Interessengleichwertigkeit“ oder des „Interessenausgleichs“. Das entspricht nicht nur der Parallelität von Rettungspflichten und Rettungsinteressen, sondern ist auch unabhängig davon sachlich begründet. Das Prinzip des „überwiegenden Interesses“ hat für Konstellationen seine Berechtigung, in denen zum Schutz eines gefährdeten Rechtsgutes in den Bestand eines anderen, unbeteiligten Gutes handelnd eingegriffen wird. Um einen solchen Fall geht es bei einer Kollision von Rettungsinteressen jedoch nicht. Dem durch die Unterlassung „geopferten“ Rechtsgut (Rettungsinteresse) wird lediglich passiv ein Schutz versagt, der nur durch eine aktive Rettungshandlung geleistet werden kann. Deshalb muss es für die Rechtfertigung der Unterlassung ausreichen, dass der Pflichtadressat mit seiner Handlung – und der korrespondierenden Unterlassung – ein mindestens *gleichwertiges* Rettungsinteresse schützt. Zwar trägt das Prinzip des überwiegenden Interesses auch bei der Kollision von Rettungsinteressen die Rechtfertigung des Unterlassens, wenn ein Übergewicht des geschützten Interesses tatsächlich besteht; doch kann dies für eine Rechtfertigung nicht gefordert werden. – Diese „Gleichwertigkeitslösung“ verdankt ihre Anerkennung und Überzeugungskraft bisher namentlich dem „Ultra-posse“-Argument und den flankierenden Begründungen, also Erwägungen auf der Ebene der Rettungspflichten. Betrachtet man jedoch die *Interessenebene* als die normativ primäre, so ist die Kollision von *Rettungsinteressen* die eigentliche Basis dafür, dass die Erfüllung einer gleichwertigen Rettungspflicht zur Rechtfertigung des Unterlassens ausreicht.

73 Neumann, Festschrift für Roxin (I), S. 421, 431; in gleicher Richtung Duttge, in: Dölling u. a. (Hrsg.), Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 34 StGB Rdn. 30.

c) Die Interessenabwägung bei „defizitärer“ rechtfertigender Pflichtenkollision

Eine Kollision der Rettungsinteressen kann nun auch so beschaffen sein, dass ihr nur deshalb keine Kollision von „Pflichten“ entspricht, weil lediglich zum Schutz *eines* der gefährdeten Rechtsgüter eine Rettungspflicht besteht. Derartige Sachverhalte, in denen eine sonst vorliegende Kollision von Handlungspflichten daran scheitert, dass eine der beiden Pflichten ausfällt, können als Fälle „defizitärer Pflichtenkollision“ bezeichnet werden⁷⁴. Ist in einer solchen Konstellation die tatsächlich vorgenommene Rettungshandlung nicht durch eine entsprechende Handlungspflicht geboten, wird sie also gewissermaßen „freiwillig“ geleistet, so bleiben von diesem Defizit der „Pflichtenebene“ die Gründe unberührt, die auf der „Interessenebene“ eine Rechtfertigung der Unterlassung ergeben. Die Rechtfertigung resultiert dann aus dem – von einer Kollision der „Pflichten“ unabhängigen – Wertverhältnis der kollidierenden Rettungsinteressen⁷⁵. Mit *Neumann* lässt sich diese Beurteilung den „Regeln der Pflichtenkollision“ zuordnen⁷⁶ – zu denen ja ebenfalls und sogar primär die Regeln der Abwägung von Rettungsinteressen gehören – und der Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision deshalb auch auf solche „defizitären“ Sachverhalte anwenden. Doch handelt es sich im Grunde um genuine *Notstandsregeln*, die für eine Rechtfertigung des Unterlassens den adäquaten Abwägungsmaßstab enthalten. Sie gelten nicht nur für die „defizitäre“ Pflichtenkollision, sondern sogar unabhängig davon, ob man eine „Kollision“ von Pflichten prinzipiell anerkennt⁷⁷. Die Einordnung in die „Regeln der Pflichtenkollision“ lässt es daher durchaus zu, diese Regeln auch beim rechtfertigenden Notstand anzuwenden. Hieraus folgt dann zunächst, dass für die Notstandsrechtfertigung des Unterlassens auch bei einer Kollision von Rettungsinteressen der Schutz eines im Ver-

74 Küper, JuS 2016, 1070, 1071; *Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder* (Anm. 29), Vorbem. §§ 32ff. Rdn. 74; *Neumann*, Festschrift für Roxin (I), S. 421, 433, spricht von einer „Pflichtenkollision“ ohne Kollision von Pflichten“.

75 Dazu Küper, JuS 2016, 1070, 1073, im Anschluss an *Neumann*, Festschrift für Roxin (I), S. 421, 433f.; *ders.*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 127; jeweils mit dem Beispiel einer überobligationsmäßigen („supererogatorischen“) Rettungshandlung.

76 Vgl. *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 127 („Verzichtbarkeit der Erfüllung einer Rettungspflicht“); *ders.*, Festschrift für Roxin (I), S. 421, 434, der hier einen besonderen Rechtfertigungsgrund erwägt.

77 Auch wenn man entgegen der Lehre von der rechtfertigenden Pflichtenkollision die oben (Anm. 62) erwähnte „Theorie der Pflichteinheit“ zugrunde legt, bedarf es für die Bestimmung der „hypothetischen Pflichten“, aus deren Verhältnis die „definitive Pflicht“ resultiert, einer Abwägung der „Rettungsinteressen“. Wird eine alternativ strukturierte definitive Pflicht angenommen, so beruht sie auf der Gleichwertigkeit der (hypothetischen Pflichten und) Rettungsinteressen.

hältnis zum beeinträchtigten Interesse annähernd *gleichwertigen* Interesses ausreicht⁷⁸.

d) Rechtfertigung nur bei „Überwiegen“ des geschützten Interesses?

Die Folgerung ist freilich erst vorläufig, weil sie einen möglichen Einwand noch unberücksichtigt lässt. Der Einwand – er wurde in früherem Zusammenhang bereits erwähnt⁷⁹ – ist bisher isoliert geblieben, verdient aber prinzipielle Aufmerksamkeit: Bei der „Nichterfüllung einer Garantenpflicht zugunsten fremder Güter“ soll es danach nicht genügen, „dass die Unterlassung der Wahrung eines *gleichrangigen* Wertes dient“, weil das Rechtsgut, „zu dessen Schutz eine *besondere Rechtspflicht* besteht, nur *höherrangigen* Interessen zu weichen braucht“⁸⁰. Das Bestehen einer durch die Unterlassung verletzten Garantenpflicht soll somit dazu führen, dass zur Rechtfertigung die Wahrung eines (wesentlich) „überwiegenden Interesses“ erforderlich ist.

Diese These ist an der zitierten Stelle nicht weiter begründet worden. Sie ist auch insofern unklar, als sie die „Gleichwertigkeit“ der kollidierenden Rettungsinteressen schon voraussetzt und nicht etwa die Behauptung enthält, das Bestehen der Garantenpflicht verändere den Wert des beeinträchtigten Interesses in einem Maße, dass es bei sonstiger Gleichrangigkeit im Verhältnis zum geschützten Interesse als „höherwertig“ einzustufen sei. Diese Bewertung wäre jedoch erforderlich, um dem beeinträchtigten Interesse in der Abwägung den Vorrang einzuräumen. Wie soll aber eine „Pflicht“ den Wert des „Interesses“, zu dessen Schutz sie bestimmt ist und von dessen Wertigkeit ihr Rang abhängt, überhaupt positiv beeinflussen können? Die gleiche Frage hat auch *Neumann* gestellt und sie für die Garantenpflicht bejaht. Er hat damit die Begründung des hier thematischen Einwandes sozusagen „nachgeliefert“. Die Existenz einer Garantenpflicht habe nämlich auch einen bestimmten Einfluss auf die „Interessenlage des von ihr Begünstigten“: Wenn in diesem Fall die Unterlassung der Rettung nach § 13 StGB einem „aktiven Eingriff in dessen Rechtssphäre gleichgestellt“ werde, dann bedeute dies, „dass die *Garantenpflicht* dem [durch sie] geschützten Interesse den

⁷⁸ Die oben Anm. 71 erwähnte „Zweifelsregel“ kann für die „Gleichwertigkeit“ hier allerdings nicht gelten.

⁷⁹ Vgl. oben III. 4. bei Anm. 34.

⁸⁰ *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), § 34 Rdn. 5, gegen *Küper*, Grund- und Grenzfragen (Anm. 51), S. 92ff.; Hervorhebungen nicht im Original. Die These stammt ursprünglich von *Lenckner*, vgl. z. B. *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, 23. Aufl. 1988, § 34 Rdn. 5.

Status einer *Rechtsposition* verleiht, die sich gegenüber dem ansonsten gleichwertigen Interesse eines anderen durchsetzen muss⁸¹.

Überzeugend ist das jedoch nicht. Die in § 13 Abs. 1 StGB fundierte grundsätzliche „Gleichstellung“ der unechten Unterlassung mit aktiver Begehung ist lediglich eine „tatbestandliche Gleichstellung“; sie besagt nur, dass der *Tatbestand* des jeweiligen Begehungsdelikts auf die pflichtwidrige Unterlassung anzuwenden ist. Dagegen bedeutet sie nicht, dass im Kontext der *Rechtfertigung* das Unterlassen der Rettung einem aktiven Eingriff in die Rechtssphäre des Pflichtdestinatärs „gleichzustellen“ ist und hierfür deshalb die bei aktiver Begehung maßgebenden Erlaubnisanforderungen – Schutz des „wesentlich überwiegenden Interesses“ – gelten⁸². Die bloße Unterlassung der Gefahrabwendung auch in dieser Hinsicht wie eine aggressive Beeinträchtigung zu behandeln, wäre bei der Kollision von Rettungsinteressen ebenso unangemessen wie bei einem Konflikt von Handlungs- und Unterlassungspflicht. Die von *Neumann* betonte „Rechtsposition“ des durch die Pflicht geschützten und mit der Unterlassung beeinträchtigten Interesses vermag daran nichts zu ändern. Der *Autor* verkennt hierbei die *Relativität* dieser Rechtsposition. Sie betrifft allein das „Innenverhältnis“ zwischen dem Garanten und dem durch die Garantspflicht Begünstigten; in dieser Beziehung ist sie identisch mit einem dem Pflichtdestinatär gegen den Garanten zustehenden *Schutzanspruch*, einem „Recht auf Erfolgsabwendung“⁸³. Doch sagt diese Rechtsposition über die Bewertung des „Außenverhältnisses“, das bei der Unterlassung zwischen dem (beeinträchtigten) Interesse des durch die Garantspflicht *Begünstigten* und dem (geschützten) Interesse *Dritter* besteht, nichts aus⁸⁴. Es ist daher nur folgerichtig, der Garantpflicht keinen Einfluss auf die Abwägung der Rettungsinteressen einzuräumen. Deshalb muss es bei der „Gleichwertigkeitslösung“ bleiben.

81 *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 129 (zur Relevanz einer „einseitigen Garantpflicht“ bei rechtfertigender Pflichtenkollision); Hervorhebungen nicht im Original. Die dort in Fn. 613 angeführte Literatur betrifft die Kollision einer Garantpflicht mit einer allgemeinen Hilfeleistungspflicht. Vgl. auch bereits *Neumann*, Festschrift für Roxin (I), S. 421, 436.

82 In gleicher Richtung auch *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42 a. E.

83 Vgl. dazu *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 229 f.; *dens.*, JZ 2016, 714, 721; *Küper*, Festschrift für Rengier, S. 67, 76.

84 In der Sache ebenso *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42: „keine Aussage darüber, in welchem Verhältnis das Interesse des durch die Garantpflicht Begünstigten zu Interessen Dritter steht, die durch die an sich gebotene Handlungsvornahme beeinträchtigt würden“. – Nicht zustimmen kann ich daher der Beurteilung von *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 129 a. E., dass die Position des durch eine Garantpflicht Begünstigten aufgrund der prinzipiellen Gleichstellung von Tun und Unterlassen „ähnlich der des Inhabers eines ‚Abwehrrechts‘ ausgestaltet“ sei.

4. Zusammenfassung zum adäquaten Abwägungsmaßstab

Unabhängig davon, ob ein Konflikt zwischen Handlungs- und Unterlassungspflicht oder eine Kollision von Rettungsinteressen vorliegt, gelangt man damit für die Notstandsrechtfertigung des Unterlassens – wenngleich aus verschiedenen Gründen – zu dem im Ergebnis übereinstimmenden Abwägungsmaßstab, dass der Schutz eines in Relation zum beeinträchtigten Interesse annähernd „gleichwertigen“ Interesses ausreicht. Für die Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht resultiert dieser Maßstab aus einer „Umkehrung“ des für die Rechtfertigung der aggressiven Notstandshandlung geltenden Abwägungsprinzips; für die Kollision von Rettungsinteressen ergibt sich der Maßstab aus den Regeln der Interessenabwägung bei „defizitärer“ rechtfertigender Pflichtenkollision. Es versteht sich, dass der so bestimmte Abwägungsmaßstab mit dem Kriterium der „Gleichwertigkeit“ nur die Mindestanforderungen an das geschützte Interesse bezeichnet. Er umfasst deshalb die Konstellationen mit, in denen die Unterlassung sogar dem Schutz des „wesentlich überwiegenden“ Interesses dient.

VII. Adäquater und gesetzlicher Abwägungsmaßstab bei der Notstandsrechtfertigung der Unterlassung

Galten die bisherigen Überlegungen der Ermittlung des bei der Unterlassung adäquaten, „richtigen“ Abwägungsmaßstabes, so geht es nunmehr um die positivrechtliche Frage, ob und inwiefern dieser Maßstab dem *gesetzlich* festgelegten, in § 34 Abs. 1 S. 1 StGB kodifizierten Maßstab entspricht.

1. Die unmittelbare Anwendbarkeit des § 34 StGB bei wesentlichem Überwiegen des geschützten Interesses

a) Die Ausgangslage

Sofern der Garant mit der Unterlassung ein im konkreten Fall „wesentlich überwiegendes Interesse“ schützt, ist eine Subsumtion unter den Wortlaut des gesetzlichen Abwägungsmaßstabes ohne Friktionen möglich. Insoweit ist § 34 Abs. 1

StGB auf das Unterlassen unmittelbar anwendbar⁸⁵. Dabei muss allerdings die „Wesentlichkeit“ des Überwiegens auf die Eigenart der Notstandstat als *Unterlassung* abgestimmt werden⁸⁶:

Die Bedeutung des dem überwiegenden Interesse im Normtext hinzugefügten Attributs „wesentlich“ ist grundsätzlich umstritten. Nach der Mehrheitsauffassung soll dafür eine graduell oder quantitativ *erhebliche* Wertdifferenz der abzuwägenden Interessen („qualifiziertes Überwiegen“) erforderlich sein⁸⁷. Die verbreitete Minderheitsmeinung sieht dagegen im Merkmal „wesentlich“ nur eine Klarstellung, dass das Interessenübergewicht eindeutig und zweifelsfrei sein müsse; sie lässt damit auch ein sog. „einfaches“ oder „leichtes“ Überwiegen des geschützten Interesses ausreichen⁸⁸. Im Zusammenhang der Notstandsrechtfertigung des *Unterlassens* ist indes wieder daran zu erinnern, dass der Garant nicht „aggressiv“ in die beeinträchtigte Gütersphäre eingreift, sondern dem gefährdeten Rechtsgut lediglich passiv einen Schutz versagt, der nur durch die unterlassene Rettungshandlung gewährt werden könnte. Die Forderung, dass eine erhebliche Wertdifferenz zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Interesse bestehen müsse, ist jedoch – wenn überhaupt – allenfalls bei einem *aktiven* Notstandseingriff berechtigt⁸⁹. In der Konstellation des Unterlassens ist dagegen kein Grund erkennbar, für die „Wesentlichkeit“ ein qualifiziertes Übergewicht des geschützten Interesses zu verlangen. Hier muss vielmehr jedes (eindeutige) Über-

85 Vgl. *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42. – Gleiches gilt für die Anwendung des § 904 S. 1 BGB zur Rechtfertigung der Sachbeschädigung durch Unterlassen.

86 Vgl. bereits *Küper*, JuS 2016, 1070, 1074.

87 So etwa *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 23; *ders.*, GA 2010, 15, 18; *Erb*, in: MK StGB (Anm. 7), § 34 Rdn. 109; *Freund*, Allg. Teil (Anm. 20), § 3 Rdn. 66; *Frister*, Allg. Teil (Anm. 10), 17. Kap. Rdn. 9; *ders.*, GA 1988, 291, 292f.; *Haas*, Kausalität (Anm. 83), S. 253; *Hoyer*, in: SK StGB (Anm. 1), § 34 Rdn. 39 ff.; *ders.*, Festschrift für *Küper*, S. 173, 176 ff.; *Krey/Esser*, Allg. Teil (Anm. 4), Rdn. 609; *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 67; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 268 ff., 274; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 240 ff.; *Zieschang*, in: LK StGB (Anm. 14), § 34 Rdn. 76.

88 Vgl. etwa *Duttge*, in: HK GS (Anm. 73), § 34 Rdn. 16; *Gropp*, Allg. Teil (Anm. 4), § 5 Rdn. 250; *Hauck*, in: AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 34 Rdn. 7; *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil (Anm. 4), § 32 IV. 2. c); *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 34 Rdn. 6; *Küper*, GA 1983, 289, 293 ff.; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Allg. Teil (Anm. 4), § 17 Rdn. 82; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 29), § 34 Rdn. 45; *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 72), § 16 Rdn. 90.

89 Bezeichnend die Begründung für das Erfordernis „qualifizierten“ Überwiegend z. B. bei *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 67: „Eingriff in eine Rechtsposition“ des Betroffenen. Überhaupt sind die Begründungen für jenes Erfordernis (oben Anm. 87) am Eingriffscharakter der Notstandstat orientiert.

wiegen ausreichen und damit zugleich – mit dem Wortsinn vereinbar – als „wesentlich“ anerkannt werden.

b) Nur „übergesetzliche“ Rechtfertigung?

Gegen den Standpunkt, dass die unechte Unterlassung jedenfalls insoweit nach § 34 StGB gerechtfertigt werden kann, als der Garant mit diesem Verhalten ein im Verhältnis zum beeinträchtigten „wesentlich überwiegendes“ Interesse schützt, hat allerdings unlängst *Neumann* Einspruch erhoben⁹⁰. Die Anwendung der gesetzlichen Notstandsregelung auf das Unterlassen sei zwar „im Ergebnis unschädlich“, wenn die Voraussetzungen des § 34 StGB *vorlägen*, gleichwohl „methodisch nicht der korrekte Weg“. Methodisch korrekt sei es allein, die Notstandsvorschrift von vornherein auf das *Begehungsdelikt* zu beschränken, während für die Rechtfertigung beim unechten Unterlassungsdelikt nur ein außergesetzlicher Rechtfertigungsgrund in Betracht komme⁹¹.

Zur Begründung dieser ungewöhnlichen These⁹² argumentiert *Neumann* mit zwei Varianten einer Fallkonstellation – aus dem Bereich des Konflikts zwischen Handlungs- und Unterlassungspflicht –, bei der jeweils „gleichwertige“ Interessen miteinander kollidieren⁹³. In der ersten Fallvariante rettet der Täter ein gefährdetes Rechtsgut/Interesse, zu dessen Schutz er als Garant verpflichtet ist, durch den *aktiven Eingriff* in ein fremdes, gleichwertiges Interesse (potenzielles Begehungsdelikt). In der zweiten Variante *unterlässt* der Garant die Rettung, um dadurch ein – wiederum gleichwertiges – Interesse zu schützen, welches er anderenfalls aktiv beeinträchtigen müsste (potenzielles Unterlassungsdelikt). Nach *Neumann* ist in beiden Fallvarianten das tatbestandsmäßige Verhalten, die

⁹⁰ *Neumann*, Festschrift für Yamanaka, 2017, S. 171, 176 ff.

⁹¹ Für eine Notstandsrechtfertigung der Unterlassung bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht schlägt *Neumann* einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund vor: „rechtliche Unmöglichkeit der Vornahme der Rettungshandlung“. Bei der Kollision von Rettungsinteressen seien für die Rechtfertigung der Unterlassung die (übergesetzlichen) Regeln der rechtfertigenden Pflichtenkollision maßgebend. Für Anwendung des § 34 StGB in dieser Fallgruppe dagegen früher *Neumann*, Festschrift für Roxin (I), S. 421, 428.

⁹² Den Standpunkt, dass § 34 StGB beim Unterlassungsdelikt als Rechtfertigungsgrund gänzlich ausscheidet, hatte bisher – soweit ersichtlich – allein *Hruschka*, JuS 1979, 385, 390 f. mit Fn. 21, andeutungsweise vertreten: weil diese Bestimmung sonst „gerade umgekehrt werden müsste“.

⁹³ Zum Fall, dessen anschauliche Details hier nicht interessieren, vgl. *Neumann*, Festschrift für Yamanaka, S. 171, 176 f., im Anschluss an *Yamanaka*, Begriff und systematische Einordnung der Pflichtenkollision, in: *ders.*, Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, 2012, S. 105, 120.

aktive Begehung ebenso wie die Unterlassung, nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt, weil es jeweils am Schutz eines „wesentlich überwiegenden“ Interesses fehlt. *Neumann* folgert aus diesem (zutreffenden) Befund, dass die gesetzliche Notstandsregelung auf die Unterlassung überhaupt nicht anwendbar sei. Prämisse dieser Folgerung ist ersichtlich die Annahme: „Soweit ein Strafrechtssystem [...] als Voraussetzung für eine Rechtfertigung nach Notstandsregeln ein wesentliches Überwiegen (oder auch nur ein schlichtes Überwiegen) des gefährdeten Interesses verlangt, kann man das Institut des rechtfertigenden Notstands nicht *zugleich* auf die *Vornahme* und auf die *Unterlassung* der Rettungshandlung anwenden.“⁹⁴ Werde der rechtfertigende Notstand in dieser Weise angewandt, dann resultiere daraus „in den Konstellationen einer annähernden Gleichwertigkeit der Interessen eine *Normenfalle*“, weil weder die Vornahme noch die Unterlassung der Rettungshandlung gerechtfertigt wäre: „Der Täter würde damit, gleichgültig, wofür er sich entscheidet, zwangsläufig eine rechtswidrige Handlung⁹⁵ begehen. Das wäre im Hinblick auf die rechtsstaatliche Bedeutung des Grundsatzes ‚impossibulum nulla obligatio est‘ nicht akzeptabel.“

Mit diesen Überlegungen lässt sich indessen nicht nachweisen, dass § 34 StGB beim unechten Unterlassungsdelikt selbst dann als Rechtfertigungsgrund ausscheidet, wenn der Garant mit der Unterlassung ein wesentlich überwiegendes Interesse schützt. Die Beweiskraft der Argumentation beschränkt sich auf die Kollision *gleichwertiger* Interessen und führt im Grunde über die Trivialität nicht hinaus, dass in diesen Fällen der gesetzliche Abwägungsmaßstab weder bei aktiver Begehung noch bei der Unterlassung erreicht ist. Gegen die Anwendung des § 34 StGB auf eine Notstandstat, mit der durch Unterlassen ein *wesentlich überwiegendes* Interesse geschützt wird, besagt die Argumentation deshalb nichts⁹⁶. Die von *Neumann* ausgemachte „Normenfalle“ verschwindet denn auch sogleich, wenn unter dem Aspekt des „geschützten“ Interesses dessen „Gleichwertigkeit“ durch ein „wesentliches Überwiegen“ ersetzt wird. Dann ist nämlich die aktive Begehung, die dem Schutz des gefährdeten Interesses dient, ebenso nach § 34 StGB gerechtfertigt wie die Unterlassung, es durch den Eingriff in ein wesentlich überwiegendes Interesse zu erhalten. Wieso diese beim Begehungsdelikt unanfechtbare Beurteilung im Unterlassungsfall „methodisch nicht korrekt“ sein soll, ist ebenso wenig einzusehen wie die seltsame Konsequenz, dass

⁹⁴ *Neumann*, Festschrift für Yamanaka, S. 171, 178; Hervorhebungen nicht im Original.

⁹⁵ Im Unterlassungsfall: eine rechtswidrige Unterlassung (!).

⁹⁶ Aus der Prämisse, dass der rechtfertigende Notstand nicht zugleich auf die Vornahme und die Unterlassung der Rettungshandlung angewandt werden dürfe, ergibt sich im Übrigen nur eine alternative Anwendbarkeit und somit kein zwingender Ausschluss der Anwendung auf das Unterlassen.

§ 34 StGB auf die Unterlassung nicht anzuwenden sei, obwohl mit dem Schutz eines wesentlich überwiegenden Interesses die Voraussetzungen des gesetzlichen Abwägungsmaßstabes erfüllt sind.

2. Analoge Anwendung des § 34 StGB bei Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen?

Neumann hat freilich recht, wenn er in der „Gleichwertigkeit“ der kollidierenden Interessen das „zentrale Problem“ einer Anwendung des § 34 StGB auf die unechte Unterlassung sieht⁹⁷. Die von ihm diagnostizierte „Normenfälle“ erklärt sich auch daraus, dass der beim Unterlassungsdelikt *sachgerechte* Abwägungsmaßstab, der für die Rechtfertigung eine Gleichwertigkeit des geschützten Interesses zulässt, mit dem *gesetzlich* auf den Schutz des wesentlich überwiegenden Interesses festgelegten Maßstab nicht (bzw. nur partiell) übereinstimmt. Dass der Abwägungsmaßstab des § 34 StGB – und damit die Rechtfertigungsnorm insgesamt – nicht *unmittelbar* angewendet werden kann, wenn die kollidierenden Interessen lediglich „gleichwertig“ sind, liegt auf der Hand. Die schlichte Behauptung, für Unterlassungsdelikte müsse § 34 StGB eben „in seiner Umkehrung“, also auch bei Gleichwertigkeit gelten⁹⁸, setzt sich evident über die geltende Notstandsnorm hinweg; deren „Umkehrung“ ist das Gegenteil ihrer „Geltung“. Bei dieser Lage hat *Stein* – wie schon berichtet⁹⁹ – für die Gleichwertigkeitsfälle eine *analoge Anwendung* des § 34 StGB vorgeschlagen, um die Rechtfertigung des Unterlassens auch in solchen Fällen im Gesetz zu verankern¹⁰⁰. Basis der Gesetzesanalogie sei ein „Umkehrprinzip“, das sich aus dem „materiellen Regelungsgehalt“ der Notstandsvorschrift ergebe. Abgesehen davon, dass eine so begründete entsprechende Anwendung des § 34 StGB allenfalls beim Konflikt zwischen Handlungs- und Unterlassungspflicht in Betracht kommt – weil bei der Kollision von *Rettungsinteressen* die Rechtfertigung des Unterlassens ohnehin nicht auf ein „Umkehrprinzip“ zurückgeführt werden kann¹⁰¹ –, ist der „materielle Regelungsgehalt“ des in § 34 StGB kodifizierten Abwägungsmaßstabes kein anderer als der formell-

⁹⁷ *Neumann*, Festschrift für Yamanaka, S. 171, 178.

⁹⁸ So *Roxin*, Allg. Teil II (Anm. 8), § 31 Rdn. 205.

⁹⁹ Vgl. oben II. 5. a).

¹⁰⁰ *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42, 46. Dabei würde es sich um eine Analogie zugunsten des unterlassenden Garanten handeln, gegen die eine Überschreitung der Wortsinn- grenze nicht geltend gemacht werden könnte.

¹⁰¹ Vgl. oben VI. 3. a).

gesetzliche, durch das wesentlich überwiegende Interesse geprägte. Auch eignet sich ein „Umkehrprinzip“ schon deshalb nicht zur Begründung einer Analogie, weil die „Umkehrung“ ein „argumentum e contrario“ enthält. Entscheidend ist aber, dass für eine analoge Anwendung die notwendige *Ähnlichkeit* der analog zu behandelnden Sachverhalte¹⁰² fehlt; ein nur „gleichwertiges“ Interesse ist nun einmal einem „wesentlich überwiegenden“ in keiner Hinsicht ähnlich. Zutreffend an dem Analogie-Vorschlag ist nur, dass der gesetzlich kodifizierte Abwägungsmaßstab unter dem Gesichtspunkt des Unterlassens insofern eine verdeckte *Regelungslücke* enthält, als das Gesetz die Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen nicht berücksichtigt. Doch kann diese Lücke nicht durch analoge Gesetzesanwendung – geschweige denn mit einem „argumentum e contrario“ – geschlossen werden.

3. Analoge Anwendung des § 228 BGB bei Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen?

Eine in der Literatur bisher nicht beachtete¹⁰³ Möglichkeit, die Notstandsrechtfertigung des Unterlassens auch bei Gleichwertigkeit der kollidierenden Interessen auf eine *positivrechtliche* Basis zurückzuführen, hat *Frister* entdeckt. Gesetzliche Grundlage der Rechtfertigung – im Konflikt von Handlungs- und Unterlassungspflicht – soll allerdings nicht § 34 StGB, sondern § 228 BGB (Defensivnotstand) sein. *Frister* versteht die Unterlassung in diesen Fällen regelmäßig als „defensive“ Notstandsmaßnahme¹⁰⁴. Grundlage dafür ist der Gedanke, dass eine zur Gefahrenabwehr (Erfolgsabwehr) erforderliche Rechtsgutsbeeinträchtigung „grundsätzlich der Sphäre des bedrohten Rechtsguts zuzurechnen“ sei. Die *Unterlassung* der mit solcher Beeinträchtigung verbundenen Erfolgsabwehr stelle daher eine „Defensivnotstandsmaßnahme“ dar, die in entsprechender Anwendung des § 228 BGB gerechtfertigt werden könne¹⁰⁵.

102 An diesem Erfordernis ändert auch die normtheoretische Überlegung von *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42, nichts, dass die *Unterlassung* einer mangels wesentlichen Überwiegens nicht gerechtfertigten Notstandshandlung „rechtlich geboten“ sei. Die Überlegung betrifft allein die Sachgerechtigkeit des Abwägungsmaßstabes, dispensiert aber nicht von den Anforderungen analoger Gesetzesanwendung, um die es hier geht.

103 Ein Hinweis darauf freilich bei *Stein*, in: SK StGB (Anm. 1), Vor § 13 Rdn. 42 mit Fn. 62.

104 Vgl. *Frister*, Allg. Teil (Anm. 10), 22. Kap. Rdn. 55; anders, wenn zur Abwendung der Gefahr in eine Rechtssphäre eingegriffen werden müsste, von der die abzuwendende Gefahr ausgeht (Rdn. 57). Vgl. dazu bereits oben II. 3.

105 *Frister*, Allg. Teil (Anm. 10), 22. Kap. Rdn. 55, mit Beispielsfall in Rdn. 56.

Die Annahme einer „defensiven“ Notstandsmaßnahme ist auf der angegebenen Grundlage konstruktiv möglich¹⁰⁶. Auch sonst wird für defensive Notstandshandlungen häufiger die entsprechende Anwendung des § 228 BGB vorgeschlagen¹⁰⁷. Dessen Abwägungsmaßstab entspricht der „Umkehrung“ des in § 34 StGB fixierten und deckt sich so mit dem für die Rechtfertigung der Unterlassung „sachgerechten“ Maßstab. Bei der *Unterlassung* fehlt jedoch notwendigerweise das wesentliche Moment *defensiver Gefahrenabwehr*, das für die analoge Anwendung einer Vorschrift erforderlich wäre, die in ihrem unmittelbaren Geltungsbereich die Abwendung einer „durch“ die beschädigte Sache „drohenden Gefahr“ voraussetzt. Mit dem in der Unterlassung enthaltenen Verzicht, die Gefahr durch einen aggressiven Notstandseingriff abzuwenden, wird zwar ein Integritätsinteresse geschont („geschützt“), das sonst beeinträchtigt werden müsste; doch wird es nicht gegen eine von der bedrohten Gütersphäre ausgehende Gefahr „verteidigt“, weil eine Gefahr für das durch Passivität geschützte Interesse gar nicht bestanden hat. Akzeptiert man deshalb die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 228 BGB nicht, so bleibt für die Rechtfertigung der „Gleichwertigkeitsfälle“ nur die Anerkennung eines „übergesetzlichen Notstandes“, wie sie bei der Kollision von Rettungsinteressen ohnehin erforderlich ist.

106 Allerdings wird nicht erklärt, weshalb die zur Erfolgsabwendung erforderliche Rechtsgutsbeeinträchtigung der Sphäre gefährdeten Rechtsguts „zugerechnet“ werden soll. Eine solche Zurechnung hat sonst beim rechtfertigenden Notstand keine Funktion. Für die Rechtfertigung des zur Abwehr der Gefahr erforderlichen Eingriffs kommt es allein darauf an, ob die Voraussetzungen des Abwägungsmaßstabes erfüllt sind.

107 In dieser Richtung z. B. *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 44), § 34 Rdn. 5; *ders.*, GA 2007, 242, 252f.; *Hruschka*, Festschrift für Dreher, 1977, S. 189, 203; *Neumann*, in: NK StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 86 ff.; *Pawlik*, Jura 2002, 26, 28; *Renzikowski* (Anm. 87), S. 47 ff. Weit. Nachw. bei *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Anm. 88), § 34 Rdn. 9.