

## B u c h r e z e n s i o n

**Till Zimmermann**, Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, Studien zum Strafrecht, Bd. 25, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009, 538 S., € 98,-

I. Die Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten ist in der strafrechtlichen Literatur immer wieder aufgegriffen worden, zuletzt entbrannte die Diskussion vor allem vor dem Hintergrund der – mittlerweile vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt<sup>1</sup> – Abschussermächtigung eines entführten Passagierflugzeugs in § 14 Abs. 3 LuftSiG. Zu der gesamten Problematik hat der *Verf.* unter Betreuung von *Urs Kindhäuser* eine – nicht nur dem Umfang nach – gewichtige Untersuchung vorlegt. Den titelgebenden Begriff „Rettungstötungen“ versteht der *Verf.* als „jene Interessenkonfliktsituationen, in denen ein – hinsichtlich der Konfliktverursachung – gewissermaßen ‚Unschuldiger‘ zwecks Lebensrettung aktiv ‚geopfert‘ wird.“ Unberücksichtigt bleiben dabei Tötungen auf Grundlage des Notwehrrechts bei einem Angriff auf das menschliche Leben und das Sonderproblem des Nötigungsnotstands (S. 23). Die Untersuchung gliedert sich in drei große Teile sowie eine zusammenfassende Darstellung. Zunächst geht der *Verf.* der Tötung eines „gänzlich Unbeteiligten“ (S. 24) nach, wendet sich sodann der Sonderkonstellation der Gefahrgemeinschaft und anschließend den Tötungen zu Beginn des menschlichen Lebens zu.

II. Ausgangspunkt des ersten Teils ist der von *Welzel* gebildete Weichenstellerfall.<sup>2</sup> Diesen Abschnitt unterteilt der *Verf.* zum einen in die Betrachtung der Rechtfertigung (S. 28 ff.) und zum anderen in die Frage der Strafflosigkeit der Rettungstötung (S. 214 ff.).

1. Der *Verf.* diskutiert zunächst, ob ein quantitatives Überwiegen der geretteten Leben das Umwälzen der Gefahr auf einen unbeteiligten Dritten rechtfertigen kann. Positiv ist, dass er das nach der h.M. geltende Quantifizierungsverbot hinsichtlich des menschlichen Lebens nicht als selbstverständlich übernimmt, sondern kritisch hinterfragt (S. 42). Der *Verf.* entlarvt die Argumente eines Höchstwerts oder der Heiligkeit des Lebens zutreffend als nichtssagend für die Frage eines Quantifizierungsverbots. Die Antwort sucht – und findet – der *Verf.* in einer neo-kontraktualistischen Interpretation der Interessenabwägungsformel des § 34 S. 1 StGB (S. 48 ff.): „So zwingt der Schleier des Nichtwissens die hinter ihm kontrahierenden Individuen aus Gründen des Eigeninteresses an einem fiktiven Rollentausch teilzunehmen“, in dem sich jedes Individuum sowohl in die Rolle des Eingriffsadressaten als auch des Schutzguthabers begibt, „bevor es zu einem erzwungenermaßen unparteilichen Abwägungsergebnis gelangt.“ Dadurch sei der Inhaber des Eingriffsguts selbst das Bezugsobjekt der Interessenabwägung; der Interessenkonflikt werde mithilfe des Rollentauschkriteriums als „intrapersonaler Konflikt des Eingriffsadressaten“ gedacht (S. 51 f.). Bei der Interessabwägung des § 34 S. 1

StGB sei aus Sicht des Eingriffsadressaten die „hypothetische Frage zu beantworten, welches der abzuwägenden Interessen vernünftigerweise preiszugeben wäre, bestünde nur die alternativlose Wahl, dieses oder jenes Gut zu verlieren bzw. zu erhalten“ (S. 52 f.). Da aus Sicht eines Menschen dem Erhalten von mehr als einem Leben kein Mehrwert zukomme, fehle ein wesentliches Überwiegen im quantitativen Lebensnotstand und *Welzels* Weichensteller sei es verboten, die Weiche umzulegen (S. 54).

Im Folgenden verteidigt der *Verf.* sein Verständnis des § 34 StGB gegen denkbare Einwände und geht dabei u.a. auf die Bedeutung des Wesentlichkeitskriteriums und die Angemessenheitsklausel ein. Letztere hält er nicht für völlig bedeutungslos, sondern für das Korrektiv der intrasubjektiven Interessenabwägung. Unangemessen seien gravierende Eingriffe in Individualinteressen, die den Zweck des Gesellschaftsvertrags zu konterkarieren drohen (S. 66). Grundsätzliche Einwände gegen die Nutzbarmachung eines neo-kontraktualistischen Ethikmodells à la *Rawls* im Strafrecht will der *Verf.* durch eine auf *Hoersters* subjektivistisches Ethikmodell gestützte Argumentation entkräften (S. 72 ff.). Als Konsequenz seines Begründungsmodells anerkennt der *Verf.* die Möglichkeit der „unfairen Exklusion einzelner Individuen aus dem Recht“ (S. 87). Als Beispiel nennt der *Verf.* das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG, das er zutreffend als Rechtfertigungsgrund (auch) für die Tötung von Unbeteiligten qualifiziert (S. 89). Nach einer exkursartigen Skizze einer neo-kontraktualistischen Straftheorie lehnt der *Verf.* die Überlegungen *Fritzes*<sup>3</sup> zur Rechtfertigung des Tyrannenmords und der damit verbundenen Tötung von Unbeteiligten ab. Es sei nicht überzeugend, dass *Fritze* auch solche Regelungen für konsensfähig halte, bei denen zwar eine Wahrscheinlichkeit des Profitierens bestehe, aber die Möglichkeit einer Opferpflicht zu einem radikalen Verlust führen könne (S. 95). Als Zwischenergebnis hält der *Verf.* fest, der rechtfertigende Notstand erlaube im Grundsatz keine altruistischen Rettungstötungen (S. 99), und erörtert im Anschluss weitere mögliche Ansätze für eine Rechtfertigung von Rettungstötungen.

2. a) Die Lehre von der indirekten Tötung lehnt der *Verf.* als strafrechtliche Rechtfertigungsgrundlage ab, da dieser Ansatz „nicht ohne gravierende Friktionen in die Strafrechtsdogmatik zu integrieren ist“ (S. 106 f.). In einem Exkurs stellt der *Verf.* den – aus seiner Sicht verfehlten – Rückgriff auf die Lehre von der indirekten Tötung für die „Überwindung“ des § 216 StGB in extremen Ausnahmefällen dar. Bei diesen Fällen handele es sich um einen „echten intrapersonalen Interessenkonflikt (mit überwiegendem Interesse am eigenen Tod)“ (S. 111). Allerdings fehle eine schlüssige Erklärung dafür, warum § 34 StGB ausnahmsweise auf eine derartige intrapersonale Interessenabwägung Anwendung finden soll. Diese Erklärung liefert der *Verf.* im Folgenden durch die Auslegung des § 216 StGB als Schutznorm zugunsten der Wirksamkeit des allgemeinen Tötungsverbots. Da Schutzguthaber die Allgemeinheit sei, könne das Interesse des Ster-

<sup>1</sup> Vgl. BVerfG 115, 118.

<sup>2</sup> Vgl. *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47 (51).

<sup>3</sup> *Fritze*, Die Tötung Unschuldiger, 2004, passim.

bewilligen, nicht unter gravierenden körperlichen Schmerzen weiterleben zu müssen, überwiegen (S. 116).

b) Auch die sog. Pflichtenkollision, die der *Verf.* als Interessenkollision versteht, da Pflichten „lediglich ein normativer Reflex des Schutzes berechtigter Interessen“ seien, biete keine Rechtfertigungsgrundlage. § 34 StGB „durchbricht das normativ angeordnete Gleichgewicht von Handlungs- und Unterlassungspflichten zugunsten der letzteren“, so dass die Pflichtenkollision nicht zur Rechtfertigung einer Rettungstötung führen könne (S. 137).

In Bezug auf die Kollision mehrerer gleichwertiger Handlungspflichten geht der *Verf.* der Begründung der Rechtfertigung im Fall der Erfüllung einer Pflicht näher nach. Das Gebot „Rette lieber ein Leben als kein Leben!“ schein sich zwar auf utilitaristische Ansätze der Maximierung des Gesamtinteresses zu stützen, dennoch lasse es sich auch kontraktualistisch begründen, denn die Rettungschancen würden durch die Pflicht, wenigstens eine Rettungsmöglichkeit wahrzunehmen, gesteigert. Als Auswahlkriterium, welche Pflicht erfüllt werden muss, komme ausschließlich der Zufall in Betracht (S. 147, 149). Anhand der rechtfertigenden Pflichtenkollision zeige sich, dass eine willkürliche Entscheidung auch bei Gleichwertigkeit der betroffenen Interessen die „beste Lösung“ sein könne (S. 152). Mit diesem Zwischenergebnis legt der *Verf.* zugleich eine Grundlage für seine spätere Erörterung von Rettungstötungen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft.

c) Unter der Überschrift „Atypische Rettungstötungen“ stellt der *Verf.* Fälle dar, in denen zumindest Teile der Literatur eine Rechtfertigung der Rettungstötung bejahen. Der *Verf.* spricht sich für eine Rechtfertigung in Defensivnotstandsfällen aus (S. 156 ff.). Die Gefahrzuständigkeit bewirke einen Wechsel der Gefahrtragungspflicht vom Täter zum Eingriffsadressaten. „Der Täter ist [...] nicht verpflichtet, zwecks Schonung der (Güter in der) Sphäre des Eingriffsadressaten sein Leben zu opfern“ und daher „im Defensivlebensnotstand äußerstenfalls auch zur aktiven Tötung des anderen berechtigt“ (S. 168 f.). Sogar die aktive Tötung einer Vielzahl von Menschen zur Rettung eines einzelnen sei in diesen Fällen gerechtfertigt (S. 169). Dogmatisch befürwortet der *Verf.* als Grundlage für die Rechtfertigung „eine analoge Anwendung des Gedankens des § 228 BGB [...] im Rahmen des § 34 StGB“ (S. 174 f.).

Die Problematik einer Kollision von Unterlassungspflichten diskutiert der *Verf.* unter dem Blickwinkel, dass bei einer Wahl zwischen der Verletzung zweier Pflichten zum Unterlassen der Tötung möglicherweise eine aktive Rettungstötung gerechtfertigt werden könne (S. 188). Allerdings lehnt er im Ergebnis die Möglichkeit der Kollision von Unterlassungspflichten ab, da die schlichte Untätigkeit ein normatives Unterlassen, aber niemals ein Eingriff i.S.d. § 34 StGB sei (S. 209).

3. Das letzte Drittel des ersten Teils betrifft mögliche Gründe für die Straflosigkeit von Rettungstötungen trotz ihrer grundsätzlichen Rechtswidrigkeit (S. 214-296). Die Darstellung beginnt mit dem entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB, wobei der *Verf.* auch für diese Vorschrift eine

kontraktualistische Begründung entwickelt (S. 227 ff.). Der *Verf.* anerkennt weiterhin die grundsätzliche Zulässigkeit eines übergesetzlichen Entschuldigungsgrunds neben §§ 34, 35 StGB (S. 269 ff.) und unternimmt eine Konturierung der Voraussetzungen eines solchen Entschuldigungsgrunds. Der *Verf.* lehnt zunächst eine Entschuldigung durch die Qualifizierung der Tötungshandlung als Gewissensentscheidung oder auf Grundlage von *Welzels* Lehre der Schuldverstrickung ab. Ausgangspunkt des *Verf.* bei der Begründung eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstands als Analogie zu § 35 StGB im Zusammenhang mit altruistischen Rettungstötungen ist die Frage, welche Umstände das Kriterium des Schutzes einer „Sympathieperson“ adäquat ersetzen. Erwägenswert erscheine allein, „derartige Umstände in der Konstellation des quantitativen Lebensnotstands (mit ‚positivem Saldo‘) zu suchen“ (S. 287). Darin liege auch kein Widerspruch zum Quantifizierungsverbot auf der Rechtfertigungsebene, denn bei § 35 StGB gehe es um die Perspektive des Täters und nicht wie bei § 34 StGB um die des Eingriffsadressaten (S. 291 f.). Im Ergebnis hält der *Verf.* zur Entschuldigung fest, dass „in einigen Fällen altruistischer Rettungstötungen die analoge Anwendung des § 35 StGB unbedingt geboten ist“ und räumt zugleich ein, dass eine „klare und gleichzeitig abstrakte Trennlinie zu den gleichfalls existenten entschuldigungsunwürdigen Fällen nicht gezogen werden kann“ (S. 295).

III. 1. Im zweiten Teil wendet sich der *Verf.* der Gefahrgemeinschaft zu und erörtert zunächst Fälle mit einer asymmetrischen Verteilung von Rettungschancen, also solche Fälle, in denen die faktische Rettungsmöglichkeit auf einen Teil der Mitglieder der Gefahrgemeinschaft beschränkt ist. Dazu zählt der *Verf.* zutreffend auch das Szenario des Missbrauchs eines Passagierflugzeugs als Waffe gegen andere Menschen am Boden (S. 304). Die Entschuldigungslösung lehnt der *Verf.* nach einer Darstellung der „Notwehrprobe“ ab, denn die Anwendung des gesetzlichen bzw. übergesetzlichen entschuldigenden Notstands sei „zwar dogmatisch-konstruktiv möglich [...], in ihren Konsequenzen aber kontraintuitiv und vernunftwidrig“ (S. 323).

Vor der Befassung mit Argumenten für eine Rechtfertigung geht der *Verf.* unter dem Stichwort „Der ‚unverbotene‘ Notstand“ auf Ansätze ein, welche die Lösung in der Lehre eines „rechtsfreien Raums“ oder in der Konstruktion einer Straffreiheit jenseits von Rechtfertigung oder Entschuldigung suchen (S. 324 ff.). Diese Ansätze lehnt der *Verf.* gut vertretbar ab. In Bezug auf Rettungstötungen führte „eine ‚Neutralität‘ des Rechts [...] ins Chaos und somit zu inakzeptablen Folgen.“ Zudem unterscheide sich eine „neutrale“ Lösung lediglich „in verbal-kosmetischer Hinsicht“ von der Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungslösung und sei daher überflüssig (S. 339).

Konsequenterweise untersucht der *Verf.* anschließend die Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten bei einer asymmetrischen Verteilung von Rettungschancen und wertet dazu zunächst nahezu erschöpfend die verfassungs- und strafrechtliche Literatur zur Abschussermächtigung in § 14 Abs. 3 LuftSiG aus. Seine Gleichstellung der Konstellation des § 14

Abs. 3 LuftSiG mit dem „9/11-Fall“ (vgl. S. 341 ff.) überzeugt freilich nicht in allen Punkten, auch wenn diese Gleichstellung tatsächlich vielfach in der Literatur zu finden ist. Denn während es sich bei den Anschlägen vom 11. September 2001 um einen Angriff von außen auf die USA handelte, erfasste § 14 Abs. 3 LuftSiG lediglich den Einsatz der Luftwaffe bei einem Angriff von innen auf Grundlage des Katastrophennotstands und damit ein unterschiedliches Angriffsszenario.

In Bezug auf § 14 Abs. 3 LuftSiG meint der *Verf.*, eine Tötung der Flugzeugführer bereite strafrechtlich keine Schwierigkeiten, da es sich um eine „gerechtfertigte Notwehrhilfemaßnahme“ handle und beruft sich dabei u.a. auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 14 Abs. 3 LuftSiG (S. 342 Fn. 1349). Damit vernachlässigt der *Verf.* zum einen die verfassungsrechtlichen Regelungen über den Streitkräfteeinsatz im Innern und schreibt zum anderen dem Bundesverfassungsgericht eine Aussage zu, die es nicht gemacht hat. Zu beachten ist, dass die Luftwaffe von Verfassungen wegen auch im Regelungsbereich von §§ 13, 14 LuftSiG gehindert ist, ihre Waffen gegen Angreifer einzusetzen. Vor diesem Hintergrund ist es keine Selbstverständlichkeit davon auszugehen, eine Tötung der Angreifer in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG wäre trotz eines Verstoßes gegen Art. 87a Abs. 2 GG i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB geboten. Weiterhin hat sich das Bundesverfassungsgericht lediglich mit grundrechtlichen Fragen, nicht jedoch mit der strafrechtlichen Rechtfertigung auseinandergesetzt.

Hinsichtlich der Tötung der unbeteiligten Flugzeuginsassen verneint der *Verf.* die Berücksichtigung der Todgeweihtheit auf Tatbestandsebene. Dem „verlöschendem Leben“ könne weder die Schutzwürdigkeit durch die Tötungsdelikte per se abgesprochen werden (S. 358 ff.) noch sei ein Zurechnungsausschluss mangels Risikoerhöhung gegeben (S. 360 ff.). Die Tatsache, dass bestimmte Personen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft keine dauerhafte Überlebensmöglichkeit haben, ist jedoch für den *Verf.* ein wesentliches Argument für das Überwiegen des Lebensinteresses der noch zu rettenden Mitglieder der Gefahrgemeinschaft. Daraus folge nicht, „ein zukunfts-offenes Leben sei ‚wertvoller‘ als ein todgeweihtes [...]“. Lediglich das realisierungsfähige *Interesse* an diesen Rechtsgütern – und darauf, nicht auf die Rechtsgüterabwägung, kommt es nach Auskunft von § 34 StGB an – ist ein unterschiedliches“ (S. 377).

Bezüglich der Angemessenheit i.S.v. § 34 S. 2 StGB lehnt der *Verf.* Pawliks Ansatz eines Selbstopfers aus Fairness-Gründen ab. Ein Vergleich mit der Rechtfertigung von Kollateralschäden bei Ausübung des Widerstandsrechts oder unter Wehrpflichtigen überzeuge nicht, da es bei Art. 20 Abs. 4 GG und Art. 87a Abs. 1 GG regelmäßig um eine „unfaire Exklusion aus dem Recht“ gehe und diese Regelungen daher nicht für den Fairnessgedanken fruchtbar gemacht werden könnten (S. 386). Im Ergebnis lasse sich die Angemessenheit bei einer asymmetrischen Verteilung von Rettungschancen jedoch damit begründen, dass vor dem Hintergrund eines gegenseitigen altruistischen Interesses Individuen hinter dem Schleier des Nichtwissens der Regelung zustimmen würden, dass jeder dazu verpflichtet ist, „im Angesicht des unabwendbaren

und unmittelbar bevorstehenden Todes seine kurze Restlebenszeit für einen Gefahrgenossen aufzuopfern“ (S. 387).<sup>4</sup> Als „Faustformel“ schlägt der *Verf.* für die Bestimmung der kurzen Restlebenszeit“ eine Zeitspanne von maximal 24 Stunden vor, wobei er auch eine andere Zeitdauer für vertretbar hält (S. 387 Fn. 1562). Dieser Zeitraum dürfte zu lang bemessen sein, da bei einem Weiterleben aller Mitglieder der Gefahrgemeinschaft für 24 Stunden eine gegenwärtige Gefahr wohl fehlt. Als Ergebnis konstatiert der *Verf.* überzeugend, dass bei Rettungstötungen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft mit asymmetrischer Verteilung von Rettungschancen ein wesentlich überwiegendes Interesse i.S.v. § 34 S. 1 StGB bejaht werden kann.

Im Weiteren verteidigt der *Verf.* dieses Ergebnis gegen die gegen die Rechtfertigungslösung vorgebrachten Einwände. Zutreffend lehnt er den Hinweis auf bestehende Prognoseunsicherheiten ab und arbeitet heraus, dass der Hinweis auf prognostische Unsicherheiten keine grundsätzliche Bedeutungskraft besitzt (S. 393).<sup>5</sup> So wird auch sonst bei der Notstandsrechtfertigung eine ex-ante-Betrachtung herangezogen und keinesfalls darauf abgestellt, die Schadensrealisierung könne auch ohne die erforderliche Verteidigungshandlung noch durch ein „Wunder“ oder glückliche Umstände verhindert werden. Auch die Beschwörung der Gefahr eines „Dammbruchs“ lässt der *Verf.* nicht gelten. Die Rechtfertigung von Rettungstötungen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft mit asymmetrischer Verteilung von Rettungschancen unterscheide sich vom Transplantationsfall, in dem ein sterbender Patient wegen der Organentnahme zugunsten anderer Patienten getötet werden soll,<sup>6</sup> da es in diesem Fall an der Gefahridentität fehle (S. 399).

Der *Verf.* geht kurz auf eine Rechtspflicht zur Tötung und die Duldungspflicht der zu tötenden Personen für den Fall der Rechtmäßigkeit der Rettungstötung ein. Die Regelung des § 12 Abs. 2 SchKG, der die Zumutbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs bei Gefahr für Leib oder Leben der Schwangeren statuiert, könne nicht auf andere Rettungstötungen übertragen werden. Diese sieht der *Verf.* stets als „Akt der Freiwilligkeit“ (S. 403). Die Todgeweihten treffe allerdings eine „solidarische Duldungspflicht“ des Todes. Sie könnten sich selbst im theoretischen Fall einer möglichen Abwehr der Rettungstötungshandlung nicht auf § 35 StGB berufen (S. 404).

2. Am Ende des zweiten Teils der Arbeit wendet der *Verf.* sich Rettungstötungen bei einer Gefahrgemeinschaft mit symmetrischer Verteilung von Rettungschancen zu, also Konstellationen, in denen für sämtliche Personen der Gefahrgemeinschaft eine Überlebensmöglichkeit besteht (S. 405-423). Nach einem Überblick über die ausgetauschten Argumente entwickelt der *Verf.* eine eigene Rechtfertigungslösung. Maßgeblich ist für ihn, dass bei der symmetrischen Gefahrgemeinschaft die Todgeweihtheit der Personen eine

<sup>4</sup> Ähnlich bereits Ladiges, Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum, 2007, S. 468.

<sup>5</sup> Ebenso Ladiges (Fn. 4), S. 473.

<sup>6</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 39.

rechtliche sei, denn die gesamte Gruppe sei verloren, wenn sich der potentielle Retter an das Tötungsverbot hielte. Der *Verf.* zeigt anhand des Beispiels der Rettung von gleichwertiger Fracht auf einem untergehenden Schiff, dass „die wechselseitige Austauschbarkeit der Positionen von Eingriffs- und Schutzgut zwischen wertmäßig identischen Gütern der Annahme einer auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses basierenden Rechtfertigung nicht grundsätzlich im Wege steht“ (S. 412 f.). Dies gelte auch bezüglich des menschlichen Lebens. Die faktische Möglichkeit der Rettung eines Teils der Gruppe dürfe nicht ignoriert werden, „denn die Hingabe des eigenen Lebens für andere macht unter den Voraussetzungen der symmetrischen Gefahrgemeinschaft (also solange noch Aussicht auf Rettung besteht) für die Individuen hinter dem Schleier des Nichtwissens keinen Sinn.“ Vielmehr liege das Interesse darin, die Rettung wenigstens einer Person zuzulassen (S. 414). Im Ergebnis bejaht der *Verf.* damit die Rechtfertigung von Rettungstötungen auch bei der symmetrischen Gefahrgemeinschaft durch eine analoge Anwendung des § 34 StGB (S. 415, 422 f.).

Damit gelangt der *Verf.* zur Gretchenfrage bei Rettungstötungen innerhalb einer symmetrischen Gefahrgemeinschaft, nämlich der Frage der Auswahl der zu opfernden Personen. Wegen der Gleichwertigkeit der betroffenen Interessen komme nur eine zufällige bzw. willkürliche Auswahl in Betracht (S. 415). Im Weiteren differenziert der *Verf.* nach altruistischen Rettungstötungen, bei denen ein Außenstehender die Tötungshandlung vornimmt, und egoistischen Rettungstötungen, in denen ein Mitglied der Gefahrgemeinschaft sich zur Tötung eines anderen entschließt. Im ersten Fall sei auch eine willkürliche Auswahlentscheidung stets gerechtfertigt und das Opfer könne sich nur auf § 35 StGB berufen (S. 416). Im zweiten Fall verwirft der *Verf.* die Lösung des Entscheidungskampfs und greift auf ein Losverfahren zurück. Im Anschluss an *Bernsmann*<sup>7</sup> liege es „auf der Hand, dass die Individuen hinter dem Schleier des Nichtwissens das Losverfahren als Auswahlmethode bestimmen“ (S. 419 f.). Das Zufallsprinzip sei ebenso wie z.B. das Prioritätsprinzip sachgerecht und das Selbstopfer nach Durchführung des Losverfahrens sei auch nicht unzumutbar, da dem Losverlierer die Entschuldigung nach § 35 StGB bleibe. Andererseits anerkennt der *Verf.* praktische Bedenken gegen die Durchführung des Losverfahrens. Diese Schwierigkeiten bestünden jedoch auch bei einem Entscheidungskampf und zumindest könnte durch das Losverfahren bei einer Gefahrgemeinschaft mit einer Vielzahl von Mitgliedern der „faktische Entscheidungskampf ‚jeder gegen jeden‘ immerhin zu einem risikominimierenden ‚alle gegen einen‘“ geändert werden (S. 422).

III. Der dritte Teil betrifft Rettungstötungen zu Beginn des Lebens. Als Beispiele nennt der *Verf.* die einfach-vitale sowie die doppelt-vitale Indikationslage, die Notwehrausübung gegen eine schwangere Angreiferin, die Reduktion von Mehrlingen, die Perforation und die einseitig tödliche Trennung von Siamesischen Zwillingen.

1. In Bezug auf die einfach-vitale Indikationslage hält der *Verf.* die Lösung des § 218a Abs. 2 StGB für plausibel. Auch wenn es sich biologisch betrachtet um eine Abwägung „Leben gegen Leben“ handle, sei „keinesfalls“ eine Gegenüberstellung von gleichwertigen Interessen gegeben. Das Lebensinteresse der Schwangeren überwiege, da auf der Seite des Embryos lediglich ein gesellschaftliches Interesse an dessen Erhalt stehe (S. 445). Der *Verf.* räumt ein, dass dieses Ergebnis mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben eines subjektiv-grundrechtlichen Schutzes des Lebens des Embryos scheinbar nicht zu vereinbaren sei. Den scheinbaren Widerspruch will der *Verf.* unter Hinweis auf die seiner Ansicht nach inkonsistente Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entkräften und meint im Anschluss an *Merkel*: „Die vom Bundesverfassungsgericht behauptete Grundrechtssubjektivität Ungeborener [...] ist damit nichts weiter als eine ‚falsa demonstratio‘ (die bekanntlich ‚non nocet‘)“ (S. 448). Daraus folge auch, dass bei einer doppelt-vitalen Indikationslage als Fall einer symmetrischen Gefahrgemeinschaft, in der entweder die Mutter oder der Embryo gerettet werden könnten, das Lebensinteresse der Frau wesentlich überwiege, so dass der Arzt kein Wahlrecht bei der Rettungstötung habe (S. 449 f.). Zudem sei bei einer Verteidigungshandlung gegen eine schwangere Angreiferin der durch die Tötung der Schwangeren herbeigeführte Schwangerschaftsabbruch gemäß § 34 StGB gerechtfertigt (S. 451).

2. Der *Verf.* lehnt es ab, die Perforation, also die Tötung des im Geburtsvorgang befindlichen Kindes, ohne eine tatsächliche Differenzierung nach Gefahrverursachungskriterien durch Anwendung des Defensivnotstands zu rechtfertigen (S. 462). Zur Lösung greift er auf den Ansatz von *R. Herzberg/A. Herzberg*<sup>8</sup> zurück, die das Menschsein i.S.v. § 212 StGB erst mit Ende der Geburt beginnen lassen (S. 462 ff.). Ohne diese Lösung an sich zu kommentieren, dürfte die Einordnung als Menschsein i.S.v. § 12 StGB nach den vorherigen Ausführungen des *Verf.* zur Grundrechtssubjektivität des ungeborenen Kindes nicht maßgeblich sein. Für die rechtliche Bewertung der Perforation kommt es nämlich nicht darauf an, ob die Tötung des Kindes den Tatbestand des Totschlags verwirklicht, sondern allein darauf, ob das in der Geburt befindliche Kind unter den Begriff Leben i.S.v. § 34 S. 1 StGB fällt. Es entsteht auch der Eindruck einer ergebnisorientierten Argumentation: So hält der *Verf.* eine strenge Lösung der Perforation nach der Gefahrzuständigkeit für ein „inakzeptables Ergebnis“ (S. 461), um im Anschluss daran den „Ausweg“ durch den späteren Beginn des Menschseins zu finden.

3. Bei der einseitig tödlichen Trennung Siamesischer Zwillinge greift der *Verf.* auf das Argument zurück, dass „Neugeborene über kein aktuelles eigenes Lebensinteresse verfügen“ (S. 475). Daraus folge, dass § 212 StGB nicht die aktuellen Interessen des Neugeborenen, sondern allein die Interessen der Allgemeinheit schütze: „§ 212 StGB ist im Falle Neugeborener [...] nicht genuin subjektiv-rechtlicher Lebensschutz, sondern halb objektiv-rechtlicher Schutz à la

<sup>7</sup> *Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 341 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *R. Herzberg/A. Herzberg*, JZ 2001, 1106.

§ 218“. Da das Verbot, einen Zwilling zu töten, nur auf Kosten des Potentialitätsschutzes aufrecht gehalten werden könne, stehe der Lebensschutz durch § 212 StGB „auf keinem sonderlich soliden ethischen Fundament mehr, da von einem geschützten Potential keine Rede mehr sein kann“ (S. 476). Die *ethische* Rechtfertigung könne sich dann darauf stützen, dass dem Schutz des Potentials des rettbaren Zwillings größeres Gewicht als dem Normschutz des Tötungsverbots beigemessen werde. Die Anwendung des rechtfertigenden Notstands bezeichnet der *Verf.* dennoch als „durchaus kühne Vorgehensweise“ (S. 477) und legt sich hinsichtlich der strafrechtlichen Lösung nach geltendem Recht nicht fest.

IV. Abschließend reflektiert der *Verf.* seine Ergebnisse im Zusammenhang mit Überlegungen eines Staatsnotstandsrechts. „Fiat iustitia, et pereat mundus“ sei ersichtlich nicht der Wahlspruch des Grundgesetzes, vielmehr habe sich das deutsche Recht den Gedanken der unfairen Exklusion zu Eigen gemacht. Die Tötung von Unbeteiligten könne daher erlaubt sein, wenn dies „einer überwältigenden Mehrheit von überragendem Nutzen ist“ (S. 483). Daraus folge nicht, „bei der nächstbesten Katastrophe dürfe sich der Staat leichtfertig aller rechtsstaatlichen Beschränkungen entledigen.“ Aber es zeige sich, dass „die Annahme übergesetzlicher staatsnotstandsrechtlicher Befugnisse durchaus ethisch legitim ist“ (S. 485). Derartige Befugnisse hätten nichts mit dem rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB zu tun, sondern ließen sich allein mit der Figur der unfairen Exklusion erklären.

V. Insgesamt hat der *Verf.* eine anspruchsvolle Argumentation entwickelt, auch wenn man seinen Begründungen und Ergebnissen nicht immer folgen muss. Dies gilt vor allem für das neo-kontraktualistische Verständnis des § 34 StGB – mit dem ein großer Teil der Untersuchung steht und fällt –, das der *Verf.* jedoch zumindest gut vertretbar darlegt und gegen Kritik absichert. Aus Sicht des *Rezensenten* fordern aber die Ausführungen des *Verf.* zum Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes i.S.v. § 212 StGB in Bezug auf Neugeborene Widerspruch heraus, zumal der *Verf.* keine klare Abgrenzung anbietet, zu welchem Zeitpunkt ein geborener Mensch den Neugeborenen-Status verliert.

Vor dem Hintergrund der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Tötung von Unbeteiligten auf Grundlage von § 14 Abs. 3 LuftSiG eine Menschenwürdeverletzung darstellen soll, hätte es nahe gelegen, entweder die Menschenwürde der Getöteten stärker zu berücksichtigen oder eine Lösung jenseits eines Verstoßes gegen die Menschenwürde<sup>9</sup> zu entwickeln. Jedenfalls dürfte das Bundesverfassungsgericht nicht nur von einer Abwägung „Leben gegen Leben“, sondern sogar von einer Abwägung „Würde gegen Leben“ in den Fällen der Rettungstötung von Unbeteiligten ausgehen, so dass auf Basis des verfassungsgerichtlichen Urteils unabhängig von der Frage der Interessabwägung die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB einer Rechtfertigung im Wege stehen könnte.

Die Arbeit zeichnet sich durch eine praktisch erschöpfende Auswertung der (umfangreichen) Literatur aus, wobei der *Verf.* auch die anglo-amerikanische Diskussion berücksich-

tigt. Bei der Fülle der ausgewerteten Literatur sind einige Ungenauigkeiten nicht ausgeblieben. So äußert sich *Jerouschek*<sup>10</sup> entgegen Fn. 1359 nicht zur Tötung von Unbeteiligten, sondern zur Folter. Und der *Rezensent*<sup>11</sup> vertritt nicht – wie der *Verf.* meint (S. 345 Fn. 1362) –, dass die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlichen Bewertung des § 14 Abs. 3 LuftSiG ein unverbindliches obiter dictum sind. Etwas störend wirkt, dass einige zentrale Streitfragen vollständig in den Fußnoten diskutiert werden, z.B., ob in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG von einer asymmetrischen Gefahrgemeinschaft gesprochen werden kann (vgl. S. 304 Fn. 1183). Auch die Begründung, warum die Tötung der unbeteiligten Flugzeuginsassen nicht auf Grundlage des Defensivnotstands gerechtfertigt sein kann, findet der Leser in einer Fußnote, die sich über drei (!) Seiten erstreckt (vgl. S. 306 Fn. 1190). Diese kleineren Mängel sollen die Leistung des *Verf.* jedoch nicht schmälern, denn er hat eine Reihe beachtlicher Argumente gegen das immer wieder behauptete, aber oft kaum begründete absolute Verbot der Tötung von Unbeteiligten dargelegt, die in der sicherlich noch anhaltenden Diskussion nicht unbeachtet bleiben sollten.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), Göttingen

<sup>9</sup> So z.B. *Ladiges* (Fn. 4), S. 328 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (302).

<sup>11</sup> Vgl. *Ladiges*, NZWehrr 2008, 1 (3 f.).