

Kim Philip Linoh

Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht

Eine Untersuchung zum systematischen Verhältnis
des rechtfertigenden Notstandes zu
medizinrechtlichen Ge- und Verboten



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 57

Kim Philip Linoh

Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht

Eine Untersuchung zum systematischen Verhältnis
des rechtfertigenden Notstandes zu
medizinrechtlichen Ge- und Verboten



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1397-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-1939-1 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von April 2023 und wurden im Rahmen der Drucklegung nur in Einzelfällen aktualisiert.

Zuvörderst gilt mein ganz besonderer Dank meinem geschätzten akademischen Lehrer, Herrn *Professor Dr. Henning Rosenau*, unter dessen Betreuung diese Arbeit entstanden und gewachsen ist. Seiner steten Förderung, zahlreichen Gesprächen und Diskussionen sowie anderen Gelegenheiten zum wissenschaftlichen Austausch und den akademischen Freiheiten, die ich in dieser Zeit genießen durfte, ist es zu verdanken, dass ich dieses Projekt erfolgreich beenden konnte. Er hat nicht nur den Anstoß zum vorliegenden Thema gegeben, sondern zu meiner Betätigung in der Wissenschaft überhaupt. Sein Vertrauen in mich und meine Arbeit, die immer währende Bereitschaft zur Diskussion sowie ein stets offenes Ohr für Sorgen und Nöte erfüllen mich mit Dankbarkeit. Sein Beispiel und seine Förderung haben mich auch persönlich wachsen lassen.

Weiter gebührt mein Dank Herrn *Professor Dr. Joachim Renzikowski* für die kurzfristige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die großen und kleinen Gespräche und Diskussionen zu verschiedenen Gelegenheiten, die Inspiration zu verschiedenen Gedankengängen und Ideen, auch im Rahmen dieser Arbeit, waren.

Frau *Professorin Dr. Katja Nebe* danke ich für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission sowie den immer herzlichen und gewinnbringenden Austausch, nicht nur im Rahmen der Verteidigung der Arbeit.

Meinen geschätzten Kolleginnen und Kollegen *Dr. Carina Dorneck*, *Dr. Constantin Plaul*, *Dr. Stefan Bauer-Schade* und *Nico Wettmann* bin ich dankbar für unzählige Gelegenheiten des inhaltlichen Austausches und Diskussionen, fruchtbare und kritische Anregungen, interdisziplinäre Perspektiven und neue Blickwinkel zu meinen Ideen und Fragen sowie auch kurzfristige Hilfestellungen bei Problemen und Sorgen. Mein Dank gilt weiter *Niklas Steinhoff*, der mich in der Endphase der Arbeit in vielfältiger Weise unterstützt und entlastet hat.

Besonders zu danken habe ich auch Herrn *Professor Dr. Hans Lilie* für tiefgehende und fruchtbare Gespräche sowie kritische Anregungen.

Dem Team des Lehrstuhls und des Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrums Medizin – Ethik – Recht sowie dem Dekanat und Prüfungsamt des Juristischen Bereichs der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg danke ich für die stets kollegiale und freundschaftliche Zusammenarbeit.

Nicht zuletzt gebührt mein ganz herzlicher Dank meiner Familie: Meinen Eltern *Drs. Karin und Haryanto Linoh*, durch deren ständige Förderung, persönliche Hingabe und Idealismus für Bildung ich mich überhaupt erst zu dem Wissenschaftler entwickeln konnte, der ich heute bin. Ihre immer bestärkenden Worte und ihr Stolz auf meine Leistungen waren Ansporn und Hilfe. Meiner Schwester *Sarina Linoh*, deren Hilfe bei der Endfassung des Manuskripts unentbehrlich war. Meinem Ehemann *Jonas Mattejat*, der nicht nur immer ein offenes Ohr hatte, sondern mich auch immer entlastet hat, wo es ging, um mir die Zeit und Ruhe für das Schreiben zu ermöglichen. Seine stete Unterstützung, Loyalität, Motivation und das Verständnis für die Unwägbarkeiten sowie Höhen und Tiefen der wissenschaftlichen Arbeit haben es mir überhaupt ermöglicht, mein Ziel verfolgen und diese Arbeit schreiben zu können.

Halle (Saale), im Dezember 2023

Kim Philip Linoh

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	17
Erster Teil Grundlagen des rechtfertigenden Notstandes	23
B. Gegenstand und Funktionsweise der Rechtfertigung	24
C. Historische und philosophische Hintergründe des rechtfertigenden Notstandes	37
D. Ausgewählte Probleme der Notstandsdogmatik	76
Zweiter Teil Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht	181
E. Ausgewählte Fälle zum rechtfertigenden Notstand im Medizinrecht	183
F. Systematische Rekonstruktion des Notstandes im Medizinrecht	235
G. Schlussbetrachtung	273

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Die Frage des rechtfertigenden Notstandes im Medizinrecht	18
II. Der Gegenstandsbereich: Medizinrecht	20
III. Gang der Untersuchung	21
Erster Teil Grundlagen des rechtfertigenden Notstandes	23
B. Gegenstand und Funktionsweise der Rechtfertigung	24
I. Recht und Unrecht	24
II. Legitimationsprinzip der Rechtfertigung?	27
1. Monistische Theorien	28
2. Pluralistische Theorien	29
3. Was bleibt?	30
III. Funktionsweise der Rechtfertigungsgründe	30
1. Tatbestand als Begründung des Unrechts	31
2. Rechtfertigungsgründe als Erlaubnisnormen	32
3. Rechtsfolgen der Rechtfertigung	34
IV. Zwischenbetrachtung	36
C. Historische und philosophische Hintergründe des rechtfertigenden Notstandes	37
I. Ein kurzer historischer Blick auf den Notstand	37
1. Die Anfänge des Notstandes	37
a) Der Notstand in der Antike	37
b) Das römische Recht	39
2. Der Notstand im religiösen Recht	41
a) Jüdisches Recht	41
b) Kanonisches Recht	43
3. Der Notstand im deutschen Strafrecht	45
a) Partikularrecht und die Constitutio Criminalis Carolina	45
b) Das Reichsstrafgesetzbuch 1871	47
aa) Die Regelung im Reichsstrafgesetzbuch von 1871	47
(1) Einheitstheorien	48

(2) Differenzierungstheorie	50
bb) Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. März 1927	51
c) Notstandskodifikation im Rahmen der „großen Strafrechtsreform“	53
aa) Der Entwurf 1962	54
bb) Der Alternativ-Entwurf 1966	55
cc) Kritiker der Kodifikation	55
dd) Das Zweite Strafrechtsreformgesetz	57
4. Zwischenfazit	58
II. Ausgewählte rechtsphilosophische Positionen zum Notstandsrecht	59
1. Grotius, Pufendorf und Fichte	60
a) Grotius: Gütergemeinschaft im Notstand	60
b) Pufendorf: Selbsterhaltung	61
c) Fichtes Exemptionstheorie	63
2. Ablehnung des Notrechts bei Kant	64
3. Das Notrecht bei Hegel	68
4. Utilitaristischer Blick auf die Not	71
5. Zwischenfazit	74
D. Ausgewählte Probleme der Notstandsdogmatik	76
I. Warum rechtfertigt der Notstand?	76
1. Rechtfertigung des Normverstößes	77
2. Rechtfertigung des Eingriffs in fremde Sphären	78
a) Prinzip des überwiegenden Interesses?	79
b) Utilitaristische Notstandsrechtfertigung	81
c) Der Einzelne als Repräsentant der Allgemeinheit	84
d) Zugriff nur auf „Erworbene Güter“	86
e) Solidaritätsprinzip	88
aa) Entwicklung des Solidaritätsprinzips	89
bb) Begründung des Solidaritätsprinzips	91
cc) Verrechtlichung der Solidarität	94
3. Zusammenfassung	96
II. Rechtfertigender Notstand: Mehr als nur § 34 StGB?	96
1. § 34 StGB als <i>lex generalis</i> des Aggressivnotstandes	97
2. Untauglichkeit des § 34 StGB zur Erfassung des Defensivnotstandes	99
a) Die These vom umfassenden § 34 StGB	100

b) Der Defensivnotstand als eigenständiger Rechtfertigungsgrund	103
3. Nachweis des allgemeinen Defensivnotstandes	105
4. Zusammenfassung	108
III. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen	109
1. Der Begriff des Interesses im Sinne von § 34 StGB	110
2. Die einzustellenden Interessen	112
a) Gesamtabwägungsthese	112
b) Zuständigkeitsverteilung vs. rechtsgutsbezogene Umstände	116
3. Abwägung der Interessen	118
a) Die Methode der Interessenabwägung	118
b) Die Abwägungsfaktoren	120
4. Zusammenfassung	123
IV. Die Angemessenheitsklausel	123
1. Der systematische Status der Angemessenheitsklausel	124
a) Angemessenheit als Abwägungsfaktor?	125
b) Angemessenheit als selbständige Wertung	126
c) Zwischenfazit	129
2. Der Inhalt der Angemessenheitsklausel	129
a) Analyse wichtiger Angemessenheitsfaktoren	130
aa) Elementare Rechtsgüter als absolute Aufopferungsgrenze	130
(1) Absolute Aufopferungsgrenze als Angemessenheitsfaktor	131
(2) Bestimmung der Aufopferungsgrenze	132
(3) Sonderfall: Verstöße gegen die Menschenwürde	134
bb) Erhaltungsseitige Faktoren als Grenze der Notstandsbefugnis	137
(1) Selbstverschuldete Notstandslage	137
(a) Systematischer Standort	138
(b) Relevanz des Vorverschuldens	138
(c) Umfang der Einschränkung der Notstandsbefugnis	143
(2) Nötigungsnotstand: Auswirkung der Nötigung auf die Notstandsbefugnis?	146
(a) Einschränkung der Notstandsbefugnis?	147

(b) Erhalt der Notstandsbefugnis im Nötigungsnotstand	149
(3) Besondere Gefahrtragungspflichten	151
(a) Systematischer Standort	151
(b) Berücksichtigung von Gefahrtragungspflichten	152
cc) Vorrang rechtlich geordneter Verfahren	154
(1) Ausschluss der Notstandsrechtfertigung im Falle rechtlich geordneter Verfahren	154
(2) Systematischer Standort	164
(a) Prinzipielle Unanwendbarkeit der Notstandsnorm	165
(b) Ausschluss auf Ebene der Notstandshandlung	165
(c) Eigener Standpunkt	167
b) Systematisierung der Angemessenheit	172
aa) Angemessenheit (allein) als Aufopferungsgrenze	172
bb) Angemessenheit als regelutilitaristisches Korrektiv über das Prinzip der Verallgemeinerung	173
cc) Angemessenheit als Grenze der Solidaritätspflicht	174
dd) Angemessenheit als Bestimmung des Abwägungsmaßstabs	175
ee) Angemessenheit und Kasuistik	175
ff) Angemessenheit als doppeltes Korrektiv	176
c) Zusammenfassung	178
V. Zwischenbetrachtung	179
Zweiter Teil Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht	181
E. Ausgewählte Fälle zum rechtfertigenden Notstand im Medizinrecht	183
I. Arztvorbehalt: Rettungssanitäterfall	183
1. Der Fall	183
2. Strafbarkeit des Handelns	184
a) Strafbarkeit wegen verbotener Ausübung der Heilkunde	184

aa) Exkurs zum Heilkundebegriff	185
(1) Korrekturversuche des weiten Heilkundebegriffs	186
(2) Die eigene Ansicht	191
(3) Extension des Heilkundebegriffs?	194
bb) Strafbare Heilkundeausübung im Fall	194
b) Strafbarkeit nach dem Betäubungsmittelgesetz	196
3. Rechtfertigung durch § 34 StGB	197
II. Schweigepflicht: Fluglotsenfall	198
1. Der Fall	198
2. Strafbarkeit des Handelns	199
3. Rechtfertigung im Defensivnotstand	200
4. Zwei (kurze) Exkurse	203
a) Zum intrapersonalen Notstand	203
b) Zur Offenbarungspflicht von Ärzten	206
III. Quarantäne: Depressionsfall	208
1. Der Fall	208
2. Sanktionierung des Handelns	209
3. Rechtfertigung nach § 16 OWiG	210
IV. Klinische Studien: Kinderonkologiefall	213
1. Der Fall	213
2. Strafbarkeit des Handelns	214
3. Rechtfertigung nach § 34 StGB	215
V. Minderjährigenschutz: Knochenmarkspendefall	219
1. Der Fall	219
2. Strafbarkeit des Handelns	219
3. Rechtfertigung nach § 34 StGB	220
VI. Organverteilung: Gerichtete Organspende	224
1. Der Fall	224
2. Strafbarkeit des Handelns	225
3. Rechtfertigung nach § 34 StGB bzw. § 16 OWiG	229
VII. Zwischenbemerkung	234
F. Systematische Rekonstruktion des Notstandes im Medizinrecht	235
I. Charakteristika der Notstandsfälle im Medizinrecht	235
1. Betroffene Erhaltungsgüter	235
2. Betroffene Eingriffsgüter	236
3. Notstandshilfe	239
4. Norm als Gefahrursprung und Interessenabwägung	240

5. Zusammenfassung	240
II. Differenzkriterien	241
1. Anzahl der Beteiligten	241
2. Angemessenheit	243
III. Systematische Rekonstruktion der Differenz von materiell-rechtlichen und prozeduralen Normverstößen	244
1. Normkollision von Notstand und Verfahren als Systemkollision	245
2. Systemtheoretische Betrachtung	247
a) Die Systemtheorie des Rechts	247
aa) Soziale Systeme	248
bb) Das Recht als soziales System	250
b) Notstand, Strafrecht und Verfahren	253
aa) Strafrecht als Teilsystem des Rechts	253
(1) Differenz von Strafrechtssystem und seiner Umwelt	254
(2) Autopoiesis des Strafrechts	256
bb) Legitimation durch Verfahren	259
cc) Verfahren im Medizinrecht als extrasystematische Anknüpfungspunkte	261
3. Zusammenfassung	263
IV. Notstandsrechtfertigung im Medizinrecht	264
1. Materiell-rechtliche Ge- und Verbote	264
2. Verfahrensrechtliche Verstöße	265
3. Mittelbare Verfahrensverstöße	268
4. Einordnung in das doppelte Korrektiv der Angemessenheit	270
5. Zusammenfassung	271
G. Schlussbetrachtung	273

A. Einleitung

„Was wir heute an Gesetzen planen, kann nur in einem sozialen Staate zum Heile werden. Dessen Richter sollen sich gewiß nicht aus Gutmütigkeit vor der Verantwortung harter Maßnahmen scheuen. Aber jene Güte sollen sie haben, die jede echte Not versteht — und anerkennt, auch wenn sie nicht im Katalog der Paragraphen steht.“¹

Mit diesem Aufruf an die Richterschaft schloss *Arthur Wegner* seinen Kommentar zur Notstandsregelung des Entwurfs für ein allgemeines deutsches Strafgesetzbuch im Jahr 1925. Ein Vierteljahrhundert später revidiert er seine in diesem Aufsatz geäußerten Ansichten und gibt „ausdrücklich alles das auf, was [...] über die vorsichtige Auslegungen des § 54 hinausgeht.“² Dies bezog sich vor allem auf die Kritik der damals geltenden Rechtslage zum Notstandsrecht, welches nur rudimentär in den §§ 52 und 54 StGB a.F. geregelt war. Im Kern ging es dabei um die Frage, wie die Reformbestrebungen des Notstandsrechts zu beurteilen sind. *Wegner* lobt 1925 den Entwurf vor allem für die Weitsicht, durch die Einführung eines „nunmehr [...] reine[n], von beengender Kasuistik gereinigte[n] Prinzip[s]“³ des Notstandes, weil damit der Richter⁴ nicht bloß zur Subsumtionsmaschine degradiert werde, sondern mit wissenschaftlichen Grundsätzen Fälle aus dem täglichen, wahren Leben lösen könne.⁵ 1951 hingegen plädiert er nunmehr wortgewaltig für die Beibehaltung der damaligen Rechtslage, d.h. vor allem der §§ 52, 54 StGB a.F., deren Kasuistik 1925 noch kritisiert wurde. Dass schließlich doch eine allgemeine, umfassende Regelung des Notstandes Gesetz wurde, ist ein Gemeinplatz.

Die Behandlung von Notsituation im Recht ist mittlerweile in ausdifferenzierten Regelungen in verschiedenen Rechtsbereichen kodifiziert. So finden sich solche Regelungen zur Not exemplarisch in §§ 227, 228, 229, 904 BGB, §§ 32, 34, 35 StGB, § 127 StPO. Die unterlassene Hilfeleistung in Notfällen ist über § 323c StGB sogar strafbewehrt. Angesichts dieser Fülle von Normen

1 *Wegner*, JR 1925, 578, 583.

2 *Wegner*, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 197.

3 *Wegner*, JR 1925, 578, 580.

4 Im Folgenden umfassen das generische Neutrum, das generische Maskulinum und das generische Femininum alle Geschlechter.

5 *Wegner*, JR 1925, 578, 580.

mit ihren Voraussetzungen kann man mitnichten noch sagen: *Necessitas non habet legem!*⁶ Auch wenn dieses Rechtssprichwort⁷ landläufig noch als *das* Grundprinzip angesehen werden mag, zeigt das Recht doch deutlich, dass es die Not in rechtliche Formen gegossen hat, solche, die eben gerade die Not und die Voraussetzungen für das Tätigwerden in der Not regeln.⁸

Der Gedanke *Wegners*, dass eine rechtliche Regelung der Not derart offen sein muss, dass sie den Richter in die Lage versetzt, die aus der Fülle des täglichen Lebens stammenden Sachverhalte zu erfassen, trifft aber den Kern der Sache. Denn Not hat viele Gesichter. Gleichzeitig muss eine Regelung auch in der Lage sein, die Not gegen Nicht-Not abzugrenzen. In bestimmten Lebensbereichen aber ist die Not – in einem weit verstandenen Sinne – eher die Regel als die Ausnahme. So liegt es besonders im Bereich der Medizin, wo auf der Seite des Patienten nahezu immer die Gesundheit betroffen ist. Die Medizin und das damit verbundene Recht ist deshalb besonders geeignet, Konfliktsituationen hervorzubringen, in denen die Not mit einem gesetzlichen Gebot kollidiert. Ein probates Mittel dazu scheint im rechtfertigenden Notstand zu liegen.

I. Die Frage des rechtfertigenden Notstandes im Medizinrecht

Der rechtfertigende Notstand hat bislang im Medizinrecht noch keine allzu verbreitete Beachtung erlangt. Abgesehen von Betrachtungen im Rahmen von Einzelproblemen, wie beispielsweise der indirekten Sterbehilfe⁹ oder der Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht¹⁰, fehlt es bislang an einer spezifisch medizinrechtssystematischen Betrachtung des rechtfertigenden Notstandes.

6 *Schnapp*, Jura 2010, 346, 350.

7 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, S. 74 = AA IV, 236 bezeichnet es sogar als den Sinnspruch des Notrechts; ausführlich zum Begriff und zur Genese *Koller*, S. 81 ff. sowie 111 ff.

8 Dies werden auch diejenigen nicht bestreiten können, die die Existenz eines „rechtsfreien Raumes“ (jedenfalls in bestimmten Fällen) annehmen, so beispielsweise *Kaufmann*, in: FS Maurach, S. 327, 336 ff.

9 BGHSt 42, 301, 305; *Rosenau* in: SSW-StGB, § 34 Rn. 21; *Merkel*, in: FS Schroeder, S. 308 ff.; *Schreiber*, NStZ 1986, 337, 340 f.; *Schöch*, NStZ 1997, 409, 410; krit. dazu z.B. *Duttge* in: Prütting, § 212 StGB Rn. 13, jeweils m.w.N.

10 Vgl. nur *Ulsenheimer* in: Kern/Rehborn, § 67 Rn. 12 ff.; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. IX Rn. 27; *Braun* in: Roxin/Schroth, S. 247 f.

Nun gelten für das Medizin(straf)recht im Grundsatz keine anderen Regeln als für das übrige Strafrecht. Doch ergibt sich hinsichtlich Notsituationen eine wesentliche Besonderheit im medizinischen Kontext: In diesem ist die Not eher die Regel als die Ausnahme. Denn wo es um die Wiederherstellung der Gesundheit geht, da ist diese notwendigerweise gefährdet; wo es um die Rettung von Leben geht, besteht Lebensgefahr. Diese „Notgeneigtheit“ der Medizin ruft Kollisionen hervor und bedingt diese zugleich. Denn die zunehmende Regulierung des Medizinrechts auf unterschiedlichen Ebenen des Mehrebenensystems – Unionsrecht, Bundesrecht, Landesrecht – bringt eine Fülle von Ge- und Verboten hervor, die selbst wiederum zu einem entsprechenden Konflikt beitragen (können).

So können gerade durch die Schaffung entsprechender Normen Notstandskonflikte entstehen, weil sie dazu führen, dass eine Rechtsgutsgefährdung überhaupt erst entsteht oder intensiviert wird. Das gilt besonders für Verfahren, die das Medizinrecht vorsieht. Das ist schon daran erkennbar, dass diese Zeit in Anspruch nehmen, die ein Patient vielleicht nicht mehr hat, um die Gesundheitsgefahr effektiv abzuwenden. Aber auch gänzlich materiellrechtliche Normen des Medizinrechts führen zu Kollisionen, weil sie durch spezifische Verbote – man denke beispielsweise an die Schmerztherapie mit Cannabis vor der entsprechenden Änderung des Betäubungsmittelgesetzes¹¹ – eine Leidenslinderung verhindern oder einen Heilungserfolg unwahrscheinlicher machen.

Die Anwendbarkeit des rechtfertigenden Notstandes kollidiert dann aber mit strafbewehrten medizinrechtlichen Ge- und Verboten, die gerade für diesen Kontext erlassen wurden; denn der Gesetzgeber nimmt mit dem Erlass medizinrechtlicher Normen ja gerade seine Steuerungsfunktion im grundrechtssensiblen Bereich der medizinischen Versorgung wahr.¹² Ließe man

11 Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 6.3.2017, BGBl. I S. 403.

12 Das lässt sich freilich in rechtspolitischer Hinsicht bezweifeln, führt man sich beispielsweise den Bereich der Reproduktionsmedizin vor Augen (instruktiv dazu nur die Beiträge in *Rosenau*, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, der Augsburg-Münchener Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz *Gassner et al.*, AME-FMedG oder die Analyse von *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin *de lege lata* und *de lege ferenda*, S. 27 ff. und die umfassende Analyse der *lex lata* und des Handlungsbedarfs des Gesetzgebers S. 78 ff.) Auch im Bereich der Beihilfe zum Suizid besteht ein gesetzgeberisches Desiderat, wie die jüngste Entscheidung des *Deutschen Bundestages* zeigt, bei der sich kein Gesetzentwurf durchsetzen konnte, obwohl eine konsistente Regelung dieser Materie von BVerfG angemahnt worden ist (BVerfGE 153, 182, Rn. 341): BT-Prot. 20/115, S. 14097 ff.; vgl. dazu auch *Rosenau*,

hier eine Rechtfertigung durch rechtfertigenden Notstand generell zu, so hätte dies zur Folge, dass in vielen Bereichen die gesetzten Normen über eine bloße allgemeine Ordnungsfunktion oder Absichtserklärung hinaus keinen Anwendungsbereich hätten. Der Notstand könnte also jedes Ge- oder Verbot aushebeln und umgehen.

Damit ist die Kernfrage der vorliegenden Untersuchung erreicht: Wie ist das Kollisionsverhältnis zwischen den Regelungen des rechtfertigenden Notstandes mit gesetzgeberisch festgeschriebenen Ge- und Verboten des Medizinrechts aufzulösen?

II. Der Gegenstandsbereich: Medizinrecht

Der betrachtete Bereich des Medizinrechts als Teil des Rechts ist dabei weit zu verstehen. Das Medizinrecht¹³ umfasst alle Rechtsnormen, die einen spezifischen Bezug zur Medizin haben, beispielsweise zur Behandlung von Patienten, zur Zulassung zu Gesundheitsberufen, zu medizinischen Produkten, zur Struktur und Organisation des Gesundheitssystems oder zur Gesundheit als öffentlicher Aufgabe. Die Aufarbeitung der größeren Streitpunkte um die genaue Abgrenzung des Medizinrechts und die begriffliche Distinktion zum Arztrecht, Gesundheitsrecht, Biorecht etc. – insbesondere welcher Begriff der Oberbegriff ist – kann an dieser Stelle nicht geleistet werden.¹⁴ Sie ist auch für die vorliegende Untersuchung nicht von Belang, weil es der erwähnte medizinische Bezug ist, der die konkreten Konfliktlagen auslöst.

In dieser weiten Definition ist auch angelegt, dass es sich dabei um Rechtsnormen verschiedener Teilrechtssysteme handelt und sich – je nach Kontext

medstra 2023, 273 ff. Gleichwohl gilt: Wo der Gesetzgeber medizinrechtliche Normen erlassen hat, nimmt er seine Steuerungsfunktion wahr. Dass er dies deutlich mehr machen sollte, steht auf einem anderen, rechtspolitischen Blatt, was an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden kann.

13 Zum Begriff und seiner Entwicklung vgl. nur *Spickhoff* in: *Spickhoff*, Medizinrecht, Einl. Rn. 1 ff.

14 Vgl. hierzu instruktiv *Prütting/Prütting*, § 1 Rn. 1 ff.; *Igl* in: *Igl/Welti*, § 1 Rn. 1 ff. So wird auch das Medizinrecht teilweise als Oberbegriff verstanden, vgl. beispielsweise § 14b FAO. Erhellend auch die Ausführungen von *Schreiber*, *Laufs* und *Deutsch* auf der ersten Tagung der Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer 2008 in Halle (Saale): *Schreiber*, Biomedizin und Biorecht – neue Formeln für Arztrecht und Medizinrecht?, S. 11, 12 ff., insb. 16 f.; *Laufs*, Medizinrecht – eine neue juristische Disziplin?, S. 19, 20 ff., insb. auch 28 f.; für die internationale Dimension s. *Deutsch*, Die internationale Dimension des Medizinrechts, S. 31 ff.

– prinzipiell alle Teilbereiche im Medizinrecht wiederfinden können. So können beispielsweise kernstrafrechtliche Normen wie die Körperverletzung oder Delikte des Wirtschaftsstrafrechts einen spezifisch medizinrechtlichen Anstrich erhalten, wenn es um Behandlungsfehler oder die Korruption im Gesundheitswesen geht.

Für die Frage, die hier von Interesse ist, bedeutet dies, dass sich das angedeutete Problem des Notstandes immer und überall dort ergeben kann, wo Ge- und Verbote mit dem Bezug zur Medizin mit einer Sanktion bewehrt werden. Darum sollen bei der Auswahl der zu besprechenden Beispiele auch verschiedene Bereiche herausgegriffen werden, um einen weiteren Überblick zu erlangen. Es zeigt sich aber auch, dass eine abschließende und umfassende Erfassung aller Probleme im Rahmen der Untersuchung nicht zu leisten ist, sodass sich notwendigerweise auf einen Ausschnitt des Medizinrechts konzentriert werden muss.

III. Gang der Untersuchung

Der gestellten Frage soll sich zunächst dadurch genähert werden, dass in einem ersten Teil die Grundlagen des rechtfertigenden Notstandes, soweit sie für die Untersuchung von Belang sind, untersucht werden. Dabei soll hier freilich keine weitere umfassende Darstellung des Notstandsrechts erfolgen; diese wurde bereits von anderen geleistet.¹⁵ Nicht von ungefähr leitet schon *Renzikowski* seine Untersuchung zu Notwehr und Notstand mit der Feststellung *Baumgartens* ein, dass sich kaum ein strafrechtliches Gebiet größerer Literatur rühmen dürfe als Notstand und Notwehr.¹⁶

Vielmehr werden einzelne Problemkreise des Notstandes herausgegriffen und analysiert. Das betrifft die Frage des Rechtfertigungsprinzips des Notstandes, die Interessenabwägung sowie die Angemessenheitsklausel. Zudem muss geklärt werden, wie sich Aggressiv- und Defensivnotstand zueinander verhalten. Bevor diese konkreten dogmatischen Probleme erörtert werden können, muss aber zunächst der Gegenstand und die Funktionsweise der

15 Monographisch beispielsweise *Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr; *Pawlik*, Notstand; auf die Erwähnung der zahlreichen Aufsätze soll an dieser Stelle verzichtet werden.

16 *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 13.

A. Einleitung

Rechtfertigung geklärt werden. In einem weiteren Schritt wird der historische und rechtsphilosophische Hintergrund dargestellt werden, um ein tieferes Verständnis zu erreichen und die Bearbeitung der Einzelprobleme zu ermöglichen.

In einem zweiten Teil schließt sich die Untersuchung des rechtfertigenden Notstandes im Medizinrecht an. Hierzu werden sechs ausgewählte Fälle besprochen werden, deren detaillierte Analyse die Basis der weiteren Überlegungen ist. Ausgehend von einer Charakterisierung der Fälle und der Herausbildung von Differenzierungskriterien soll schließlich eine systematische Rekonstruktion der Notstandsproblematik im Medizinrecht erfolgen, bevor ein Systematisierungs- und Lösungsversuch unternommen wird.

Erster Teil

Grundlagen des rechtfertigenden Notstandes

Einer Untersuchung des rechtfertigenden Notstandes im Medizinrecht muss notwendigerweise eine Untersuchung der allgemeinen strafrechtsdogmatischen Grundlagen des rechtfertigenden Notstandes vorausgehen. Das grundlegende Verständnis dieser determiniert den Gang und die Analyse jener in entscheidender Weise. Die im Verlauf der medizinrechtlichen Untersuchung aufkommenden Problemkonstellationen lassen sich nicht losgelöst von einem einheitlichen, strafrechtlichen Konzept des rechtfertigenden Notstandes denken; dieses begrenzt zudem den Spielraum für Lösungsmöglichkeiten und zeigt eine Gesamtkonzeption auf, in die sich das Medizin(straf)recht einfügen könnte. Vor dem Hintergrund, dass (längst) nicht alle fundamentalen Fragen des rechtfertigenden Notstandes endgültig oder überzeugend geklärt sind, bedarf es der Darlegung des Fundaments der weiteren Untersuchung. Dabei muss sich diese Grundlegung auf die wesentlichen Probleme beschränken, eine Gesamtdarstellung des rechtfertigenden Notstandes kann und soll hier nicht geleistet werden. Hier sei auf die bereits umfangreich vorhandene Literatur verwiesen.¹⁷ Im Folgenden soll zunächst eine Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Rechtfertigung und der Geschichte sowie ausgewählten philosophischen Betrachtungen des Notstandsrechts erfolgen, bevor ausgewählte Probleme der Notstandsdogmatik beleuchtet werden.

17 Monographisch beispielsweise von *Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr; *Pawlik*, Notstand. Auf die unzähligen Aufsätze kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

B. Gegenstand und Funktionsweise der Rechtfertigung

Zunächst bedarf es einer Vergewisserung über das Fundament der Frage der Rechtfertigung. Damit werden die theoretischen und systematischen Grundlagen der weiteren Ausführungen offengelegt. Es soll darum in der Folge näher dargelegt werden, was der Gegenstand der Rechtfertigung ist und wie diese wirkt.

I. *Recht und Unrecht*

Versucht man den Begriff der Rechtfertigung¹⁸ näher zu fassen, so wird dieser anhand der Wörterbuchdefinition des Verbs „rechtfertigen“ allgemein dahingehend umschrieben, dass „etwas gegen einen Einwand, Vorwurf verteidigt“ wird oder etwas als „berechtigt, begründet“ dargestellt wird.¹⁹ Wenngleich das für das Recht nicht viel weiter führt, wird schon aus diesen Ausführungen deutlich, dass die Rechtfertigung an die Unterscheidung von Recht und Unrecht in einem allgemeinen Sinne anknüpft. Nur wenn etwas falsch, also Unrecht, ist bedarf es der Verteidigung oder Darstellung als berechtigt. Im Begriff der Berechtigung wiederum ist enthalten, dass etwas „zu *Recht* besteht“²⁰.

Wer Rechtfertigung für sich in Anspruch nimmt, gibt gute Gründe dafür an (oder versucht es zumindest), die ein Verhalten als rechtmäßig und gerade nicht als Unrecht erscheinen lassen. „Unrecht tun wir jemandem nämlich nur dann, wenn wir seine Rechte oder Ansprüche *ungerechtfertigterweise* verletzen.“²¹ So heißt es beispielsweise im allgemein philosophischen Dis-

18 Es soll darauf hingewiesen werden, dass im Rahmen dieser Untersuchung, die sich mit dem rechtfertigenden Notstand beschäftigen soll, allein die Probleme der Rechtfertigung besprochen werden sollen. Die Frage danach, ob es daneben auch einen bloßen Strafunrechtsausschluss gibt, soll darum für die entsprechenden Grundlagenprobleme ausgeklammert werden. Dazu vgl. aber exemplarisch *Schlehofer* in: MüKo-StGB, Vor § 32 Rn. 57 ff., 63 ff. m.w.N.

19 Vgl. „rechtfertigen“ auf Duden online, <https://www.duden.de/node/157917/revision/1275356> (zuletzt abgerufen 3.4.2023).

20 Vgl. „berechtigt“ auf Duden online, <https://www.duden.de/node/131275/revision/1366298> (zuletzt abgerufen 3.4.2023; Hervorhebung durch den Autor).

21 *Boshammer*, S. 46 f. (Hervorhebung im Original).

kurs. Bezugspunkt der Rechtfertigung ist also das Unrecht, welches durch die Gründe, die rechtfertigen sollen, aufgehoben wird.

In rechtlicher Dimension sind Recht und Unrecht dichotom zu verstehen. Jedes menschliche Verhalten lässt sich in diese Kategorien einordnen: Das Verhalten ist entweder unrechtmäßig bzw. nicht rechtmäßig oder es ist rechtmäßig, entspricht dem Recht. Die strafrechtliche Übersetzung dieser Zuschreibung ist „nicht strafbar“ und „strafbar“ oder, anders ausgedrückt, erlaubt und verboten.²²

Diese Unterscheidung leuchtet intuitiv ein, ist aber nicht unbestritten. So soll es neben den beiden Polen „verboten“ und „erlaubt“ noch eine weitere Kategorie geben, die sich zwischen ihnen befindet: Die Verhaltensweisen, die „unverboten“ – weder erlaubt noch verboten – sind.²³ Dieser Bereich wird einem „rechtsfreien Raum“ zugewiesen, in dem sich das Recht neutral zur Handlung verhält, sich also einer Bewertung dieser gänzlich enthalten muss.²⁴ *Philipps* weist dabei darauf hin, dass es sich nicht im eigentlich Sinne um Räume handelt, die sich außerhalb des Rechts befinden, sondern dass Situationen betroffen sind, für die das Recht keine Lösung anbieten kann: Weder sind diese Handlungen erlaubt, weil formal ein Verbot besteht, noch sind sie verboten, weil ein Verbot „im eigentlichen, normativen Sinne“ fehlt.²⁵ Das ist ein Gedanke, der sich schon in der rechtsphilosophischen Überlegung zum Notrecht, etwa bei *Fichte*²⁶ oder *Hegel*²⁷, findet. In diesen rechtsfreien Raum sollen Dilemmata eingeordnet werden, bei denen das Recht keine ausreichend plausible Lösung bieten kann, weil die zugrunde liegenden Konflikte sich einer rationalen Auflösung entziehen.²⁸ Das sind regelmäßig Kollisionsfälle von Leben mit Leben, also sog. *trolley problems*²⁹, wie im sog.

22 *Zimmermann* in: Handbuch Strafrecht, § 37 Rn. 48.

23 *Philipps*, ARSP 52 (1966), 195, 205 ff.; *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 762 ff.; *Kaufmann*, Recht und Sittlichkeit, S. 29 f.; 43 ff.; *Koriath*, JRE 11 (2003), 317, 333.

24 Zum rechtsfreien Raum grundlegend *Engisch*, ZgS 108 (1952), 385 ff.; zur normlogischen Herleitung auch *Philipps*, ARSP 52 (1966), 195, 205 ff.

25 *Philipps*, ARSP 52 (1966), 195, 205.

26 *Fichte*, Das System der Rechtslehre, S. 599.

27 *Hegel*, Philosophie des Rechts (Nachschrift *Wannenmann*), S. 84 f.

28 *Zimmermann* in: Handbuch Strafrecht, § 37 Rn. 50; vgl. auch *Koriath*, JRE 11 (2003), 317.

29 Vgl. hierzu exemplarisch aus der philosophischen Debatte *Foot*, Oxford Review 5 (1967), 5 ff.; *Thomson*, The Yale Law Journal 94 (1985), 1395 ff.; *Gutmann*, Zeitschrift für Praktische Philosophie 8 (2021), 323, 328 ff.

„Weichenstellerfall“³⁰; der Gefahrengemeinschaft im sog. „Bergsteigerfall“³¹, aber auch Fälle wie der Schwangerschaftsabbruch³² oder die Sterbehilfe³³. Die Einordnung solcher Situationen in einen Bereich, dessen sich das Recht enthält, lässt sich im Hinblick auf empirische Ergebnisse zu den *trolley problems* durchaus hören; denn die Entscheidung solcher Fälle scheint nicht nur grundsätzlich moralisch schwierig zu sein, sondern auch eine gewisse kulturelle Abhängigkeit zu haben.³⁴

Gegen einen solchen rechtsfreien Raum sind aus strafrechtlicher Perspektive aber deutliche Bedenken anzubringen. Zwar greift, wie *Roxin/Greco* richtig bemerken, auf einer übergeordneten Ebene das *tertium non datur*-Argument, nach dem es neben den beiden kontradiktorischen Gegenpolen Recht und Unrecht bzw. nicht rechtswidrig und rechtswidrig kein drittes geben könne, nicht durch, weil dieses logische Argument nur innerhalb eines logisch geschlossenen Systems trägt.³⁵ Bei der Feststellung des rechtsfreien Raums geht es aber ja gerade darum, einen Bereich außerhalb der Recht-Unrecht-Dichotomie zu konstruieren, was jedenfalls theoretisch denkbar ist. Es überzeugt aber innerhalb des vom Gesetzgeber definierten Bereichs des Unrechts nicht, weil hier ein geschlossenes System vorliegt, in welchem eben *tertium non datur* gilt. Mit der Definition einer Handlung als Unrecht, die der Gesetzgeber durch die Aufnahme eines entsprechenden Tatbestandes vorgenommen hat, ist diese in dieses System eingegliedert. So hat der Gesetzgeber beispielsweise das Tötungsverbot durch die Tatbestände der Tötungsdelikte normiert. Ein an sich unter diesen Tatbestand fallendes Verhalten ist daher von ihm – und zwar als Unrecht – bewertet worden. Nimmt man nun einen Raum an, in dem das Verhalten nicht mehr verboten sein soll, kommt dies einer Erlaubnis gleich, weil das Strafrechtssystem nur mit diesen beiden Kategorien arbeitet.³⁶

30 Vgl. *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 288; *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47, 51. Zur heutigen Problematik des automatisierten Fahrens beispielsweise: *Hilgendorf*, ZStW 130 (2018), 674, 681 ff.; *Hörnle/Wohlers*, GA 165 (2018), 12, 19 ff.; *Feldle*, S. 107 ff.

31 Vgl. *Merkel*, S. 48.

32 *Kaufmann*, JuS 1978, 361, 366.

33 *Gallas*, JZ 1960, 649, 652 ff.; *Roxin*, JuS 1988, 425, 430.

34 Vgl. hierzu die Ergebnisse einer Studie mit 70 000 Probanden aus 42 Ländern: *Awad et al.*, PNAS 117 (2020), 2332, 2335.

35 *Roxin/Greco*, § 14 Rn. 27 f.

36 Vgl. hierzu *Roxin/Greco*, § 14 Rn. 29; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 15 ff.; *Hirsch*, in: FS Bockelmann, S. 89 ff.; *Mitsch* in: Baumann et al., Strafrecht Allgemeiner Teil, § 14 Rn. 11.

II. Legitimationsprinzip der Rechtfertigung?

Überdies würde die Annahme eines rechtsfreien Raums im Rahmen der Rechtfertigungsgründe zu erheblichen Problemen führen. So ist die Notwehr nur gegen einen gegenwärtigen und *rechtswidrigen* Angriff möglich. Führt man nun eine dritte Kategorie des „unverbotenen“ Handelns ein, würde dies bedeuten, dass gegen solche Handlungen, da sie in diesem Konzept nicht rechtswidrig sein können, keine Notwehr geübt werden dürfte.³⁷ Würde man dies aber konstruktiv umschiffen, liegt die Lage nicht besser: Die Protagonisten dieses Lehrstücks sind dann in einen Naturzustand geworfen, in dem das Recht des Stärkeren sich durchsetzt, weil das Recht sich der Bewertung aller Handlungen hinsichtlich dieser Lage zu enthalten hat. *Roxin/Greco* machen dies plastisch und polemisch anhand der „offenen Feldschlacht“ zwischen Befürwortern und Gegnern eines konkreten Schwangerschaftsabbruchs in der Klinik deutlich: Jede Seite kann für sich die Unverbotenheit des Handelns reklamieren.³⁸ Folge ist das rechtliche Chaos.³⁹ Dies mag ausreichen, um zu zeigen, dass die Annahme eines rechtsfreien Raumes im Strafrecht verfehlt ist.⁴⁰ Das führt auch nicht zu unbilligen Ergebnissen; denn der Gesetzgeber hat die Möglichkeit der Entschuldigung – ggf. sogar durch einen übergesetzlichen Notstand – eben für jene Fälle geschaffen. Diese eignet sich aufgrund des Abstellens auf die persönliche Situation des Täters deutlich besser als die Ebene der Rechtfertigung.⁴¹

II. Legitimationsprinzip der Rechtfertigung?

In der Unterscheidung von Recht und Unrecht schien schon die Wirkungsweise der Rechtfertigung auf: Sie erklärt ein Verhalten, was eigentlich dem Unrecht unterfallen würde, für rechters. Dies kann man als schlichten Akt gesetzgeberischer Festlegung hinnehmen oder aber – vorzugswürdig – nach der Legitimationsgrundlage für diese Ausnahme forschen. Das ist schon deshalb sinnvoll, weil durch die Herausarbeitung eines oder mehrerer übergeordneter

37 Exemplarisch *Roxin/Greco*, § 14 Rn. 30.

38 *Roxin/Greco*, § 14 Rn. 30.

39 *Zimmermann* in: Handbuch Strafrecht, § 37 Rn. 51 ff.; *Roxin/Greco*, § 14 Rn. 30; *Hirsch*, in: FS Bockelmann, S. 103.

40 Eine tiefere Auseinandersetzung kann an dieser Stelle nicht geleistet werden, vgl. instruktiv zu den verschiedenen Argumenten aber *Koriath*, JRE 11 (2003), 317 ff., der allerdings die gegenteilige Auffassung vertritt.

41 Vgl. beispielsweise *Kühl*, Strafrecht AT, § 12 Rn. 92 ff.; *Zieschang* in: Handbuch Strafrecht, § 45 Rn. 1, Rn. 71 ff.; *Zieschang* in: LK, § 35 Rn. 2 ff.

Prinzipien eine Systematisierung erfolgen kann und daraus wiederum Prinzipien und Lösungsansätze für die konkreten Rechtfertigungsgründe abgeleitet werden können.

1. Monistische Theorien

Vertreter der monistischen Theorien gehen davon aus, dass alle Rechtfertigungsgründe unter ein einheitliches Prinzip zu fassen sind, sie also eine einheitliche Legitimation besitzen. So geht die *Zwecktheorie*, die auch vom Gesetzgeber des 2. StrRG in die Norm des § 34 StGB übernommen wurde,⁴² davon aus, dass von einer Rechtfertigung auszugehen ist, wenn die Tat ein angemessenes Mittel zur Verfolgung eines vom Gesetzgeber als berechtigt anerkannten Zweckes ist, kurz gesagt: die Anwendung des rechten Mittels zum rechten Zweck.⁴³ Andere wiederum stellen – teils auch in Konkretisierung der Zwecktheorie – auf die *Wahrung des überwiegenden Interesses* ab.⁴⁴

Alle monistischen Erklärungsversuche geraten aber bei der Erklärung bestimmter Rechtfertigungsgründe in Probleme oder sind – wie die Zwecktheorie – so allgemein gefasst, dass sie für die Systematisierung kaum tauglich sind.⁴⁵ So kann das Prinzip des überwiegenden Interesses die rechtfertigende Einwilligung nur schwerlich erklären – hier liegen nicht zwangsläufig Interessen im Widerstreit,⁴⁶ sodass sich die Frage des *Überwiegens* nicht stellt –⁴⁷

42 BT-Drs. IV/650, S. 159.

43 *Graf zu Dohna*, S. 48 f.; *Schmidt*, ZStW 49 (1929), 350, 370 ff.; zur Kurzformulierung s. BT-Drs. IV/650, S. 159.

44 Beispielsweise *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 133 ff.; *Paeffgen/Zabel* in: NK-StGB, Vor § 32 Rn. 46; *Otto*, § 8 Rn. 5; *Mitsch* in: Baumann et al., Strafrecht Allgemeiner Teil, § 14 Rn. 40; *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956), 41, 70.

45 *Hoyer* in: SK-StGB, Vor § 32 Rn. 29.

46 Zwar könnte nun davon gesprochen werden, dass bei der Einwilligung intrapersonale Interessen im Widerstreit lägen. Dies kann aber nicht verfangen; denn auch wenn es sicherlich psychologisch richtig sein mag, dass eine Person bei der Bildung ihres Willens hinsichtlich der Einwilligung mehrere eigene Interessen gegeneinander abwägt, so muss dies doch nicht immer so sein. Wie würde diese Ansicht die Einwilligung denn erklären wollen, wenn der Betroffene gar keine unterschiedlichen Interessen hat, sondern nur *eines* und dieses in der Einwilligung kundtut? Zudem ist richtigerweise bei normativer Betrachtung festzuhalten, dass in der Einwilligung selbst – auch wenn deren Willensbildung auf mehreren Interessen beruht – nur ein Interesse zutage tritt: das zur Gewährung des Rechtsgutseingriffs.

47 *Rosenau* in: SSW-StGB, Vor § 32 Rn. 8; *Hoyer* in: SK-StGB, Vor § 32 Rn. 27.

und stößt auch bei der Inkooperation der rechtfertigenden Pflichtenkollision, die ja *per definitionem* schon auf der Kollision gleichwertiger Pflichten basiert, auf erhebliche Probleme.⁴⁸ Damit können die monistischen Theorien aber dem Anspruch nicht gerecht werden, mit dem sie angetreten sind.

2. Pluralistische Theorien

Demgegenüber haben sich Theorien entwickelt, die die Rechtfertigung auf mehrere nebeneinanderstehende Prinzipien stützen möchten. Hier finden sich eine unterschiedliche Anzahl von Legitimationsgründen. Von der auf *Mezger*⁴⁹ zurückgehenden *dualistischen Theorie* werden zwei Prinzipien für maßgeblich gehalten: das Prinzip des überwiegenden Interesses und das Prinzip des mangelnden Interesses.⁵⁰ In diesem System lässt sich die (mutmaßliche) Einwilligung jedenfalls hinreichend systematisch einordnen. Probleme verbleiben bei der Einordnung der rechtfertigenden Pflichtenkollision.⁵¹

Zum Teil werden auch noch mehr Ordnungskriterien vorgeschlagen. So sollen mit den Prinzipien der Verantwortung des Eingriffsadressaten, Wahrnehmung von Opferinteressen und der Mindestsolidarität drei Grundkategorien maßgeblich sein,⁵² während andere noch von einer größeren Zahl ausgehen.⁵³ Weiter werden auch grundsätzlich andere Systematisierungen wie die Unterscheidung *Hruschkas* zwischen intra- und extrasystematischen Rechtfertigungsgründen⁵⁴ vertreten oder – wie *Hassemer* vorschlägt – teilweise eine prozedurale Rechtfertigung eingeführt.⁵⁵

Während eine detaillierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Systematisierungsversuchen an dieser Stelle nicht geleistet werden kann, zeigen sie, dass eine vollständige und abschließende Systematisierung aller Rechtferti-

48 *Hoyer* in: SK-StGB, Vor § 32 Rn. 28.

49 *Mezger*, S. 205 ff., 225.

50 So auch *Rosenau* in: SSW-StGB, Vor § 32 Rn. 8; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 133 ff.; *Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, Vor § 32 Rn. 7.

51 *Hoyer* in: SK-StGB, Vor § 32 Rn. 28.

52 *Jakobs*, 11/3; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 15 Rn. 4.

53 *Duttge* in: Dölling et al., Vor § 32 Rn. 8.

54 *Hruschka*, in: FS Dreher, 189, 190 ff.; dazu auch *Renzikowski*, in: FS Hruschka, 643, 667.

55 *Hassemer*, in: FS Mahrenholz, S. 733; vgl. auch *Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, Vor § 32 Rn. 7a ff.

B. Gegenstand und Funktionsweise der Rechtfertigung

gungsgründe kaum möglich sein wird.⁵⁶ Das folgt schon aus der Diversität der aufgrund des Prinzips der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung aus der Gesamtrechtsordnung geschöpften, also nicht auf das Strafrecht begrenzten, Rechtfertigungsgründe, die nicht nur nicht abschließend sind, sondern einerseits auch neu eingeführt werden können und andererseits für gänzlich andere Rechtsgebiete geschaffen sind.⁵⁷

3. Was bleibt?

Ohne Frage ist aus systematischer Sicht eine Ordnung der Rechtfertigungsgründe unter vereinheitlichende, höhere Prinzipien wünschenswert. Die Spezifika der einzelnen Rechtfertigungsgründe zwingen aber mitunter zur weiteren Untergliederung der vorgeschlagenen Prinzipien, was letztlich dem Grundansinnen einer übergeordneten Systematik widerspricht. Sie ist aber auch für die praktische Anwendung des einzelnen Rechtfertigungsgrundes nicht besonders von Belang, weil die sich ergebenden Probleme auch auf der Ebene dieses Grundes geklärt werden können.⁵⁸

Was bleibt also? Die erwähnten Ansätze der Systematisierung sind als gedankliche Ordnungskriterien zu verstehen, die einer technischen Systematisierung dienen können. Sie dürfen nicht als unbewegliche materielle Prinzipien verstanden werden, weil ansonsten der Raum der Rechtfertigungsgründe unangemessen eng geführt wird. Versteht man die Theorien so, so ist zweifelsohne den pluralistischen Ansätzen der Vorzug zu geben. Die Herausarbeitung der Prinzipien der einzelnen Rechtfertigungsgründe hingegen ist auf der Ebene des jeweiligen Grundes zu leisten.

III. Funktionsweise der Rechtfertigungsgründe

Nach diesen Vorüberlegungen zur Frage des Unrechts soll sich nun der Funktionsweise der Rechtfertigung und der Rechtfertigungsgründe gewidmet

56 Vgl. *Rosenau* in: SSW-StGB, Vor § 32 Rn. 8; *Rönnau* in: LK, Vor § 32 Rn. 80; ähnlich auch *Engländer* in: *Matt/Renzikowski*, Vor § 32 Rn. 4; *Heger* in: *Lackner/Kühl/Heger*, Vor § 32 Rn. 3.

57 Man denke beispielsweise nur an die „Einführung“ des gerechtfertigten Behandlungsabbruchs durch BGHSt 55, 191 (Rn. 32 ff.).

58 *Heger* in: *Lackner/Kühl/Heger*, Vor § 32 Rn. 3; *Rönnau* in: LK, Vor § 32 Rn. 80; vgl. auch *Engländer* in: *Matt/Renzikowski*, Vor § 32 Rn. 4.