

Die Trennung siamesischer Zwillinge

– zugleich ein Beitrag zu den Rechtfertigungsgründen im Medizinstrafrecht

Hao-Hao Wu/Michael Wuschko*

Die medizinisch indizierte, aber für einen Zwilling tödlich verlaufende Trennung siamesischer Zwillinge erfüllt den Tatbestand des Totschlags und hat damit weitreichende Konsequenzen für den Operateur. Der Aufsatz wird untersuchen, ob eine Rechtfertigung des Arztes in Betracht kommt.

I. Einleitung

Wird menschliches Leben gefährdet, steht in Frage, wie angesichts der hohen Position des Rechtsgutes Leben¹ im Wertgefüge des Grundgesetzes mit der Gefahr zu verfahren ist.

Im hier zu behandelnden Fall besteht die Lebensgefahr darin, dass zwei Neugeborene als siamesische Zwillinge² derart miteinander verwachsen sind, dass sie sich ein lebensnotwendiges Organ teilen, das durch die gemeinsame Nutzung mit der Konsequenz beiderseitigen Todes überlastet wird.³ Dies kann lediglich durch eine Trennungsoperation vermieden werden, die einem Zwilling das singuläre Organ zuteilt und den Zugriff des anderen beendet, sodass der eine überleben kann und der andere stirbt. Zu unterstellen ist, dass nur einer der Zwillinge allein lebensfähig und daher rettbar ist, während der andere etwa wegen zusätzlicher physiologischer Defekte in keinem Falle vor dem Tode bewahrt werden könnte.⁴

Im Strafrecht ist nun zu prüfen, ob der Trennungseingriff als Totschlag strafbar ist.⁵ Da das Menschsein sich anhand des Vorhandenseins eines funktionsfähigen menschlichen Gehirns – unabhängig von seiner konkreten Ausbildung sowie der sonstigen körperlichen Gestalt – bestimmt,⁶ existieren trotz Verwachsung zweier Körper zwei Menschen,⁷ von denen einer kausal und objektiv zurechenbar⁸ in Kenntnis des sicheren Todeseintritts und daher mit *dolus directus* zweiten Grades⁹ getötet wird, was den Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt. Der Aufsatz wird im Folgenden die Möglichkeit einer Rechtfertigung untersuchen und sich dabei auf den rechtfertigenden Notstand (II.) sowie die rechtfertigende Pflichtenkollision (III.) zu beschränken haben.

* Die Verfasser studieren Rechtswissenschaften an der LMU München und sind Mitglieder der Redaktion von *rescriptum*.

1 Vgl. nur Dreier, JZ 2007, 261 (262); BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 115, 118 (139).

2 Der Begriff geht auf die in Siam (heute Thailand) geborenen Zwillinge *Chang* und *Eng Bunker* (1811–1864) zurück; weitere Nachweise bei Koch, GA 2011, 129 (129).

3 Vgl. den Fall bei *Bockenheimer-Lucius*, Ethik Med 2000, 223 ff.; Erscheinungsformen der Verwachsung: *Grantzow*, in: von Schweinitz/Ure (Hrsg.), Kinderchirurgie, 2. Aufl. 2013, S. 756.

4 Man spricht hier von einer asymmetrischen Rettungschancenverteilung, vgl. Koch, GA 2011, 129 (138).

5 Bisher haben sich wenige Autoren mit der Thematik auseinandergesetzt, namentlich *Merkel*, in: Joerden (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, 1999, S. 175 ff.; *ders.*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 603 ff.; *Joerden*, Menschenleben, Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts, S. 119 ff. sowie Koch, GA 2011, 129 ff.; *Wolf*, Trennungsoperationen siamesischer Zwillinge. Eine Untersuchung des deutschen, englischen und australischen Strafrechts, 2012 hat sich kürzlich rechtsvergleichend mit der Thematik befasst.

6 *Merkel*, in: Roxin/Schroth (Fn. 5), S. 607 f.; Koch, GA 2011, 129 (130).

7 Eingehend *Joerden* (Fn. 5), S. 121 ff., der zutreffend auf die „Herausbildung von zwei (separaten) Gehirnen“ abstellt.

8 Vgl. nur: *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 47.

9 *Kudlich*, in: Beck'scher Online-Kommentar, StGB, 31. Ed. (Stand: 01.06.2016), § 15 Rn. 17.

II. Rechtfertigender Notstand

Neben der direkten Anwendung des § 34 StGB (1.) wird vertreten, die Maßstäbe des § 228 BGB auf die Interessenabwägung in § 34 StGB zu übertragen (2.).

1. § 34 StGB

Für eine Rechtfertigung durch den rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB müsste in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut eine die Gefahrabwendung bezweckende Maßnahme ein fremdes Interesse verletzen, wobei das vor der Gefahr zu rettende Interesse das verletzte wesentlich zu überwiegen hat.¹⁰ Die Maßnahme kann auch von einem Dritten ergriffen werden.¹¹

Zwar ist der Eintritt des Organversagens und damit des Todes nur prognostizierbar und steht damit je nach Einzelfall nicht unmittelbar bevor;¹² dennoch ist die Gegenwärtigkeit der vorliegenden Lebensgefahr anzunehmen, wenn – wie hier – eine Zwangslage besteht, in der ein sicherer Schaden nur auf eine einzige Weise abgewendet werden kann.¹³ Zudem wird mit fortdauernder Verwachsung das Erfolgspotential einer Trennungsoperation beeinträchtigt, sodass das zu rettende Rechtsgut Leben bereits gegenwärtig beeinträchtigt ist.¹⁴ Zur Abwehr dieser Gefahr sind eine Trennungsoperation und als deren zwingende Folge die Tötung des einen Zwillinges geeignet und das relativ mildeste Mittel, sie sind also erforderlich.¹⁵

Problematisch ist jedoch, ob das Interesse am Gefährdungsgut das Interesse am Eingriffsgut wesentlich überwiegt.¹⁶ Weil menschliches Leben abzuwägen ist und zumindest ein nominelles Gleichgewicht besteht, werden mehrere Ansätze vertreten, die versuchen, das Überwiegen des rettenden Lebens zu begründen.

a) Persönliches Lebensinteresse

Nach *Zimmermann* bestimmt sich das Interessenausmaß lediglich nach dem persönlichen Interesse am eigenen Leben i.S.e. individuellen Wertsetzung,¹⁷ welches bei infanter Überlebensprognose fehle. Dies stößt in zweierlei Hinsicht auf Bedenken:

Erstens unterstellt diese Ansicht eine Disposition des Rechtsgutsträgers, die bei Neugeborenen nicht vorhanden ist und sein kann. Diese Unterstellung entspräche einer mut-

maßlichen Einwilligung und verkannte, dass das Rechtsgut um seiner selbst willen sehr wohl Teil des abzuwägenden Interesses ist, wie § 34 S. 1 StGB eigens ausspricht.¹⁸ Das individuelle Erhaltungsinteresse nach *Zimmermann* kann daher lediglich ein Teilaspekt einer Gesamtschau sein.¹⁹

Zweitens ist die Annahme, die Verringerung des persönlichen Interesses aufseiten des moribunden Zwillinges könne ein Übergewicht für das rettende Leben ergeben, zweifelhaft. Dass niemand den Wunsch nach einem vorzeitig endenden Leben hege und deswegen ein geringeres Interesse des unrettbaren Zwillinges am eigenen Fortbestand bestehe,²⁰ ist eine normative Unterstellung, die eine zweifelhafte Prämisse zu fatalen Konsequenzen fortführt. Es kann nicht pauschalisiert werden, dass man lieber vorzeitig zur Rettung eines anderen verstürbe, anstatt ungeachtet seiner konkreten Gestalt möglichst viel an Leben zu erfahren. Geht man von einer Bereitschaft aus, einen „bedeutungslosen Rest“²¹ an Leben für die Lebenschance eines anderen zu opfern, wird dort ein Altruismus unterstellt, wo keiner vorliegen muss oder nicht kann.²²

Ist nun das höchstpersönliche Lebensinteresse nur ein Anteil des abzuwägenden Interesses und ist jenes wegen der Unfähigkeit eines Neugeborenen zu einem seinen Zwilling begünstigenden Altruismus unvermindert, kann *Zimmermanns* Ansicht dem rettenden Leben kein Übergewicht einräumen.

b) Verringerte Schutzwürdigkeit

Ferner wird vertreten, das Überwiegen ergebe sich daraus, dass ein Unrettbarer weniger schutzwürdig sei, weil sein Tod keinen Schaden darstelle.²³ Das Rechtswidrigkeitsurteil beruhe in solchen Fällen darauf, fremde Rettungschancen zugunsten des Geretteten zu verringern.²⁴ Wenn jedenfalls mangels Rettbarkeit keine Verringerung stattfinde, könne

10 So etwa *Küper*, JuS 1971, 474 (474).

11 *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 295.

12 Vgl. *Koch*, GA 2011, 129 (143 f.).

13 So *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 17; *Koch*, JA 2006, 806 (808).

14 *Merkel*, in: Joerden (Fn. 5), S. 196.

15 Vgl. *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 34 Rn. 9.

16 Vgl. zuletzt: *Engländer*, ZIS 2016, 608 (609).

17 *Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009, S. 376 f.

18 So auch: *Momsen*, in: Beck'scher Online-Kommentar (Fn. 9), § 34 Rn. 9.

19 *Momsen* (Fn. 18), § 34 Rn. 8.

20 *Zimmermann* (Fn. 17), S. 377.

21 Vgl. *Merkel*, ZStW 114 (2002), 437 (453); kritisch: *Sinn*, NSTZ 2004, 585 (588).

22 *Zimmermann* (Fn. 17), S. 386 versucht, im Rahmen der Angemessenheit Altruismus als Aufopferungsgrundlage einzusetzen, indem er dessen Limitation durch eigene Existenzbedrohung verneint, wenn in einer Gefahrgemeinschaft die Rettung des einen nur auf Kosten des Unrettbaren möglich ist, weil die schicksalhafte Verbindung durch unmittelbares Erfahren und Einsehen der Gefahrenlage ein Interesse des Moribunden an der Rettung des anderen begründe und ihm daher die Selbstopferung zumutbar sei. Ungeachtet etwaiger Einwände an der Pauschalität sind bei Neugeborenen die kognitiven Voraussetzungen nicht erfüllt.

23 So *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Aufl. 1978, S. 83. Es komme angesichts der fehlenden Rettungschance auch nicht darauf an, dass die Lebenszeit geringfügig verringert werde. Kritisch rezipiert bei *Zimmermann* (Fn. 17), S. 350 ff.

24 *Otto* (Fn. 23), S. 81; *ders.*, JURA 2005, 470 (475).

auch keine Rechtswidrigkeit bejaht werden.²⁵

Dagegen mag zu äußern sein, dass die Todesprognose unsicher sei, der Tod also an die Stelle einer ungewissen Todesmöglichkeit gesetzt werde und somit sehr wohl ein Schaden eintrete.²⁶ Allerdings steht diesem Einwand die medizinische Todesgewissheit entgegen.²⁷

Abzustellen ist aber gerade nicht auf die Perspektive nur geringen Fortbestandes, sondern auf den konkreten Moment, in dem Leben besteht und beendet wird, weil dieses absolut und konstitutionsunabhängig in seiner gegenwärtigen Existenz geschützt ist.²⁸ Hiermit ist es unvereinbar, ein moribundes Leben geringer zu gewichten als ein rettbares.

c) Kein absoluter Lebensschutz

Dagegen spreche jedoch, dass gerade nicht jeder Lebensmoment einer Abwägung entzogen werde. Bei der indirekten Sterbehilfe etwa werde in Kauf genommen, zur Leidenslinderung Lebenszeit aufzuopfern, man ordne also den Lebenswert dem Interesse an geringerem Schmerz unter, woran sich zeige, dass das Rechtsgut Leben durchaus in einem Verhältnis zu anderen Rechtsgütern stehe.²⁹

Dies aber findet auf einer gänzlich verschiedenen Wertungsebene statt, weil es dabei nicht um die Rechtmäßigkeit einer Handlung zur Gefahrenabwehr geht, sondern um Hilfsmaßnahmen, die im Konsens mit dem Patienten im Rahmen seiner eigenen Rechtsgüter erfolgen.³⁰ Diese Willenskongruenz des Patienten sowie das Zusammenfallen von Lebensverkürzung als Negativum und Schmerzverminderung als Positivum in einer Person als konstitutive Merkmale der Wägbarkeit bei der indirekten Sterbehilfe fehlen hier.

d) Unwägbarkeit des Lebens

Gegen alle Einwände ist hervorzuheben, dass weder das Leben noch das Interesse daran das andere überwiegt, sodass § 34 StGB an der Interessenabwägung scheitert.³¹ Das Gewicht des Rechtsgutes Leben zeigt sich darin, dass im Angesicht rechtlicher Gleichheit und Freiheit jedes Menschen niemandem aufzuerlegen ist, die eigene Tötung zu fremdem Nutzen zu dulden,³² die Selbstaufopferung also durch eine

existentielle Grenze limitiert ist,³³ die ausschließt, aus Solidarität das eine Leben dem anderen unterzuordnen.³⁴

2. Rechtsgedanke des § 228 BGB

Demgegenüber wird jedoch vertreten, der Interessenabwägung in § 34 StGB die mildere Wertung des § 228 BGB zugrunde zu legen, der anstelle eines wesentlichen Überwiegens nur fordert, dass das Interesse am Erhaltungsgut nicht außer Verhältnis zum Eingriffsgut stehe.³⁵ § 228 BGB kann zwar ebenso wie sein Pendant, § 904 BGB, mangels Sachgutseingriffes keine direkte Anwendung finden. Er ist aber Ausdruck eines sogleich zu erläuternden Prinzips, das auch im Lebensschutz Niederschlag finden könnte.³⁶

a) Differenzierung der Notstände

Die Unterscheidung zwischen einem aggressiven und einem defensiven Notstand in § 904 BGB bzw. § 228 BGB mit unterschiedlichen Abwägungsmaßstäben³⁷ basiert auf dem Prinzip der Gefahrverursachung. Wenn hiernach eine Notstandshandlung die Gefahrenquelle verletzt, ist der Maßstab weniger streng, weil der Verursacher einer Gefahr wegen seiner Verantwortung³⁸ für diese eher eine Gefahrbeseitigung auf eigene Kosten zu dulden habe als ein Unbeteiligter, in dessen Güter eingegriffen wird.³⁹

b) Defensivnotstand und § 34 StGB

Bei § 34 StGB handele es sich wegen der Parallelität zu § 904 BGB um einen Aggressivnotstand.⁴⁰ Weil die Gefahrverursachung aber nicht nur durch Sachen, sondern insbesondere durch Menschen möglich ist, seien mit dem Rechtsgedanken des § 228 BGB an die Interessenabwägung in Konstellationen des Defensivnotstands geringere Anforderungen zu stellen, weil die Gefahrverursachung derartig ausschlaggebend sei, dass das gefahrverbundene Interesse

25 Kritisch: Küper, JuS 1981, 785 (789).

26 Roxin (Fn. 8), § 6 Rn. 40. Wenig überzeugend sind als Einschränkungen der Prognose „zufällige Rettungen“, wie Zimmermann (Fn. 17), S. 392 f. richtigerweise darstellt.

27 Koch, GA 2011, 129 (139).

28 Ebenso: Küper, JuS 1981, 785 (793); BVerfGE 115, 118 (139; 158). Ähnlich: Sinn, NStZ 2005, 585 (586); Höfling/Augsberg, JZ 2005, 1080 (1083 f.); Koch, JA 2005, 745 (747); Pawlik, JZ 2004, 1045 (1049) erkennt zudem eine Verletzung der Selbstbestimmung bezüglich des Zeitpunktes eines vorzeitigen Todes.

29 Ladiges, ZIS 2008, 129 (138).

30 BGHSt 42, 301 (305); Roxin, in: Roxin/Schroth (Fn. 5), S. 87 f.

31 So auch BGHSt 35, 347 (350); BGHSt 48, 255 (257); Küper, JuS 1981, 785 (787); Mitsch, JR 2005, 274 (277); Dreier, JZ 2007, 261 (263 f.); Rogall, NStZ 2008, 1 (2); Satzger, JURA 2010, 753 (754); Ladiges, JuS 2011, 879 (881); Koch, GA 2011, 129 (135; 139).

32 So Merkel (Fn. 5), S. 631.

33 Vgl. Pawlik (Fn. 11), S. 249; 255; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 13. Abschnitt Rn. 21; 23; ähnlich: Otto, JURA 2005, 470 (474).

34 Engländer, ZIS 2016, 608 (609). Berechtigterweise sehr kritisch an der Formel der Unwägbarkeit und dem Solidargedanken ist Wilenmann, ZStW 127 (2015), 888 (904 f.), der als Grundlage die Freiheitsgestaltung durch die Rechtsordnung benennt.

35 Zum Ausmaß der Milderung: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 87. Detailliert auch: Hruschka, JuS 1979, 385 (389; 391); Joerden, GA 1993, 245 (246 f.); Roxin, in: FS Jescheck, 1985, S. 463 f.

36 Koch, JA 2006, 806 (809); Rönnau, JuS 2016, 786 (787); Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 34 Rn. 86 bevorzugt eine Analogie des § 228 BGB ohne Bezug zu § 34 StGB, weil den Defensivnotstand nicht wie bei § 34 StGB eine Solidarpflicht begründe, sondern allein die Gefahrverursachung. Im Folgenden wird nicht weiter differenziert zwischen analoger Anwendung des § 228 BGB und der Übertragung seines Rechtsgedankens in die Interessenabwägung des § 34 StGB.

37 Erb, JuS 2010, 17 (17 f.); Engländer, ZIS 2016, 608 (610).

38 Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 102, 137, 162 f.

39 Vgl. Ladiges, JuS 2011, 879, (881); Merkel, JZ 2007, 373 (384); Pawlik (Fn. 11), S. 285; Rogall, NStZ 2008, 1 (2).

40 Rogall, NStZ 2008, 1 (3); Jakobs (Fn. 33), 13. Abschnitt Rn. 6; Hruschka, NJW 1980, 21 (22).

geringeren Schutzes würdig sei.⁴¹ Dieses Vorgehen ist allerdings nicht unzweifelhaft.

c) Systematischer Bedarf

Zwar führt die Interessenabwägung des § 34 StGB wegen des Lebenskonfliktes zu keinem Ergebnis. Wenn aber in der Gefahrverursachung zugleich ein rechtswidriges Angriffsverhalten liegt, ist Schutz durch § 32 StGB gegeben, weil die Nothilfe gerade keine Güterabwägung vorsieht und auch eine Tötung als *ultima ratio* zulässig sein kann.⁴² Mit dem Fehlen eines Angriffes hingegen scheitert die Nothilfe. Womöglich besteht in diesen Fällen kein Raum dafür, den Maßstäben des § 228 BGB einen größeren Wirkbereich zu eröffnen.

aa) Numerus clausus der Verteidigung durch Tötung

In den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen ist nämlich eine Differenzierung zwischen gegen den Gefahrurheber und gegen jedermann gerichteter Verteidigung erkennbar, nur trägt der mutmaßlich fehlende Defensivnotstand hier den Namen „Notwehr“.⁴³ Diese räumt nur bei einem rechtswidrigen Angriff als einer durch einen Verhaltensunwert besonders qualifizierten Gefahr⁴⁴ die Befugnis ein, in grundsätzlich alle Rechtsgüter des Angreifers einzugreifen. Hierin lässt sich im Verhältnis zu § 34 StGB ein *numerus clausus* solcher Gefahren erkennen, deren Abwendung auch durch eine Tötung des Gefahrenurhebers zulässig ist.⁴⁵ § 32 StGB als „Defensivnotstand“ aufzufassen, erscheint naheliegend, weil Maßnahmen gegen den Angreifer als Gefahrenurheber eröffnet sind, diese sich gegen jedes Rechtsgut richten können, jedes eigene Rechtsgut Schutz erfährt und keine Güterabwägung stattfindet.⁴⁶ Die Reichweite des

Notwehrrechts wird durch die Gefahrbeherrschung des Angreifers⁴⁷ sowie über den bloßen Selbstschutz hinaus durch die Bewährung der Rechtsordnung begründet.⁴⁸

Wenn nun aber dieser „Defensivnotstand“ an den Gefahrverursacher mit dem rechtswidrigen Angriff bestimmte Anforderungen stellt, dürfen diese nicht einfach übergangen werden, indem die Anforderungen des § 34 StGB unter der Begründung der Gefahrverursachung und der Wertung des § 228 BGB vermindert würden.⁴⁹ Vielmehr sperrt § 32 StGB die Tötung als Verteidigung gegen all solche Gefahren, die kein Angriff sind⁵⁰, weil die kaum Schutz bietende Interessenproportionalität des § 228 BGB gerade nicht das Erfordernis eines rechtswidrigen Angriffes des § 32 StGB kompensiert⁵¹, und ist die Schärfe des Notwehrrechts durch den Zusatz der Interessenabwägung in § 34 StGB drastisch vermindert.⁵² Dies ist notwendig, weil bei Gefahren, die wie hier keinen Handlungsgehalt – insbesondere keinen rechtswidrigen – aufweisen, das Rechtsbewährungsinteresse entfällt, wodurch die Eingriffsbefugnis einen Teil ihrer Legitimation einbüßt und daher nicht schrankenlos bestehen darf.⁵³ Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch bei der Notwehr die Tötung nur unter Restriktionen zulässig ist.⁵⁴ Diese Hürden durch einen modifizierten Notstand zu umgehen, erscheint inkonsequent.

bb) Defensivnotstand in § 34 StGB

Darüber hinaus ist in Zweifel zu ziehen, dass § 34 StGB nur einen Aggressivnotstand regle. Zwar ähnelt er § 904 BGB, anders als in diesem wird aber nicht gefordert, dass die Gefahrenquelle abseits des Eingriffsgutes liegt. Weiterhin ist § 34 StGB nicht allein auf das Verhältnis zweier Rechtsgüter zueinander beschränkt, sondern berücksichtigt in seiner Interessenabwägung eine Vielzahl von Einflussgrößen, ori-

41 Vgl. *Erb*, in: Münchener Kommentar, StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 19; vgl. auch *Bemmann*, ZStW 83 (1971), 81 (92 f.); *Lampe*, in: FS Lenckner, 1998, S. 174 erkennt in der Gefahrverursachung eine negative Solidarität: Dafür zu sorgen, dass aus dem eigenen Herrschaftsbereich keine Gefahr für andere erwächst.

42 Ganz herrschende Ansicht, vgl. nur *Fischer* (Fn. 15), § 32 Rn. 31; *Perron* (Fn. 13) § 32, Rn. 37.

43 So auch *Rogall*, NSTZ 2008, 1 (4); vgl. insbesondere *Günther*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StGB, 148. Edition, Stand: Dezember 2014, § 32 Rn. 12; § 34 Rn. 14, 39 f.; umfassend: *Frister*, GA 1988, 291 (294 f., 303 ff.).

44 *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 35), § 17 Rn. 47, 49 erkennen richtig, dass „Gefahr“ ein Oberbegriff ist, dem der speziellere Angriff unterfällt; so auch: *Duttge*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 3. Aufl. 2013, § 34 StGB Rn. 9; *Lenckner* (Fn. 38), S. 137, 223; *Hirsch*, in: FS Dreher, 1977, S. 214 f., 223 f.; *Lampe*, NJW 1968, 88 (91) weist der Notwehr des wie der heutige § 32 StGB einen Angriff fordernden § 53 a.F. StGB (vgl. *Erb* [Fn. 41] § 32 Rn. 10) fälschlich alle von Menschen stammenden Gefahren zu.

45 *Otte*, *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, 1998, S. 29 nennt die gesetzgeberische Konzeption, dass nur nach § 32 StGB eine Verteidigungsmaßnahme gegen eine Person, also etwa gegen ihr Leben gerichtet sein dürfe.

46 Passend bezeichnet *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1048) den Defensivnotstand als „Schwundstufe“ der Notwehr; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilbd. I, 8. Aufl. 1992, § 27 Rn. 57

erkennt einen „notwehähnlichen Charakter des § 228 [BGB]“; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar, StGB (Fn. 41), Vorb. §§ 32 ff. Rn. 218 widmet beiden Vorschriften eine parallele Behandlung.

47 *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (9); *Pawlik* (Fn. 11), S. 306; *ders.*, JURA 2002, 26 (26 f.); *Rönnau/Hohn*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 2; *Jakobs* (Fn. 33), 12. Abschnitt Rn. 16. Siehe auch: *Hruschka*, in: FS Dreher, 1977, S. 203 f.

48 Vgl. *Roxin*, ZStW 93 (1981), 68 (70); *Seelmann*, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978, S. 42 f. erkennt, dass dem § 32 StGB bereits die Wertung innewohnt, dass ein starkes Zurücktreten des Interesses des Angreifers gegenüber dem des Angegriffenen ein Spezifikum des Angriffes sei.

49 In dieselbe Richtung: *Pawlik* (Fn. 11), S. 312 f. Kritisch und im Ergebnis ebenso: *Maurach/Zipf* (Fn. 46), § 27 Rn. 47a ff.; *Duttge* (Fn. 44), § 34 StGB Rn. 17 will die Gefahrverursachung nur als einen von vielen, daher nicht ausschlaggebenden Abwägungsfaktor ansehen.

50 *Oehler*, JR 1951, 489 (494) betont historisch, dass die Lebenskollision nicht als Gegenstand des Notstands beabsichtigt sei; a.A. sind *Lenckner* (Fn. 38), S. 102, 162 f. sowie *Jakobs* (Fn. 33), 13. Abschnitt Rn. 46.

51 In diesem Sinne: *Roxin* (Fn. 35), S. 467; *Günther* (Fn. 43), § 32 Rn. 12; a.A.: *Pawlik*, GA 2003, 12 (16).

52 So auch *Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 115.

53 *Roxin* (Fn. 35), S. 469; *Otte* (Fn. 45), S. 45.

54 Vgl. etwa: *Hinz*, JR 1993, 353 (353); umfassend: *Seelmann*, ZStW 89 (1977), 36 (37 ff.).

entiert sich also an der konkreten Fallsituation, sodass auch die Gefahrenurheberschaft Eingang finden kann.⁵⁵ Er ist also so offen formuliert, dass er Fälle des § 228 BGB erfasst.⁵⁶ Dies ist gerade auch darin erkennbar, dass der Abwägungsmaßstab des § 228 BGB in § 34 StGB insoweit enthalten ist, als in jeder Interessenkollision, bei der nach § 34 StGB das eine Interesse das andere wesentlich überwiegt, jenes i.S.d. § 228 BGB nie außer Verhältnis zum anderen steht, beiden Vorschriften also das Prinzip des überwiegenden Interesses innewohnt.⁵⁷

Trotz dieser Nähe zueinander ist aber zu beachten, dass § 34 StGB und § 228 BGB verschiedene Eingriffsgegenstände aufweisen. Während § 228 BGB die Richtung der Abwehrmaßnahmen auf Sachen beschränkt⁵⁸, durch die Gefahr droht, lässt § 34 StGB Eingriffe in alle Rechtsgüter zu, dies aber entsprechend der Schwere der Eingriffsgüter unter höheren Voraussetzungen als § 228 BGB.⁵⁹ Der Grund hierfür liegt darin, dass es für den Eigentümer einer Sache wegen deren geringeren Wertes sowie der grundsätzlichen Reversibilität des Verlustes hinnehmbar ist, die Sache einzubüßen, während der zur Verteidigung Getötete sein wertvollstes und nicht restituierbares Rechtsgut opfern müsste. Die Notwendigkeit des Festhaltens an den bestehenden Beziehungen von Eingriffsgütern und Abwägungsmaßstäben ergibt sich zudem *e contrario* aus der Sonderstellung des § 228 BGB: Wenn im Falle eines Defensivnotstandes allein Eingriffe in Sachgüter privilegiert werden, bedeutet dies zugleich, dass andere Rechtsgüter, die gefahrenursächlich sind, nur nach den strengeren Regeln des § 34 StGB bzw. – im Falle einer als Angriff qualifizierten Gefahr – des § 32 StGB beeinträchtigt werden dürfen.

Außerdem begründet eine „Sozialbindung des Eigentums“⁶⁰ (vgl. Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG) eine Einstandspflicht dafür, dass dieses niemanden schädigt. Dies aber auf das Leben zu übertragen, ist fernliegend.⁶¹ Entgegenen ließe sich freilich, dass zwar der Rechtsgutsträger nicht verantwortlich für sein Leben als bloßes Dasein sei, keinem anderen als ihm selbst jedoch die Folgentragung aufzuerlegen sei.⁶²

55 Otte, (Fn. 45), S. 109 ff.; 117 ff.

56 Erb, JuS 2010, 17 (18); Pawlik (Fn. 11), S. 286. Zieschang, in: Leipziger Kommentar, StGB (Fn. 47), § 34 Rn. 1; a.A.: Jakobs (Fn. 33), 13. Abschnitt Rn. 6; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 35), § 17 Rn. 85; Otte, (Fn. 45), S. 109 f.

57 So Joerden, GA 1993, 245 (247).

58 Grothe, in: Münchener Kommentar, BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 228 Rn. 6.

59 So auch Jäger, ZStW 115 (2003), 765 (772 f.); Roxin (Fn. 35), S. 466 f.

60 Erb, JuS 2010, 17 (19); ders. (Fn. 41), § 34 Rn. 156; „*casum sentit dominus*“, vgl. Ladiges, ZIS 2008, 129 (132).

61 Pawlik (Fn. 11), S. 320 spricht sich dafür aus, dass die höheren Anforderungen darauf zurückzuführen seien, dass eine Gefahrenzuständigkeit gerade nicht nötig sei; Engländer, ZIS 2016, 608 (611) erkennt als Grundlage des Defensivnotstandes eine Haftung dessen, aus dessen Rechtssphäre die Gefahr stammt. Unklar ist hierbei aber, unter welchen Voraussetzungen diese steht, ob etwa schlichte Kausalität genügt oder Zurechnungsanforderungen zu stellen sind.

62 Merkel, JZ 2007, 373 (384); Merkel (Fn. 5), S. 621; vgl. auch: Erb, NSZ 2005, 593 (595).

Hierdurch wird die angezweifelte Verantwortung für gefährdendes Leben in scheinbar vertretbare Worte gekleidet.

Zu beachten aber ist, dass diese Konsequenzzuweisung an den Rechtsgutsträger nicht mehr dem Sozialbindungsprinzip folgt, das dem § 228 BGB zugrunde liegt, weil es dem Leben entgegen dem Eigentum nicht eigen ist, den Rechtsgutsträger zu verpflichten, seine intersoziale Wirkung zu berücksichtigen.⁶³ Die bloße zufällige Kausalität eines Lebens für die Gefährdung eines anderen kann dem gefährdenden Leben nicht angelastet⁶⁴ werden.

Wenn also das Verantworten der von einem Leben ausgehenden Gefahr nicht aufgrund seiner Sozialbindung, sondern nur mittels eines Notbehelfs dem Rechtsgutsträger zugewiesen wird, kann hierdurch nicht begründet werden, auf die an die Sozialbindung anknüpfenden Maßstäbe des § 228 BGB zuzugreifen.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem enthält das StGB eine abschließende und ausdifferenzierte Regelung zur Verteidigung gegen Gefahren, die sich den Maßstäben des § 228 BGB verschließt, die allein an Sachen bemessen, nicht aber gegenüber dem Leben als Eingriffsgut adäquat sind.⁶⁵

III. Rechtfertigende Pflichtenkollision

In Betracht kommt schließlich eine Rechtfertigung durch den selbstständigen, übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund⁶⁶ der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Deren Anerkennung fußt auf dem Gedanken, dass die Rechtsordnung bei einer Kollision zweier gleichwertiger rechtlicher Pflichten die eingeschränkte Rettungskapazität des Normadressaten zu berücksichtigen hat und dass für den Einzelnen keine Pflicht zu Unmöglichem besteht („*impossibilia nulla obligatio est*“⁶⁷).

Den trennenden Arzt treffen im vorliegenden Fall während der Notoperation zwei Pflichten, die nur isoliert, nicht aber kumulativ erfüllbar⁶⁸ sind: die sich aus der Garantenstellungen des Arztes⁶⁹ ergebende Pflicht, das Leben des einen Zwillings zu retten⁷⁰, sowie die Pflicht, den anderen

63 Vorstellbar als Ausdruck einer Sozialbindung des Lebens wäre der Suizid eines Kranken, durch den er zu vermeiden versucht, Familie und Sozialsysteme zu belasten.

64 So Erb (Fn. 41), § 34 Rn. 157, 159.

65 Vgl. auch: Erb (Fn. 41), § 34 Rn. 155.

66 So die allgemeine Meinung, vgl. nur Rönnau, JuS 2013, 113 (113).

67 Vgl. Erb (Fn. 41), § 34 Rn. 41; der weitere, hier aber nicht gegenständliche Anwendungsbereich der rechtfertigenden Pflichtenkollision betrifft die Kollision ungleichwertiger Pflichten, deren die höherwertige zu erfüllen ist, um bei Verletzung der geringerwertigen gerechtfertigt zu sein, wobei in letzterem Fall regelmäßig § 34 StGB einschlägig ist, vgl. Krey/ Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 631.

68 Hruschka (Fn. 47), S. 192 ff.; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 35), § 17 Rn. 134.

69 Garantenstellung aufgrund freiwilliger Übernahme Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 13 Rn. 9; umfangreich: Ulsenheimer, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztstrafrechts, 4. Aufl. 2010, § 140 Rn. 14 f.

70 Koch, GA 2011, 129 (135); Joerden (Fn. 5), 2001, S. 129.

Zwilling nicht zu töten. Weil sich das Gewicht einer Pflicht aus ihrem Gegenstand, also dem mit ihr konnexen Interesse oder Rechtsgut, ergibt, können die hier fraglichen lebensbezüglichen Pflichten als gleichrangig bezeichnet werden.⁷¹

1. Bisheriger Meinungsstand

In der beschriebenen Fallkonstellation greife die rechtfertigende Pflichtenkollision nicht ein, weil eine *Handlungspflicht* („Du sollst das Leben retten!“) mit einer *Unterlassungspflicht* („Du sollst nicht töten!“) kollidiere, sodass der nur auf die Kollision zweier Handlungspflichten zugeschnittene Anwendungsbereich der rechtfertigenden Pflichtenkollision nicht eröffnet sei.⁷²

Vielmehr sei allein § 34 StGB einschlägig⁷³, weshalb ein Rückgriff auf einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund weder notwendig noch zulässig sei.⁷⁴ Denn greife der Täter nach § 34 StGB aktiv in das Rechtsgut eines *bisher unbeteiligten* Dritten ein, so könne eine passive Solidarität dieses Dritten, der sich einen Eingriff in seine Rechtsgüter gefallen lassen müsste, nur dann verlangt werden, wenn das Erhaltungsinteresse wesentlich überwiege.⁷⁵

Bei der rechtfertigenden Pflichtenkollision gehe es hingegen nicht darum, die Solidarpflicht eines Unbeteiligten zu beanspruchen, sondern lediglich darum, die Rettung eines von mehreren *bereits gefährdeten* Interessen zu unterlassen, weshalb ein wesentliches Überwiegen gerade nicht konstitutiv sei. Ziehe man daher die rechtfertigende Pflichtenkollision in Fällen heran, deren Gegenstand der Eingriff in ungefährdetes Leben ist, werde die Unabwägbarkeit menschlichen Lebens relativiert und werden die Voraussetzungen des § 34 StGB umgangen.⁷⁶ Bei einer Kollision zwischen einer gleichwertigen Handlungs- und Unterlassungspflicht komme daher stets der Unterlassungspflicht die Priorität zu⁷⁷, da die Erfüllung der Handlungspflicht keinen „höheren Wert“ besitze und daher nicht zu Lasten anderer unbeteiligter Rechtsgüter durchgesetzt werden dürfe.⁷⁸

2. Kritik

71 Zum Pflichtenrang: *Maurach/Zipf* (Fn. 46), § 27 Rn. 52; *Rönna*, in: Leipziger Kommentar, StGB (Fn. 47), Vor § 32 Rn. 115.

72 Vgl. *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 4 Rn. 159c; *Satzger*, JURA 2010, 753 (755); *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 13), Vorb. § 32 Rn. 71/72; für die zu erörternde Konstellation *Koch*, GA 2011, 129 (135).

73 Siehe nur *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), StGB, 2013, Vor § 32 Rn. 29; *Rönna* (Fn. 71), Vor § 32 Rn. 120; ausführlich *Neumann*, in: FS Roxin, 2001, S. 424 ff.; *Roxin* (Fn. 8), § 16 Rn. 117; bereits *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1970, 9/62 S. 262.

74 *Satzger*, JURA 2010, 753 (755)

75 *Rönna*, JuS 2013, 113 (113).

76 So etwa *Küper*, JuS 1987, 81 (90).

77 Vgl. zu diesem Postulat *Hruschka*, in: FS Larenz, 1983, S. 277, der den allgemeinen Vorrang der Unterlassungspflicht bereits mit Verweis auf *Christian Wolff* („Wenn ein Gebots- und ein Verbotsgesetz kollidieren, dann hat das Verbot vor dem Gebot Vorrang“) sowie *Grotius* und *Puppendorf* („Ein Gebot tritt hinter ein Verbot zurück“) herleitet, zu Recht kritisch hierzu, *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 36), Vor § 32 Rn. 171.

78 *Küper*, JuS 1987, 81 (90).

Die Literatur zur Trennung siamesischer Zwillinge begnügt sich häufig mit einem lapidaren Hinweis auf die Unanwendbarkeit der rechtfertigenden Pflichtenkollision, ohne sich näher argumentativ mit dem Rechtsinstitut auseinanderzusetzen.⁷⁹ Nach hiesiger Rechtsauffassung genügt dies nicht, um dem ethisch sensiblen Thema gerecht zu werden.

a) Eingriffscharakter

Begründet wird der von der h.M. postulierte Vorrang der Unterlassungspflicht damit, dass die Verletzung von Handlungspflichten lediglich Interessen beträfe, die nur (etwa wegen einer bestehenden Garantenstellung) individuell gegenüber dem Handlungspflichtigen eine normative Pflicht begründen, während die Verletzung von Unterlassungspflichten in Rechtspositionen eingreife, die gegenüber jedermann geschützt sind.⁸⁰ Die Rechtsordnung könne es dem Einzelnen nicht zubilligen, nach Gutdünken zu entscheiden, aktiv in bisher nicht tangierte Rechtsgüter Dritter einzugreifen. Andernfalls bedeute eine individuelle Handlungspflicht eine Erweiterung der Eingriffsbefugnis in die Rechtsgüter Unbeteiligter. Deren Solidarpflicht werde aber gerade nicht durch die Garantenpflicht eines anderen ausgeweitet, sondern bestimme sich allein nach dem Maßstab des § 34 StGB.⁸¹

Augenscheinlich ist ein erstes Kriterium zur Abgrenzung verschiedener Pflichtenkollisionen die Verhaltensweise, durch die eine Pflichtverletzung eintritt. Während die Verletzung einer Handlungspflicht lediglich durch ein Unterlassen erfolgt, wird eine Unterlassungspflicht durch einen aktiven Eingriff verletzt, der nach § 34 StGB zu beurteilen sei. Diese Unterscheidung aber überzeugt nicht, weil nach § 13 StGB Tun und Unterlassen gleichgestellt sind und auch durch Unterlassen in fremde Rechtsgüter eingegriffen werden kann, wenn das Unterlassen der Verwirklichung des Tatbestandes durch ein Tun entspricht, § 13 Abs. 1 a.E. StGB (sog. Gleichstellungsklausel). Letztere stellt sicher, dass sich „das Unrecht des Unterlassens dem des Begehens dergestalt nähert, dass es das typische Unrecht des Tatbestandes erfüllt“.⁸² Der Gleichstellung steht die *fakultative* Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB nicht entgegen, da diese nur berücksichtigt, dass das Unterlassen einer Rettung im Unrecht

79 So etwa auch *Joerden* (Fn. 5), S. 129, der das Problem zwar aufwirft und zutreffend erfasst, allerdings wiederum sehr unbeholfen zu dem Schluss kommt, dass für derartige Kollisionsfälle auf § 34 StGB zurückzugreifen sei, ferner auch *Koch*, GA 2011, 129 (135), der lediglich in einem Satz feststellt, dass „dieser Konflikt nicht über die sog. rechtfertigende Pflichtenkollision zu lösen [ist]“ und dann in Fußnote 36 auf die Argumentation der herrschenden Meinung verweist.

80 Vgl. *Neumann* (Fn. 73), S. 427.

81 So *Neumann* (Fn. 73), S. 426 f.

82 So etwa *Heuchemer*, in: Beck'scher Online-Kommentar (Fn. 9), § 13 Rn. 74; zur Bedeutung der Entsprechungsklausel (bzw. Modalitätenäquivalenz) vgl. BGHSt 28, 300 (307); *Fischer* (Fn. 15), § 13 Rn. 83; *Wohlers*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 36), § 13 Rn. 19; ferner *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68, (69 ff.); *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 278 (312 ff.); *Roxin*, in: FS Lüderssen 2002, S. 577 ff.; s. auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 366 f. m.w.N.

regelmäßig geringer ist als die Vornahme der Verletzung eines Rechtsgutes durch ein aktives Tun.⁸³ Allerdings warnt etwa Freund zu Recht vor einer „voreiligen Verallgemeinerung“.⁸⁴

b) Vergleich mit § 34 StGB

Nunmehr bedarf der Untersuchung, ob der schlichte Verweis auf § 34 StGB geeignet ist, die rechtfertigende Pflichtenkollision für unanwendbar zu erklären. Bei genauerem Hinsehen dürfte nach der h.M. auch bei einer Kollision zweier gleichrangiger Handlungspflichten ausschließlich § 34 StGB anwendbar sein. Auch hier unterlässt der Garant die Rettung eines Rechtsguts zugunsten des anderen. Damit liegt, wie soeben dargestellt, ein Eingriff in das Rechtsgut eines Dritten durch Unterlassen vor.

Folgt man konsequent der Argumentation der h.M., ist also auch bei der Kollision zweier Handlungspflichten ein Überwiegen des zu rettenden Rechtsgutes notwendig, um den Eingriff in das nicht gerettete Rechtsgut zu rechtfertigen. Im Ergebnis dürfte es die rechtfertigende Pflichtenkollision also gar nicht geben: weder bei der Kollision zweier Handlungspflichten noch bei der Kollision von Unterlassungs- und Handlungspflicht. Die Fälle unterschiedlich zu behandeln, widerspricht der in der Gleichstellungsklausel manifestierten gesetzgeberischen Intention.⁸⁵

Der Verweis auf das Vorhandensein des Instituts des rechtfertigenden Notstands kann demnach nur einheitlich erfolgen und ist zur Unterscheidung verschiedener Pflichtenkollisionen ungeeignet. Der Aufsatz wird daher intensiv prüfen, weshalb die h.M. bei der Kollision zweier Handlungspflichten eine Rechtfertigung annimmt, obwohl auch dort ein Lebenskonflikt auftreten kann, und die Übertragbarkeit dieser Konzeption auf den vorliegenden Fall untersuchen.

c) Das *impossibile* als Konstitutivum

Den Pflichtenadressaten nicht kategorisch dem strengen Maßstab des § 34 StGB zu unterwerfen, beruht auf dem Gedanken, dass die Rechtsordnung ihm nichts Unmögliches

abverlangen darf.⁸⁶ Damit ist zunächst zu bestimmen, ob ein solches *impossibile*⁸⁷ vorliegt und worin es besteht.

Bei kollidierenden Handlungspflichten erscheint dies einfach: Wenn zwei Pflichten zu erfüllen sind und nur die Erfüllung einer unter Verletzung der anderen möglich ist, liegt darin, beides zu tun oder die Verletzung einer Pflicht unter Erfüllung der anderen zu unterlassen, ein *impossibile*.⁸⁸

Wenn bei der Kollision einer Handlungspflicht mit einer Unterlassungspflicht die Handlungspflicht allein durch Verletzung der Unterlassungspflicht erfüllt werden kann, ist es unmöglich, beiden Pflichten gerecht zu werden. Dabei sind aber Fälle denkbar, in denen entweder die Handlungspflicht zu Lasten nur einer singulären Unterlassungspflicht erfüllt werden kann oder in denen von mehreren zur Erfüllung der Handlungspflicht verletzbareren Unterlassungspflichten nur eine deren verletzt wird. In letzterer Konstellation liegt gegenüber jeder einzelnen Unterlassungspflicht kein *impossibile* vor.

Am Beispiel:⁸⁹ Kann ein Vater eine seinem Kind drohende Lebensgefahr nur abwenden, indem er einen von mehreren anderen anwesenden Menschen packt und schützend vor dem Kind platziert und dadurch den Tod jenes bedingt, verletzt er gegenüber dem Ergriffenen die Unterlassungspflicht, nicht in dessen Rechtsgut Leben einzugreifen. Dabei war die Verletzung gerade dieser Unterlassungspflicht nicht notwendig, um die Handlungspflicht gegenüber dem Kind zu erfüllen, weil der Vater auch jeden anderen gegenwärtigen Menschen hätte ergreifen können. Ein *impossibile* liegt also gerade nicht vor.

Ein *impossibile* ist aber erkennbar, wenn die Rettung (Handlungspflicht) des einen siamesischen Zwillingen nur durch die Tötung (Unterlassungspflichtverletzung) des anderen möglich ist, weil die Verletzung einzig dieser und keiner anderen Unterlassungspflicht mit der Erfüllung der Handlungspflicht verbunden ist.

Damit besteht zumindest im hier relevanten Fall ein *impossibile* in gleicher Weise wie bei der Kollision von Handlungspflichten und ist eine Gleichbehandlung grundsätzlich denkbar.

83 Heuchemer (Fn. 82), § 13 Rn. 78; ferner die amtliche Begründung, vgl. BT-Drs. V/4095, S. 8; Jeschek/Weigend (Fn. 82), S. 611 sehen in der Möglichkeit der Strafmilderung ebenfalls kein Abrücken von der Gleichstellung: „Ausnahmsweise kann auch der Unrechtsgehalt des unechten Unterlassungsdeliktes geringer sein als der des entsprechenden Begehungsdeliktes, obwohl § 13 [StGB, Ergänzung durch die Verf.] an sich auf der vollen Gleichstellung im Handlungs- und Erfolgsunrecht beruht.“

84 Freund, in: Münchener Kommentar, StGB (Fn. 41), § 13 Rn. 295, der mit der „leichten Austauschbarkeit von Tun und Unterlassen im Zusammenhang mit technischen Systemen“ argumentiert; ferner Jeschek/Weigend (Fn. 82), S. 611, die zutreffend das fakultative Element der Strafmilderung hervorheben.

85 Einige Stimmen in der Literatur postulieren zwar, dass auch bei einer Kollision von Handlungs- mit gleichwertigen Unterlassungspflichten eine Rechtfertigung durch die rechtfertigende Pflichtenkollision in Betracht kommt, allerdings nur bei Erfüllung der Unterlassungspflicht, vgl. etwa Küper, JuS 1971, 474 (475); Gropp, in: FS Hirsch, 1999, S. 209; kritisch zu Recht Fischer (Fn. 15), Vor § 32 Rn. 11d.

86 Vgl. etwa Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, 2. Kap. Rn. 125; Joerden, GA 1984, 249 (256); Lampe, in: FS Lenckner, 1998, S. 171 spricht treffend davon, dass sich der Verpflichtete „zwischen der Skylla eines rechtswidrigen Handelns und der Charybdis eines pflichtwidrigen Unterlassens“ befinde.

87 Instruktiv: Mangakis, ZStW 84 (1972), 447 (460). Der Begriff wird dem oben genannten Sinnspruch „*impossibilium nulla obligatio est*“ entnommen. Mangakis gebraucht „*impossibilium*“ fälschlich als Nominativ Singular und stellt damit ein Synonym zu „das Unmögliche/die unmöglichen Dinge“ her. Der beabsichtigte Kasus findet sich aber in der lateinischen Form „*impossibile*“, während „*impossibilium*“ einen objektiv zu verstehenden Genitiv Plural darstellt.

88 Beispiel hierzu bei Krey/Esser (Fn. 67), Rn. 633.

89 Im Ergebnis ähnlicher Kurzfall bei Jakobs (Fn. 33), 15. Abschnitt Rn. 8.

d) Willkürgefahr

Zwei weitere Probleme stellen sich jedoch: Der Eingriff in gefahrenfremde Rechtsgüter sowie die willkürliche Bestimmung dessen, in dessen Rechtsgüter eingegriffen wird. Diese Probleme sind eng verknüpft mit der Frage nach dem Vorliegen eines *impossibile*.

aa) Handlungspflichtenkollisionen

Betrachtet man Kollisionen von Handlungspflichten, bei denen die Erfüllung beider Pflichten unmöglich ist, ist bereits durch die die Rettungspflichten auslösende Gefahrenlage festgesetzt, wer die Rechtsgutsträger sind, deren Güter verletzt werden könnten, sodass die Willkür des Pflichtadressaten auf die Auswahl der Erfüllung einer von zwei einander wechselseitig ausschließenden Pflichten begrenzt ist und keiner, dessen Rechtsgüter nicht *a priori* einer Gefahr ausgesetzt waren, eine durch Dritte eigenmächtig zugefügte Einbuße hinnehmen muss.

bb) Kollision ohne *impossibile*

Wenn dagegen, wie in manchen Fällen der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten, kein *impossibile* vorliegt, könnte der Pflichtenadressat nach eigenem Ermessen jeden gänzlich Unbeteiligten bestimmen, zur Erfüllung der Handlungspflicht einen Eingriff hinnehmen zu müssen. Dies aber soll gerade nur erfolgen, wenn die strengen Anforderungen des § 34 StGB erfüllt sind.⁹⁰

cc) Kollision mit *impossibile*

Anders liegen jedoch Fälle der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten, in denen ein *impossibile* zu behagen ist: Ist wie beim vorliegenden Fall die Erfüllung der Handlungspflicht durch die Verletzung nur einer einzigen Unterlassungspflicht möglich, ist die Willkür des Pflichtadressaten in gleicher Weise beschränkt wie im Falle der Kollision von Handlungspflichten, nämlich auf diejenigen Rechtsgutsträger, die insofern Teil der Gefahrenlage sind, als die Willkür des Verpflichteten auf die Entscheidung zwischen ihnen beschränkt ist.

dd) Präzisierung des Gefahrbegriffs

Unterschieden werden kann aber, inwiefern sich die Entscheidung des Verpflichteten darauf auswirkt, wie der einen Eingriff erleidende Rechtsgutsträger belangt wird: Bei der Kollision von Handlungspflichten realisiert sich nur die Gefahr, die für ein Rechtsgut unabhängig von der Entscheidung des Pflichtenträgers bereits bestanden hat.⁹¹ Bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht hingegen mag man geneigt sein, die Verknüpfung von Gefahrenlage und Eingriffsgut abzustreiten, wenn die Entscheidung des Verpflichteten ein Rechtsgut tangiert, das erst durch das Handeln des Verpflichteten in unmittelbaren Kontakt mit der Gefahr tritt.⁹²

Am Beispiel eines Weichenstellerfalles:⁹³ Auf dem einen von nur zwei der Kontrolle des Weichenstellers A unterworfenen Gleisen steht das Kind X des A und auf dem anderen Gleis befindet sich die Person Y. Während die Weichen so gestellt sind, dass ein unbrembar heranrasender Zug das Gleis des X befahren wird, ist A gegenüber X zur Rettung durch Umstellung der Weichen als einziges Rettungsmittel vor einem Überfahrenwerden verpflichtet (Handlungspflicht), zugleich aber ist er gegenüber dem Y verpflichtet, das Umstellen zu unterlassen, um nicht dessen Leben zu gefährden (Unterlassungspflicht).

Hier wird erst durch die Entscheidung des A, die Weichen umzustellen, eine Beteiligung des Y an der Gefahrensituation hergestellt, diesem darf also zugunsten des X ein Sonderopfer nur nach Maßgabe des § 34 StGB abverlangt werden. Hiergegen spricht zwar, dass der Fall eines *impossibile* vorliegt: Nur die Verletzung einer einzigen Pflicht bedingt die Erfüllung der anderen und die Pflichten sind nicht zugleich erfüllbar.

Darüber hinaus bedarf aber der Begriff der Gefahrenlage genauer Bestimmung: die Verknüpfung von Rechtsgütern mit einem Schadenspotential, das den Rechtsgütern unabhängig von der Entscheidung des zur Gefahrenabwehr Verpflichteten droht. Diesem postulierten Gefahrbegriff genügt das Umstellen der Weichen im Weichenstellerfall nicht. Zwar ist Y insofern Teil der Gefahrenlage, als schicksalhaft die Entscheidung des A auf nur zwei Alternativen beschränkt ist. Ein solches Verständnis der Gefahr aber überspielt, dass erst die Entscheidung des A den Y konkret gefährdet und sich dadurch menschenwürdeverletzend über dessen Freiheit hinwegsetzt.⁹⁴ Ließe man hier eine Rechtfertigung durch Pflichtenkollision zu, erlebte man zudem eine Konfrontation mit dem seltsamen Ergebnis, dass A zwar zur Rettung des X den Zug auf das Gleis des Y umleiten dürfte, er aber, wenn mehrere Gleise mit je einer anderen Person zur Entscheidung vorlägen, mangels eines *impossibile* nicht handeln dürfte.

ee) Lösung des Ausgangsproblems

Anders gelagert ist der vorliegende Fall: Zwar tritt der Tod des unrettbaren Zwilling in seiner konkreten Gestalt erst durch den Eingriff ein. Der entscheidende Unterschied aber ist, dass dem unrettbaren Zwilling damit keine Gefahr aufgebürdet wird, unter der er nicht ohnehin schon litt. Vielmehr wird er durch die Trennungsoperation in seiner höchstpersönlichen, von seinem Zwilling unabhängig in konstanten Physis belassen, die schicksalhaft vorgegeben ist.

Zwar ist einzuräumen, dass die Verwachsung ebenso schicksalhaft eine zumindest temporäre Lebensfähigkeit herstellt. Gerade dies aber ist Ausdruck der bereits bestehenden Gefahr: Nur aus dem Grund, dass der unrettbare Zwilling allein nicht lebensfähig ist, ist die Verwachsung für beide Zwillinge lebensbedrohlich. Die die Lebensfähigkeit des einen Zwilling ausschließende fatale Fügung wirkt also

90 Neumann (Fn. 73), S. 426.

91 Vgl. Mangakis, ZStW 84 (1972), 447 (468 f., 473).

92 Mangakis, ZStW 84 (1972), 447, (476).

93 Fallprinzip nach Welzel, ZStW 63 (1951), 47 (51).

94 Vgl. Mangakis, ZStW 84 (1972), 447, (470 f.).

sowohl im verwachsenen Zustand als auch im getrennten Zustand gegen den Unrettbaren. Daher wird dieser durch die zu seinem Tode führende Trennung nicht einer neuen Gefahr ausgesetzt, sondern seinem permanent wirkenden Schicksal überlassen. Der Eingriff der Ärzte begründet mithin keine Gefährdung, sondern konkretisiert eine bereits bestehende, die von dem unrettbaren Zwilling ausgehend sowohl den rettbaren als auch ihn selbst bedroht.⁹⁵ Sie wählen hier weder willkürlich den zu Opfernden aus noch ist dessen Verknüpfung mit einer Gefahr abhängig von dem Beschluss des Verpflichteten.

Und zwar wird er geopfert und durch das Übergehen seines eigenen Lebensinteresses zu einem Objekt des Rettungsbestrebens herabgesetzt; ihm wird allerdings nicht eine Entscheidung über seine Lebensvorstellung abgesprochen, weil er diese nie hatte, weil sein Leben schicksalsbedingt moribund ist.⁹⁶

Eine solche Objektivierung zur Rettungsrealisierung ist zudem untauglich, die Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht von der Kollision von Handlungspflichten abzugrenzen, weil auch bei letzterer derjenige, dessen Rettung zugunsten des anderen unterbleibt, gänzlich dem Rettungsstreben subordiniert wird, indem sein Tod einzig der Rettung des anderen dient.⁹⁷

ff) Überdehnung der Solidarpflicht Dritter

Zuletzt wird entgegnet, man überdehne die Solidarpflicht desjenigen, der einen Eingriff hinnehmen müsste, weil die individuelle Verhaltenspflicht des Eingreifenden keine Erweiterung der Pflicht Dritter zur Duldung von Eingriffen bedeute.⁹⁸

Dies aber muss bei jeglicher Pflichtenkollision unberücksichtigt bleiben, weil die rechtfertigende Pflichtenkollision Abstand von der Solidarpflicht Dritter nimmt⁹⁹ und stattdessen auf die Unmöglichkeit der Pflichterfüllung abstellt. Die Wertungsebene widerstreitender Interessen wird gänzlich verlassen und der Fokus auf den Verpflichteten gelegt, dem es die Rechtsordnung nicht zur Last legen darf, wenn er von zwei unvereinbaren Verhaltenspflichten nur eine erfüllt.¹⁰⁰ Ausschlaggebend ist das *impossibile*, was im hiesigen Fall gegeben ist, sodass der Einwand gegenstandslos ist.

3. Zwischenergebnis

Mit der Bejahung des *impossibile* und der ausbleibenden Willkürgefahr ist das Problem fehlender Gefahrbeteiligung des Eingriffsadressaten und der Zuführung seiner Rechts-

güter in eine Gefahrenlage obsolet, weil die siamesischen Zwillinge in schicksalhafter Verflechtung eine Gefahrgemeinschaft bilden.¹⁰¹ Die Gefahr für das Eingriffsgut besteht unabhängig von Dritteingriffen. Insofern wird dem, gegen dessen Rechtsgüter sich die Eingriffshandlung richtet, keine weitergehende Duldung aufgebürdet. Die Gründe, die einer Unterlassungspflicht im Falle einer Kollision mit einer Handlungspflicht den Vorrang einräumen, sind in der hier behandelten Konstellation nicht einschlägig, sodass sie derselben Behandlung bedarf wie eine Handlungspflichtenkollision. Der Gleichstellung dient der konkretisierte Begriff der Gefahrenlage, der ein klar überschaubares Feld an einschlägigen Fällen absteckt.¹⁰²

IV. Fazit

Dort, wo die Rechtsordnung keine klaren Handlungsanweisungen zu geben vermag¹⁰³, kann die Entscheidung des Verpflichteten nicht mit einem Unwerturteil missbilligt werden.¹⁰⁴ Der Anwendungsbereich der zu der Kollision von gleichwertigen Handlungspflichten entwickelten rechtfertigenden Pflichtenkollision muss daher erweitert werden. Kollidiert eine Handlungspflicht mit einer gleichwertigen Unterlassungspflicht und befinden sich die durch die Pflichten Geschützten in einer unabhängig von der Entscheidung des Pflichtenträgers konkret bestehenden und ihr Leben bedrohenden Gefahrenlage, in der nur einer gerettet werden kann, so muss der Rettende gleichermaßen durch die Pflichtenkollision gerechtfertigt sein. Schlösse man erst die Schuld aus, hieße dies, dass die Rechtsordnung die Entscheidung des Verpflichteten missbilligte, selbst aber keine Lösung aus der Situation anböte.

95 *Mangakis*, ZStW 84 (1972), 447, (469 f.); *Otto* (Fn. 23), S. 82 f.; *Lampe*, NJW 1968, 88 (90).

96 So zutreffend: *Mangakis*, ZStW 84 (1972), 447, (474 f.).

97 Zur Menschenwürdeimplikation bei staatlichen Rettungsmaßnahmen, die eine Dritttötung erfordern: BVerfGE 115, 118 (151 f.).

98 So etwa *Jakobs* (Fn. 33), 13. Abschnitt Rn. 24; *Neumann* (Fn. 36), § 34 Rn. 126.

99 *Neumann* (Fn. 36), § 34 Rn. 131; *Rönnau* (Fn. 71), Vor § 32 Rn. 119. *Klefsch*, MDR 1950, 258 (262) meint gar, es werde trotz des Rechtmäßigkeitsurteils keine Duldungspflicht ausgesprochen.

100 Vgl. *Paeffgen* (Fn. 77), Vor § 32 Rn. 170; s. auch: *Bohnert/Krenberger/Krumm*, OWiG Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 16 Rn. 30.

101 Zum Begriff: *Zimmermann* (Fn. 17), S. 299 ff.

102 Eine parallele Behandlung ist in Perforationsfällen möglich, nicht aber beim Abschuss zu terroristischen Zwecken entführter Passagierflugzeuge, weil in ersterem Fall die vorab bestehende Fremd- und Eigengefährdung unabhängig vom Entschluss des Pflichtenträgers vorliegt, in letzterer Konstellation aber die Flugzeugpassagiere sich zwar *a priori* in einer Gefahrenlage befinden, hierbei aber nicht selbst diese Gefahr darstellen. Vgl. zu einschlägigen Fällen: *Roxin* (Fn. 35), S. 459 bzw. BVerfGE 115, 118.

103 Daher weist *Joerden* (Fn. 5) schon 2003 hin, dass es sich empfehle, „eine gesetzliche Regelung der Problematik anzustreben, bevor ein einschlägiger Fall in Deutschland auftritt.“ Dabei verkennt er lediglich, dass ein solcher Fall in Deutschland schon mehrfach aufgetreten ist, vgl. *Weishäupl*, Bericht über zwölf siamesische Zwillingspaare, die zwischen 1959 und 1998 in München an der Kinderchirurgischen Universitätsklinik behandelt wurden, 2004.

104 So etwa auch sehr zutreffend *Otto*, JURA 2005, 470 (474).