Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 45 (1926)

Artikel: Die Theorie des Notstands und dessen Behandlung im Entwurf eines schweizer. Strafgesetzbuches (1918)

Autor: Gysin, Arnold

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896340

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 12.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Theorie des Notstands und dessen Behandlung im Entwurf eines schweizer. Strafgesetzbuches (1918).

Von Dr. ARNOLD GYSIN, Zürich.

Die theoretische Behandlung des Notstands ist trotz sehr erheblicher Bemühungen noch immer zu keinem befriedigendem Resultate gelangt.[1]) Eine der hauptsächlichen Ursachen dieses Misserfolges liegt wohl darin, dass es der modernen Rechtswissenschaft hier — wie auch auf so manchem anderen Gebiet — fehlt an einer reinlichen Scheidung zwischen dem philosophischen und dem juristisch-technischen Teil ihrer Untersuchung. In dieser Vermengung von philosophischer und empirischer Forschung zeigt sich das unerwünschte und unerwartete Resultat der radikalen positivistischen Reaktion, welche die Versuche des Naturrechts mit dem Rufe nach Beseitigung aller Philosophie aus der Rechtswissenschaft beantwortete, ohne zu ahnen, dass die verpönte Metaphysik schon längst auf tausend unbemerkten Pfaden — und also erst recht in dogmatischer Form — in den Bereich der „metaphysikfreien Jurisprudenz" eingedrungen war.

Wenn irgend etwas diese Charakterisierung des juristischen Positivismus zu erhärten vermag, so ist es jedenfalls die Behandlung, welche das Problem des Notstands in der neueren Zeit erfahren hat, ein Problem, das, wie Janka[2]) treffend sagt, zu philosophischer Untersuchung geradezu herausfordert. Darum herrscht denn

---

[1]) Binding, Handbuch, VII, 1, I, S. 754 f., und Liszt, „Lehrbuch des deutschen Strafrechts", Berlin u. Leipzig 1921, § 34, bemerken dies ebenfalls ausdrücklich.

[2]) Janka, „Der strafrechtliche Notstand", Erlangen 1878, S. 76.

auch auf diesem Gebiete jene Vermengung von Rechtsphilosophie und technischer Jurisprudenz ganz besonders vor.

Um nun die Gefahren einer solchen Vermengung möglichst auszuschalten, soll hier der Versuch gemacht werden, den philosophischen und den technischen Teil der Untersuchung voneinander zu trennen. Das Experiment mag dann zeigen, ob die traditionellen Bedenken gerechtfertigt sind, welche oft gegen die Zulassung philosophischer Untersuchungen erhoben werden. Zugleich mag sich auch entscheiden, ob nicht vielleicht einzig und allein eine solche Scheidung der beiden Teile den Anforderungen der Wissenschaft genügen kann, und ob daher nicht gerade in dieser Trennung eine notwendige Voraussetzung für die Lösung des Notstandsproblems selbst liegt.

I. Abschnitt.

Die philosophischen Grundlagen der Notstandslehre.

Die philosophische Theorie des Notstands soll eine Antwort finden auf folgende Frage: Worin liegt der rechtliche Grund der Straflosigkeit der Notstandshandlung?

Dies ist die Grundfrage, von der wir hier ausgehen müssen. Denn unser Problem bezieht sich auf eine Handlung, die unter gewöhnlichen Umständen strafbar ist, und deren Besonderheit als Notstandsakt sich zunächst geltend macht im Ausschluss der Strafbarkeit: Die Straflosigkeit der Handlung ist dasjenige, was wir hier zu allererst feststellen können und was auch zuerst anerkannt wird. Die Frage nach dem rechtlichen Grunde der Straflosigkeit erhebt sich dann unmittelbar im Anschluss daran.

Hierin liegt, wie mir scheint, das Recht aller derjenigen Theoretiker, welche das Problem des Notstands dem Strafrecht[3]) unterordnen und eine voreilige Ver-

[3]) Vergl. z. B. Freudenthal, „Schuld und Vorwurf", Tübingen 1922.

quickung der Frage mit dem Privatrecht ablehnen. Allein, diese Richtung verfällt leicht in einen ähnlichen Fehler, wie die von ihr bekämpfte Gegenseite. Auch sie grenzt die wissenschaftliche Position voreilig ab, insofern sie ihrerseits in dogmatischer Weise die privatrechtliche Bedeutung des Notstands ignoriert. Solange indessen die Frage nach dem Grunde der Straflosigkeit nicht vorurteilslos untersucht und beantwortet ist, lässt sich gar nicht beurteilen, ob das tiefere Problem des Notstands überhaupt ein spezifisch strafrechtliches ist oder nicht.

Dies zeigt sich sofort, wenn wir dieser Frage nach dem Grunde der Straflosigkeit der Notstandshandlung nähertreten. Für die Straflosigkeit lassen sich nämlich nur zwei Gründe denken: das Fehlen der Rechtswidrigkeit bei der Notstandshandlung einerseits und das Fehlen der Schuld beim Notstandstäter andererseits. Von diesen beiden Gründen weist uns der erste, wie man sieht, unmittelbar über das Gebiet des Strafrechts hinaus.[4])

I.

Zunächst drängt sich hier allerdings der rein strafrechtliche Charakter des Notstandsproblems wiederum auf. Schon das Wort „Notstand" deutet nach dieser Richtung: Die Beziehung der Notstandsregel auf eine Situation, bei der „Gefahr im Verzug" liegt, erzeugt den Gedanken, dass der Ausschluss der Strafbarkeit sich an ein „subjektives Moment"[5]) knüpft, nämlich an eine, durch den Einfluss der Gefährdung entstehende, Modifikation der Zurechnungsfähigkeit des Täters oder wenigstens der Zurechenbarkeit seiner Handlungen. Daher wird eine methodische Untersuchung des ganzen Problems

---

[4]) Man vergl. hierzu namentlich v. Tuhr, „Der Nothstand im Civilrecht", Heidelberg 1888, S. 1 f.

[5]) Die Bedeutung des „subjektiven Moments" ist namentlich von Hold v. Ferneck („Die Rechtswidrigkeit", II. Bd. 1. Abt., Jena 1905) stark hervorgehoben worden. Vergl. z. B. S. 49 ff., 102 ff.

unmöglich, wenn man, wie Rudolf Merkel[6]) dies tut, den Begriff der Not hier von Anfang an willkürlich erweitert, ohne Rücksicht auf den Sprachgebrauch. Denn „Not" heisst hier die einem Gute oder, besser, einem Interesse drohende gegenwärtige Gefahr und schliesst also keineswegs auch jene „Nötigung" in sich, wie sie in der Anforderung eines zu verwirklichenden objektiven Wertes liegt.

Wir wollen die rechtliche Bedeutung des „subjektiven Moments", das im Einfluss der Gefahr liegt, nunmehr näher untersuchen. Zweifellos handelt es sich hierbei um eine ganz elementare Seite des Problems, d. h. um einen Sachverhalt, der schon dem naiven, ungebildeten Bewusstsein leicht klar wird. Darum tritt auch historisch das Problem des Notstands zuerst in der Form schwerer Fälle auf, d. h. solcher Fälle, wo Leib und Leben eines Menschen in der Gesellschaft bedroht ist. Geht die Not von dem widerrechtlichen Angriff eines anderen aus, handelt es sich also um Notwehr, so macht die Straflosigkeit der Verteidigung hier keine Bedenken. Aber die Bedenken werden auch bald zurückgedrängt für diejenigen Fälle, wo der Gefährdete eine anderweitig entstandene Gefahr von sich abwehrt: Wem das Wasser in Mund und Ohren dringt, oder wem das Messer an der Kehle sitzt, den stempelt man nicht so leicht zum Verbrecher, mag er dabei auch einen unschuldigen Menschen um sein Leben bringen. Denn man rechnet stets mit der Möglichkeit, dass der Täter in solchen Situationen „den Verstand verliert", und man wagt es dann nicht, ihm diesen seelischen Zustand und die entsprechenden Handlungen zur Last zu legen. Etwas weniger populär ausgedrückt heisst dies: Wir anerkennen die Tatsache, dass auch die Tätigkeit der Reflexion, der Überlegung unter der Herrschaft von Naturgesetzen steht, und wir wissen, dass durch die Wirksamkeit hoher Gefahr die Fähigkeit des Verstandes-

[6]) Rudolf Merkel, „Die Kollision rechtmässiger Interessen", Strassburg 1895, S. 17 ff.

gebrauchs ausgeschaltet oder vermindert werden kann. Während wir bei einem urteilsunfähigen Kinde oder bei Geisteskranken einen allgemeinen Ausschluss der Zurechnungsfähigkeit feststellen, müssen wir beim Notstandstäter in manchen Fällen den Ausschluss oder die Modifikation der Zurechenbarkeit bestimmter Handlungen anerkennen, die insofern „Notstandshandlungen" heissen können. Sie sind — um es in der Sprache des Naturrechts zu sagen — begangen nicht im „Stande der Menschheit", sondern im „Tierstand", der sich eben durch den Ausschluss der Reflexion kennzeichnet, und der in unserem Spezialfalle als ein, unter dem Einfluss von Gefahr hervorgerufener anormaler Zustand, ein „Notstand" genannt werden kann.

Diese Überlegungen machen es verständlich, dass manche Theoretiker des Notstands dazu neigen, in der Wirksamkeit des Selbsterhaltungstriebes das Prinzip des Notstands schlechthin zu erblicken. Es scheint, dass in der Tat dem Selbsterhaltungstrieb für die Begründung der Notstandslehre eine ganz besondere Bedeutung zukommt. Aber es gilt, sich vor einer falschen Auffassung dieser an sich richtigen Tatsache zu hüten. Wir müssen nämlich im Auge behalten, dass der Selbsterhaltungstrieb — sofern er für die Lehre vom Notstand überhaupt eine besondere Auszeichnung verdient — hier zunächst nur mit Rücksicht auf die Zurechenbarkeit eingeführt werden kann. Wie weit aber die Ausschliessung der Zurechenbarkeit in jedem einzelnen Fall geht, das kann vernünftigerweise einzig und allein durch unvoreingenommene Befragung der Erfahrung festgestellt werden. Daher stellt, richtig verstanden, die Einführung des Selbsterhaltungstriebes hier gar kein Prinzip dar, wie z. B. Oetker[7]) glaubt. Das Prinzip, von dem hier allein die Rede sein kann,

[7]) Oetker, „Notwehr und Notstand" („Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", Allg. Teil, II. Bd., Berlin 1908), S. 333.

liegt vielmehr im Postulat der Zurechenbarkeit strafbarer Handlungen. Jeder Versuch aber, im Selbsterhaltungstrieb dennoch ein solches Prinzip des Notstands zu entdecken, muss auf das dogmatische Unternehmen des Naturrechts zurückführen, das seine Systeme bekanntlich mit grosser Vorliebe auf der Grundlage dieses Triebes errichtet hat. So kehrt denn auch bei Janka[8]) — trotz aller Ablehnung des Naturrechts — in geradezu erfrischender Weise die Sprache der naturrechtlichen Dogmatik wieder, wenn er das „Prinzip des Selbsterhaltungstriebes" begründet als „oberstes Gesetz der Natur", als das „elementare, die ganze Schöpfung durchdringende" Gesetz, als einen Satz, der so „natürlich" ist und „sich mit so urkräftiger Gewalt von selbst geltend" macht, dass er schlechterdings „zum Durchbruch kommen muss".[9])

Dass sich aus dem blossen Selbsterhaltungstrieb kein rechtliches Prinzip gewinnen lässt, das geht schon aus einer sehr einfachen logischen Überlegung hervor. Denn dieses Prinzip müsste offenbar als ein „Recht auf Selbsterhaltung" formuliert werden, auf Grund dessen sich die Straflosigkeit der fraglichen Notstandshandlungen zu ergeben hätte. Allein, es könnte, wie man leicht sieht, im Notstandsfalle gerade dann von Rechtsverhältnissen gar nicht die Rede sein, wenn Leben mit Leben kollidiert. Denn das Recht des einen auf Selbsterhaltung würde hier das entsprechende Recht des anderen auf der Gegenseite ausschliessen, so dass uns das vermeintliche Prinzip gar keine Entscheidung des Falles ermöglichen würde. Das Prinzip der Selbsterhaltung schliesst, als Rechtsprinzip gedacht, also einen Widerspruch[10]) in sich.

---

[8]) Janka, a. a. O., S. 198 ff.

[9]) Vergl. hierzu auch in den Motiven zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom Jahre 1894, S. 132.

[10]) Dieser in der Notstandslehre auftretende Widerspruch findet ein Analogon in der Souveränitätstheorie des Völkerrechts. Man vergl. Leonard Nelson, „Die Rechtswissenschaft ohne Recht", Leipzig 1917.

Indessen könnte man, um diesen Widerspruch zu vermeiden, das Prinzip etwa so formulieren, dass damit nur die rechtliche Unmöglichkeit eines den Selbsterhaltungstrieb einschränkenden Verbotes ausgedrückt sein sollte. Man würde dann das Gebiet der Wirksamkeit des Selbsterhaltungstriebes als ein rechtsfreies Gebiet bezeichnen, als ein Gebiet, vor dessen Grenzen die Gebote und Verbote Halt machen, als ein Land, in dessen Bereich allen alles zu tun erlaubt ist. Dann könnte allerdings auch die fragliche Notstandshandlung nicht verboten sein! Wir kämen also immerhin zur Anerkennung und Begründung ihrer Straflosigkeit und würden zugleich den in der ersten, widerlegten, Formulierung enthaltenen Widerspruch vermeiden, da hier ja nun keine Rechtsverhältnisse mehr in Frage stünden.

Wäre damit eine Lösung gefunden?

Die Ansicht, dass in dieser Wendung der Frage die Lösung liege, ist in der Tat geltend gemacht worden. Allein, die Lösung ist in der hiermit bezeichneten Form wissenschaftlich auch wiederum unmöglich: Sie ist unmöglich, weil sie dogmatisch, d. h. willkürlich ist. Denn sie beruht auf der weiter nicht begründeten Voraussetzung, dass die Wirksamkeit des Selbsterhaltungstriebes die Möglichkeit der Zurechnung notwendig ausschliesst. Und dieser Satz ist nicht nur unbegründet, sondern er ist auch durch die Erfahrung unmittelbar als falsch erwiesen: Es kommen sehr viele Fälle vor, wo ein Mensch trotz gegenwärtiger Lebensgefahr „den Verstand nicht verliert", wo er seine Urteilskraft behält, ja sie sogar noch verschärft. Daher bleibt es allein der Erfahrung überlassen, festzustellen, wie weit die für den Notstand erhebliche Wirksamkeit des Selbsterhaltungstriebes geht, und es tritt an Stelle des vermeintlichen Prinzips der Selbsterhaltung jener Satz, von dem wir ausgegangen sind: die vorurteilsfreie Anerkennung einer bestimmten Modifikation der Zurechenbarkeit.

Damit gewinnen wir nun auch bereits eine Antwort auf unsere am Anfang gestellte Frage, welche nach dem

rechtlichen Grund der Straflosigkeit der Notstandshandlung forschte. Insofern nämlich durch die Wirksamkeit der Not die Zurechenbarkeit einer Handlung aufgehoben wird, wird auch die Schuld des Täters und also die Qualifikation seiner Handlung als Verbrechen aufgehoben. Ja wir können noch weiter gehen und sagen: Die Wirksamkeit des Selbsterhaltungstriebes bestimmt hier tatsächlich ein, von der Erfahrung näher zu umschreibendes Gebiet, vor dessen Grenzen die Gebote und Verbote Halt machen, weil sie ihre Adressaten verloren haben. Denn die Betätigung eines Subjekts, dem die Fähigkeit des Verstandesgebrauchs fehlt, bewegt sich auf einem rechtsfreien Gebiet: Das fragliche Subjekt kann zwar noch als Rechtssubjekt, nicht aber als Pflichtsubjekt auftreten, und seinem Verhalten fehlt demnach das Merkmal der Rechtswidrigkeit.

Hiermit scheint die unmittelbar strafrechtliche Bedeutung des Notstands erschöpft zu sein. Diese Feststellung wird nicht erschüttert durch die bekannte Lehre, welche die Straflosigkeit der Notstandshandlung dem Umstand zuschreibt, dass die Strafandrohung im Momente der Gefahr unwirksam werde und daher den an ihr starr festhaltenden Staat in seinem Ansehen nur kompromittieren würde. Denn diese Lehre hat mit den rechtlichen Prinzipien des Notstands unmittelbar gar nichts zu tun. Sie gehört ins Gebiet der Strafpolitik und mag uns dort die strafpolitische Maxime liefern, dass es klug, vorsichtig, zweckmässig usw. ist, die Strafbarkeit der Notstandshandlungen für gewisse Fälle einzuschrän-

---

[11]) Vergl. Kant, „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", Anhang zur Einl. i. d. Rechtslehre II. — Die mangelhaften Äusserungen Kants beruhen auf der stillschweigenden Voraussetzung, dass die Notstandskollision nur gewalttätig entscheidbar sei, weshalb denn Kant aus diesem (vermeintlich notwendigen) Widerspruch zur Friedensmaxime darauf schliesst, dass die Notstandstat nur mit Rücksicht auf strafpolitische Zweckmässigkeit straflos bleiben könne.

ken. Mehr werden wir von dieser Theorie für unser Problem kaum lernen können.[11])

II.

Wenn wir den Gang, den unsere kurze Untersuchung bisher genommen hat, nochmals überblicken, so erinnern wir uns, dass wir die Frage des Notstands ausschliesslich nach der einen Richtung des hier auftretenden „subjektiven Moments" erörtert haben. Es erhebt sich daher jetzt die Frage: Ist das Problem des Notstands mit dem Bisherigen gelöst? Ja, kann auch nur die eingangs gestellte Frage nach dem rechtlichen Strafausschliessungsgrund als hinreichend untersucht gelten?

Man sieht sogleich, dass dies keineswegs der Fall ist. Allerdings, wir haben das hier auftretende „subjektive Moment" in Betracht gezogen! Wir haben, mit anderen Worten, denjenigen Sachverhalt untersucht, der uns auf den einen der möglichen Strafausschliessungsgründe — das Fehlen der Schuld — hinweist. Aber es bleibt die wichtige Frage, ob im Problem des Notstands nicht darüber hinaus ein ganz anderes Element eingeschlossen ist, ein Element, das uns noch auf einen neuen, selbständigen Strafausschliessungsgrund führen könnte, der unmittelbar im Fehlen der Rechtswidrigkeit liegen müsste. Und obwohl dieser Grund nun allerdings nicht lediglich strafrechtliche Bedeutung hätte, so muss er, wie gesagt, doch schon deshalb untersucht werden, damit auch nur jene, mit Absicht strafrechtlich formulierte, Frage hinreichend beantwortet werden kann, welche wir am Anfang dieses Abschnitts gestellt haben. Wir rollen das ganze Problem also auch jetzt noch von seiner strafrechtlichen Basis aus auf.[12])

---

[12]) Auf diese Feststellung lege ich aus dem Grunde besonderen Wert, weil sie uns zeigt, dass wir in der methodischen Stellung des Problems parallel mit Hold v. Ferneck gehen können, mit dem wir uns im folgenden vorwiegend auseinanderzusetzen haben. Vergl. seine Problemstellung, a. a. O., S. 47.

Fahren wir nunmehr fort.

Wenn uns, wie wir sagten, das Wort „Not", als die irgend einem Interesse drohende gegenwärtige Gefahr, hinweist auf ein „subjektives Moment", so weist uns dasselbe Wort doch zugleich noch auf ein anderes Moment hin. Wir haben es hier mit einer Frage des Rechts, also mit einem gesellschaftlichen Problem zu tun! Und damit stossen wir auf die „objektive Seite" der Sache.

Es bedarf nämlich keines langen Nachdenkens, um festzustellen, dass dasjenige, was die fragliche Gefahr gesellschaftlich bedeutsam macht, in ihrer Beziehung auf eine Interessenkollision liegt. Das gefährdete Interesse kann nur gewahrt bleiben auf Grund der Verletzung eines fremden Interesses, und die sich hier erhebende Rechtsfrage lautet: Wie soll dieser Konflikt gelöst werden? „Zweifellos enthält jeder Notstand eine Interessenkollision," schreibt Hold v. Ferneck.[13]) „Aber die Interessenkollision macht nicht das Wesen des Notstands aus." Sicherlich macht sie dies nicht aus, wenn wir uns auf die Betrachtung des „subjektiven Moments" beschränken. Aber warum sollen wir uns denn darauf beschränken? Warum soll das Problem der Rechtswidrigkeit keine selbständige Bedeutung haben neben dem Problem der Schuld?

Wir können die hiermit angedeutete Erweiterung des Problems noch von einer anderen Seite her beleuchten. Dabei wollen wir auch hier wieder schrittweise vorgehen, indem wir uns zunächst an jene „schweren Fälle" halten, die früher bloss zur Verdeutlichung des „subjektiven Moments" dienen sollten. Wie steht es denn hier, wenn die Zurechenbarkeit der Notstandshandlung trotz des Auftretens von Lebensgefahr nicht ausgeschlossen wurde? Wenn etwa ein verspäteter Tourist in aller Ruhe und nach

[13]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 47; vergl. auch Liszt, a. a. O., S. 150.

„reiflicher Überlegung" am Abend in eine verlassene Alphütte eingebrochen ist, um in der Nacht nicht draussen zu erfrieren? Es scheint so, dass dieser Fall den früher festgestellten Sachverhalt geradezu auf den Kopf stellt. Denn jetzt zeigt die Notstandshandlung nicht sowohl, dass der Täter den „Verstand verloren" hat, als vielmehr, dass er ihn in richtiger Weise walten lässt. Gehen wir aber weiter und nehmen wir „leichtere Fälle"! Was soll der Selbsterhaltungstrieb erklären, wenn beurteilt werden muss, ob ich eine fremde Wiese betreten darf, um meinen in den Bach gefallenen neuen Hut noch zu erwischen, oder, ob es mir erlaubt ist, einem halsstarrigen Touristen sein Bergseil zu entwinden, um einen in Lebensgefahr stehenden Reisegefährten zu retten?

Wir sind jetzt bei demjenigen Punkte der Untersuchung angelangt, wo wir unsere Fragestellung erweitern müssen. Wenn, wie Baumgarten[14]) sagt, das Recht in seiner Anwendung sich auf Schlichtung von Interessenkollisionen bezieht, wenn — nach den Worten Merkels[15]) — seine Aufgabe darin besteht, „ . . . die Friedensformeln für Interessenkollisionen zu finden . . ," so bezeichnet das Problem, auf das wir bei unserer Erörterung des Notstands nunmehr gestossen sind, wie es scheint, nur einen Spezialfall einer an und für sich viel weiter greifenden Frage. Das Prinzip, nach dem Interessenkollisionen zu entscheiden wären, könnte vielleicht ganz allgemein „ . . . die Regel bilden, die der Gesetzgeber bei Aufstellung der Rechtsnormen zu beachten hat,"[16]) und es könnte dieses selbe Prinzip vielleicht zugleich für die „Lösung der Notfälle" noch etwas leisten.

Daher wollen wir jetzt die allgemeine Beziehung des Rechts auf Interessenkollisionen kurz untersuchen, um

---

[14]) Baumgarten, „Notstand und Notwehr", S. 8.

[15]) Merkel, a. a. O., S. 15.

[16]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 100.

sodann zu sehen, ob wir von hier aus eine Brücke zur Lehre vom Notstand schlagen können.

III.

Wir greifen unsere Frage zunächst von der formalen Seite auf, d. h. wir schränken uns vorderhand ein auf die rein logische Untersuchung des Rechtsbegriffs. „Recht ist", wie Kant[17]) sagt, „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann." Der Rechtsbegriff enthält die Anforderung, dass „. . . Alle ihre Wirksamkeit in gewisse Grenzen einschlössen . . ." und die „. . . Sphäre ihrer Freiheit gleichsam unter sich theilten".[18]) Das Gebiet des Rechts fängt, um das Wesentliche mit Fries[19]) noch klarer auszudrücken, dort an „. . . wo zwey sich einander nicht gehen lassen können oder wollen . . .", wo „. . . zwey in Konflikt gerathen". So gelangen wir also wieder zu jener Beziehung des Rechts auf Interessenkollisionen.

Von einer anderen Seite her betrachtet, heisst dies, dass das elementare Schema des Rechts sich in einem Verhältnis darstellt, wo der eine das Recht hat, einen anderen von einer gesetzlich bestimmten Sphäre der eigenen Freiheit auszuschliessen, insofern nämlich, als dieser andere die Pflicht hat, jene Sphäre der Freiheit nicht zu verletzen. Dieses Verhältnis heisst ein Rechtsverhältnis, und die Interessen, welche innerhalb der kollidierenden Freiheitssphären als die zu wahrenden ausgezeichnet sind, heissen die berechtigten Interessen.[20])

---

[17]) Kant, a. a. O., Einleitung, § B. i. f.

[18]) F. G. Fichte, „Grundlage des Naturrechts", Jena und Leipzig 1796, Bd. I, Einl. II, 3.

[19]) J. F. Fries, „Philosophische Rechtslehre", Jena 1803, neu Leipzig 1914, S. 25.

[20]) Nelson, „System der philosophischen Rechtslehre", Leipzig 1920, S. 43 f.

Damit gelangen wir in rein begrifflicher Hinsicht zu denselben Ergebnissen wie Hold v. Ferneck. „Mein Recht gegen einen Mitmenschen besteht darin, dass dieser mir verpflichtet ist," schreibt er sehr klar (a. a. O., S. 13). „Entspricht jedem Rechte eine Pflicht, so bedeutet Rechtswidrigkeit immer zugleich Pflichtwidrigkeit. Ob jeder Pflichtwidrigkeit zugleich eine Rechtswidrigkeit entspricht, ist eine andere Frage." (S. 13.) Als Konsequenz hieraus ergibt sich, dass man „Dürfen" und ein „subjektives Recht" haben streng unterscheiden muss. (S. 76.) Es gibt „rechtsfreie, rechtsirrelevante, rechtlich indifferente" Handlungen, die „als solche dem Rechte nicht widersprechend, sondern dem Rechte völlig gemäss" sind. (S. 96.) Und indem wir diese Disjunktion der Handlungen auf die zugrunde liegenden Interessen übertragen, können wir nunmehr sagen: Rechtmässige Interessen brauchen an sich noch nicht berechtigte Interessen zu sein. Denn es ist ein Verhältnis des Rechts zu bestimmten Interessen möglich, das ihre Befriedigung zwar erlaubt, aber ihre Wahrung seitens der Rechtsgenossen darum noch nicht zur Pflicht macht.[21])

IV.

Gehen wir nach dieser begrifflichen Voruntersuchung nunmehr zur materialen Seite des Problems über, zur Frage nach jener Regel selbst, „die der Gesetzgeber bei Aufstellung der Rechtsnormen zu beachten hat". Es ist sonderbar, dass Hold v. Ferneck eine derartige Regel, eine „Kollisionsnorm" bei der eigenen Erörterung des Notstandproblems als „aus der Luft gegriffen" bezeichnet, während er selbst sie in Hinsicht auf das Geschäft des Gesetzgebers durchaus ernst nimmt. Und es ist ferner sonderbar, dass er — wie so viele andere Schrift-

[21]) Die klare Erkenntnis dieser rechtlichen Grundbegriffe ist eine notwendige Voraussetzung für die Auflösung des Notstandsproblems. Die Entwicklung der neueren Notstandstheorie beweist dies nur allzu deutlich.

steller — bei der rechtlichen Beurteilung der einzelnen Notstandsbeispiele rasch und sicher bestimmte Lösungen zu finden weiss, und dass dabei doch ängstlich vermieden wird, das einheitliche, all diesen Einzelurteilen zugrunde liegende Prinzip aus diesen Lösungen für die Theorie zu abstrahieren.

Allerdings fehlt es nicht an Schriftstellern, welche ein solches Prinzip, eine solche „Kollisionsnorm" immerhin auch in ihrer Theorie anerkennen, indem sie für die Entscheidung der Frage die Rücksicht auf das objektive, sachliche Verhältnis der kollidierenden Interessen fordern.[22]) Aber was hierbei noch fehlt, das ist der Versuch einer methodisch einwandfreien Begründung und Darstellung der „Kollisionsnorm".

Es ist das Verdienst Schlossmanns, den Weg einer solchen näheren Begründung und Darstellung beschritten zu haben. Schlossmann weist darauf hin, dass wir hier von einer unbefangenen Analyse unseres Rechtsgefühls ausgehen müssen. Überall, „wo wir von den uns umgebenden Verhältnissen her eine Reaction auf dasselbe, in Gestalt von Billigung oder Missbilligung, empfinden," werden wir dann feststellen können, „dass wir in unseren Urtheilen nicht willkürlich verfahren, sondern ganz bestimmte Prinzipien anwenden".[23]) Schlossmann findet den hierbei leitenden Gedanken im Grundsatz der Gerechtigkeit: Danach sollen die Interessen der „Mitglieder einer Gemeinschaft" in dem Masse „Schutz und Anerkennung" geniessen, „dass der Umfang, in welchem ein jedes von ihnen geschützt wird, dem Werthe entspricht, der ihm im Vergleich mit allen neben ihm stehenden zukommt, und dem

[22]) Janka, a. a. O., S. 196 f.; Stammler, „Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands", Erlangen 1878, S. 74 ff.; Merkel, a. a. O., S. 49 ff.; vergl. auch Liszt, a. a. O., S. 148.

[23]) Schlossmann, „Der Vertrag", 1876, S. 194; vgl. hierzu die Würdigung Schlossmanns bei Julius Kraft, „Die Methode der Rechtstheorie in der Schule von Kant und Fries", Berlin-Grunewald 1924, S. 133 ff.

Maasse der Schutzwürdigkeit, welches dem Einzelnen mit Rücksicht auf sein Verhalten im Einzelnen, sowie auf seine persönlichen Eigenschaften im Vergleich mit dem Verhalten und den Eigenschaften aller Anderen oder bestimmter Anderer zuzuerkennen ist".[24])

Schlossmann hat dieses mit einem so sicheren Wahrheitsgefühl in Angriff genommene Problem allerdings noch nicht eigentlich gelöst. Was bei ihm fehlt, das ist vor allem die Durchführung der ganzen Begründung. In neuerer Zeit ist dieselbe Frage indessen auf viel breiterer Basis und mit Verwendung besserer methodischer Hilfsmittel wieder aufgenommen worden von Nelson in einer „Kritik der praktischen Vernunft".[25]) Dieses Werk liefert zum ersten Mal eine wissenschaftlich befriedigende Grundlage für die Kollisionstheorie. Und zugleich klärt sich nun auch die Tatsache auf, warum bisher die „Kollisionsnorm" von seiten der Kollisionstheoretiker in gewisser Hinsicht allerdings „aus der Luft gegriffen" werden musste. Denn so vertraut diese Norm uns in der Anwendung, in der einfachen, alltäglichen Sprache des Rechtsgefühls ist, als so schwierig hat sich doch das Verfahren der Begründung der Norm beim Experimente seiner wirklichen Durchführung herausgestellt. Daher muss hier in methodischer Hinsicht die blosse Verweisung auf das genannte Werk genügen.

Was nun die Resultate dieser Voruntersuchung der „Kritik der praktischen Vernunft" anbelangt, so darf es nicht verwundern, wenn hier nicht völlig neue Gesichtspunkte auftreten, sondern vielmehr Ergebnisse, die in der Anwendung bereits bekannt sind. Wir gelangen zu dem schon von Merkel nachdrücklich hervorgehobenen „Prinzip des überwiegenden Interesses".[26]) Dieses, be

---

[24]) Schlossmann, a. a. O., S. 194 f.

[25]) Nelson, „Kritik der praktischen Vernunft", Leipzig 1917.

[26]) Man vergl. hierzu die wertvollen Ausführungen Merkels, a. a. O., S. 49 ff.; v. Tuhr, a. a. O., hat die weitgehende Berücksichtigung dieses Prinzips im römischen Recht nachgewiesen.

der Schlichtung der Interessenkollisionen zu beobachtende Prinzip besagt — kurz ausgedrückt —, dass nicht nach Ansehen der in Frage stehenden Personen oder Klassen als solcher, sondern nur nach dem Gewicht der fraglichen Interessen insgesamt entschieden werden soll.[27])

Diese wenigen Worte schliessen, bei richtiger Auffassung und Anwendung, die prinzipielle Auflösung des materialen Notstandsproblems in sich. Darum soll ihre Bedeutung im folgenden kurz erläutert werden.

1. Es handelt sich bei dem hier in Frage stehenden Prinzip keineswegs um die triviale Feststellung, dass es „im Sinne der Gesellschaft" nützlicher sei, wenn bei Interessenkollisionen allemal das überwiegende Interesse vorgezogen werde und nicht umgekehrt. Der stets wiederholte, aber dennoch ergebnislose Versuch,[28]) die „Kollisionsnorm" auf ein solches Prinzip des „gesellschaftlichen Nutzens" zu begründen, hat die Kollisionstheorie aus begreiflichen Gründen in Misskredit gebracht. Denn alle Versuche, aus Anforderungen der Nützlichkeit Rechtsprinzipien zu begründen, scheitern an einem inneren Widerspruch, wie dies heute ja auch in stets wachsendem Masse anerkannt wird.

2. Die Begründung des Prinzips der Güterabwägung hat daher die Bedeutung des Nachweises eines reinen Rechtsprinzips, dessen Sinn darin liegt, dass nach ihm, als einer leitenden Maxime, die Grundlagen und Grenzen rechtlicher Verbindlichkeit überhaupt sich grundsätzlich beurteilen lassen. Wenn also Hold v. Ferneck das Prinzip des überwiegenden Interesses durch die an

---

[27]) Nelson, „System der philosophischen Rechtslehre", S. 80 ff. — Das Prinzip des überwiegenden Interesses ist schon von Hobbes erkannt und in scharfsinniger Weise in die Rechtslehre eingeführt worden; vgl. „Leviathan", cap. 15.

[28]) Sehr stark tritt dieser utilitaristische Versuch schon bei Janka hervor, a. a. O., S. 199 ff.; vgl. aber auch Merkel, a. a. O., S. 69.

und für sich richtige Feststellung zu widerlegen glaubt, dass das Recht „ . . . nicht bloss nach der Zweckmässigkeit, sondern auch nach Gerechtigkeit fragt . . . ,[29]) so ist die Antwort hierauf nicht schwer zu finden, weil eben die Gültigkeit der „Kollisionsnorm" durch nichts anderes nachgewiesen ist, als gerade durch ihre Übereinstimmung mit der Gerechtigkeit selbst. „Allerdings hält Themis eine Wage in den Händen," sagt Hold v. Ferneck. „Aber sie wägt Schuld und Sühne, nicht ‚Rechtsgüter' . . ." (a. a. O. S. 66). Indessen scheint die „Themis" dieses Schriftstellers eins vergessen zu haben: Sie vergisst, dass sie ihre Wage unlängst vorher schon einmal benützen musste, um zu erwägen, was Recht und was daher Verbrechen sei! Es gibt neben dem „Strafrichter" einen „Zivilrichter". Der eine hat es mit der „vergeltenden", der andere mit der „abwägenden" Gerechtigkeit zu tun. Und diese bewährt sich in der Tat in der Achtung von Interessen.

3. Die Frage nach der Existenz des „Abwägungsgesetzes", das hiermit als Rechtsprinzip eingeführt wird, ist von der anderen Frage zu trennen, wonach sich das Übergewicht eines Interesses jeweils bestimmt. Mit der klaren Trennung dieser beiden Fragen wird die Kollisionstheorie in entscheidender Weise gefördert. Einzig und allein die Feststellung, dass nur das Übergewicht des Interesses entscheiden soll, einzig und allein dies betrifft nämlich, streng genommen, hier die Rechtsfrage. Die Ermittlung des überwiegenden Interesses selbst stellt dagegen grundsätzlich schon eine Tatbestandsfrage dar. Und wie Schwierigkeiten in der Aufklärung der Tatbestandsfrage niemals die richtig gestellte Rechtsfrage zu berühren vermögen, so auch hier. Darum sind alle Bestrebungen, welche dahin gehen, die Kollisionstheorie durch den Hinweis auf die zahllosen Schwierigkeiten der konkreten Abwägung zu widerlegen, Versuche mit untauglichen

---

[29]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 66.

Mitteln. Sie zeigen lediglich die eine Tatsache, dass die reine Verwirklichung des Rechts eine unendlich schwierige Aufgabe ist. Und um diese Tatsache kommt allerdings keine Rechtstheorie herum.

4. Wenn, gemäss dem Prinzip der Gerechtigkeit, die Interessenkollisionen nach Massgabe des „überwiegenden Interesses" geschlichtet werden sollen, so ist hiermit keineswegs gesagt, dass danach bloss die faktische Stärke der Interessen entscheidet. Die Analyse unseres Rechtsgefühls zeigt im Gegenteil, dass wir auch die Berücksichtigung des Wertes der Interessen verlangen. Damit gelangen wir auf das schwierige Problem der Wertung.

Dieses Problem kann nur dann richtig verstanden werden, wenn wir auch hier unbeirrt daran festhalten, dass die Ermittlung des überwiegenden Interesses methodisch bereits nicht mehr zur Rechtsfrage selbst gehört. Daher ist auch die Frage der Wertung zunächst völlig zu trennen von der Bestimmung der „Kollisionsnorm" selbst. Die Wertung der Interessen erhält erst mittelbar eine rechtliche Bedeutung. Und das Wertproblem kennzeichnet sich somit an und für sich als ein ausserrechtliches Problem.

Deshalb werden wir im Rahmen dieser kurzen Arbeit auf das schwierige Problem der Wertung der Interessen nicht eingehen. Wir werden dies schon deshalb nicht tun, weil wir eine allzu flüchtige Behandlung vermeiden wollen, und weil gerade unser Verfahren eine willkommene Gelegenheit bietet, um durch die Ausführung einer rechtlichen Notstandslehre zu zeigen, dass die rein rechtliche Seite der Kollisionstheorie von der Lösung des Problems der Wertung zunächst unabhängig ist.

V.

Nunmehr sind wir an derjenigen Stelle unserer Untersuchung angelangt, wo wir unsere eigentliche Aufgabe

wieder in Angriff nehmen können. Wir können jetzt die Brücke schlagen, die von der allgemeinen Kollisionstheorie zur Lehre vom Notstand hinüberführt.

Wenn uns, wie Merkel treffend sagt, das Prinzip der Güterabwägung „zur Erkenntnis der Relativität der Rechte" führt,[30]) so führt uns dasselbe Prinzip gleichzeitig auch zu der Anerkennung des Postulats fester positiver Rechtsformen.[31]) Damit gelangen wir aber zum Verständnis der ungeheuren Schwierigkeiten, welche der gerechten gesetzgeberischen Lösung der Rechtsaufgabe erwachsen aus der bunten Mannigfaltigkeit und Wandelbarkeit alles Lebens. Mit starren und engen Regeln ist dort sehr wenig gedient, wo auf die Erfassung der in den Verhältnissen enthaltenen Differenzierung alles ankommt. Die Umstände, welche dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Instituts vorschwebten, nehmen bei der Anwendung des Gesetzes vielleicht ein ganz anderes Gesicht an, sie modifizieren sich mit der Verschiedenheit des Ortes und der Zeit, und, was ursprünglich als gerechte Lösung gedacht war, erscheint unter gewissen Umständen nun als offenbare Ungerechtigkeit. Es entsteht für die in Mitleidenschaft gezogenen Parteien, sowie für den Richter, der die Gesetzesbestimmung hier zur Anwendung bringen soll, ein „Notstand" (im weiteren Sinn des Wortes), ein Misstand, für dessen Beseitigung die Gesetzgebung ergänzende Korrekturen offen lassen muss. Eine solche korrigierende Funktion leistet z. B. die Notstandsregel (im engeren Sinn des Wortes), und hierin liegt die wichtige, über das Strafrecht hinausreichende Seite des Notstands-

---

[30]) Merkel, a. a. O., S. 67.

[31]) Den Nachweis der Posivität des Rechts hat Nelson zugleich mit der Begründung der „Kollisionsnorm" erbracht. Vgl. „System der philosophischen Rechtslehre", S. 85, 90 ff., ferner S. 59 f., 66 ff. Schlossmann wurde im Gegensatz hierzu auf den Gedanken eines empirischen Naturrechts geführt, a. a. O., S. 197.

problems, die allein durch die Kollisionstheorie verstanden und erklärt werden kann.

Der rechtliche Charakter eines Notstands kann also, wie aus dem Bisherigen klar wird, zwei[32]) ganz verschiedene Formen annehmen. Insofern für die Straflosigkeit einer Notstandshandlung das „subjektive Moment" in Frage kommt, insofern also eine Modifikation der Zurechenbarkeit vorliegt, charakterisiert sich der Notstand durch die in ihm stattfindende Aufhebung der Rechtsverhältnisse überhaupt. Hierin liegt der tiefe Sinn des alten Wortes „necessitas non habet legem". Die Notstandshandlung ist, soweit das „subjektive Moment" ins Gewicht fällt, als eine nichtverbotene, als eine erlaubte Tat charakterisiert. Und dieser Erlaubnis kann hier bei der Gegenpartei eine entsprechende Erlaubnis zur Abwehr gegenüberstehen. Mit anderen Worten: Es kann der Fall des wechselseitigen Notstands eintreten. Wechselseitiger Notstand tritt nämlich insofern ein, als beiden Parteien in der bestimmten Situation gewisse Eingriffe nicht verboten sind.

Ganz anders bei denjenigen Notstandsfällen, welche ihre Bedeutung allein dem „objektiven Moment" verdanken, nämlich dem Verhältnis der kollidierenden Interessen. Hier findet in gewissem Sinne allerdings auch eine „Aufhebung der Rechtsverhältnisse" statt. Aber es tritt an Stelle des „alten", gesetzlich bestimmten Rechts nun nicht eine Art Kriegszustand ein wie in den subjektiven Fällen, sondern es herrscht hier ein durch die Notlage modifiziertes Recht, ein neues Recht, das bestimmt wird innerhalb der durch die „Kollisionsnorm" vorgezeichneten Schranken. Wir erinnern uns an dieser Stelle der alten schönen Lehre von Grotius als eines klassischen Symbols für einen tiefen und wahren Gedanken: Was im Notstand „wiederauflebt", ist zwar

[32]) Der Doppelcharakter des Notstandes ist schon von Janka erkannt, aber von ihm noch nicht richtig erklärt worden.

nicht „jenes frühere Naturrecht", wie Grotius lehrt,[33]) sondern ein neues, nach dem Abwägungsprinzip zu bestimmendes Recht.

Damit ist auch ausgedrückt, dass die durch das „objektive Moment" charakterisierte Notstandslage sich juristisch in der Form eines Rechtsverhältnisses darstellt. Es gibt, gemäss der Idee der Güterabwägung, ein „Notrecht", ein Recht, dem auf der anderen Seite eine Pflicht entspricht, nämlich die Pflicht, den fraglichen Eingriff des Notstandstäters zu dulden. Insofern ist also hier die Notstandshandlung nicht nur erlaubt, sondern ihre Unterdrückung ist sogar rechtswidrig. Ein wechselseitiger Notstand findet hier nicht statt.

Dies führt unmittelbar zu einer weiteren Konsequenz. Es ist allerdings richtig, dass „das Gut, durch dessen Verletzung das andere sich zu retten vermag . . ." — und sich erretten darf — „ . . . in dem gewöhnlichen Gange der Dinge, unter dem Schutz des Rechts . . ." steht.[34]) Aber, worauf es hier ankommt, das ist der Umstand, dass dies im Notstand nicht mehr der Fall ist. Die Pflicht, welche sonst, d. h. „in dem gewöhnlichen Gang der Dinge", die Wahrung dieses Interesses verlangte, ist in der Notstandskollision aufgehoben. Das weniger gewichtige Interesse hört in dieser Lage auf, ein berechtigtes Interesse zu sein. Ja, seine Durchsetzung ist sogar rechtswidrig geworden! Daher darf man — streng genommen — beim Notstand nicht von einer Kollision „berechtigter" Interessen reden. Man darf hier nicht einmal reden von einer Kollision „rechtmässiger" Interessen und erst recht nicht von einer

---

[33]) Grotius, „De jure belli ac pacis", lib. II, cap. 2, §§ 6—9, namentlich § 6, 2. „Hinc primo sequitur, in gravissima necessitate reviviscere jus illud pristinum rebus utendi, tandquam si communes mansissent: quia in omnibus legibus humanis, ac proinde et in lege dominii summa illa necessitas videtur excepta."

[34]) Janka, a. a. O., S. 168.

Kollision mehrerer Rechte, wie z. B. Stammler[35]) dies tut. Diese, mit der Kollisionstheorie gewöhnlich verbundenen Unklarheiten sind von Hold v. Ferneck in sehr scharfsinniger Weise untersucht und ans Licht gebracht worden.[36])

Der Rechtsgedanke führt uns also auf das Postulat des Notrechts. Dass wir zu einem solchen Postulat gelangen müssen, das lässt sich sehr einfach noch nach einer anderen Richtung hin zeigen: Die Idee des Rechts schliesst in sich die Anforderung, in der Gesellschaft an Stelle der gewaltsamen Wechselwirkung eine Form des friedlichen Verkehrs einzuführen. Daher widerstreitet es der Rechtsidee, dass zwischen zurechnungsfähigen Personen ein Verhältnis besteht, in dem eine wechselseitige Erlaubnis zu beliebiger Interessenschädigung stattfindet. Ein solches Verhältnis würde ja nichts anderes bedeuten als schlechterdings die Aufhebung des Rechtsverhältnisses selbst, welches allein durch die Form korrespondierender Rechte und Pflichten besteht.

Nun darf aber die Bedeutung dieser Ausführungen über das Notrecht doch nicht missverstanden werden. Wir müssen uns vor einem falschen, rechtsphilosophischen Utopismus hüten, der den Gedanken des Notrechts und der Kollisionstheorie überhaupt sehr leicht in Misskredit bringt: Die unvermittelte und schrankenlose Einführung des Notrechts in die positive Gesetzgebung ist eine Utopie! Wir sprechen daher von einem „Postulat des Notrechts" und kennzeichnen damit den Gedanken des Notrechts als eine leitende Idee.

---

[35]) Stammler, a. a. O., S. 2, 74. – Stammlers Versuch, „diese logische Unmöglichkeit" durch den Hinweis auf die „bedingte Natur" aller Rechte zu rechtfertigen, beweist, richtig verstanden, gerade das Gegenteil (S. 75). Denn „bedingt" sind die Rechte ja eben durch die Interessenlage, und gerade hierin zeigt sich, dass zwar kollidierende Interessen ein Recht modifizieren, dass aber darum doch niemals „kollidierende Rechte" ein Recht bestimmen können.

[36]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 93—100.

Der Umstand, dass hinsichtlich der Frage des Notrechts in der Literatur eine so grosse Verwirrung herrscht, hat, meiner Ansicht nach, seinen Grund darin, dass man nicht zu unterscheiden versuchte zwischen einem rechtsphilosophischen Postulat des Notrechts und der utopistischen Einführung des Notrechts in die positive Gesetzgebung. Nur so ist es beispielsweise zu verstehen, dass ein sonst so scharfsinniger Theoretiker wie Hold v. Ferneck seinen Versuch, die „Kollisionstheorie aus dem Wege zu räumen", einleiten konnte mit der Parole „nieder mit dem Notrecht!" — um am Schluss seiner Ausführungen bei einem just nach dem Abwägungsprinzip bestimmten Notrecht anzulangen! (A. a. O., S. 40, 46, 147 f.)

Wir wollen nun kurz untersuchen, in welcher Richtung für die positive Gesetzgebung eine Einschränkung des Notrechts notwendig werden kann.

Zunächst ergibt sich hier die passende Anwendung der schon (S. 51) erwähnten — als philosophisches Prinzip abgelehnten — strafpolitischen Notstandsmaxime: Angesichts des unvollkommenen rechtlichen Zustandes der gesamten Gesellschaft würde der Staat sein eigenes Ansehen einbüssen, wenn er vom Einzelnen unnachsichtig dasjenige Mass rechtlicher Objektivität verlangen würde, das nötig ist, um im Momente höchster Not das eigene Leben einem fremden aufzuopfern. Der Staat, der heute einen zurechnungsfähigen Nottäter, welcher bei eigener Lebensgefahr den Selbsterhaltungsakt des fremden wertvolleren Lebens unterdrückt, wegen Verletzung eines Notrechtes als Mörder bestrafen wollte, würde nicht allein mit seiner Strafandrohung unzweckmässig verfahren, sondern er würde sich der heftigsten Opposition der Volksmassen aussetzen. Schon aus strafpolitischen Gründen ist also eine weitgehende Einschränkung des Notrechts in der positiven Gesetzgebung nicht nur zuzulassen, sondern geradezu zu fordern.

Eine weitere Einschränkung des Notrechts, zu welcher die positive Gesetzgebung gelangen muss, liegt in den

Schwierigkeiten begründet, welche die Ermittlung des überwiegenden Interesses in Wirklichkeit sehr oft macht. Diese Schwierigkeiten zeigen sich namentlich dann, wenn das Übergewicht der einen Interessenlage nur ein geringes ist. Dass der Hauseigentümer, der einem Erfrierenden die Unterkunft verweigert, ein Notrecht verletzt, das wird sehr leicht erkannt und anerkannt. Und das Rechtsgefühl würde sich allgemein gegen den Richter wenden, der keine Strafe für denjenigen hätte, der einem Ertrinkenden das eben erraffte Seil entreisst, bloss weil er selbst „Herr seines Besitzes" bleiben will. Aber wie steht es, wenn ich ein fremdes Saatfeld durchquere, um meinen Zug noch zu erwischen? Darf ich oder darf ich nicht? Ich darf — und habe sogar ein Recht —, wenn ich beispielsweise als Arzt einen Schwerkranken noch dringend erreichen muss. Und wenn ich nun blosser Spaziergänger bin? Dann liegt der Fall offenbar anders. Vielleicht habe ich indessen doch auch als Spaziergänger ein nicht unbedeutendes Interesse an der Notstandshandlung, z. B. deswegen, weil sie mir die Kosten ersparen würde, die ich im Gasthaus bezahlen muss, wenn ich den letzten Zug versäume? Vielleicht kann ich mir aber diese Kosten auch mühelos leisten? Man sieht jedenfalls, dass die Ermittlung des überwiegenden Interesses gerade in den sehr häufigen Grenzfällen grosse Schwierigkeiten machen kann. Die positive Gesetzgebung wird daher auch nach dieser Richtung hin das Notrecht einschränken müssen, indem sie entweder eine wechselseitige Erlaubnis zur Befriedigung des eigenen Interesses für manche Fälle anerkennt oder das „alte Recht" (oder das „passive Interesse") auch dann schützt, wenn ihm ein, in gewissem Masse überwiegendes, Interesse gegenübersteht.

VI.

Die berechtigten Hinweise auf das „alte Recht" sind allerdings von den Gegnern der Kollisionstheorie mitunter

zu sehr unsachlichen Einwänden gegen diese Lehre benutzt worden. Diese Einwände sollen hier kurz zurückgewiesen werden, Man hat die ganze Frage auf das politische Gebiet verschoben, indem man das Schlagwort in Gang brachte, dass die Kollisionstheorie zum Kommunismus führe. Zum Kommunismus führt sie allerdings, wenn man mit Kommunismus eine gerechte Einschränkung des individualistisch verstandenen Eigentums bezeichnen will! Aber sie führt keineswegs zur Beseitigung der Eigentumsformen überhaupt, und noch weniger zur allgemeinen Aufhebung fester Formen des Rechts und des friedlichen Verkehrs. Sobald die Kollisionstheorie nämlich nicht in einer willkürlich verzerrten, sondern in einer sinngemässen Form angewendet wird, so ist klar, dass stets die kollidierenden Interessen insgesamt abzuwägen sind, und man wird dann das Interesse am öffentlichen Frieden keineswegs mit Oetker[37]) als einen „deus ex machina" gelten lassen. Ferner wird man stets das besondere gewichtige Interesse berücksichtigen, das jedermann daran hat, nicht in die passive Lage des zu Verletzenden versetzt zu werden. Damit erhält das von Merkel[38]) treffend hervorgehobene „Prinzip des aktiven Interesses" eine weit über die Frage des Schadensersatzes hinausreichende Bedeutung. Hierzu kommt noch, dass das Verschulden des Notstands durch die Kollisionstheorie keineswegs ignoriert wird, wie Hold v. Ferneck annimmt.[39]) Im Gegenteil! Die Bedeutung der Schuld für den Notstand kann sogar erst auf der Grundlage der Kollisionstheorie verstanden werden. Denn diese Theorie gibt uns die tiefere Erklärung für die hier in unserem Rechtsgefühl auftretende Reaktion: Das Verschulden setzt nämlich die gesamte Interessenlage des Notstandstäters herab, weil dem Verschulden unmittelbar ein Unwert zukommt. „Auch ver-

[37]) Oetker, a. a. O., S. 332 f.
[38]) Merkel, a. a. O., S. 144—236.
[39]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 67.

schuldeter Hunger tut weh," entgegnet Hold v. Ferneck.[40]) Gewiss! Aber — wenn wirklich ein eigenes Verschulden vorliegt — so vermag auch ein relativ starker Hunger vielleicht der Interessenlage der fraglichen Person das Übergewicht nicht mehr zu geben. „Wer sich aber absichtlich in Notstand versetzt hat, um das „Notrecht" zu missbrauchen, darf keineswegs straflos ausgehen," fährt Hold v. Ferneck fort; „er macht sich des Deliktes schuldig, dessen objektiven Tatbestand er setzt, und handelt obendrein mit besonderer Arglist. Gerechterweise müsste sogar die Strafe verschärft werden." Warum soll sie denn verschärft werden? Die Kollisionstheorie jedenfalls spricht nur dafür, nicht aber dagegen, wie Hold v. Ferneck annimmt.

Mit alledem erledigen sich zugleich die vermeintlichen frivolen Konsequenzen des Abwägungsprinzips, in deren Schilderung man sich zur Bekämpfung der Kollisionstheorie leicht verliert. Die Kollisionstheorie vertritt den Gedanken der abwägenden Gerechtigkeit und keineswegs eine Banditenmoral! Man muss das Abwägungsprinzip schon sehr stark verzerrt haben, um darin eine Maxime leichtsinniger „Gefahrabwälzung" und „einseitiger Bevorzugung" zu erblicken. Wie sollte denn die Verwirklichung der Gerechtigkeit zu „ungerechten Konsequenzen" führen?

Zum Schluss seien noch zwei Bedenken kurz erörtert, die sich leicht gegen die Kollisionstheorie erheben.

1. Man hält diese Theorie für falsch, weil sie auf diejenigen Fälle unanwendbar zu sein scheint, in denen die kollidierenden Interessen sich die Wage halten.[41]) Auch hier muss man zunächst sich vor einer äusserlichen, verzerrten Anwendung des Abwägungsprinzips hüten. Man darf von einem Gleichgewicht der Interessenlage erst dann sprechen, wenn man alle Umstände in Betracht gezogen hat. Zu diesen Umständen gehört z. B. das

[40]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 67.
[41]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 77.

Verschulden, die Rücksicht auf das „alte Recht" usw. „In pari causa possidentis melior est conditio"!

Ferner muss man hier wiederum unterscheiden zwischen dem Ergebnis, das der reinen Idee des Rechts entspricht und derjenigen Lösung, die eine bestimmte positive Gesetzgebung zu erreichen vermag.

Was das grundsätzliche Verhältnis des Abwägungsgedankens zur Kollision gleich gewichtiger Interessen anbelangt, so ist es keineswegs richtig, dass uns die Kollisionsnorm hier im Stiche lasse. Im Gegenteil, sie gibt eine ganz bestimmte Antwort: Es ist hier einerseits rechtlich zufällig, welches der beiden kollidierenden Interessen verletzt wird; andererseits ist es aber nicht rechtlich zufällig, wie die Entscheidung zustande kommt — denn die Entscheidung soll friedlich erfolgen (durch Vereinbarung, durch Verzicht, durch Entscheidung eines Dritten oder durch das Los). Die Entscheidung durch Gewalt steht daher an letzter Stelle. Denn diese Entscheidung widerspricht der Form des Rechts. Wenn Stammler[42]) dennoch die Entscheidung durch den Kampf ganz allgemein empfiehlt, weil sich das besiegte Gut „als das tatsächlich schwächere und daher als das für das Recht weniger wertvolle" herausstelle, so muss diese Lösung abgelehnt werden, weil sie — zu Ende gedacht — zur Totschlagsmoral, zum Faustrecht führen würde. Die physische Gewalt, mit der ein bestimmtes Interesse von seinem Träger durchgesetzt wird, darf nicht verwechselt werden mit der Stärke und dem Wert des Interesses selbst, dessen Übergewicht allerdings von rechtlicher Bedeutung ist.

Die positive Gesetzgebung wird an den Zustand der Gewalt und des gegenseitigen Kampfes allerdings weitgehende Konzessionen machen müssen durch die Gewährung eines wechselseitigen Notstands. Man tut aber hier besser daran, aus der Not keine Tugend zu machen, was

---

[42]) Stammler, a. a. O., S. 77.

manchmal in der Notstandslehre vergessen zu werden scheint.

2. Das zweite Bedenken, das wir noch kurz zu erörtern haben, beruht darauf, dass Zweifel daran geltend gemacht werden, ob wirklich jeder Notstand eine Interessenkollision in sich schliesst.

In dieser Richtung hat namentlich Binding[43]) darauf aufmerksam gemacht, dass das Problem des Notstands sich nicht nur auf Interessenkollisionen, sondern auch auf Pflichtkollisionen beziehe. Die Antwort auf diesen Einwand — dessen eingehende Behandlung uns hier zu weit führen würde — liegt in folgendem: Es verhält sich mit der „Pflichtkollision" ebenso wie mit der vermeintlichen „Kollision von Rechten". Es sind zwar Kollisionen von Vorschriften möglich, die sich auf die Bestimmung von Pflichten beziehen. Es sind ferner Kollisionen verschiedener Pflichtüberzeugungen möglich. Aber eine reale Pflichtenkollision ist undenkbar — und daher unmöglich —, weil ihre Annahme, wie schon Kant[44]) festgestellt hat, dem Begriff der Pflicht widerspricht. Daher bleibt das reale Substrat des Notstands auch hier nach wie vor eine Interessenkollision,[45]) welche ihrerseits die Grundlage für die Entscheidung des Wider-

---

[43]) Binding, a. a. O., S. 759 ff.

[44]) Kant, „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", 1798, S. XXIII f.

[45]) Man hat zur Bestreitung dieser Tatsache auch die Fälle angeführt, wo die Notstandshandlung sich gegen eine blosse Polizeivorschrift richtet (vgl. Oetker, a. a. O., S. 330; Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 48). In diesen Fällen wird unter Umständen durch den Notakt allerdings keines der bestimmten Interessen verletzt, um derentwillen die Vorschrift erlassen ist. (Der durch die Strasse galoppierende Reiter gefährdet vielleicht niemanden, weil es Mitternacht ist.) Aber es wird doch immerhin bei solchen Überschreitungen das allgemeine Interesse an der sicheren Durchführung der fraglichen Vorschrift berührt, und dieses Interesse kennzeichnet — wenn es im konkreten Fall auch noch so sehr in den Hintergrund treten mag — die Notstandssituation.

streits verschiedener Vorschriften bildet. Keinesfalls aber darf diese Kollision von Interessen verschiedener Personen umgedeutet werden in einen Widerstreit verschiedener Motive, der sich in der einen Person des Notstandstäters abspielen mag.[46])

Ohne grössere Bedeutung ist schliesslich derjenige Einwand, der das mögliche Fehlen einer Interessenkollision mit dem Hinweis auf die sogenannte „Gefahrgemeinschaft" belegen will. Insofern eines der beiden fraglichen Interessen auch dann verletzt würde, wenn die Notstandshandlung nicht erfolgen würde, besteht allerdings keine Interessenkollision. Aber es besteht dann auch gar keine Rechtsfrage! Die Schwierigkeit, die hier dennoch vorliegt, hat ihren besonderen Grund darin, dass in den für die „Gefahrgemeinschaft" gewöhnlich angeführten Beispielen in Wirklichkeit doch eine — unbemerkte — Interessenkollision mitauftritt.[47]) In dem Falle z. B., wo ein des Schwimmens Unkundiger von dem zu seiner Rettung herbeigekommenen Schwimmer wieder abgestossen wird, weil sonst beide Personen zugrunde gehen würden, liegt allerdings keine Kollision zweier eigentlicher Lebensinteressen vor. Aber es tritt hier dennoch eine bestimmte Interessenkollision auf, welche ihrerseits die Situation überhaupt erst zu einem rechtlichen Problem macht: Es kollidiert hier immerhin das eigentliche realisierbare Lebensinteresse des Schwimmers mit dem abweichenden Interesse des Nichtschwimmers, nur noch ein paar Minuten wenigstens länger zu leben und nicht zu dem Erleiden des Todes noch den hässlichen Eindruck aufnehmen zu müssen, von einem zur Hilfe Herbeigekommenen wieder abgestossen zu werden. Wäre der Nichtschwimmer dagegen im Momente des Abstossens schon bewusstlos, so würde hier keine Interessenkollision und damit auch keine Rechtsfrage mehr auftreten.

---

[46]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 48, hat in der Tat eine solche Umdeutung versucht.

[47]) Man vgl. hierzu Oetker, a. a. O., S. 331 und 333.

II. Abschnitt.

Der Notstand im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches (1918).

Der S.E. hat das Problem des Notstands in einer sehr interessanten, zum Teil neuen Weise behandelt. Wir werden im Folgenden diese Regelung nach ihrem begrifflichen und prinzipiellen Gehalt hin untersuchen. Ferner wollen wir die rechtlichen Konsequenzen dieser Bestimmung feststellen, und schliesslich das Verhältnis zu den angrenzenden Instituten aufklären.

Damit soll zunächst dem wissenschaftlichen Zweck der begrifflichen Klärung gedient werden. Zugleich sollen aber auch dem Praktiker Anhaltspunkte geboten werden zur Beurteilung des gegenwärtigen Standes der schweizerischen Strafgesetzgebung.

I.

Art. 33 des S.E. bestimmt unter der Randbemerkung „Notstand" folgendermassen:

> Die Tat, die jemand begeht, um sein oder eines andern Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist kein Vergehen, wenn dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben; andernfalls mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen.

Zum Begriff des Notstands gehört nach dem Entwurf somit das Vorhandensein einer unmittelbaren Gefahr für die Existenz oder Unversehrtheit eines Gutes. Damit wird jene weitere Definition des Notstands abgelehnt, wonach als Voraussetzung des Notstands nur Not in dem allgemeineren Sinne erfordert wird, wie sie sich als Druck seitens unbefriedigter Interessen geltend macht.[48])

[48]) Eine weitgehende Berücksichtigung insbesondere der wirtschaftlichen Notlage ist allerdings eine Forderung, die an die moderne Kriminalpolitik in um so höherem Masse gestellt werden

Die Notlage wird in Art. 33 ferner als eine solche bezeichnet, aus der es nur einen Ausweg gibt, nämlich den des Notstandsakts, von dem hier gesagt wird, dass er kein „Vergehen" sei. Daraus folgt: Der Entwurf verlangt für den Notstand das Vorhandensein einer zwingenden Alternative zwischen der Preisgabe des gefährdeten Gutes und einem Akt, der unter anderen Umständen als Vergehen in Frage kommt. Die Notstandshandlung ist somit gekennzeichnet als Eingriff in eine fremde Interessensphäre.

Es bleibt nun noch übrig, die begriffliche Besonderheit dieses Eingriffs näher zu bestimmen, um zu einer abschliessenden Definition des Notstandinstituts zu gelangen. Diese Bestimmung ergibt sich aus einer summarischen Vergleichung unseres Art. 33 mit den beiden vorhergehenden Artikeln; alle diese Artikel sind unter der Randbemerkung „Rechtmässige Handlungen" zusammengefasst. Sie befassen sich gleichermassen mit dem Problem der Straflosigkeit bestimmter Eingriffe in fremde Interessensphären.

Hierunter hebt sich zunächst der Fall der Notwehr in seiner Eigenart sehr leicht ab. Notwehr ist ein Privatakt, durch den ein aus seiner Rechtssphäre herausgetretener Genosse zurückgewiesen wird in die Schranken seines Rechts. Immer dient die Notwehr der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Form des alten Rechts.

Davon ist nun beim Notstand keine Rede. Es handelt sich hier nicht um ein Zurückweisen eines aus seiner Rechtssphäre herausgetretenen Genossen, sondern, im

---

muss, je weniger die wirtschaftliche Existenz durch Massnahmen der Sozialpolitik gesichert erscheint. Allein, es wird auch dann, wenn der „Notstand" in diesem umfassenderen Sinne anerkannt wird, sich stets noch empfehlen, den Sonderfall des heutigen Notstands als ein Spezialinstitut von eigener Bedeutung zu behandeln. Über die Frage jenes allgemeineren Notstands vergleiche man Freudenthal, a.a.O., S. 22 ff., wo man auch eine lebhafte Anerkennung der Notstandsbestimmung des S.E. findet.

Gegenteil, um ein rechtliches Vorschieben der einen Freiheitssphäre in die Interessensphäre eines anderen.[49])

Die Eigenart dieses rechtlichen Vorschiebens einer bestimmten Sphäre, wie dies beim Notstand auftritt, wird uns nun aber erst durch eine Vergleichung der Notstandsregel mit Art. 31 völlig klar. Dieser Artikel betrifft die „Amts- oder Berufspflicht" und erklärt diejenigen Eingriffe für erlaubt oder straflos, die in Ausübung solcher Pflichten erfolgen. Hier interessiert uns das Problem der Amtspflicht weniger als das der sogenannten Berufspflicht. Denn dieses Problem umfasst auch den ärztlichen Eingriff, der ja eine grosse Ähnlichkeit mit manchen Notstandsakten aufweist. Dennoch halten wir es für richtig, wenn die ärztliche Abwendung von Gefahren nicht mit diesen Notstandsfällen verkoppelt wird.

Weshalb fordern wir hier Trennung? Was unterscheidet denn den ärztlichen Eingriff von der Notstandshandlung.

Man ist geneigt, hierauf zu antworten, dass der ärztliche Eingriff an sich schon kein strafbarer Akt sei, weil er sich nämlich als Heilverfahren von der Körperverletzung hinreichend unterscheide. Demgegenüber handle es sich aber bei Notstandshandlungen stets um Taten, die „im gewöhnlichen Gang der Dinge" Verbrechen seien.

Diese Bemerkung ist allerdings richtig. Nur klärt sie den Sachverhalt noch nicht zur Genüge auf. Denn, erstens ist auch das Heilverfahren in seiner primären Wirkung immerhin ein Eingriff in fremde Interessensphären. Und zweitens können auch hier Massnahmen notwendig werden, die als solche strafbar sind, man denke nur an die verschiedenen Eingriffe in die persönliche Freiheit (Art. 156, 157 und 313 des S.E.).

---

[49]) In diesem, aber nur in diesem Sinne, ist es richtig, vom „defensiven Charakter" der Notwehr gegenüber den „agressiven Charakter" des Notstands zu sprechen. Man vgl. Trüeb, „Notwehr und Notstand", Zürcher Diss. 1924, S. 29 ff., 56 ff.

Wollen wir daher die juristische Besonderheit des ärztlichen Eingriffs gegenüber dem Notstandseingriff feststellen, dann müssen wir ein anderes Merkmal der Unterscheidung finden. Wo liegt nun dieses Merkmal? Sowohl der Arzt als auch der Notstandstäter lösen beide mit ihrer Handlung eine Interessenkollision, und diese „Lösung" bleibt beide Male straffrei. Dies ist das Gemeinsame der beiden Fälle. Verschieden sind sie dagegen in Folgendem: Sie beziehen sich auf eine grundsätzlich verschiedene Art der Interessenkollision. Im Falle des ärztlichen Eingriffs kollidieren nämlich mehrere Interessen der einen Person des „Verletzten": Einerseits sein faktisches Interesse, das sich gegen den Eingriff auflehnt (Unbehagen, Angst, Schmerz, persönliche Freiheit) — und andererseits sein wohlverstandenes Interesse an der Heilung, Internierung usw. (Individuelle Interessenkollision). Ganz anders beim eigentlichen Notstand. Hier kollidieren die Interessen verschiedener Personen: Auf der einen Seite steht das Interesse des Notstandstäters, auf der anderen Seite das Interesse des Verletzten (soziale Interessenkollision).

Daher spricht man denn auch beim ärztlichen Eingriff von einer Pflicht zum Eingriff (analog etwa der Pflicht des Vormunds), während beim Notstand der Gedanke an ein Recht zum Eingriff nahe liegt.

Natürlich können sich die Verhältnisse hier in mancher Hinsicht komplizieren. Es kann beim Notstand für einen Dritten die Pflicht der Notstandshilfe auftreten, während sich ärztliche Eingriffe wiederum in der Form eines Notrechts darstellen können, wie dies z. B. bei der Abtreibung der Fall ist. Allein, diese Komplikationen ändern nichts an dem grundsätzlichen Verhältnis der beiden Typen des Eingriffs.

Damit haben wir nun das letzte konstituierende Merkmal des Notstandsbegriffs bestimmt: die Kollision des zu errettenden Guts mit einem fremden Interesse (soziale Interessenkollision).

Ein Blick auf die fraglichen Gesetzesartikel bestätigt diese Auffassung unmittelbar. Art. 31 spricht von einer „Pflicht" zum Eingriff, während Art. 33 danach fragt, ob die „Preisgabe" des gefährdeten Guts dem Täter nicht „zugemutet" werden konnte.[50]) Die „Zumutung", ein Gut „preiszugeben", kann man nun aber vernünftigerweise nur an den Träger des Interesses selbst stellen. Und insofern Art. 33 hier auch von „eines andern Gut" spricht, bezieht sich diese Äusserung wohl nur auf den Fall der eigentlichen Notstandshilfe: Notstandshilfe im engeren Sinn liegt dann vor, wenn ein Dritter die soziale Interessenkollision durch seine Dazwischenkunft löst. Dieser Fall ist also lediglich ein Akzessorium des Notstands.

II.

Anders freilich liegt der Fall bei der Nothilfe, d. h. bei der gewöhnlichen Rettungshandlung, die nur in eine individuelle Interessenkollision eingreift, und also nicht jenen Charakter einer richterlichen Funktion aufweist, wie die Notstandshilfe.

Art. 296 des S.E. droht demjenigen mit Bestrafung, der einem Menschen in Lebensgefahr nicht hilft, „obwohl es ihm den Umständen nach zugemutet werden konnte". Hier wird also nach der Zumutbarkeit der Rettungshandlung selbst gefragt, während Art. 33 umgekehrt davon handelt, ob die Unterlassung dieser Handlung

[50]) Das Erfordernis der sozialen Interessenkollision ist in der Theorie des Notstands weitgehend anerkannt. Stooss, „Chirurgische Operation", Berlin 1898, S. 2 f., hebt diesen Unterschied gegenüber dem ärztlichen Eingriff klar hervor. Man vgl. auch seinen Aufsatz in Band XII der Schweiz. Zeitschr. f. Strafr., S. 330 ff. — Es liegt selbstverständlich auch im Interesse der Ärzte selbst, wenn ihre Funktion als Vorsorge für fremde Interessen anerkannt, und nicht mit dem Notstandsrecht verwechselt wird, wie dies in der Eingabe der Ärztekommissionen von 1906 offenbar der Fall war. Man vgl. Hafter, „Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentw. eines schweiz. St.G.B.", Bern 1908, S. 52 f.

dem Täter zugemutet werden konnte oder nicht. Man sieht hieran, dass die beiden Artikel eine völlig verschiedene Rechtsfrage behandeln. Art. 296 löst den Fall, wo das eigene Interesse des Retters mit dem des Gefährdeten kollidiert, während Art. 33 sich auf solche Fälle bezieht, wo der Helfende als Dritter in eine soziale Interessenkollision eingreift.

Soweit wäre nun der Unterschied zwischen Nothilfe und Notstandshilfe allerdings grundsätzlich klargestellt. Allein, es bleibt noch die Frage, wie solche einfachen Nothilfeakte nach dem S. E. dann zu behandeln sind, wenn sie an und für sich einen deliktischen Tatbestand erfüllen — ohne doch dem Sonderrecht der Amts- und Berufspflicht zuzugehören. Man denke etwa an die mannigfachen Eingriffe in das Vermögen einer fremden Person, das durch Feuersbrunst, Wasserschaden usw. gefährdet ist. Oder an die Fälle der Abtreibung oder der Körperverletzung bei Berggefahr (ein Stürzender wird z. B. mit dem Pickel festgehackt, um seinen Absturz zu verhindern). Auch der Entzug der Freiheit kann unter diesem Gesichtspunkte auftreten: Der Nothelfer schliesst etwa einen Betrunkenen ein, um ihn vor dem Verlust seines öffentlichen Ansehens zu bewahren. Derartige Eingriffe können also in den verschiedensten Formen auftreten. Sie stufen sich ab vom Eingriff in das Leben bis zu der bekannten Notlüge des Arztes oder der Angehörigen.

Wie soll nach dem S.E. nun entschieden werden, wenn der vorliegende Tatbestand unter gewöhnlichen Umständen strafbar wäre? Dass blosse Milderung der Strafe mit Rücksicht auf „achtungswerte Beweggründe" (Art. 61) hier meistens verfehlt wäre, liegt auf der Hand. Auch die Anwendung von Art. 18 würde zu keinem befriedigenden Resultate führen. Denn die Annahme eines Rechtsirrtums beim Nothelfer entspricht nun einmal nicht dem wirklichen Sachverhalt, und überdies wäre das praktische Ergebnis auch hier wieder blosse Strafmilderung. Daher könnte man hier folgendes Argument prüfen: Art. 296 schreibt

die Nothilfe in bestimmten Fällen vor und bestraft sogar deren Unterlassung. Da nun aber Art. 31 diejenige Tat für straflos erklärt, die das Gesetz gebietet, so folgt, dass der Tatbestand der Nothilfeverletzung straflos bleibt. Dieses Argument ist ohne Zweifel richtig — aber nur soweit, als es sich um Eingriffe bei Lebensgefahr handelt. Für andere Eingriffe lässt uns der Wortlaut des S.E. im Stich. Wir müssen daher entweder aus Art. 296 und Art. 31 einen Analogieschluss auf die Straflosigkeit anderweitiger Nothilfeverletzungen zulassen oder uns dazu entschliessen, den Notstandsartikel auch auf die Fälle der einfachen Nothilfe anzuwenden.

Der erste Weg ist aus dem Grunde nicht gangbar, weil Art. 296 sich auf ein besonders gewichtiges Interesse bezieht, so dass er auf leichtere Fälle keineswegs analog angewendet werden kann. Andererseits spricht gegen die Anwendung des Notstandsartikels der Umstand, dass der eigentliche Notstand ein juristisch scharf umrissenes Sondergebiet darstellt, so dass seine Verkoppelung mit wesensfremden Fällen verwirrend wirken muss.

Immerhin besteht aber grundsätzlich die Möglichkeit, Art. 33 auch auf die Fälle der einfachen Nothilfe anzuwenden. Sieht man daher von einer ausdrücklichen Erwähnung der allgemeinen Rettungspflicht in Art. 31 des S.E. ab, dann wird man auch die Fälle der Nothilfe nach Notstandsrecht zu beurteilen haben.

III.

Von Interesse ist es nun, den Tatbestand des Notstands und die Kriterien seiner Straflosigkeit nach dem Entwurf noch näher zu untersuchen.

Zunächst sei hier festgestellt, dass es nach dem S.E. sowohl straflose als strafbare Notstandsakte gibt. Die Strafe ist bei diesen letzteren allerdings stets nach freiem Ermessen zu mildern. Grundsätzlich hält aber der Entwurf daran fest — und dies ist ohne Zweifel richtig —,

dass die Straflosigkeit keineswegs schon ein Begriffsmerkmal des Notstands ist.

Daher muss die Straflosigkeit der Notstandshandlung noch nach besonderen Kriterien bestimmt werden. Sie folgt nicht aus dem blossen Notstandsbegriff.

Der Fortschritt des schweizerischen Entwurfs gegenüber dem Stand der kantonalen Gesetzgebung und insbesondere auch gegenüber dem deutschen St.G.B.[51]) besteht hier vor allem darin, dass die Straflosigkeit der Notstandshandlungen nicht mehr auf einen engen Kreis von Gütern beschränkt bleibt. Der S.E. zählt vielmehr lediglich beispielshalber eine Reihe von Güterarten auf, die im Notstand straflos gerettet werden können. Damit ist zugleich auch für den Umkreis der zu verletzenden Güter jede starre Schranke abgelehnt: Massgebend ist hier überall die Rücksicht auf die konkreten Umstände. Der S. E. fragt danach, ob dem Täter die Preisgabe des gefährdeten Gutes zugemutet werden konnte.

Hieraus ergeben sich zwei Konsequenzen von praktischer Bedeutung: Kein bestimmtes Interesse wird im S.E. als absolut unverletzlich ausgezeichnet, und für keine Notlage wird andererseits von vornherein Straflosigkeit versprochen. Damit ist einmal die Auffassung aufgegeben, die die Tötung eines Menschen im Notstand stets als ein Unrecht betrachtet,[52]) während andererseits auch der Standpunkt abgelehnt wird, dass jeder Akt zur Lebensrettung straflos bleiben müsse.[53])

Es liegt hierin ein Fortschritt, der hervorgehoben zu werden verdient: Der schweizerische Entwurf hat

---

[51]) Das Schweiz. Bundesgesetz von 1853 enthält überhaupt keine Bestimmung über den Notstand.

[52]) So noch in den Motiven zum Vorentw. von 1893, S. 33 f.

[53]) Diese zweite Auffassung, die sich an die Doktrin Jankas anlehnt, wurde in der Expertenkommission vertreten von Gretener. Vgl. Prot. der 1. Expertenkommission über den Vorentw. zu einem Schweiz. St.G.B., Bern 1896, Bd. I, S. 119; Bd. II, S. 405.

sich bei der Ordnung des Notstands befreit von der Herrschaft willkürlicher Dogmen.

Nun könnte allerdings die Vorstellung aufkommen, dass der S.E. über die Straflosigkeit der Notstandshandlung einzig und allein das Verhältnis der kollidierenden Güter entscheiden lassen wolle. So hat denn auch Stooss in der ersten Expertenkommission bemerkt, dass die ursprüngliche Fassung als Bedingung der Straflosigkeit das Übergewicht oder Gleichgewicht des zu errettenden Guts vorgesehen habe, dass der Autor von dieser Formulierung aber mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten der Abwägung abgekommen sei und die Entscheidung demnach lieber dem Ermessen des „verständigen Mannes" im Einzelfall überlassen werde.[54])

Uns interessiert hierbei nicht die Frage, ob das angeführte Argument von Stooss zwingend sei oder nicht, sondern vielmehr der Umstand, dass diese Erörterung der Straflosigkeit sich überhaupt nur um die „Proportionalität der Güter" bemüht.[55]) Wir sahen schon bei der grundsätzlichen Untersuchung des Notstands, dass für die Beurteilung dieser Handlungen keineswegs allein das „objektive Moment" (Verhältnis der Güter) zu erörtern ist, sondern auch das „subjektive Moment" (Einfluss der Not auf die Zurechenbarkeit). Eine Ordnung des Notstands, die dieses wichtige Moment ausser Acht lassen würde, wäre daher einseitig und in gewisser Weise wiederum dogmatisch — bei aller sonstigen Unvoreingenommenheit in der Behandlung der Güterabwägung.

Man könnte hiergegen einwenden, dass die Fälle dieses „subjektiven Notstands" in Wirklichkeit gar nicht zum Institut des Notstands gehörten, weil ihre Entschei-

[54]) Verhandl. der 1. Expertenkommission, Bd. I, S. 119.

[55]) So auch Zürcher im Prot. der 2. Expertenkommission, Bd. I, S. 186, und Gautier, S. 187; ferner Zürcher, „Erläuterungen zum Vorentw. für ein Schweiz. St.G.B.", Bern 1911, S. 52 f.; anders freilich Gretener im Prot. der 1. Expertenkommission, Bd. I, S. 119; Bd. II, S. 405, aber mit der unrichtigen Anlehnung an Janka.

dung nach den allgemeinen Regeln über Zurechnungsfähigkeit erfolge (Art. 10 und 11). Dieser Einwand ist aber sowohl aus einem juristisch-technischen Grunde als auch mit Rücksicht auf das sachliche Ergebnis abzulehnen. Juristisch spricht dagegen, dass der Fall des „subjektiven Notstands" begrifflich ganz unter Art. 33 des S.E. fällt. Nun stellt aber Art. 33 gegenüber den Artikeln 10 und 11 eine lex specialis dar, geht in der Anwendung jenen Bestimmungen also vor. Ferner aber würde die Behandlung des Notstandstäters nach den Normen für verminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 11) zu völlig verfehlten Resultaten führen, während andererseits die Anwendung von Art. 10 schon wegen der unliebsamen Nachbarschaft mit Geisteskrankheit und Blödsinn Bedenken erregen würde, jedenfalls aber in der Praxis stets unsicher wäre. Daher ist auch aus sachlichen Gründen eine Sonderregel durchaus am Platze, und diese Regel ist natürlich in Art. 33 zu suchen.

Die Konsequenz hiervon ist klar: Wer in höchster Not und Erregung handelt, dem kann meist überhaupt nichts mehr „zugemutet" werden, am wenigsten aber die „Preisgabe" der bedrohten Interessen. Somit bildet äusserste Not, Bestürzung und Erregung nach Art. 33 des S.E. ein Kriterium der Straflosigkeit der Notstandstat, ohne Rücksicht auf das objektive Güterverhältnis.

Neben dieser subjektiven Form des Notstands spielt natürlich auch der Fall der zurechenbaren Notstandshandlung eine sehr wichtige Rolle. Für die Straflosigkeit dieser Notstandsakte ist nach dem Wortlaute des Entwurfes das objektive Verhältnis der kollidierenden Güter massgebend. Der Entwurf stellt sich somit auf den Boden der Kollisionstheorie, wie dies auch aus den Protokollen der Expertenkommissionen deutlich hervorgeht.[56])

---

[56]) So Zürcher, Prot. der 2. Expertenkommission, Bd. I, S. 186, auch Gautier, S. 187; ferner Zürcher, Erläuterungen, S. 52 f.; aber auch Stooss, „Bericht über den Vorentw. zu einem Schweiz. St.G.B., Bern 1899, S. 45; Trüeb, a. a. O., S. 59.

Die konkrete Abwägung der kollidierenden Interessen überlässt der S.E. dem Richter, ohne hierfür eine feste Regel vorzuschreiben. Der Grund dieser weitgehenden Einführung des richterlichen Ermessens liegt, nach den Äusserungen von Stooss,[57]) darin, dass man einer schematisierenden Vergewaltigung der Mannigfaltigkeit des Lebens vorbeugen wollte. Diese Tendenz scheint mir für die Regelung des Notstands allerdings richtig. Nur darf man dabei eins nicht übersehen — was hier meist übersehen wird: dass das Prinzip des überwiegenden Interesses zwar als Prinzip fest und starr ist, dass dieses Prinzip aber gerade wegen der Allgemeinheit seiner Formulierung dem Leben unbehindert Raum lässt. Wollte man, mit Rücksicht auf die Wandelbarkeit der Interessen, die Unmöglichkeit einer festen Notstandsregel überhaupt proklamieren, so würde das zur gänzlichen Prinzipienlosigkeit führen, deren Anerkennung dann freilich mit jeder Ordnung des Notstands im Widerspruch stünde.

Der Richter wird also bei der Entscheidung der „objektiven Notstandsfälle" die kollidierenden Güter abzuwägen haben, ohne sich hierfür an einen gesetzlich vorgeschriebenen Wertmasstab halten zu müssen. Er darf somit nach Massgabe seines eigenen Rechts- und Wertgefühls entscheiden.

Fraglich ist hier nur, ob bei dieser Entscheidung ein erheblicher Mehrwert des erretteten Guts erforderlich ist für die Freisprechung,[58]) oder ob der Richter nur das blosse Übergewicht, eventuell sogar nur das Gleichgewicht feststellen muss, um auf Straflosigkeit zu erkennen.[59])

---

[57]) Stooss, Bericht, S. 145.

[58]) So Trüeb, a. a. O., S. 27; aber auch Gretener im Prot. der 1. Expertenkommission, Bd. I, S. 119.

[59]) So Stooss in der ursprünglichen Fassung seines Entwurfs; ferner Zürcher, Erl., S. 52 f.; W. Burckhardt, „Kriminalpolitische Anforderungen an das Schweizerische Zivilgesetzbuch", Schweiz. Zeitschr. f. Strafr., Bd. XV, S. 246; Oser, „Kommentar zum Schweiz. ZGB", Bd. V, S. 220 f.

Man könnte sich versucht fühlen, diese, praktisch gewiss nicht belanglose Frage durch einen Hinweis auf Art. 701 des ZGB zu entscheiden. Dieser Artikel regelt Notstandseingriffe in das Grundeigentum und verpflichtet den Eigentümer zur Duldung des Eingriffs dann, wenn „Gefahr oder Schaden ungleich grösser sind als die durch den Eingriff entstehende Beeinträchtigung". Art. 701 fordert also einen erheblichen Mehrwert des zu errettenden Guts und scheint sich somit auf den Boden der erstgenannten Auffassung zu stellen. Das schweizerische Zivilrecht hat demnach unsere Frage bereits entschieden — während Art. 33 des S. E. seinerseits sie noch offen lässt. Es scheint somit aus dem Postulat der formalen Einheit des Rechts und aus der Erkenntnis des akzessorischen Charakters des Strafgesetzes das Resultat zu folgen, dass auch die in Art. 33 des S. E. vorgesehene Straflosigkeit nur bei erheblichem Mehrwert des erretteten Guts möglich sei.

Meiner Ansicht nach muss hier die Berufung auf die Einheit des Rechts und auf die akzessorische Natur des Strafrechts grundsätzlich als durchaus zwingend anerkannt werden.[60]) Allein, die angeführte Berufung auf Art. 701 des ZGB führt in Tat und Wahrheit gar nicht zu der eben gezogenen Konsequenz. Es folgt vielmehr das genaue Gegenteil! Betrachtet man nämlich Art. 701 näher, so erkennt man, dass dieser Artikel sich auf ein viel enger umschriebenes Gebiet bezieht als Art. 33 des S. E. Enger ist Art. 701 des ZGB nicht nur insofern, als er eine Sonderbestimmung für das Grundeigentum darstellt, sondern vor allem insofern, als er von einem Recht zur Notstandshandlung und von einer Pflicht zu deren Duldung spricht. Das ZGB hat hier also das sogenannte Notrecht anerkannt.

Nun ist für das Notrecht allerdings ein erheblicher Mehrwert des zu errettenden Guts praktisch erforderlich — wie dies in der Vorschrift von Art. 701 auch berücksichtigt

---

[60]) So auch Trüeb, a. a. O., S. 77 f.

ist. Art. 33 des S.E. handelt indessen aber gar nicht vom Notrecht, sondern bloss von der Straflosigkeit der Notstandstat. Und zur Straflosigkeit ist ein Notrecht keineswegs nötig. Es genügt hierfür jeweils schon die blosse Erlaubnis der Notstandstat (mit entsprechender Erlaubnis zur Abwehr auf der Gegenseite). Und da für blosse Erlaubnis naturgemäss weniger weitgehende Voraussetzungen erforderlich sind als für ein eigentliches Notrecht, so können wir aus der Regel des Art. 701 des ZGB geradezu schliessen, dass für die blosse Straflosigkeit des Notstands ein erheblicher Mehrwert des zu errettenden Gutes nicht gefordert werden muss: Es genügt das blosse Übergewicht und auch das Gleichgewicht des gefährdeten Interesses, um den Nottäter freizusprechen.[61])

Gegen diese Entscheidung wird man, meines Erachtens, nur dann Einwendungen erheben, wenn man verkennt, dass das Prinzip der Güterabwägung auf die Gesamtlage der kollidierenden Interessen zu beziehen ist, und nicht bloss auf das zunächst auffallende Einzelverhältnis. Es ist zu berücksichtigen, dass das allgemeine Interesse an der Existenz verlässlicher Rechtsformen ohnehin noch zugunsten des verletzten Gutes mitspricht.[62]) Damit gewinnt das Prinzip des „aktiven Interesses" oder die Rücksicht auf das „alte Recht" im Rahmen der Gesamtabwägung seine richtige Bedeutung.

Aber noch eine Reihe von weiteren Gesichtspunkten fallen hier ins Gewicht.

Zunächst ist klar, dass Interessen, die als solche rechtswidrig sind, bei der Abwägung von vornherein

---

[61]) So auch nach der in der Expertenkommission durchgedrungenen Ansicht von Zürcher. Die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht kann hier stets noch regulierend eingreifen.

[62]) Unrichtig ist dagegen die Ansicht Toblers („Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr", Diss. Zürich, 1894, S. 41), dass das Gewicht der Interessen sich überhaupt nur nach ihrer Bedeutung für den Staat bestimme.

ausgeschlossen werden müssen. Deshalb zeugt es nicht von tiefem Verständnis für den Abwägungsgedanken, wenn Tobler (a. a. O. S. 23) den Kollisionstheoretiker ironisch fragt, ob etwa der Zuchthaussträfling zur Rettung seiner Freiheit eine Sachbeschädigung vornehmen dürfe.

Wir werden auch auf die Fragen des Verschuldens beim Notstand und der Notstandstat gegen die „Ausübung von Rechten" eine klare Antwort finden können, wenn wir die Prinzipien der Güterabwägung anwenden.

Was zunächst den zweiten Fall anbelangt, so ist ein erlaubter Notstandsakt gegen wirkliche Ausübung von Rechten natürlich ein Unding. Denn das Interesse an der fraglichen Nothandlung wäre hier ja von vornherein widerrechtlich und dürfte bei der Abwägung insofern also gar nicht berücksichtigt werden. Allein, die Erörterung der rechtlichen Qualifikation der Notstandshandlung wird uns später noch zeigen, dass mit der Einführung der Notstandsregel grundsätzlich eine Einschränkung der sonst garantierten Rechte anerkannt wird. Daher kann sich der Verletzte hier nicht ohne weiteres auf sein „Recht" berufen, denn hier steht ja eben dessen Existenz erst noch zur Diskussion.

Dass dem so ist, wird in all den Fällen leicht eingesehen, wo das fragliche „Recht" des Verletzten bloss dem im Strafgesetz geschützten Interesse entspricht. Wo es sich also lediglich um Ausübung etwa des „Rechts auf Leben" oder des „Rechts auf körperliche Integrität" handelt. Allein, die Verhältnisse können sich hier nun komplizieren, es kann nämlich durch die Notstandshandlung ein doppelter Eingriff erfolgen, dergestalt, dass mit der Norm des Strafrechts zugleich noch eine vom Strafgesetz unabhängige Vorschrift des Zivilrechts verletzt wird. Wählen wir ein Beispiel: Der Täter habe sich mit dem ihm zur Last gelegten Angriff gegen eine Kündigung wehren wollen. Er habe seinen Arbeitgeber zur Abwehr der Kündigung beleidigt (Art. 154 des S. E.), ihm mit

einer schweren Verletzung gedroht (Art. 155 und 156) usw. Gleichzeitig soll er aber, wie wir annehmen, auch in die zivilrechtlich garantierte Freiheit der Kündigung eingegriffen haben. Wie sind derartige Fälle nun zu lösen? Kann der Täter nach Art. 33 des S.E. freigesprochen werden?

Um diese Frage zu entscheiden, muss zunächst untersucht werden, ob der fragliche Akt überhaupt dazu diente, eine bestehende, unmittelbare Gefahr abzuwenden, was für alle diejenigen Fälle verneint werden muss, wo es sich um blosse Rache für die durch Ausübung oder Missbrauch von Rechten bereits erfolgte Schädigung handelt. Handelt es sich dagegen wirklich um Abwendung drohender Gefahr, dann muss hier zunächst ermittelt werden, ob sich dem Täter nicht auch ein anderer Weg geboten hätte, um zu seinem Ziel zu gelangen. Ist auch diese Frage zu verneinen, dann ist der Richter allerdings verpflichtet, sich auf die Erwägung des Freispruchs grundsätzlich einzulassen.

Hierbei häufen sich nun freilich die belastenden Momente von vornherein zu Ungunsten des Notstandstäters: Er hat — in unserem Fall — erstens ein wichtiges Interesse der persönlichen Freiheit verletzt und zweitens noch das allgemeine Interesse an der Sicherheit der Bestimmungen des Vertragsrechts. Demgegenüber ist dann seine Lage, die Notlage, nach ihrem objektiven Gewicht zu berücksichtigen: Stand seine Existenz oder die Existenz weiterer Personen unmittelbar auf dem Spiele, und welches waren die Gründe, die zur Kündigung führten? Vermag alles dies die durch den Notstandsakt verletzten Interessen nicht aufzuwiegen, dann muss die Handlung bestraft werden. Andernfalls hat der Richter freizusprechen.[63])

---

[63]) Gehört die Übernahme der Gefahr in gewissem Masse zum besonderen Pflichtenkreise des Notstandstäters — wie beispielsweise beim Bergführer oder beim Irrenarzt — so fällt auch hier dieser spezielle Umstand in ähnlicher Weise erschwerend mit ins Gewicht, ohne dass deswegen die Möglichkeit der Freisprechung von vornherein ausgeschlossen wird. Anders liegt dagegen der

Umgekehrt verhält sich der Fall, wo nicht die Begehung, sondern vielmehr die Unterlassung der Notstandstat gegen eine besondere Vorschrift des Gesetzes verstösst. Hierher gehören namentlich die Notstandshandlungen, die ein Dienstleistender oder sonstwie Untergebener auf Befehl seines Vorgesetzten vorgenommen hat. Diese Fälle lassen sich nach derselben Regel lösen wie die eben besprochenen, mit dem Unterschied, dass hier die gesetzliche Vorschrift umgekehrt zugunsten des Täters ins Gewicht fällt. Ist Art. 33 nicht anwendbar, so lässt sich nach Art. 61 wenigstens eine Milderung der Strafe begründen.

Ebenso wichtig wie diese Fragen der Kumulation und Kollision gesetzlicher Vorschriften ist schliesslich noch das Problem des Verschuldens beim Notstand. Der S.E. enthält auch hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Er entscheidet aber den Fall implicite dadurch, dass er den Notstand nach Massgabe des Güterverhältnisses ordnet.

Selbstverständlich ist zunächst, dass derjenige, der die Gefahr und die Interessenkollision absichtlich herbeigeführt hat, um unter dem Schutz der Notstandsregel einen anderen zu verletzen, dass ein solcher nicht straflos bleibt. Denn hier wird ja das Interesse des Täters durch die verletzten Interessen von vornherein überwogen. „Zugemutet" kann einer Person nämlich nur diejenige Interessenverletzung werden, die sie an sich selbst vornehmen würde, wenn die kollidierenden Interessen der anderen Person zugleich die ihrigen wären. Vergleicht man aber im Fall des dolosen Notstands die gesamte Interessenlage der beiden Personen, so findet man, dass der Täter das (absichtliche Unternehmen von An-

---

Fall, wenn die Straflosigkeit der Notstandstat den Zweck einer rechtlich notwendigen Institution grundsätzlich vereiteln würde. Insofern lehnt Zürcher, Erl., S. 52 f., mit Recht die Entlastung eines Polizisten ab, der die Lebensgefahr auf unbeteiligte Dritte abwälzt.

fang an unterlassen hätte, falls die bezweckte Interessenverletzung auch ihn selbst getroffen hätte.

Hieraus folgt unmittelbar, dass das überwiegende Interesse in Wahrheit auf Seite des Verletzten liegt, dass dem Täter mithin die Unterlassung des ganzen Unternehmens zugemutet werden konnte. Er ist also strafbar.

Noch leichter lässt sich dieses Ergebnis einsehen, wenn man berücksichtigt, dass die vorhandene Arglist des Täters seine Interessenlage insgesamt entwertet, so dass auch relativ gewichtige Interessen hier nicht mehr überwiegen.

Die dolos herbeigeführte Notstandstat ist immer strafbar, wenn sie einen Tatbestand des Gesetzes erfüllt.[64]) Und zwar wird der Richter die besondere Arglist des Täters bei der Bemessung der Strafe erschwerend ins Gewicht fallen lassen.[65])

Grundsätzlich einfach lösen sich auch diejenigen Fälle, wo der Täter die Notstandskollision fahrlässig verschuldet hat, wo er also den Fall der Verletzung des anderen bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit vorausgesehen und vermieden hätte. Er musste sich z. B. als Bergführer vorher vergewissern, ob sein Reisegefährte die zur Besteigung erforderlichen Fähigkeiten einigermassen besass, um nicht in die Lage zu kommen, ihn preiszugeben. Solche Fälle fahrlässiger Verursachung des Notstands unterliegen zwar prinzipiell der freien Abwägung der Interessen und bieten damit stets die Möglichkeit der Freisprechung. Allein, es tritt hier infolge der fahrlässigen Verschuldung des Notstands eine gewisse Entwertung der Interessenlage des Täters ein, so dass er nur bei erheblichem Mehrgewicht seiner sonstigen Interessen straflos ausgehen darf. Dagegen kann hier doch stets die Strafmilderung von Art. 33 eintreten, wobei freilich zu beachten

---

[64]) So auch Baumgarten, a. a. O., S. 46; Liszt, a. a. O. S. 143; Tobler, a. a. O. S. 54 ff.

[65]) Es handelt sich in diesen Fällen eigentlich stets um einen tätlich vorgetäuschten Notstand, so dass die Strafmilderung von Art. 33 hier keinesfalls Anwendung finden darf.

ist, dass das begangene Delikt in seiner Schuldform durch den fahrlässigen Notstand nicht modifiziert wird. Es kann auch in fahrlässiger Notstandslage ein vorsätzliches Delikt begangen werden.[66])

Nach derselben Richtung hin stufen sich schliesslich auch diejenigen Fälle ab, wo zwar nicht die Kollision der Interessen, wohl aber die Gefahr an und für sich von einer der Parteien absichtlich oder fahrlässig herbeigeführt worden ist. Hier war also der Notstandseingriff als solcher allerdings nicht vorauszusehen, wohl aber die eigene oder fremde Gefahr. Man denke etwa an den Lebensüberdrüssigen, der sich in vermeintlich einsamer Gegend ins Wasser stürzt und sich dann auf Kosten eines Hilfsbereiten dennoch rettet. In solchen Fällen fällt das Verschulden der Gefahr stets noch zu Ungunsten der daran schuldigen Partei ins Gewicht, je nach der Schwere der Gefahr und der Form ihrer Verschuldung.[67])

Diese verschiedenen Kriterien der Straflosigkeit lassen sich ohne weitere Schwierigkeiten analog anwenden auf die Fälle der Notstandshilfe und der Nothilfe. Notstandshilfe wäre somit immer dann straflos, wenn das gefährdete Gut nicht überwogen wird von den verletzten Gütern, wobei sich für den Fall des „subjektiven Notstands" eine gewisse Einschränkung der erlaubten Hilfe ergibt. Ebenso regelt sich die einfache Nothilfe durchaus nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses, so dass solche bevormundenden Eingriffe hier namentlich bei unmittelbarer Todesgefahr straflos bleiben.

IV.

Wir haben, wie der Leser wohl beachtet hat, bis hierher die Frage nach der rechtlichen Qualifikation der

---

[66]) Dies hat Tobler überzeugend nachgewiesen, a. a. O., S. 56 ff.

[67]) Vgl. Delaquis, Schweiz. Zeitschr. f. Strafr., Bd. XXXIV, S. 181.

straflosen Notstandshandlung noch nicht entschieden. Bekanntlich spielt dieses Problem der rechtlichen Qualifikation in der Literatur des Notstands eine wichtige Rolle, so dass es angezeigt ist, diesem theoretisch wie praktisch bedeutsamen Gegenstand hier noch besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Für die rechtliche Beurteilung der Notstandshandlung sind drei verschiedene Ansichten logisch möglich. Die erste Ansicht hält den Akt in jedem Fall für rechtswidrig, nimmt aber Straflosigkeit an mit Berufung auf einen Schuldausschliessungsgrund.[68]) Die beiden anderen Ansichten betrachten die Tat dagegen als rechtmässig (d. h. als nicht-rechtswidrig). Die erste dieser beiden Auffassungen anerkennt den Notstand jedoch bloss als erlaubt (mit entsprechender Erlaubnis zur Abwehr auf der Gegenseite), während die zweite Auffassung die Existenz eines Notrechts lehrt.

Was den S.E. anbelangt, so zeigt er in dieser Frage der rechtlichen Beurteilung des Notstands eine äusserst interessante Entwicklungsgeschichte, deren Betrachtung sich sehr verlohnt. Wir finden hier im Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten einen deutlich erkennbaren kontinuierlichen Fortschritt.

Im Vorentwurf von 1893 wird in Art. 18 der Notstand folgendermassen geregelt:

> Wer ein Verbrechen begeht, um Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen andern aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, kann, wenn die Tat den Umständen nach entschuldbar ist, von Strafe befreit oder milder bestraft werden.

Die Notstandshandlung wird hier, wie man sieht, als rechtswidrig betrachtet. Der Täter begeht ein „Verbrechen", das zwar immerhin unter Umständen „entschuldigt" werden kann. So heisst es denn auch in den Motiven zum Vorentwurf ausdrücklich, dass die Notstandshandlung rechtswidrig sei, dass Tötung eines

---

[68]) So z. B. Freudenthal, a. a. O., S. 24.

anderen Menschen zur Erhaltung seines eigenen Lebens stets als ein schweres Unrecht zu betrachten sei, gegen das man sich wehren dürfe. (S. 33 f.)

Schon der Vorentwurf von 1894 weist in Art. 16 einen Fortschritt insofern auf, als die Notstandshandlung jetzt nicht mehr Verbrechen, sondern „eine als Verbrechen bedrohte Tat" genannt wird. Auch sprechen die Motive (S. 132) beim Notstand nun nicht mehr ausdrücklich von einer rechtswidrigen Handlung.

Im Vorentwurf 1896 werden die Art. 18—20 (Art. 20 regelt den Notstand) vollends unter die Randbemerkung „Rechtmässige Handlungen" zusammengefasst. Damit wird also ausgedrückt, dass mit der Notstandshandlung keine Rechtswidrigkeit verbunden ist, ein Standpunkt, der in innerem Zusammenhang steht, mit dem in Art. 20 nun deutlicher hervortretenden Prinzip der Interessenabwägung, wonach der Handelnde dann stets straflos bleibt, „wenn ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben". (Dieselbe Formulierung wie in Art. 33 des S.E.)

Was in Art. 20 von 1896 jetzt allein noch fehlt, um die letzte Verbindung mit der Theorie von der Rechtswidrigkeit der Notstandshandlung aufzugeben, das ist eine ausdrückliche Erklärung, dass die Handlung kein Vergehen ist.

In Art. 25 des Vorentwurfes von 1903 ist auch dieser Schritt vollzogen. Der Artikel lautet:

> Die Tat, die jemand begeht, um sein oder eines andern Gut, so namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist kein Verbrechen usw.

Während jetzt der Notstandsartikel insofern unmissverständlich gehalten ist, stellt dagegen andererseits eine Abänderung der oben erwähnten Randbemerkung in „Ausnahmen von der Strafdrohung" einen gewissen Rückschritt in der Richtung auf den alten Standpunkt dar. Diese veränderte Randbemerkung ist auch im Vor-

entwurf 1908 noch beibehalten worden. Dagegen weist dann der Vorentwurf vom August 1915 wieder das alte Marginale „Rechtmässige Handlungen“[69]) auf, und damit ist die Auffassung der Notstandshandlung als eines rechtswidrigen Verhaltens endgültig überwunden. In der nunmehr festgelegten Fassung ist der Notstandsartikel in den Entwurf von 1918 aufgenommen worden.

Durch diese Entwicklung ist also die erste der drei erörterten Auffassungen der Notstandshandlung aus dem schweizerischen Entwurf ausgeschlossen worden.[70]) Es bleibt nun noch die Frage, welche der beiden übrigen Auffassungen dem Art. 33 des S.E. zugrunde liegt. Unter einer „rechtmässigen Handlung“ kann nämlich sowohl eine bloss erlaubte Handlung verstanden werden, als auch eine solche, auf die ein Recht besteht.

Die Entscheidung dieser Frage macht, meines Erachtens, nun keine wesentlichen Schwierigkeiten mehr. Sie ergibt sich eindeutig und zwingend aus der Betrachtung unseres juristischen und theoretischen Materials.

Zunächst ist klar, dass der S.E. unter den beiden möglichen Formen von Rechtmässigkeit keine von beiden ausschliesslich anerkennt: Die rechtliche Qualifikation der Notstandshandlung kann nach dem Entwurf jeweils entweder blosse Erlaubnis oder Notberechtigung sein.

Dies ergibt sich aus Folgendem: Diejenigen Notstandsakte, die lediglich mit Rücksicht auf das subjektive Moment (Zurechenbarkeit) straflos bleiben, sind vom Notrecht schon rein logisch ausgeschlossen. Sie können nur erlaubte Akte sein. Denn die Behauptung einer Duldungspflicht des Verletzten wäre hier eine contradictio in adjecto.

---

[69]) Die Wiedereinführung dieses Marginale ist in der zweiten Expertenkommission namentlich von Hafter gefordert worden. Vgl. Bd. I, S. 182.

[70]) Unrichtig ist daher die Botschaft des Bundesrates von 1918, S. 11 i. f., wenn an dieser Stelle wiederum von „Entschuldigung“ des Notstands die Rede ist.

Andererseits sind diejenigen Notstandshandlungen, die den Tatbestand von Art. 701 des ZGB erfüllen, gesetzlich als Notrechtshandlungen bestimmt, da Art. 33 des S.E. in keiner Weise eine Abänderung jenes ZGB-Artikels bezweckt.

Nun führt uns aber die Konsequenz hier noch bedeutend weiter. Bedenken wir, dass Art. 701 des ZGB gleichermassen wie Art. 33 des S.E. der Ausdruck ein und desselben Gedankens (Abwägung) ist, so folgt, dass sämtliche Notstandsfälle, die einen erheblichen Mehrwert des erretteten Guts aufweisen, im künftigen schweizerischen Recht nach striktem Notrecht zu behandeln sind. Dies ergibt sich schon als Konsequenz der formalen Rechtseinheit und darüber hinaus als Ausdruck eines in der Gesetzgebung hier einheitlich anerkannten Grundgedankens (der in der Anerkennung der Berufspflicht des Art. 31 und der Rettungspflicht des Art. 296 nur in anderer Form wiederkehrt).

Was jenseits der in Art. 701 des ZGB bezeichneten Linie liegt, darf dagegen, mangels einer positiven Notrechtsbestimmung, nur als bloss erlaubte Notstandshandlung betrachtet werden. Hierher gehören also alle diejenigen Fälle, wo das Übergewicht des erretteten Guts nicht evident und nicht erheblich ist. Daher ist hier Abwehr des Eingriffs auch nach dem S.E. stets erlaubt.

Zusammenfassend können wir sagen: Der S.E. kennt drei Klassen von Notstandsakten:

a) Rechtswidrige, strafbare Notstandsakte.
b) Straflose Notstandsakte mit blosser Erlaubnis (hierunter auch die Fälle des „subjektiven Notstands").
c) Straflose Notstandsakte mit Notrecht.[71])

---

[71]) Für blosse Erlaubnis der Notstandshandlungen haben sich Gautier und Zürcher ausgesprochen, im Sinne eines Notrechts dagegen Hafter. Die Entscheidung, die wir gefunden haben, wird die verschiedenen Ansichten auf diesem Felde vielleicht zur

Anhang: Eine kurze Vergleichung mit der Notstandsregel des **deutschen Entwurfes von 1925** wird die in Art. 33 des S. E. vorliegenden Ergebnisse verdeutlichen.

I. Der D. E. bestimmt in § 22:

„Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, bleibt von der auf die vorsätzliche Begehung der Tat gesetzten Strafe frei, wenn ihm nach den Umständen nicht zuzumuten war, den drohenden Schaden zu dulden.

Hat der Täter eine solche Gefahr irrtümlich angenommen und beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung."

Der Notstand unterliegt hiernach 3 bemerkenswerten Einschränkungen, welche den § 22 des D. E. in nachteiliger Weise vom S.E. unterscheiden.

1. Der Notstand wird starr beschränkt auf Güter von erheblichem Werte (so dass in den „leichten Fällen" der Täter trotz eindeutigen Mehrwerts des erretteten Gutes strafbar ist).

2. Die Notstandstat behält den Makel der Rechtswidrigkeit (so dass sogar für die extremsten Fälle das Notrecht nach dem D. E. ausgeschlossen scheint).

3. Die Straflosigkeit wird nur vorgesehen für die auf die vorsätzliche Begehung der Tat gesetzte Strafe, womit (auch über Abs. 2 hinaus) noch eine Bestrafung nach Grundsätzen der Fahrlässigkeit ermöglicht wird.

II. Die dieser Regelung anhaftende Mangelhaftigkeit spiegelt sich in der, der Feder Radbruchs entstammenden amtlichen „Begründung" wieder (S. 20 ff.).

1. Die subjektiven Notstandsfälle werden vom Notstand in gewisser Weise ausgeschlossen, da hier Fälle „unwiderstehlichen Zwanges" (und nicht eigentliche Handlungen) vorlägen, was für die Regel zutrifft, aber nicht ausschliesst, dass Geistesverwirrung bei Gefahr am zweckmässigsten nach Spezialregeln des Notstands beurteilt wird.

2. Die Konsequenz führt den D. E. indessen nicht zur Anerkennung des objektiven Standpunkts (Güterabwägung), sondern die Straflosigkeit des Notstands wird vornehmlich durch

---

Übereinstimmung bringen können. Man vgl. hierzu Prot. der 2. Expertenkommission, Bd. I, S. 182, 187, 204; ferner Hafter, Schweiz. Zeitschr. f. Strafr., 1913, S. 285.

den Hinweis auf die Unwirksamkeit der Strafandrohung bei Gefahr begründet (S. 21. i. f.).

3. Im übrigen sollen sich die Notstandsfälle gemäss dem Begriff der Zumutbarkeit entscheiden, wonach insbesondere auch die „Anschauungen des Verkehrs" zu berücksichtigen wären. Indessen ist „Zumutbarkeit" — wie dies schon Stammler wiederholt betont hat — an sich überhaupt kein Begriff, dem irgendwelche Entscheidungen entnommen werden könnten, sondern dies Wort verweist uns nur auf die anderweitig anzuwendenden Masstäbe.

4. Hierfür lehnt nun die amtliche „Begründung" die objektive Güterabwägung als obersten Gesichtspunkt ab, weil die kollidierenden Güter häufig unvergleichbar seien. Wäre indessen dieser Grund zwingend, so würde er nicht nur die Unmöglichkeit einer Notstandsregel beweisen, sondern die Unmöglichkeit der Rechtsordnung schlechthin: Denn jede Rechtsordnung beruht auf der Voraussetzung, dass die mannigfaltigen Interessen vermöge objektiver Abwägung sich regeln lassen.

5. Immerhin will der D. E., unter anderem, auch das objektive Güterverhältnis berücksichtigen: Insofern aber müsste konsequenterweise auch der Ausschluss der Rechtswidrigkeit der Notstandstat anerkannt werden, was sich überdies auch schon daraus ergibt, dass der D. E. die Nothilfe allgemein zulässt. Die Nothilfe kann nämlich nur mit Rücksicht auf die objektive Richtigkeit der Notstandstat erschöpfend gerechtfertigt werden, wogegen die „Begründung" des D. E. sich nunmehr mit dem Argument behelfen muss, dass es dem Dritten oft nicht „zugemutet" werden könne, die Not des anderen „mitanzusehen"!

V.

Kurz erwähnt sei im Anschluss an die vorhergehenden Untersuchungen noch das Problem des Putativnotstands, d. h. der unter irrtümlichen Vorstellungen begangenen Notstandstat. Wie sind solche Fälle nach der Ordnung des S.E. zu lösen?

Um diese Frage zu entscheiden, müssen wir die Normen über Tatsachenirrtum (Art. 17 des S.E.) und Rechtsirrtum (Art. 18 des S.E) sinngemäss auf den Notstand anwenden.

Tatsachenirrtum (und also Anwendbarkeit von Art. 17) liegt immer dann vor, wenn die Wirklichkeit der

Gefahr nur vermeintlich war. Ferner aber auch dann, wenn sich der Täter über deren Unmittelbarkeit oder über die Möglichkeit einer anderen Rettung getäuscht hat. Sodann liegt reiner Tatsachenirrtum auch dann noch vor, wenn der Täter irrte hinsichtlich der Existenz der kollidierenden Güter (das zu rettende Kind war z. B. bereits verbrannt) oder hinsichtlich der Wirkung des Eingriffs (er wollte den Verletzten nur wehrlos machen, ihn aber nicht töten). Kurz: um Tatsachenirrtum handelt es sich überall dort, wo der Täter sich lediglich über ein physikalisches Verhältnis, im weitesten Sinne des Wortes, geirrt hat (sogenannter theoretischer Irrtum).

Rechtsirrtum liegt dagegen für die Praxis dort vor, wo der Täter sich irrte über das Wertverhältnis der kollidierenden Interessen. Wo er trotz Kenntnis der natürlichen Umstände das überwiegende Interesse falsch beurteilte (sogenannter praktischer Irrtum). Ein solcher Täter handelt aber immerhin im Notstand, und die Strafmilderung tritt daher nach Art. 33 des S. E. ein, nicht etwa nur nach Art. 18.

VI.

Mit dem Bisherigen ist, wie mir scheint, das strafrechtliche Problem des Notstands einigermassen aufgelöst.[72]) Es bleibt uns übrig, noch zwei wichtige Grenzfragen zu behandeln, bei deren Beantwortung die gewonnene Erkenntnis sich bewähren und weiter vertiefen mag.

Zunächst das Verhältnis des Notstands zur Notwehr.

Ich charakterisierte Notwehr als einen Privatakt, durch den ein Rechtsgenosse in die Schranken seiner Rechtssphäre zurückgewiesen wird, Notstand dagegen als ein Verhältnis, bei dem das Bild der

[72]) Eine eingehende Erörterung der komplizierten Grenzfälle, die nicht unser Thema bilden, findet man bei Tobler, a. a. O., S. 97—159.

Rechtssphären sich für eine bestimmte Situation verschiebt: Entweder tritt hier wechselseitige Erlaubnis ein, wodurch nur negativ die Formen des alten Rechtsverhältnisses durchbrochen werden, oder es entsteht geradezu ein neues Rechtsverhältnis, in dem der Notberechtigte sein „jus momentaneum" (Augenblicksrecht) in die starre Rechtssphäre des Verletzten vorschiebt.

Notstand ist schmiegsames neues Recht, Notwehr ist festgeformtes altes Recht!

Nun könnte man die Notwehr aber trotz dieser Charakterisierung doch noch auf zwei verschiedene Arten auffassen — und diese Möglichkeit der Wahl hat in der Literatur einen heftigen Streit hervorgerufen.

Man kann den Begriff der Notwehr auf diejenigen Fälle beschränken, wo ein rechtswidriger Angriff stattfindet. Mit anderen Worten: Man kann das Merkmal der Notwehr in der Behauptung des Rechts gegen pflichtwidriges Verhalten erblicken: eine konsequente, in sich geschlossene Auffassung der Notwehr.

Es ist aber noch eine andere Auffassung der Notwehr möglich, eine Definition, die das Gebiet der Notwehr ausdehnt auch auf diejenigen Fälle, wo der Angriff keine Pflichtwidrigkeit und mithin auch keine Rechtsverletzung darstellt. Genug, dass jemand ohne Recht angegriffen wird, so steht ihm die Erlaubnis zu, den anderen in die Schranken seines Rechts zurückzuzwingen. So etwa beim Angriff seitens eines Unzurechnungsfähigen oder gegenüber dem Angriff des Notstandstäters, der nach blosser Erlaubnis handelt.

Über diese beiden genannten Möglichkeiten lässt sich mit guten Gründen streiten. Man kann — je nachdem man das Schwergewicht auf die innere oder mehr auf die äusserliche Einheit des Notwehrinstituts legt — die erste oder die zweite Auffassung wählen.

Entschliesst man sich aber in dem letzteren Sinne, wählt man also den weiteren Begriff der Notwehr, dann hat man immerhin die Verpflichtung, folgendes zu berücksich-

tigen: Das Notwehrgebiet, das durch den weiteren Notwehrbegriff umgrenzt wird, schliesst zwei heterogene Arten von Notwehr in sich, zwei Notwehrformen, die sich nach ihrer ganzen juristischen Struktur unterscheiden: Notwehrakte nach striktem Notwehrrecht auf der einen Seite — und Notwehrakte nach blosser Erlaubnis auf der anderen Seite. Verkennt man dies, so gelangt man zu der unmöglichen Vorstellung eines Notwehrrechts gegen erlaubtes, d. h. nichtverbotenes Verhalten.

Dieser theoretischen Forderung entspricht auch eine praktische: Wer Notwehr anerkennen will gegen nichtverbotene Akte, der hat zu bedenken, dass bei dieser Art von „Notwehr" volle Rücksicht auf die „Proportionalität der Güter" des Angegriffenen und des Verletzten genommen werden muss, was beim engeren Notwehrbegriff natürlich nicht der Fall ist. Und gerade an diesem Erfordernis der Güterabwägung zeigt sich nun, dass diese „modifizierte Notwehr" ihrer Natur nach durchaus zum Notstand gehört. Eine klare Abgrenzung zwischen Notstand und Notwehr wird daher in Theorie und Praxis nur dann möglich sein, wenn man sich auf den Boden des engeren Notwehrbegriffs stellt.[73])

Wie wichtig hier eine restlose Klärung der Begriffe wäre, zeigt am besten ein Blick auf den S.E. Betrachtet

---

[73]) Völlig abzulehnen sind hier diejenigen Versuche, welche unser sachliches Problem durch eine begriffsverwirrende Nominaldefinition lösen wollen. Wenn man einen Reiz darin erblickt, vom rechtswidrigen Angriff des Irrsinnigen oder gar des Tieres und des rollenden Steins zu reden, so mag man dies immerhin tun. Man kann, wo es zur Unterhaltung dient, von den Rechtsgütern des Mondsüchtigen und von dessen Notwehrkrieg gegen die rechtswidrigen Attacken des Mondes sprechen. Dies alles steht dem Verfasser von Novellen und Humoresken frei. Für den Juristen ist dagegen eine gewisse Umsicht beim Sprachgebrauch geboten. — Den sonderbaren Gebrauch des Wortes „rechtswidrig" findet man auch neuerdings wieder in der Schrift von Trüeb.

man hier die Ordnung des Notstands nach ihrer inneren Struktur und Konsequenz, wie wir das zu tun versuchten, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass in allen Fällen des bloss erlaubten Notstands wechselseitiger Notstand möglich ist. Demnach ist die Abwehr eines erlaubten Notangriffs auch ihrerseits nach den Regeln des Notstands zu behandeln, obwohl der Angriff ohne eigentliches Recht erfolgte.

Nun verlangt aber Art. 32 des S.E. für die Notwehr keinen rechtswidrigen Angriff — wie dies noch im Vorentwurf von 1903 der Fall war —, sondern er spricht nur von einem Angriff, der „ohne Recht" geschieht. Damit kämen wir zu der Konsequenz, dass nach Art. 32 Notwehr gegen erlaubte Notakte möglich wäre, während sie nach Art. 33 ausgeschlossen ist.[74])

Die Unklarheit greift hier aber noch weiter. Wenn nämlich der S.E. in Art. 32 eine „Berechtigung" zur Notwehr anerkennt, so stellt er sich insofern selbst wiederum auf den Boden des engeren Notwehrbegriffs. Denn von einer „Berechtigung" zur Notwehr kann selbstverständlich da nicht die Rede sein, wo schon der Angriff immerhin erlaubt — wenn auch nicht durch ein Recht legitimiert — war. In der Notwehrsituation kann nur entweder das Recht dem Unrecht oder dann die Erlaubnis der Erlaubnis gegenüberstehen. Dagegen sind Notwehrrechte gegen erlaubte Akte unmöglich. Recht kann niemals gegen Erlaubnis stehen.

Somit scheint dem S.E. — wenn bei seiner Formulierung der Notwehr der Verfasser diese begrifflichen Grenzen überhaupt im Auge hatte — etwas vorzuschweben wie eine Mittellinie zwischen den beiden erörterten Auffassungen. Eine Mittellinie ist indessen hier wissenschaft-

---

[74]) Dem entspricht denn auch eine Divergenz der Ansichten über dieses Problem. Gautier, Prot. der 2. Expertenkommission, Bd. I, S. 187, nimmt die Möglichkeit der Notwehr gegen die Notstandstat an, während dies von anderer Seite (Hafter) abgelehnt wird.

lich unmöglich, und so bleibt denn auch der Notwehrbegriff des S.E. einstweilen noch unklar. Halten wir uns daher für die versuchte Abgrenzung an die in sich konsequente Notstandsregel!

Das Ergebnis für unser Problem ist folgendes: Art. 33 des S.E. schliesst seinem Sinne nach Notwehr gegen erlaubte Notakte aus. Sollen daher Notwehr und Notstand im künftigen schweizerischen Recht in innere Übereinstimmung gebracht werden, dann müsste der Entwurf sich zum strikten Notwehrrecht — und also zu der alten Formulierung des Artikels — bekennen. In diesem Falle würde dann die Abwehr der erlaubten Notangriffe, sowie der Angriffe durch Unzurechnungsfähige oder durch Tiere, nach Notstandsrecht behandelt werden. Damit wäre grundsätzlich die Anforderung gestellt, dass in diesen Fällen das fremde Interesse mitberücksichtigt wird. (Man denke etwa an den Angriff eines Geisteskranken auf den Irrenarzt.) Putativnotwehr und äusserste Erregung des Angegriffenen würden auch bei dieser Lösung nach dem S.E. eine weitgehende, berechtigte Entschuldigung finden.

Bleibt dagegen der S.E. bei der jetzigen Formulierung des Art. 32, dann sind doch wenigstens die Fälle der Abwehr erlaubter und berechtigter Notakte nach Art. 33 — also nach Notstandsrecht — zu behandeln: Denn Art. 33 führt uns auf den Begriff des wechselseitigen Notstands, während Art. 32 dieser konsequenten Lösung überhaupt keine einheitliche Entscheidung gegenüberstellt. Notwehrakte gegen die „rechtmässigen Handlungen" des Art. 33 sind daher auch bei dem gegenwärtigen Stande des Entwurfes ausgeschlossen.

VI.

Zum Schluss sei noch das Verhältnis der Notstandsregel zur zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht kurz berührt.[75]) Die Literatur hat schon seit langem anerkannt,

[75]) Man vgl. hierzu Trüeb, a. a. O., §§ 10, 13, 14.

dass die Entscheidung über die juristische Qualifikation der Notstandshandlung die Frage der Schadensersatzpflicht nicht präjudiziert.[76]) Demgemäss folgt insbesondere auch aus der Anerkennung eines Notrechts keineswegs die Aufhebung der Schadensersatzpflicht, wie dies ja auch Art. 701 des ZGB ausdrücklich bestimmt.[77])

Immerhin ist die Anerkennung der Güterabwägung auch für die zivilrechtliche Frage des Schadensersatzes nicht ohne Bedeutung. Das Ermessen des Richters wird, wie in der Beurteilung der Strafbarkeit, so auch in der Bestimmung des Schadensersatzes dieses Erfordernis zur Geltung bringen. Insbesondere ist auch nach Art. 52 des OR völlige Entlastung des Täters möglich, was um so angezeigter erscheint, als die Unterdrückung der Notstandshandlung in manchen Fällen sogar strafbar[78]) ist.

Dieser Parallelismus der Prinzipien soll indessen nicht verhindern, dass bei der grundsätzlichen Beurteilung der Schadensersatzpflicht wiederum eine völlig neue Betrachtung der Lage der Beteiligten stattfindet. Die Ersatzpflicht, die der Richter nach Art. 52 des OR bestimmen kann, wird ihre Begründung sehr oft in der Beseitigung einer Art von ungerechtfertigter Bereicherung

---

[76]) v. Tuhr, a. a. O., S. 117, 133, Anm. 4; W. Burckhardt, a. a. O., S. 246; Tobler, a. a. O., S. 54; Zürcher, Erl., S. 52 f.; Oser, „Kommentar zum Schweiz. ZGB", Bd. V, S. 220, 222.

[77]) Dennoch muss auch im Privatrecht anerkannt werden, dass das Notstandsrecht in alle möglichen Rechtsverhältnisse modifizierend eingreift. Wenn Art. 701 des ZGB die „Beschränkung des Grundeigentums" durch das Notrecht ausdrücklich erwähnt, so wird diese Bestimmung nach Einführung des Schweiz. St.G.B. nur noch einen Sonderfall bezeichnen. Stooss, Bericht, S. 45, sprach allerdings noch von einer „Zivilrechtswidrigkeit" der straflosen Notstandshandlung. Aber diese Auffassung ist durch die dargestellte Entwicklung des S.E. inzwischen hinfällig geworden.

[78]) Man denke etwa an den Fall, wo ein Bauer den Notrechtseingriff auf sein Grundstück mit einer Körperverletzung beantwortet, oder wo ein Schiffer einen Ertrinkenden von seinem Kahne abstösst.

oder in einer Billigkeitsforderung finden, namentlich aber auch in der Berücksichtigung des „alten Rechts".

Schlussbemerkung.

Wer mit der ausgedehnten Literatur des Notstands näher bekannt ist, wird bemerkt haben, dass in dieser Abhandlung der Versuch gemacht wurde, die mannigfachen Angriffe, die in neuerer Zeit gegen die grundlegende Theorie dieses Instituts erhoben worden sind, positiv zu verwerten zu einer weiteren Befestigung und Verbesserung eben dieser Theorie. Diese Theorie mag beim Betrachter bisweilen den Eindruck eines gewissen Relativismus hinterlassen. In Wirklichkeit jedoch dient sie dem entgegengesetzten Zwecke: der Bewährung fester, regulativer Prinzipien in der Behandlung der Rechtsprobleme.