

# Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG – ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung

Von Rechtsreferendar Dr. Manuel Ladiges, LL.M., Hamburg

## I. Einleitung

In seinem vielfach beachteten und diskutierten Urteil vom 15.2.2006 zur „Abschussermächtigung“ in § 14 Abs. 3 LuftSiG hat das BVerfG festgestellt, dass die Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die staatliche Tötung von Unbeteiligten – jedenfalls im Fall eines Einsatzes „nichtkriegerischer Art“ – gegen die Menschenwürde und das Grundrecht auf Leben verstößt.<sup>1</sup> Weiterhin hat das Gericht eine Reihe von Grundfragen des Einsatzes der Streitkräfte im Katastrophennotstand gemäß Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG geklärt, auch wenn es die Begriffe „Einsatz“ und „Verteidigung“ im Sinne des Art. 87a Abs. 2 GG nicht definiert hat. Klar ist u.a., dass der Bund grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz für Regelungen der Streitkräfteeinsätze im Katastrophennotstand hat. Allerdings dürfen die Streitkräfte auf Grundlage dieser Vorschriften keine spezifisch militärischen Waffen einsetzen.<sup>2</sup>

Aus strafrechtlicher Sicht ist wichtig, dass das BVerfG die Frage einer etwaigen strafrechtlichen Verantwortung der Befehlsgeber und der handelnden Soldaten für den Fall, dass ein Abschuss eines Passagierflugzeuges entgegen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vorgenommen werden sollte, ausdrücklich offen gelassen hat. Wörtlich heißt es:

„Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären.“<sup>3</sup>

Bemerkenswert ist, dass das BVerfG damit die Möglichkeit antizipiert hat, dass das Urteil in einer Notsituation nicht beachtet werden könnte, denn ein Verweis auf die strafrechtliche Betrachtung war für die Entscheidung ohne Belang. Diese Antizipation könnte sich in Zukunft tatsächlich als

zutreffend erweisen. Nur wenige Tage nach der Entscheidung kündigte Bundesverteidigungsminister *Franz Josef Jung* öffentlich an, er werde im Notfall jedenfalls dann einen Abschuss befehlen, wenn sich lediglich Angreifer im Flugzeug befinden und damit keine Unbeteiligten betroffen werden.<sup>4</sup> Dies bedeutet, dass sich *Jung* über die Vorgaben des BVerfG hinwegsetzt, das im 2. Leitsatz unmissverständlich ausgeführt hat, dass der Einsatz spezifisch militärischer Waffen – also insbesondere der Einsatz von Bordwaffen eines Kampflugzeuges – im Katastrophennotstand verfassungsrechtlich *nicht* zulässig ist.<sup>5</sup> *Jung* hat seine Position in jüngster Zeit erneut bekräftigt und wurde dafür sowohl von Seiten der Opposition als auch vom Koalitionspartner SPD heftig kritisiert.<sup>6</sup> Dabei verlautete aus dem Verteidigungsministerium, es sei verfassungsrechtlich anerkannt, dass der Staat in außergewöhnlichen Gefahrensituationen auf Grundlage eines „übergesetzlichen Notstands“ handeln dürfe, soweit das Grundgesetz keine ausdrückliche Regelung enthalte.<sup>7</sup> Ein etwaiger Abschussbefehl werde „unter Berücksichtigung der tatsächlichen und ethischen Gesichtspunkte sowie der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung“ erteilt.<sup>8</sup> Die ausführenden Soldaten würden nicht dazu verpflichtet, vorsätzlich eine Straftat zu begehen, denn das BVerfG habe die Frage der strafrechtlichen Verantwortung nicht entschieden.<sup>9</sup>

Bereits vor dem Urteil des BVerfG ist in der strafrechtlichen Literatur die Frage diskutiert worden, ob die Tötung von unbeteiligten Flugzeuginsassen strafrechtlich gerechtfertigt werden kann.<sup>10</sup> Erwähnenswert sind vor allem die Aufsätze

<sup>1</sup> Die Überzeugungskraft dieser grundrechtlichen Bewertung soll hier nicht weiter diskutiert werden. Siehe dazu kritisch *Hirsch*, in: *Hettinger* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 149 (170 f.); *Isensee*, in: *Pawlik* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, S. 205 (221 ff.); *Baldus*, *NZWehr* 2007, 133 (135 f.); *Hillgruber*, *JZ* 2007, 209 (216 f.); *Elsner/Schober*, *DVBl.* 2007, 278 (281); *Merkel*, *JZ* 2007, 373 (379 ff.); *Ladiges*, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum unter besonderer Berücksichtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten*, 2007, S. 328 ff.; *Winkeler*, *Bedingt Abwehrbereit?*, 2007, S. 153 ff.; *Depenheuer*, *Selbstbehauptung des Rechtsstaats*, 2007; *Palm*, *AöR* 2007, 95 (105 ff.); *Franz*, *Der Staat* 45 (2006), 501 (512 ff.); siehe auch *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV/1, 2006, S. 160; *Möller*, *Der Staat* 46 (2007), 109 (insb. 125 ff.); *Frenz*, *NVwZ* 2007, 631 (632); *Enders*, *DÖV* 2007, 1039 (1043), zu einer verfassungsmäßigen Duldungspflicht von Nichtstörern zur Bewahrung des Gemeinwesens.

<sup>2</sup> BVerfGE 115, 118 = *NJW* 2006, 751.

<sup>3</sup> BVerfGE 115, 118 (157).

<sup>4</sup> *Der Tagesspiegel* vom 18.2.2006, S. 4; kritisch hierzu *Schenke*, *NJW* 2006, 737 (739).

<sup>5</sup> BVerfGE 115, 118 (146 ff.). Diesen Umstand übersieht auch Bundesministerin der Justiz *Zypries*, *Frankfurter Rundschau* vom 16.2.2006, S. 8, die meint, die Bundeswehr könne nach den Regelungen des LuftSiG eingesetzt werden, solange lediglich Täter betroffen werden.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. die Äußerungen in der *Aktuellen Stunde* des Bundestages am 19.9.2007, *BT-Prot.* 14/116, S. 11775-11788; siehe ausführlich zu der rechtlichen Bewertung *Ladiges*, *Flugzeugabschuss auf Grundlage des übergesetzlichen Notstands?*, im Erscheinen in *NZWehr* 2008.

<sup>7</sup> Meldung des Presse- und Informationsstabes vom 18.9.2007 „Handeln in Extremsituationen“, abrufbar unter [www.bmvg.de](http://www.bmvg.de).

<sup>8</sup> *BT-Prot.* 16/114, S. 11777.

<sup>9</sup> Meldung des Presse- und Informationsstabes vom 18.9.2007 „Handeln in Extremsituationen“, abrufbar unter [www.bmvg.de](http://www.bmvg.de).

<sup>10</sup> Siehe z.B. *Archangelskij*, *Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, 2005; *Hilgendorf*, in: *Blaschke u.a.* (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit?*, 2005, S. 107 ff.; *Jerouschek*, in: *Amelung* (Hrsg.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, 2003, S. 185 ff.; *Mitsch*, *GA* 2006, 11; *Koch*, *JA* 2005, 725; *Jäger*, *ZStW* 115 (2003), 765.

von Pawlik und Sinn, die auf einer theoretischen Ebene auf eine „Dogmatik der Grenzsituation“<sup>11</sup> zurückgreifen bzw. eine Aufopferungspflicht derjenigen diskutieren, die nur noch eine „hypothetische Lebensspanne“<sup>12</sup> zu erwarten haben. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Entscheidung des BVerfG Auswirkungen auf die strafrechtliche Beurteilung hat,<sup>13</sup> auch wenn das Gericht keine abschließende Entscheidung getroffen hat. Dabei werden insbesondere die Ausführungen des Bundesverteidigungsministeriums in Bezug auf die Anwendung eines „übergesetzlichen Notstands“ kritisch hinterfragt. Des Weiteren wird insbesondere durch einen Rückgriff auf die strafrechtliche Rechtfertigung der Tötung von Ungeborenen gezeigt, dass die Rechtfertigung von notstandsbedingten Tötungen kein Fremdkörper in der strafrechtlichen Dogmatik ist, auch wenn die Abwägungsfestigkeit des menschlichen Lebens immer wieder betont wird.

## II. Meinungsstand zur Rechtfertigung der Tötung Unbeteiligter

Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB eine Interessenabwägung nach Quantität oder Qualität des menschlichen Lebens unzulässig.<sup>14</sup> Als Argument für das Abwägungsverbot wird vor allem genannt, der Wert des menschlichen Lebens sei gleichsam „unendlich“. Daher könne auch eine Addierung von mehreren Menschenleben keinen höheren Wert als ein einziges Menschenleben darstellen.<sup>15</sup> Im so genannten „Katzenkönigfall“ hat der BGH die Rechtfertigung der Tötung einer unbeteiligten Person durch die Anwendung des § 34 StGB sogar für den Fall abgelehnt, dass eine Gefahr für Millionen von Menschen oder gar die Menschheit besteht, „weil das in § 34 StGB [...] vorausgesetzte Überwiegen der Gewichtigkeit des zu schützenden Interesses von dem zu opfernden eine Abwägung ‚Leben gegen Leben‘ nicht gestattet“.<sup>16</sup> Insofern wird auch in Mehr-

zahl der strafrechtlichen Stellungnahmen zu § 14 Abs. 3 LuftSiG eine Rechtfertigung der Tötung der Unbeteiligten auf Grundlage des § 34 StGB überwiegend abgelehnt.<sup>17</sup> Bei Fischer heißt es, § 14 Abs. 3 LuftSiG enthalte keinen Fall des rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB. Es handele sich vielmehr um „eine kriegsrechtlich inspirierte Regelung, die das Verbot einer die Menschenwürde verletzenden Instrumentalisierung von Personen zu bloßen Objekten staatlicher Aufgabenerfüllung außer Acht lässt“.<sup>18</sup>

Auf der anderen Seite hat die Rechtfertigungsthese bei einer Kollision von Lebensinteressen in jüngster Zeit an Zustimmung gewonnen.<sup>19</sup> Zum Teil wird sogar vertreten, die Strafrechtsdogmatik würde heute allgemein eine Rechtfertigung durch Defensivnotstand bejahen.<sup>20</sup> Letztere Aussage geht jedoch angesichts der überwiegenden Ablehnung der Rechtfertigungslösung an der Realität vorbei.

## III. Mögliche Ansätze für eine Rechtfertigung

Bevor auf die einzelnen in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe eingegangen wird, ist zunächst fraglich, ob sich die Befehlsgeber und ausführenden Soldaten überhaupt auf strafrechtliche Rechtfertigungsgründe berufen können. Dabei kommt es nicht auf die sehr umstrittene Frage an, ob strafrechtliche Rechtfertigungsgründe als Ermächtigungsgrundlage für staatliches Handeln fungieren können.<sup>21</sup> Soweit es um die „spezifisch strafrechtliche Bewertung“<sup>22</sup> geht, muss das

fertigender Umstände, da der Täter von der beschriebenen Gefahr ausging, obwohl diese tatsächlich nicht gegeben war.

<sup>17</sup> Lackner/Kühl (Fn. 14), § 34 Rn. 8; Fischer (Fn. 14), § 34 Rn. 11; Rönnau, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 345, siehe auch Rn. 252 ff.; Zieschang, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (a.a.O.), § 34 Rn. 17b, 74a; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 34 Rn. 24; Archangelskij (Fn. 10), S. 54 ff.; Fehn/Brauns, Bundeswehr und innere Sicherheit, 2003, S. 84; Jerouschek (Fn. 10), S. 185, 193; Hirsch, KritV 2006, 3 (12); Mitsch, GA 2006, 11 (23); Koch, JA 2005, 745 (747); Sinn, NSStZ 2004, 585 (591); Jäger, ZStW 115 (2003), 765 (789).

<sup>18</sup> Fischer (Fn. 14), § 34 Rn. 11a.

<sup>19</sup> Erb, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 34 Rn. 118 ff.; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 34 Rn. 76; Hirsch (Fn. 1), S. 149 ff.; Gropp, GA 2006, 284; Spendel, RuP 2006, 131 (133 ff.); Merkel, ZStW 114 (2002), 437 (452); aus rechtsvergleichender Sicht Bohlander, Journal of Criminal Law 70 (2006), 147; siehe auch Mitsch, JR 2006, 450; Ladiges, JR 2007, 104; Roellecke, JZ 2006, 265 (269).

<sup>20</sup> Isensee (Fn. 1), S. 205, 231. Isensee spricht hier von „Definitionsnotstand“, meint aber wohl den Defensivnotstand.

<sup>21</sup> Vgl. dazu aus jüngster Zeit ausführlich Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 273 ff.; siehe auch Paulke, Die Abwehr von Terrorgefahren im Luftraum, 2005, S. 214 ff.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 186 ff.

<sup>22</sup> Mitsch, JR 2005, 274 (276).

<sup>11</sup> Pawlik, JZ 2004, 1045.

<sup>12</sup> Sinn, NSStZ 2004, 585 (588).

<sup>13</sup> A.A. Gropp, GA 2006, 284 (288): „Die strafrechtliche Ebene wird durch das Urteil des BVerfG somit nicht tangiert – fast nicht.“

<sup>14</sup> BGHSt 35, 347 (350); BGH NJW 1953, 513; OGHSt 1, 321; 2, 117 (221); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 34 Rn. 10; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 34 Rn. 7; Schlehofer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, Vor §§ 32 ff. Rn. 215; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 33 f.; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 361; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 30; a.A. Delonge, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, 1987, S. 126; Arndt, Grundriss des Wehrstrafrechts, 2. Aufl. 1966, S. 83; Spendel, RuP 2006, 131 (133 ff.); Roellecke, JZ 2006, 265 (269).

<sup>15</sup> Statt vieler Lenckner (Fn. 14), S. 30, 92.

<sup>16</sup> BGHSt 35, 347 (350). Die Aussagen des Bundesgerichtshofs beziehen sich auf einen Irrtum über das Vorliegen recht-

Handeln des Amtsträgers aus öffentlich-rechtlicher Sicht nicht zwingend rechtmäßig sein.<sup>23</sup> Dafür spricht zunächst, dass das BVerfG die Möglichkeit der strafrechtlichen Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG nicht ausgeschlossen hat.<sup>24</sup> Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Grundrechte und das Strafrecht unterschiedliche Funktionen haben. Die Grundrechte sollen Schutz und Freiheit der Bürger möglichst weitreichend gewährleisten; dagegen ist das Strafrecht fragmentarischer Natur. Daher kann es geboten sein, auch verfassungswidriges Handeln im Einzelfall strafrechtlich zu erlauben.

### 1. Rechtfertigender Defensivnotstand

Als Ansatz für eine strafrechtliche Rechtfertigung kommt zunächst der rechtfertigende Defensivnotstand in Betracht. Dieser erfasst Sachverhalte, in denen objektiv eine Gefahr von einer Person, die jedoch nicht im Sinne von Vorwerfbarkeit für die Gefahr verantwortlich ist, verursacht wird. Der rechtfertigende Defensivnotstand wird teilweise als „Schwundstufe“ des Notwehrrechts bezeichnet.<sup>25</sup> Im Defensivnotstand wird im Gegensatz zu § 34 StGB der Interessenabwägungsmaßstab durch die Anwendung des in § 228 BGB enthaltenen Rechtsgedankens umgekehrt. Es ist daher kein wesentliches Überwiegen der geschützten Rechtsgüter erforderlich. Ungeachtet des Problems, ob der Defensivnotstand auch die Tötung von Personen rechtfertigen kann,<sup>26</sup> muss zunächst die Frage geklärt werden, ob den nicht-angreifenden Flugzeuginsassen die Gefahr durch den Missbrauch des Flugzeuges zugerechnet werden kann.

Nach *Hans Joachim Hirsch* ist neben der direkten Benutzung als Tatmittel, wie z.B. in dem Fall, dass eine Person auf einen anderen Menschen geworfen wird, auch die „indirekte Benutzung“ für die Anwendung des Defensivnotstandes ausreichend:

„Dass sie [d.h. die Passagiere] nur indirekt in die Tat involviert sind, macht eine ihnen gegenüber erfolgende Notstandshandlung nicht etwa zu einer aggressiven. Denn es geht um die Verteidigung gegen die Gefahrenquelle, in der sie räumlich untrennbar einbezogen sind.“<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Ebenso *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, 1987, S. 227 f.

<sup>24</sup> BVerfGE 115, 118 (157). Allerdings weist *Gropp* zu Recht darauf hin, dass auf Grundlage der vom BVerfG zitierten Fundstellen aus dem strafrechtlichen Schrifttum kaum auf die Rechtfertigungslösung geschlossen werden kann, *Gropp*, GA 2006, 284 (288).

<sup>25</sup> Vgl. *Delonge* (Fn. 23), S. 155; *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1048) m.w.N. in Fn. 33.

<sup>26</sup> Dafür *Hirsch* (Fn. 19), S. 149 ff. (155 m.w.N. in Fn. 18); siehe auch *ders.*, in: Jescheck u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 211 ff. (228 f.); für die Gegenansicht *Zieschang* (Fn. 17), § 34 Rn. 74, der allenfalls Ausnahmen bei der Perforation zulassen will.

<sup>27</sup> *Hirsch* (Fn. 19), S. 149 (154).

Eine noch weitergehende Anwendung des Defensivnotstandes befürwortet *Gropp* in dem folgenden Beispiel:

Familie F fährt auf einer kerzengraden Trasse auf der Autobahn. Der Radartechniker V sitzt auf dem Beifahrersitz und inspiziert ein neu entwickeltes Radargerät, mit dem er vom Boden aus die Steuerungselektronik eines Flugzeuges beeinflussen kann. V sieht ein Passagierflugzeug auf ihn zufliegen, das offenbar zur Notlandung auf der Autobahn ansetzt, wodurch die Familie F und weitere Personen getötet werden würden. Daher entschließt V sich, das Flugzeug mit Hilfe des Radargeräts „abzulenken“ und so an der Notlandung zu hindern. Wie von V angenommen, zerschellt das Flugzeug am Boden und alle 250 Insassen kommen ums Leben.<sup>28</sup>

*Gropp* betont zunächst, im Rahmen des Defensivnotstandes komme es auf ein schuldhaftes Verhalten der Flugzeuginsassen nicht an; insofern sei die Formulierung „Unschuldige“ unpassend. Vielmehr sei danach zu fragen, ob die Insassen als Unbeteiligte einzuordnen sind.<sup>29</sup> Aus strafrechtlicher Sicht setze der Defensivnotstand kein rechtswidriges Handeln, noch nicht einmal ein Handeln des Gefährdenden voraus.

„Im Beziehungsgeflecht von Flugzeugführern, Flugzeugentführern, Flugzeuginsassen und den gefährdeten Personen am Boden ist es folglich nicht ausschlaggebend, ob sich die Passagiere ein Handeln der Entführer zurechnen lassen müssen oder nicht. Denn im drohenden Abschuss realisiert sich gerade zumindest auch eine durch die Passagiere selbst unmittelbar kumulativ geschaffene Gefahr.“<sup>30</sup>

*Hirsch* wendet sich gegen die Lösung des von *Gropp* gebildeten Falls. Eine Rechtfertigung durch Defensivnotstand scheidet aus, da ansonsten „alle Insassen des Flugzeugs wie rechtswidrige Angreifer behandelt werden“. Wegen § 228 BGB dürfe nicht gänzlich auf Verhältnismäßigkeitserwägungen verzichtet werden, auch nicht bei einer Kollision des Rechtsgutes Leben.<sup>31</sup>

*Köhler* hat in jüngster Zeit die Frage der Zurechnung der Gefahr als Grundlage der erweiterten Eingriffsbefugnisse im Defensivnotstand ausführlich untersucht. Dabei greift er zunächst die herkömmliche Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Zurechnung auf. Den Begriff der objektiven Zurechnung versteht er dabei als die „objektiv normative[n] Voraussetzungen der faktischen Tat- und der Rechts-/Unrechtszurechnung hinsichtlich der rechtlichen Reaktionen darauf, ganz unabhängig vom subjektiven Verschulden und überhaupt vom spezifisch strafrechtlichen Kontext.“ Systematisch bestimme sich die objektive Zurechnung dabei unter dem Gesichtspunkt des Zwangsrechts bzw. der Zwangspflicht zur unmittelbaren Verhinderung einer rechtswidrigen Rechtsverletzung.<sup>32</sup> Für die Bejahung einer Abwehrbefugnis infolge objektiver Unrechtszurechnung komme es nicht auf einen Sorgfaltspflichtverstoß oder das Bestehen einer Hand-

<sup>28</sup> *Gropp*, GA 2006, 284 (285).

<sup>29</sup> *Gropp*, GA 2006, 284 (286).

<sup>30</sup> *Gropp*, GA 2006, 284 (287).

<sup>31</sup> *Hirsch* (Fn. 19), S. 149 (157).

<sup>32</sup> *Köhler*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 257 ff. (262).

lungsalternative desjenigen an, von dem die Gefahr ausgeht.<sup>33</sup> Im Übrigen könne sogar auf eine Handlung des Gefahrverursachers verzichtet werden; der Defensivnotstand entspreche somit der Rechtsfigur „Zustandsstörung“ des Ordnungsrechts.<sup>34</sup> Zur Begründung einer Zwangsduldungspflicht des von der Defensivnotstandshandlung Betroffenen greift Köhler sodann auf das Rechtssprichwort „*casum sentit dominus*“ („den äußeren Zufall spürt der Eigentümer“) zurück. Dieses Sprichwort „bezeichnet [...] nicht nur eine empirische Feststellung, sondern impliziert bereits ein objektives Zurechnungsurteil. Ihm entsprechen das selbst im existenziellen Notstand geltende grundsätzliche Verbot, einen zufällig drohenden Schaden aktiv von sich auf einen anderen abzuwälzen, und das Gebot, ihn sich nicht auf andere auswirken zu lassen, also eine Pflicht zu möglichst tätiger Gefahrenbegrenzung, oder letztlich doch eine Zwangsduldungspflicht. Die objektive Zurechnung auf dem Hintergrund des Rechtsbegriffs ist auch hier ein konkret allgemeines Urteil, einbeziehend die interpersonal erweiterte Beurteilungs- und Tatmachtperspektive von möglichster Objektivität hinsichtlich der gesetzmäßigen Gefahrenentwicklung aus dem Rechtskreis der Person und ihrer Einschränkung. Was also zunächst äußerer Zufall war, kann in der eigengesetzlichen Fortentwicklung personalen Daseins diesem objektiv zurechenbar sein, repräsentiert im tätig einschränkenden Zurechnungsurteil des von der Gefahr Betroffenen oder eines Dritten. Dies ist, dem Grunde nach und abgesehen vom Maß der Eingriffsbefugnis, das allgemeine Prinzip des defensiven Notstandes oder der ‚Zustands‘-haftung, unterschieden von der Handlungsverantwortung bei pflichtwidriger (sorgfaltswidriger) oder gar vorsätzlicher Gefahrbegründung [...]. Wer beispielsweise ohne jedes vorherige Anzeichen in Ohnmacht fällt und durch seinen unkontrollierten Leib einen anderen zu verletzen droht, ist deshalb unmittelbar zwangsduldungspflichtig nach dem geklärten Prinzip. [...] Der Grundsatz des Defensivnotstandes beruht demnach nicht bloß auf einem utilitaristischen Kompensationskalkül (Vorteile/Lastentragung) und ist auch unabhängig davon, ob die Person ihren Bereich so oder anders hätte ‚organisieren‘ können.“<sup>35</sup>

Dieser Grundsatz erstreckt sich auch auf Sachverhalte, in denen „die Person als lebendige Körperlichkeit und Sachen im technischen Zusammenhang miteinander verbunden sind.“ Im Ergebnis seien auch die Piloten und sonstigen Insassen eines Flugzeuges, das aufgrund höherer Gewalt oder eines technischen Defekts abstürzen droht, zwangsduldungspflichtig. Die objektive Gefahrenhaftung leite sich dabei aus der Tatsache ab, dass „allem berechtigten Freiheitsdasein der Personen von Grund auf und in jeder Alternative das Moment des Umschlagens in den Übergreif immanent ist.“ Soweit in einer Notstandslage gleichwertige Rechtsgüter gegenüberstehen sei die Person zwangsduldungspflichtig, die überwiegend objektiv zurechenbar gefahrenverantwortlich ist.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Köhler (Fn. 32), S. 257 (263).

<sup>34</sup> Köhler (Fn. 32), S. 257 (263 f.).

<sup>35</sup> Köhler (Fn. 32), S. 257 (264 ff.).

<sup>36</sup> Köhler (Fn. 32), S. 257 (266 f.); zustimmend Rogall, NStZ 2008, 1 (3).

Gegen die Anwendung des Defensivnotstandes spricht jedoch, dass die Flugzeuginsassen keinen Gefahrenherd darstellen; die Gefahr geht vielmehr von dem Luftfahrzeug aus.<sup>37</sup> Die Tatsache, dass sich unbeteiligte Personen an Bord befinden, erhöht die Gefahrenquelle nicht oder zumindest nicht spürbar. Auch Köhler verlangt zumindest, dass sich „die personale Existenz [...] auf eine andere Person auswirkt.“<sup>38</sup> Ob eine solche Auswirkung tatsächlich vorliegt, ist in der Konstellation des Missbrauches eines Verkehrsflugzeuges eher zweifelhaft. Immerhin wird in der Literatur eine Erfolgszurechnung verneint, wenn der Täter durch seine Handlung keine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, z.B. wenn er das existierende Risiko nicht messbar erhöht hat.<sup>39</sup> In tatsächlicher Hinsicht spricht daher viel dafür, dass die personale Existenz der Flugzeuginsassen sich *nicht* in Form der Gefahrenverursachung auf die bedrohten Menschen am Boden auswirkt.

Auch der Ansatz, auf die Verbundenheit zwischen Flugzeug und Insassen abzustellen, ist problematisch. Eine solche Argumentation nähert sich in einem gefährlichen Maße der vom BVerfG gerügten „Verdinglichung“ der Flugzeugpassagiere an. Der rechtfertigende Defensivnotstand ist daher – zumindest in der Praxis – in der Konstellation des Missbrauches eines Flugzeuges zu Angriffszwecken keine tragfähige Grundlage für eine Rechtfertigung der Tötung von nicht-angreifenden Personen.

## 2. Rechtfertigende Pflichtenkollision

Obwohl die Einzelheiten der rechtfertigenden Pflichtenkollision umstritten sind, wird heute überwiegend anerkannt, dass kein rechtswidriges Unterlassen vorliegt, wenn ein Täter im Fall der Kollision gleichwertiger Handlungspflichten eine der widerstreitenden Pflichten erfüllt und ihm zugleich die Erfüllung der anderen unmöglich ist.<sup>40</sup> Eine Rechtfertigung wäre daher in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG möglich, wenn die Pflicht zum Schutz der bedrohten Menschen am Boden im Vergleich zur Pflicht zum Unterlassen des Abschusses des Flugzeuges gleichwertig wäre. Dies berührt die Kardinalfrage der rechtfertigenden Pflichtenkollision, ob auch eine Unterlassungspflicht und eine Handlungspflicht in

<sup>37</sup> Ebenso Archangelskij (Fn. 10), S. 99; Hilgendorf (Fn. 10), S. 107 ff. (127).

<sup>38</sup> Vgl. Köhler (Fn. 32), S. 257 (266).

<sup>39</sup> Lenckner/Eisle, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), Vor §§ 13 ff. Rn. 93 m.w.N.

<sup>40</sup> Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), Vor §§ 32 ff. Rn. 73; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 137; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 365; Neumann, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 421 ff. (431 f.); Gropp, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 207 ff. (216); Hruschka, in: Jescheck u.a. (Fn. 26), S. 189 ff. (195).

Bezug auf den Schutz des Rechtsgutes Leben als gleichwertige Pflichten miteinander kollidieren können.<sup>41</sup>

Zweifelhaft ist jedoch zunächst, ob die Soldaten und Befehlsgeber bei einem Angriff mittels eines Passagierflugzeuges überhaupt eine Garantenpflicht dahingehend haben, die bedrohten Menschen am Boden durch einen Abschuss zu retten. Dagegen spricht vor allem, dass durch das Strafrecht keine Pflicht zur Verletzung der Menschenwürde begründet werden kann. Weiterhin müssten die Streitkräfte bei Bejahung einer Garantenpflicht den Ausdrücklichkeitsvorbehalt des Art. 87a Abs. 2 GG missachten, denn die Erfüllung der Handlungspflicht würde – jedenfalls wenn ein Einsatz im Katastrophennotstand gemäß Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG vorliegt – einen Einsatz außerhalb des Verteidigungsauftrages darstellen, der sich auf keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Zulassung stützen könnte. Eine Handlungspflicht kann auch nicht auf einen entsprechenden Befehl zum Abschuss gestützt werden, da ein Handeln, das nicht dem verfassungsrechtlichen Auftrag der Bundeswehr dient, keinem dienstlichen Zweck dient.<sup>42</sup> Daher wäre ein solcher Befehl gemäß § 11 SG unverbindlich und müsste vom Untergebenen nicht ausgeführt werden.<sup>43</sup> Damit ist wegen der Entscheidung des BVerfG eine Rechtfertigung durch den Rückgriff auf eine rechtfertigende Pflichtenkollision nicht möglich.

### 3. Gefahrengemeinschaft

Die Figur der Gefahrengemeinschaft spielt im Rahmen der Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten eine besonders wichtige Rolle. *Lenckner* definiert den Begriff Gefahrengemeinschaft als „die Situation, dass sich mehrere Rechtsgüter in einer gemeinsamen Gefahr befinden, in der sie alle untergehen müssten, wenn nicht wenigstens das eine auf Kosten der anderen gerettet würde.“<sup>44</sup> Das grundlegende Problem besteht darin, dass die Befolgung des Tötungsverbotens nichts zum Rechtsgüterschutz beitragen kann, sondern den Gesamtschaden erhöht.<sup>45</sup> Dabei sind zwei grundlegend verschiedene Gefahrengemeinschaften denkbar.

<sup>41</sup> Dieses Problem stellt sich parallel auf grundrechtlicher Ebene bei der Kollision zwischen der staatlichen Schutzpflicht für die bedrohten Menschen am Boden und dem Achtungsanspruch der Flugzeuginsassen. Das BVerfG (BVerfGE 115, 118 [159 ff.]) hat hierzu entschieden, dass der Achtungsanspruch vorrangig zu erfüllen ist und daher ein Abschuss nicht durch eine Grundrechtskollision gerechtfertigt werden kann.

<sup>42</sup> BVerwG NZWehr 2007, 79 (80 ff. m.w.N.).

<sup>43</sup> *Ladiges* (Fn. 1), S. 399 ff.; a.A. *Rogall*, NStZ 2008, 1 (5), der jedoch ohne Problembewusstsein über die Frage des fehlenden dienstlichen Zwecks hinweggeht.

<sup>44</sup> *Lenckner* (Fn. 14), S. 61.

<sup>45</sup> Vgl. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Erster Band, 1885, S. 765: „Kollidiert Leben mit Leben und beiden ist verboten, sich auf Kosten des anderen zu erhalten, so sollen nach dem Willen des Gesetzes beide zu Grunde gehen. Dieser Wille wäre aber die Unvernunft selbst [...]“.

#### a) Mehrseitige Verteilung von Rettungschancen

In der einen Konstellation sind die Rettungschancen mehrseitig verteilt, d.h. der Notstandstäter kann die zu tötenden Menschen beliebig aus der bedrohten Personengruppe auswählen. Es ist theoretisch möglich, dass jeder auf Kosten des Lebens der anderen gerettet wird. Als Beispiel ist hier der Fährmannfall zu nennen, in dem ein Fährmann Menschen aus einem Boot, das unterzugehen droht, wirft und dadurch die übrigen Insassen rettet.<sup>46</sup> Die Konstellation der mehrseitigen Verteilung von Rettungschancen hat Rechtsprechung und Literatur im Zusammenhang mit der so genannten Euthanasie-Aktion im Dritten Reich beschäftigt. Die Angeklagten hatten einen Teil der ihnen anvertrauten Patienten getötet, um so den anderen Teil der Patienten zu retten.<sup>47</sup> Ganz überwiegend wurde hier eine Rechtfertigung abgelehnt.<sup>48</sup> Der BGH führte im Urteil vom 28.11.1952 im Leitsatz aus:

„Der Rechtsgedanke, dass gegen Leib oder Leben gerichtete Notstandshandlungen zur Rettung aus einer Gefahrengemeinschaft, in der ohne die rettende Tat alle gleichmäßig verloren wären, erlaubt seien, hat im geltenden Recht keinen Niederschlag gefunden.“<sup>49</sup>

#### b) Einseitige Verteilung von Rettungschancen

In der zweiten Konstellation geht es dagegen um Fälle, in denen die Rettungschancen einseitig verteilt sind, d.h. ein Teil der Personengruppe kann durch die Tötung der anderen gerettet werden, während letztere keine Überlebenschancen mehr haben. Dieser Fall ist auch in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG einschlägig, denn die Personen am Boden können nur durch die Tötung der unbeteiligten Flugzeugpassagiere gerettet werden. Eine Rettung der Flugzeugpassagiere auf Kosten der Menschen am Boden ist dagegen allenfalls in Form einer kurzfristigen Lebenszeitverlängerung denkbar, aber nicht in Form einer dauerhaften Überlebenschancenmöglichkeit. Als Schulfall ist hier der „Bergsteigerfall“ zu nennen:

Drei Bergsteiger (A, B und C) befinden sich auf einer Hochgebirgstour. Dabei stürzen sie auf Grund eines Materialfehlers ab und hängen nun über einer tiefen Schlucht, wobei B und C am unteren Ende des Seils hängen. Wegen des hohen Gewichtes droht das Seil aus seiner Verankerung zu reißen. Um sich zu retten, schneidet der oben hängende A das

<sup>46</sup> *Klefisch*, MDR 1950, 258 (261).

<sup>47</sup> Vgl. BGH NJW 1953, 513.

<sup>48</sup> *Roxin*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 171 ff. (195); *Gallas*, in: Engisch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15.10.1953, 1954, S. 311 ff. (327); v. *Weber*, in: Zentral-Justizamt für die Britische Zone (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zu seinem 80. Geburtstag, 1947, S. 233 ff. (249); *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47 (52); *Peters*, JR 1950, 742 (745); a.A. *Klefisch*, MDR 1950, 258; siehe auch *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Aufl. 1978, S. 109.

<sup>49</sup> BGH NJW 1953, 513.

Seil hinter sich durch. Durch die Gewichtsverringerung überlebt A, während B und C abstürzen und sterben. Hätte A das Seil nicht durchgeschnitten, wären alle drei gemeinsam wenige Sekunden später gestorben.<sup>50</sup>

aa) *Bewertung in der Literatur*

Während vor allem in der älteren Literatur eine Rechtfertigung im Bergsteigerfall durch die Anwendung des Prinzips des kleineren Übels bejaht worden ist<sup>51</sup> wird im heutigen Schrifttum auch bei einer einseitigen Verteilung von Rettungschancen eine Rechtfertigung überwiegend abgelehnt.<sup>52</sup> Das Verbot der Abwägung von „Leben gegen Leben“ müsse ausnahmslos gelten. So meint *Lenckner*: „Es geht bei dem Tötungsverbot nicht um die Erhaltung des einzelnen Menschen, sondern um die Bejahung der ‚Idee des Lebens‘ überhaupt, um die ‚Wahrung des Lebensrechtes‘ und die daraus folgende Unantastbarkeit unschuldigen Lebens.“<sup>53</sup>

Weiterhin wird argumentiert, dass die Todesgeweihtheit als solche zum menschlichen Leben gehört. Eine Tötung könne daher als Lebenszeitverkürzung verstanden werden. Eine Rechtfertigung wäre daher nach *Küper* nur möglich, wenn nachgewiesen werden würde, dass das zeitquantitative Moment der „größeren Lebenserwartung“ gegenüber einer „kürzeren“ oder „sehr kurzen“ Lebenserwartung im Konfliktfall den Vorrang beanspruchen könnte.<sup>54</sup> Dieser Nachweis sei jedoch nicht möglich, da jedes Leben unabhängig von seiner verbleibenden Dauer gleichwertig sei.<sup>55</sup> Dabei sei es unerheblich, ob die Rettungschancen *a priori* einseitig verteilt sind oder ob der Täter eine Auswahl trifft.<sup>56</sup> Zudem wird die Be-

fürchtung geäußert, die Berücksichtigung der einseitigen Verteilung von Rettungschancen könnte zu einer Relativierung des Lebensschutzes und damit zu einem „Dammbruch“ in Bezug auf das Tötungsverbot führen.<sup>57</sup> Nach *Pawlik* stellt die Tatsachenprognose, dass die Flugzeugpassagiere ohnehin verloren seien, in Ermangelung einer normativen Komponente „weder ein rechtsdogmatisches noch ein rechtsethisches Argument dar.“ Es bedürfe einer „normativen Überformung“ des Arguments. Diese Überformung würde jedoch zu einer nicht hinnehmbaren Abstufung des Lebensschutzes führen.<sup>58</sup> Als praktisches Argument wird weiterhin vorgebracht, das Kriterium der Todesgeweihtheit sei mit Unsicherheiten behaftet.<sup>59</sup> *Roxin* weist darauf hin, Menschen würden häufig „wie durch ein Wunder“ gerettet.<sup>60</sup>

Auf der anderen Seite kombiniert *Hirsch* Ansätze der einseitigen Verteilung von Rettungschancen und des Defensivnotstandes. Es sei zwar grundsätzlich nicht zulässig Menschen, die sich nicht auf der Seite der Gefahrenquelle befinden, zu opfern; allerdings müsse die Rechtsordnung „für diejenigen Partei ergreifen, die der Gefahr noch entinnen können.“ Das Untersagen der Rettungshandlungen würde eine „Übersolidarisierung“ darstellen, die rational nicht zu begründen sei.<sup>61</sup>

bb) *Bewertung in der Rechtsprechung*

Der BGH hat die Konstellation der einseitigen Verteilung von Rettungschancen bisher noch nicht entschieden. Dennoch hat er im „Katzenkönigfall“ indirekt zur Frage der Notstandstötungen innerhalb einer Gefahrengemeinschaft Stellung genommen.<sup>62</sup>

In diesem Fall spiegelten zwei Personen dem Polizeibeamten R die Existenz des Katzenkönigs vor, der seit Jahrtausenden das Böse verkörpere und die Welt bedrohe. Der Katzenkönig fordere ein Menschenopfer in Gestalt der Frau N. Anderenfalls werde der Katzenkönig innerhalb einer kurzen Frist die Menschheit oder Millionen von Menschen vernichten. R plagte Gewissensbisse, da er erkannte, dass er ein Tötungsdelikt begehen würde. Daraufhin wurde R erklärt, dass das Tötungsverbot in diesem Fall keine Geltung beanspruchen würde, „da es ein göttlicher Auftrag sei und sie die Menschheit zu retten hätten.“<sup>63</sup>

Der BGH führt zutreffend aus, dass R sich nicht auf § 34 StGB berufen konnte, da der fiktive Katzenkönig keine tat-

<sup>50</sup> Vgl. *Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895, S. 48.

<sup>51</sup> *Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969, S. 71 f.; v. *Weber*, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925, S. 30, 32 f.; *Schmidt*, SJZ 1949, Sp. 559 (Sp. 565).

<sup>52</sup> *Fischer* (Fn. 10), § 34 Rn. 16; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 34 Rn. 7; *Zieschang* (Fn. 17), § 34 Rn. 74; *Lenckner/Perron* (Fn. 17), § 34 Rn. 24; *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 39 f.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 316a; *Archangelskij* (Fn. 10), S. 56 ff.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 13/23; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S. 346; *Jerouschek* (Fn. 10), S. 185 ff. (193); *Mitsch*, GA 2006, 11 (23); *Koch*, JA 2005, 745 (747); *Sinn*, NStZ 2004, 585 (591); *Jäger*, ZStW 115 (2003), 765 (789).

<sup>53</sup> *Lenckner* (Fn. 14), S. 31.

<sup>54</sup> *Küper*, JuS 1981, 785 (793).

<sup>55</sup> Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (429): „Es ist also die These aufzustellen, dass für das Strafrecht jeder Lebensaugenblick jedes Menschen – auch des Todgeweihten – einen unendlichen Wert hat und der quantitativen Messung entzogen ist.“

<sup>56</sup> *Küper*, JuS 1981, 785 (793); zustimmend *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990, S. 202; *Jerouschek* (Fn. 10), S. 185 ff. (193 f.).

<sup>57</sup> *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 39.

<sup>58</sup> *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1050).

<sup>59</sup> Dieses Argument führen in Bezug auf § 14 Abs. 3 LuftSiG an: *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 19), Vor §§ 32 bis 35 Rn. 155; *Koch*, JA 2005, 745 (747); *Jäger*, ZStW 115 (2003), 765 (784); *Sinn*, NStZ 2004, 585 (591); siehe auch BVerfGE 115, 118 (155 f.).

<sup>60</sup> *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 40; ähnlich auch *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 62 f.

<sup>61</sup> *Hirsch* (Fn. 1), S. 149 ff. (161).

<sup>62</sup> BGHSt 35, 347.

<sup>63</sup> BGHSt 35, 347 (348).

sächliche Gefahr darstellte.<sup>64</sup> Die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes waren aber unter dem Aspekt eines Erlaubnistatbestandsirrtums des R zu prüfen, da dieser an eine gegenwärtige Gefahr glaubte. Der BGH lehnte einen Erlaubnistatbestandsirrtum jedoch ab, da „das in § 34 StGB [...] vorausgesetzte Überwiegen der Wichtigkeit des zu schützenden Interesses von dem zu opfernden eine Abwägung ‚Leben gegen Leben‘ nicht gestattet.“<sup>65</sup>

Bemerkenswert ist, dass R sich in der Konstellation, der Katzenkönig werde die Menschheit vernichten, vorgestellt hat, dass N auch ohne seine „Opferhandlung“ den Tod finden würde. Die Tötung der N hatte sich in der Vorstellung des R demnach auf ein Menschenleben bezogen, das im Unterlassungsfall ohnehin dem nahen Tod verfallen gewesen wäre. In R's Vorstellung war eine Gefahrengemeinschaft mit einseitiger Verteilung von Rettungschancen gegeben, denn er konnte sich kein beliebiges Opfer zur „Besänftigung“ des Katzenkönigs aussuchen. Allerdings hat sich der BGH mit der Konstellation der einseitigen Verteilung von Rettungschancen nicht einmal am Rande auseinandergesetzt. Es kann daher angenommen werden, dass das Gericht das Problem nicht gesehen hat und nicht etwa entscheiden wollte, dass eine Rechtfertigung von notstandsbedingten Tötungen auch bei einer einseitigen Verteilung von Rettungschancen ausgeschlossen ist. Dafür spricht auch, dass der BGH in seiner Entscheidung zu den Euthanasiefällen im Dritten Reich ausdrücklich auf eine Gefahrengemeinschaft Bezug genommen hat, in der alle „gleichmäßig [Hervorhebung durch den Verf.] verloren“<sup>66</sup> sind. Soweit ein Fall der einseitigen Verteilung von Rettungschancen gegeben ist, liegt eine solche Gleichmäßigkeit gerade nicht vor, da eine Personengruppe noch eine Überlebenschance hat.

#### IV. Eigene Stellungnahme

Zweifelhaft ist, ob ein absolutes Abwägungsverbot im Bereich des menschlichen Lebens konsistent vertreten werden kann. Um sich dem Problem zu nähern, wird im Folgenden dargestellt, welche Ansätze zur Rechtfertigung der Tötung<sup>67</sup> von ungeborenen Leben herangezogen werden. Dabei wird zunächst die Annahme zugrunde gelegt, dass die Gründe, welche die Tötung von ungeborenen Leben rechtfertigen, auch auf die Tötung eines geborenen Menschen übertragen werden können.<sup>68</sup>

#### 1. Rechtfertigung der Tötung ungeborenen Lebens

##### a) Medizinische Indikation

Bei der medizinischen Indikation ist der Abbruch der Schwangerschaft erforderlich, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung für die körperliche Unversehrtheit der Schwangeren abzuwenden. Für derartige Fälle ist in § 218a Abs. 2 StGB ein besonderer Rechtfertigungsgrund geschaffen worden, der einen Schwangerschaftsabbruch unter Umständen bis zum Beginn des Geburtsvorganges rechtfertigen kann. Daher ist ein Rückgriff auf § 34 StGB heute in der Regel nicht mehr erforderlich. Allerdings ist zu beachten, dass vor Inkrafttreten des § 218a Abs. 2 StGB die Tötung ungeborenen Lebens durch den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand gerechtfertigt worden ist. Das RG entwickelte in seinem Urteil vom 11.3.1927 das Kriterium der Interessenabwägung als maßgebliche Grundlage des übergesetzlichen rechtfertigenden Notstandes anhand eines Abtreibungsfalls und rechtfertigte einen Schwangerschaftsabbruch zum Schutz der Mutter, da „der Verlust des Lebens als auch eine [...] schwere Gesundheitsschädigung des fertigen Menschen höher zu bewerten ist, als der Verlust der Leibesfrucht“. Dies folge vor allem aus dem Vergleich der Strafdrohungen der Tötungsdelikte und der schweren Körperverletzung im Gegensatz zu den Abtreibungsdelikten.<sup>69</sup> Der BGH ist dieser Rechtsprechung im Wesentlichen gefolgt und hat damit die Interessenabwägung zu Lasten des ungeborenen Lebens übernommen.<sup>70</sup>

Die Literatur hat dieser Rechtsprechung weitgehend zugestimmt und so wurde bereits vor der Einfügung des § 218a Abs. 2 StGB überwiegend eine Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruches im Fall der medizinischen Indikation bejaht.<sup>71</sup> Die h.M. geht davon aus, das Leben der Mutter müsse Vorrang gegenüber dem ungeborenen Leben haben<sup>72</sup> und spricht von einem „Spezialfall der Interessenkollision nach § 34 StGB“<sup>73</sup> oder einer „gesetzlichen Vorwegabwägung“.<sup>74</sup> Roxin meint, die Mutter, die „dem Kinde das Leben schenkt“, müsse nur solche Gefahren auf sich nehmen, die üblicherweise mit der Schwangerschaft verbunden sind. Dagegen dürfe der Schwangeren die Aufopferung ihres Lebens nicht zugemutet werden.<sup>75</sup> Andere vertreten, die Interessenabwägung zu Gunsten der Schwangeren könne auch durch die Berücksichtigung von Allgemeininteressen begründet werden. So vermeide die Ausgestaltung des § 218a Abs. 2 StGB als Rechtfertigungsgrund Laienabtreibungen sowie sonstige negative Folgen des alten Abtreibungsrechts.<sup>76</sup>

<sup>64</sup> BGHSt 35, 347 (349 f.).

<sup>65</sup> BGHSt 35, 347 (350) unter Berufung auf BGHSt 1, 321 (334); 2, 117 (121).

<sup>66</sup> BGH NJW 1953, 513.

<sup>67</sup> Der Begriff „Tötung“ soll keine rechtliche oder moralische Bewertung implizieren, sondern lediglich ausdrücken, dass menschliches Leben durch ein menschliches Verhalten beendet wird.

<sup>68</sup> In diese Richtung argumentiert auch *Bohlander*, *Journal of Criminal Law* 70 (2006), 147 (148).

<sup>69</sup> RGSt 61, 242 (255).

<sup>70</sup> BGHSt 3, 7.

<sup>71</sup> Vgl. zu den rechtsgeschichtlichen Gegebenheiten *Lenckner* (Fn. 14), S. 231 ff.

<sup>72</sup> *Kröger*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Fn. 17), 218a Rn. 1; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 17), § 218a Rn. 21 f. m.w.N.; *Lenckner* (Fn. 14), S. 267.

<sup>73</sup> *Arzt/Weber*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 2000, § 5 Rn. 62.

<sup>74</sup> *Eser* (Fn. 72), § 218a Rn. 22.

<sup>75</sup> *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 79.

<sup>76</sup> *Fischer* (Fn. 14), § 218a Rn. 15.

b) Perforation

Bei der Perforation wird das Kind während des Geburtsvorganges getötet, um das Leben der Mutter zu schützen. Eine Perforation kann vor allem bei der Bildung eines Wasserkopfes beim Kind oder bei Abnormalitäten des Geburtsanges der Frau erforderlich sein. Obwohl eine solche Tötung des Kindes wegen des medizinischen Fortschritts nur noch in äußerst seltenen Fällen vorkommen dürfte,<sup>77</sup> ist die Frage der rechtlichen Beurteilung dennoch von Interesse, denn es kann nicht ausreichend sein, nur für praktisch bedeutsame Fallgestaltungen eine Bewertung vorzuhalten.<sup>78</sup>

Die Literatur bejaht ganz überwiegend eine Rechtfertigung der Tötung des Kindes.<sup>79</sup> Bei der Perforation kann jedoch nicht mehr mit einem unterschiedlichen strafrechtlichen Schutz argumentiert werden,<sup>80</sup> da der Geburtsvorgang bereits begonnen hat und das ungeborene Kind damit ein „Mensch“ im Sinne der §§ 211 ff. StGB ist.<sup>81</sup> Daher wird vielfach auf den Gedanken des rechtfertigenden Defensivnotstandes zurückgegriffen: Der nasciturus sei ein Gefahrenherd für das Leben der Schwangeren und dürfe daher getötet werden.<sup>82</sup>

c) Folgerungen für die notstandsbedingte Tötung

Es erscheint befremdlich, dass die h.M. einerseits auf der Unabwägbarkeit des menschlichen Lebens beharrt und andererseits bei der medizinischen Indikation eine Abwägung zu Lasten des ungeborenen Kindes vorgenommen wird. Eine Auflösung dieses Widerspruches könnte in der Aussage liegen, dass menschliches Leben im Sinne des Strafrechts erst

ab dem Geburtsbeginn existiert. Diese Aussage ist jedoch nicht präzise und müsste lauten: „Menschliches Leben im Sinne der Tötungsdelikte (§§ 211-216, 221 f. StGB) existiert erst ab dem Geburtsbeginn.“ Angesichts der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass auch das ungeborene Leben unter den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fällt,<sup>83</sup> spricht vieles dafür, dass auch das ungeborene Leben im Rahmen der Abwägung des § 34 StGB als menschliches Leben zählt.<sup>84</sup> Darüber hinaus differenziert das StGB auf der Rechtsgutsebene nicht zwischen verschiedenen Arten von menschlichem Leben. Vielmehr spricht die Überschrift des 16. Abschnitts des StGB, in dem die Abtreibungsdelikte und die Tötungsdelikte geregelt sind, allgemein von „Straftaten gegen das Leben“. Daher müsste dem ungeborenen Leben im Rahmen der Güterabwägung die gleiche Wertigkeit wie dem Leben eines geborenen Menschen zukommen.

Die Argumente für die Vorrangigkeit des Lebens der Schwangeren können aus dogmatischer Sicht nicht (mehr) überzeugen. Bereits die Begründung des RG, das maßgeblich auf den unterschiedlichen strafrechtlichen Schutz des menschlichen Lebens im Sinne der Tötungsdelikte, das mit dem Einsetzen der Geburtswehen beginnt,<sup>85</sup> und des ungeborenen Lebens abstellt, ist unzureichend. Allein die Tatsache, dass einem Rechtsgut nicht der gleiche strafrechtliche Schutz zukommt, muss noch nicht bedeuten, dass dieses Rechtsgut einen geringeren Wert hat. Vielmehr können durch eine geringere Strafandrohung die Motivation des Täters und die besonderen Umstände der Tat berücksichtigt werden. Ein unterschiedlicher strafrechtlicher Schutz kann daher allenfalls ein Indiz für die Wertigkeit von Rechtsgütern sein.<sup>86</sup> Zur Verdeutlichung kann § 217 StGB a.F. herangezogen werden. Diese Vorschrift sah für die Tötung eines unehelichen Kindes durch die Mutter unmittelbar nach der Geburt eine deutlich verringerte Strafraumuntergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe vor. Dennoch liegt es auf der Hand, dass das Leben eines neugeborenen, unehelichen Kindes keinen geringeren Wert im Vergleich zu dem Leben eines neugeborenen, ehelichen Kindes hatte. Vielmehr wurde ein besonderer psychischer Zustand der Mutter strafmildernd berücksichtigt.<sup>87</sup> Im Ergebnis kann die Grenze des Beginns des menschlichen Lebens im Sinne der Tötungsdelikte für die Güterabwägung gemäß § 34 StGB nicht maßgeblich sein.

Würde man auf eine Pflichtenkollision des behandelnden Arztes abstellen, so müsste nach der h.M. sogar der Pflicht zum Unterlassen eines Schwangerschaftsabbruches gegenüber der Pflicht zur ärztlichen Hilfe zu Gunsten der Schwangeren der höhere Rang zukommen. Auch das Abstellen auf eine Rücksichtnahmepflicht des ungeborenen Kindes zu Gunsten der Schwangeren vermag nicht zu überzeugen, denn

<sup>77</sup> Vgl. *Rhonheimer*, Abtreibung und Lebensschutz, 2004, S. 191 f.

<sup>78</sup> Vgl. *Gropp*, GA 1988, 1 (7).

<sup>79</sup> *Hirsch*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Fn. 17), § 34 Rn. 74; *Jähnke*, in: *ders./Laufhütte/Odersky* (a.a.O.), § 212 Rn. 10; *Eser* (Fn. 72), Vor §§ 218 ff. Rn. 41; *Gropp*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2001, § 6 Rn. 137; *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 267 f.; *Rhonheimer* (Fn. 77), S. 216 ff.; *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 79; *Herzberg*, NJW 1996, 3043 (3044).

<sup>80</sup> Abzulehnen ist daher die Ansicht, die Perforation sei kein Tötungsdelikt, sondern mit einem medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch zu vergleichen. In diese Richtung argumentiert aber *Otte*, *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, 1997, S. 143 f. m.w.N.; siehe auch zum Beginn des Menschseins nach Aufhebung des § 217 StGB a.F. *Herzberg/Herzberg*, JZ 2001, 1106. Die letztere Auffassung ist jedoch nicht überzeugend, da die Streichung des § 217 StGB a.F. ebenso wenig zu einer Neudefinition des Beginns des menschlichen Lebens im Sinne der Tötungsdelikte führen kann, wie dies eine Streichung der §§ 218 ff. StGB könnte, siehe *Joecks*, *Strafgesetzbuch*, Studienkommentar, 7. Aufl. 2007, Vor § 211 Rn. 16.

<sup>81</sup> Vgl. BGHSt 31, 348 (352).

<sup>82</sup> *Günther*, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, S. 346; *Lugert*, *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand*, 1991, S. 53 ff.; *Bemann*, ZStW 83 (1971), 81 (91 ff.).

<sup>83</sup> BVerfGE 39, 1 (35 ff.); 88, 203 (251).

<sup>84</sup> A.A. *Mitsch*, JR 2006, 450 (453 m.w.N.).

<sup>85</sup> Vgl. auch BGHSt 31, 348 (350); 32, 194; *Joecks* (Fn. 80), Vor § 211 Rn. 16 f.

<sup>86</sup> So auch *Scheid*, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, 2000, S. 32.

<sup>87</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 14), 22. Aufl. 1997, § 217 Rn. 1.



dieses Argument scheidet daran, dass es, „konsequent durchgeführt, zu viel rechtfertigen würde“.<sup>88</sup> Das Kind profitiert das gesamte Leben von dem „Geschenk“ seiner Mutter. Dennoch fordert zu Recht niemand, dass die Lebensinteressen des Kindes dauerhaft gegenüber denen der Mutter zurückstehen müssten.

Eine Rechtfertigung kann nur damit erklärt werden, dass im Strafrecht teilweise eine Abwägung „Leben gegen Leben“ vorgenommen bzw. Unbeteiligten eine Duldungspflicht hinsichtlich ihrer Tötung auferlegt wird. So führt auch *Dreier* zu Recht aus, die medizinische Indikation könne nur stimmig vertreten werden, wenn man von der *Ungleichwertigkeit* des menschlichen Lebens ausgeht und dem geborenen Leben den Vorrang einräumt.<sup>89</sup> Von einer Gleichwertigkeit des geborenen und des ungeborenen Lebens kann daher weder rechtlich noch praktisch eine Rede sein.<sup>90</sup> Es gibt zwar sicherlich sehr gewichtige und nachvollziehbare Gründe dafür, das Lebensinteresse der Schwangeren als vorrangig zu betrachten. Alle Begründungsansätze können aber nicht über eine Relativierung der Wertigkeit des ungeborenen Lebens hinwegtäuschen.

Bei der Perforation ist der Rückgriff auf den rechtfertigenden Defensivnotstand wenig überzeugend, denn die h.M. berücksichtigt nicht, dass die Gefahr nicht unbedingt durch Anomalien des Kindes herrühren muss, sondern insbesondere auch durch eine „geburtsunfreundliche“ Konstitution der Mutter bedingt sein kann.<sup>91</sup> In diesen Fällen stellt eher die Mutter einen Gefahrenherd für das Kind dar und es könnte nahe liegen, das Kind auf Kosten des Lebens der Mutter zu retten. Die h.M. differenziert allerdings nicht danach, durch wen die Gefahr verursacht wird.<sup>92</sup> Ohne die genaue Feststellung der Gefahrverursachung kann die Anwendung des Abwägungsmaßstabes des § 228 BGB jedoch nicht gerechtfertigt werden. Die Tatsache, dass keine Differenzierung zwischen dem eigentlichen Gefahrverursacher stattfindet, sondern das in der Geburt befindliche Kind generell als Gefahrenquelle betrachtet wird, spricht dafür, dass bei der Perforation ähnlich wie bei der medizinischen Indikation eine Abstufung der kollidierenden Lebensinteressen vorgenommen wird.<sup>93</sup>

Es ist festzustellen, dass in Fällen der medizinischen Indikation und der Perforation eine Gefahrengemeinschaft zwischen der Schwangeren und dem nasciturus vorliegt. Auf der einen Seite ist eine einfach-vitale Indikation denkbar, in der entweder das ungeborene Kind oder die Schwangere gerettet

werden kann; in diesem Fall sind die Rettungschancen mehrseitig verteilt. Auf der anderen Seite sind bei der medizinischen Indikation in der Regel die Rettungschancen einseitig verteilt, da nur die Schwangere gerettet werden kann. Der nasciturus hat dagegen mangels eigener Überlebensfähigkeit keine Rettungschance. *Rhonheimer* formuliert prägnant: „Das grundlegende Argument zur sittlichen Rechtfertigung [...] besteht darin, dass die Entscheidung, Mutter und Kind sterben zu lassen, wenn man doch wenigstens das Leben der Mutter retten könnte und das Kind *auf jeden Fall* (mit nach menschlichen Ermessen moralischer Sicherheit) sterben wird, schlechterdings von der Vernunft – insbesondere aus der Perspektive des Arztes – nicht nachvollzogen werden kann.“<sup>94</sup>

Vor diesem Hintergrund kann nicht widerspruchsfrei vertreten werden, dass der Gesichtspunkt der Gefahrengemeinschaft mit einseitiger Verteilung von Rettungschancen in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG nicht berücksichtigt werden darf. Die Tötung von Unbeteiligten stellt insofern keinen Bruch mit der strafrechtlichen Rechtfertigungsdogmatik dar, sondern kann vielmehr an bereits bestehende Abwägungsgesichtspunkte anknüpfen. Zu Recht wird nicht verlangt, dass eine Schwangere zu Gunsten ihres ungeborenen Kindes sterben gelassen werden muss. Es ist aber nicht einleuchtend, dass andererseits gefordert wird, die bedrohten Menschen am Boden zu Gunsten der Flugzeuginsassen sterben zu lassen.

Im Übrigen ist anzumerken, dass diejenigen, die einen Dambruch bei der Anerkennung der Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten befürchten oder auf die Prognoseunsicherheiten hinweisen, diese Argumente im Bereich der medizinischen Indikation und der Perforation nicht anführen. So wird z.B. nicht geltend gemacht, die Schwangere könnte „wie durch ein Wunder“ überleben,<sup>95</sup> wengleich vor allem die Fälle der medizinischen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB häufig mit erheblichen Prognoseunsicherheiten behaftet sind.<sup>96</sup> Dementsprechend soll bei § 218a Abs. 2 StGB gerade im Bereich der Lebensgefährdung der Schwangeren sogar ein *geringer* Wahrscheinlichkeitsgrad ausreichend sein.<sup>97</sup> Daher können Prognoseunsicherheiten nicht generell gegen die Rechtfertigungslösung geltend gemacht werden,<sup>98</sup> auch wenn zuzugeben ist, dass die Regelung in § 14 Abs. 3 LuftSiG angesichts der erheblichen Eingriffsermächtigung nicht bestimmt und klar genug gefasst war.

<sup>88</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 331.

<sup>89</sup> *Dreier*, ZRP 2002, 377 (381); ähnlich auch *Gropp*, GA 1988, 1 (28).

<sup>90</sup> Ebenso *Fischer* (Fn. 14), Vor § 218 Rn. 2a.

<sup>91</sup> *Merkel*, Frühheuthanasie, 2001, S. 612 f.; *Pawlik*, Jura 2002, 26 (31).

<sup>92</sup> Allerdings nimmt *Gropp* eine Differenzierung vor, da er im Fall der geburtsunfreundlichen Konstitution allenfalls eine Entschuldigung nach den Grundsätzen des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes bejaht, *Gropp* (Fn. 14.), Bd. 4, Vor §§ 218 ff. Rn. 56.

<sup>93</sup> *Pawlik*, Jura 2002, 26 (31); *Jakobs*, JR 2000, 404 (406 f.).

<sup>94</sup> *Rhonheimer* (Fn. 77), S. 217. *Rhonheimer* begründet jedoch nicht, warum in den Fällen der einfach-vitalen Indikation die Abwägung zu Lasten des ungeborenen Kindes ausfallen soll.

<sup>95</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 40.

<sup>96</sup> Insbesondere in Situationen, in denen es um Selbstmordrohungen der Schwangeren geht – wie bei RGSt 61, 242 –, ist davon auszugehen, dass diese Drohungen nur selten verwirklicht werden, vgl. AG Celle NJW 1987, 2307 (2309); *Eser* (Fn. 72), § 218a Rn. 28; siehe auch BGHSt 2, 111 (115).

<sup>97</sup> *Eser* (Fn. 72), § 218a Rn. 31.

<sup>98</sup> Siehe auch *Hirsch* (Fn. 1), S. 149 ff. (162 f.).

## 2. Inkonsequenz der Entschuldigungslösung

Bemerkenswert ist, dass diejenigen, die eine Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten durch den Abschuss kategorisch ablehnen, vielfach gleichzeitig eine Entschuldigung der Täter fordern.<sup>99</sup> Im Folgenden wird untersucht, ob die Annahme eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes konsistent mit der Ablehnung der Rechtfertigungslösung vertreten werden kann.<sup>100</sup>

Im Schrifttum wird – ohne Bezug auf § 14 Abs. 3 LuftSiG – argumentiert, bei einem quantitativen Lebensnotstand liege eine erhebliche Unrechts- und Schuldinderung vor.<sup>101</sup> Im Übrigen sei eine Bestrafung unter general- und spezialpräventiven Gesichtspunkten unzumutbar.<sup>102</sup> *Welzel* weist auf den psychischen Druck und die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens hin.<sup>103</sup> *Archangelskij* überträgt diese Argumentation auf die Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG, indem er auf einen „Motivationsdruck des Befehlshabers, seinen beruflichen Pflichten und seiner Verantwortung vor den Opfern nachzukommen“ abstellt.<sup>104</sup>

Fraglich ist jedoch, ob überhaupt auf eine Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens oder einen Motivationsdruck zurückgriffen werden kann. Nimmt man die Auffassung des Höchstwertes eines jeden Lebens – und sei die Zeitspanne noch so kurz – ernst, gibt es keinen Grund, einen psychischen Druck oder eine Unzumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens zu konstruieren. Vielmehr könnte der Kampfpilot in der Gewissheit, dass eine Minute eines einzigen Lebens eines Unbeteiligten genauso wertvoll ist wie die Überlebenserwartung von tausenden anderen Menschen, einen Abschuss unterlassen. Weiterhin hat das BVerfG festgestellt, dass die Tötung von Unbeteiligten in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG eine Verletzung der Menschenwürde darstellen würde, auch wenn es die Frage einer möglichen strafrechtlichen Rechtfertigung oder Entschuldigung offen gelassen hat.<sup>105</sup> Damit existiert gerade *keine* berufliche Pflicht, einen Abschuss zu befehlen oder diesen Befehl auszuführen, da ein solcher Befehl unverbindlich wäre (§ 11 Abs. 3 S. 3 SG).<sup>106</sup> Diese Rechtsprechung dürfte allen Kampfpiloten der Luftwaffe bekannt sein. Selbst wenn ein Soldat Zweifel haben sollte, kann er davon ausgehen, dass eine einstimmige

Entscheidung eines *Senats* des BVerfG auf mehr juristischem Sachverstand basiert, als sein eigenes Rechtsempfinden.

Darüber hinaus scheidet die Entschuldigungslösung auch aus einem anderen Grund aus. Herkömmlich werden drei Voraussetzungen für die Anwendung des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes genannt: 1. Das geschützte Rechtsgut muss existenzielles Gewicht haben; 2. Das verletzte Rechtsgut muss ohnehin verloren sein; 3. Es dürfen keine anderen Möglichkeiten zur Abwendung der Gefahr vorhanden sein.<sup>107</sup> *Pawlik* ist der Auffassung, diese Voraussetzungen seien im Fall des Abschusses eines als Waffe missbrauchten Passagierflugzeuges erfüllt.<sup>108</sup>

Grundsätzlich ist *Pawlik* zuzustimmen, wenn man in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG lediglich von einer Kollision zwischen verschiedenen Menschenleben ausgeht. Wegen des Urteils des BVerfG muss jedoch – jedenfalls in der strafrechtlichen Praxis – auch die Menschenwürde der Unbeteiligten beachtet werden. Dadurch verändern sich die abzuwägenden Rechtsgüter. Es ist zwar vertretbar, das Leben der unbeteiligten Flugzeugpassagiere als unrettbar verloren einzustufen, allerdings ist nach Auffassung des BVerfG der Schutz der Menschenwürde weiterhin möglich, indem der Abschuss und die damit verbundene Tötung der Unbeteiligten unterlassen wird und der Staat damit die Unbeteiligten nicht selbst zum Objekt macht. Wegen des Verdikts einer Menschenwürdeverletzung kann nicht mehr auf das „geringere Übel“ durch die Rettung von Menschenleben abgestellt werden, da die Menschenwürde gegenüber dem menschlichen Leben das höhere Rechtsgut darstellt.

## 3. Qualitative und quantitative Aspekte im Bereich des Lebens

Es wird immer wieder betont, die verbleibende oder potentielle Lebenszeit eines Menschen dürfe bei einer Abwägung keine Rolle spielen. Allerdings kann angesichts der Rechtfertigung der Verabreichung von schmerzlindernden Medikamenten, die den Todeseintritt beschleunigen, der so genannten indirekten Sterbehilfe,<sup>109</sup> an dem unendlichen Wert eines jeden Lebensaugenblicks gezweifelt werden. Letztlich wird hier der Schmerzbekämpfung Vorrang gegenüber der Lebensrettung in Form der Lebenszeitverlängerung eingeräumt.<sup>110</sup> Darüber hinaus geht auch der BGH nicht von einem unendlichen Wert einer kurzen Lebenszeitspanne aus, wie anhand der folgenden Entscheidung nachgewiesen wird.

<sup>99</sup> *Lenckner/Perron* (Fn. 17), § 34 Rn. 24; *Archangelskij* (Fn. 10), S. 82, 136; *Hilgendorf* (Fn. 10), S. 107 ff. (130); *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1050 f.).

<sup>100</sup> Es geht hier nicht darum, eine Strafbarkeit der Soldaten und Befehlsgeber zu bejahen, sondern das Ziel ist lediglich, Widersprüche in der Argumentation gegen die Rechtfertigungslösung aufzudecken.

<sup>101</sup> Siehe z.B. *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 38. Lieferung, Stand: April 2003, Vor § 19 Rn. 8.

<sup>102</sup> *Roxin*, in: ders. u.a. (Fn. 48), S. 171 ff. (195); *Küper*, JZ 1989, 617 (626).

<sup>103</sup> *Welzel*, MDR 1949, 371 (373).

<sup>104</sup> *Archangelskij* (Fn. 10), S. 136.

<sup>105</sup> BVerfGE 115, 118 (157 ff.).

<sup>106</sup> Es wurde bereits oben dargestellt, dass auch keine strafrechtliche Pflicht zum Abschuss existiert.

<sup>107</sup> *Jakobs* (Fn. 52), 20/42; *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1051).

<sup>108</sup> *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1051).

<sup>109</sup> *Fischer* (Fn. 14), Vor § 211 Rn. 18 m.w.N.; *Schreiber*, NJW 1986, 337 (441); *Herzberg*, NJW 1986, 1635 (1639); a.A. *Kohlhaas*, NJW 1973, 548 (550).

<sup>110</sup> Siehe *Schreiber*, NJW 1986, 337 (441): Allerdings setzt eine Rechtfertigung voraus, „dass man das Leben überhaupt in den Kreis der abzuwägenden Rechtsgüter einbezieht, den sonst als absolut gesetzten Wert des Lebens insoweit relativiert und Gesichtspunkte der Lebensqualität maßgeblich sein lässt. Eine derartige Abwägung wird man m.E. begrenzt auf die Phase des Sterbens vornehmen dürfen.“

a) Tötung durch Unterlassen von Rettungsmaßnahmen

In einem Urteil des 1. Strafsenats vom 28.7.1970 – 1 StR 175/50 – ging es um einen Vater, der es bei einem Hausbrand unterließ, seine zwei Kinder aus dem Fenster zu werfen. Die Kinder hätten wahrscheinlich durch unten stehende Menschen aufgefangen werden können. Der Vater selbst konnte sich durch einen Sprung retten, während seine Kinder verbrannten. Die Kinder hätten durch das Hinauswerfen getötet werden können; allerdings ging das Schwurgericht davon aus, dass sie „mit fast absoluter Gewissheit“ am Leben geblieben wären.<sup>111</sup> Der BGH führt aus: „In einer solchen Lage gebietet die Rechtsordnung, das Ausmaß des unmittelbar drohenden Schadens gegen das kleinere Übel und die geringe Wahrscheinlichkeit einer gleichwertigen Rechtsgutsverletzung abzuwägen. Droht dem Schutzbedürftigen bei weiterer Unterlassung der sichere Tod und kann diese Folge durch sofortiges Eingreifen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abgewendet werden, so ist die Rechtspflicht zum Handeln begründet [...]. Ein sehr hoher Wahrscheinlichkeitsgrad der Rettung vor dem Tode gebietet auch, die fern liegende Möglichkeit der Vernichtung des Lebens gerade durch die zur Rettung bestimmte Handlung hinzunehmen.“<sup>112</sup>

Der BGH hat damit entschieden, dass ein Garant verpflichtet ist, Handlungen zu unternehmen, die zwar die Möglichkeit des Todes, aber auch die Wahrscheinlichkeit einer größeren Lebenszeitverlängerung begründen, obwohl das Unterlassen mit *Sicherheit* eine Lebenszeitverlängerung darstellen würde. Zu beachten ist, dass der Vater durch sein Unterlassen das Leben seiner Kinder – wenn auch nur für eine kurze Zeitspanne – verlängert hat, während die Kinder durch das Hinauswerfen möglicherweise eine geringere Lebensdauer gehabt hätten.

Der vorliegende Fall zeigt, dass sowohl das Rechtsgefühl als auch die Rechtsprechung die Auffassung widerlegen, dass jede noch so kurze Lebenszeit einen unendlichen Wert darstellt, denn der Vater wird zu einer Handlung verpflichtet, die es wahrscheinlich macht, dass zwei Kinder ihr ganzes Leben noch leben können, obwohl durch diese Handlung eine sichere, wenn auch nur kurzzeitige, Lebenszeitverlängerung gefährdet wird. Diese Lebenszeitverlängerung wurde jedoch zu Recht gegenüber der hohen Wahrscheinlichkeit eines langfristigen Überlebens als geringerwertig eingestuft. Dies spricht dafür, dass berücksichtigt werden kann, dass dem Leben im Einzelfall nur noch ein materiell funktionsloser Restwert zukommt. Sollte man dies ablehnen, erlangt die von *Herzberg* aufgeworfene Frage Bedeutung, wie die Strafbarkeit zu beurteilen gewesen wäre, wenn eines der Kinder oder beide tatsächlich durch den Wurf getötet worden wären und der Vater damit eine fahrlässige Tötung begangen hätte.<sup>113</sup> Eine Rechtfertigung wäre allenfalls über § 34 StGB möglich gewesen,<sup>114</sup> wobei es erforderlich gewesen wäre, die not-

standsbedingte Tötung eines unbeteiligten Menschen zu rechtfertigen, obwohl dies von der h.M. gerade abgelehnt wird. Eine Rechtfertigung hätte darauf gestützt werden können, dass eine (mutmaßliche) Einwilligung der Kinder vorgelegen hätte, die im Rahmen der Interessenabwägung des § 34 StGB zu berücksichtigen gewesen wäre. Diesbezüglich existiert jedoch keine gesicherte Rechtsprechung. Nach der h.M. hätte der Vater sich auch nicht auf die rechtfertigende Pflichtenkollision berufen können, da er durch das Werfen die Handlungspflicht und gerade nicht die vorrangige Unterlassungspflicht erfüllt hätte.

b) Quantifizierung bei Pflichtenkollision

Weiterhin können quantitative Aspekte im Bereich der Kollision von Handlungspflichten eine Rolle spielen. Zur Verdeutlichung soll das folgende Beispiel dienen:

Vater V geht mit seinen drei Kindern segeln, das Boot kentert. Alle drei Kinder drohen zu ertrinken. V kann entweder die kleinen Zwillinge A und B retten oder den schon größeren C.<sup>115</sup>

Unterstellt man die Richtigkeit der Aussage, dass das menschliche Leben keinerlei quantitativen Betrachtungen unterliegen darf, so wäre die Rettung des C genauso „wertvoll“ wie die Rettung von A und B. So meint z.B. *Küper*, die Rettungspflichten des Vaters seien rechtlich gleichwertig. Im Ergebnis habe er die freie Wahl, ob er den C oder die Zwillinge rettet.<sup>116</sup> Dagegen wird argumentiert, jedenfalls im Fall der Kollision von Handlungspflichten sei eine quantitative Abwägung des menschlichen Lebens zulässig und sogar geboten. Der Handlungspflichtige sei verpflichtet, diejenige Handlung vorzunehmen, die eine größere Anzahl von Menschen rettet.<sup>117</sup> Entscheidet er sich jedoch, lediglich die geringere Anzahl von Menschenleben zu retten, so würde er sich strafbar machen.<sup>118</sup> *Merkel* meint weiterhin, durch ein „abzählendes Kalkül“ werde die Menschenwürde der umgekommenen Menschen nicht verletzt, auch wenn die Entscheidung, sie nicht zu retten, gerade auf der Tatsache beruht, dass sie in der Minderzahl waren.<sup>119</sup>

Für die zweite Auffassung spricht insbesondere das Prinzip der Schadensminimierung und Rechtsgutsmaximierung, das sich in der Rechtsordnung und insbesondere im Strafrecht an vielen Stellen findet. So fehlt es an der objektiven Zurechnung, wenn ein Kausalbeitrag lediglich eine Risikoverringe-

<sup>111</sup> Vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1971, 361.

<sup>112</sup> BGH JZ 1973, 173; vgl. auch *Ulsenheimer*, JuS 1972, 252 (253).

<sup>113</sup> *Herzberg*, MDR 1971, 881.

<sup>114</sup> *Herzberg*, MDR 1971, 881 (883).

<sup>115</sup> Vgl. den ähnlichen Fall bei *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 25.

<sup>116</sup> *Küper* (Fn. 115); S. 25; ebenso *Neumann* (Fn. 19), § 34 Rn. 132; *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 124.

<sup>117</sup> *Scheid*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000, S. 65; ähnlich auch *Delonge* (Fn. 14), S. 118 ff., 130; *Linnenbrink*, Der Wegfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Garanten, 1995, S. 140 f.; *Mitsch*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 49 ff. (64).

<sup>118</sup> *Merkel*, JZ 2007, 373 (380).

<sup>119</sup> *Merkel*, JZ 2007, 373 (380).

rung bewirkt,<sup>120</sup> zum Beispiel wenn der Handelnde einen lebensgefährlichen Schlag gegen den Kopf des Opfers auf dessen Schulter ablenkt. Liegt lediglich eine Abschwächung der Gefahr vor, ist ein Rückgriff auf § 34 StGB aus Sicht des Täters unangemessen. Grundgedanke ist, dass Handlungen, die insgesamt gesehen einen Vorteil für das bedrohte Rechtsgut begründen, nicht verboten werden sollen.<sup>121</sup> Die erste Meinung würde auch unter einem anderen Gesichtspunkt zu einer Schiefelage führen. Angenommen, ein Handlungspflichtiger muss einen anderen Menschen aus einer Lebensgefahr retten und hat dazu zwei Möglichkeiten. Diese Möglichkeiten unterscheiden sich darin, dass in der ersten Rettungsalternative eine langfristige Überlebensebene besteht, in der zweiten kann das Leben lediglich um eine kurze Zeitspanne verlängert werden. Folgt man der Auffassung *Küpers* müsste auch die Wahrnehmung der zweiten Rettungsalternative gerechtfertigt sein, da der Handlungspflichtige menschliches Leben gerettet hätte und die kurzfristige Lebensverlängerung im Vergleich zur langfristigen Lebensverlängerung gleichwertig wäre.

#### 4. Sinn und Zweck des Tötungsverbot

Es ist keine neue Erkenntnis, dass die Aufrechterhaltung des Tötungsverbot bei einer Gefahrengemeinschaft mit einseitiger Verteilung von Rettungschancen zu einer Erhöhung der Opferzahl führt und daher nichts zum Rechtsgüterschutz beiträgt. *Delonge* hat diese Problematik auf den Punkt gebracht. Es geht nicht um den Grundsatz der Unabwägbarkeit des menschlichen Lebens, sondern um die „grundsätzliche und radikale Tabuisierung der vorsätzlichen Tötung eines anderen Menschen, der sich nichts hat zuschulden kommen lassen. [...] Es ist die beunruhigende Erschütterung dieses Urvertrauens in den Schutz des Lebens durch die Rechtsordnung, die hier um jeden Preis vermieden werden soll.“<sup>122</sup>

Die Tabuisierung der Tötung von nichtgefahrverantwortlichen Personen wird damit im Ergebnis als höherrangig im Vergleich zu dem Schutz des menschlichen Lebens bewertet, denn diese Tabuisierung wird um den Preis der Schutzlosigkeit bedrohter Menschen erkaufte. Allerdings leidet das Verbot der Tötung von Unbeteiligten in Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG an einem Legitimationsdilemma, denn es fällt schwer, einen Rechtsgrundsatz, der in der konkreten Situation mehr Schaden als Nutzen verursacht, rational zu begründen.<sup>123</sup> Dieses grundsätzliche Legitimationsproblem wird auch von *Lenckner* eingestanden, der in Bezug auf die medizinische Indikation und die Perforation ausführt: „Ein Fest-

halten am Lebensprinzip wäre sicherlich die konsequentere Lösung. Aber damit würde zu hoch gegriffen, weil angesichts des Preises, der dafür bezahlt werden müsste, das menschliche Einfühlungsvermögen schlechterdings überfordert wäre. Eine Rechtsordnung, die dies nicht berücksichtigt, liefe Gefahr, nicht mehr verstanden und hingenommen zu werden.“<sup>124</sup>

Wegen der oben aufgezeigten Widersprüche ist es willkürlich, dass die h.M. eine Rechtfertigung in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG kategorisch ablehnt. Es bleibt unklar, warum das „menschliche Einfühlungsvermögen“ durch den Tod der bedrohten Menschen am Boden nicht überfordert wäre. Weiterhin ist anzumerken, dass *Lenckner* und auch andere eine Rechtfertigung von notstandsbedingten Tötungen bejahen, soweit ein entsprechendes „Gewohnheitsrecht“ besteht.<sup>125</sup> Als Beispiel wird in diesem Zusammenhang der Fall eines untergehenden Schiffes genannt, das nur durch das Schließen der Schotten einer Abteilung, in der sich noch Menschen befinden, vor dem Untergang gerettet werden kann. Es erscheint jedoch höchst befremdlich, einerseits die „Unantastbarkeit des menschlichen Lebens“ um des „Prinzips willen“ zu fordern,<sup>126</sup> und andererseits Ausnahmen auf Grundlage einer „altherkömmlichen Rechtsgewohnheit“ zuzulassen. Es kommt hier nicht auf ein etwaiges Gewohnheitsrecht an, sondern allein auf den Grundgedanken, der hinter der Rechtfertigung im „Schottenfall“ steht. Dieser Grundgedanke ist die einseitige Verteilung von Rettungschancen und der Schutz der Rechtsgüter, die noch gerettet werden können.

Es würde allerdings zu weit gehen, eine grundsätzliche Abwägung nach Kopffzahlen zu bejahen, wie dies *Delonge* aus der konsequenten Anwendung seiner Thesen vertritt.<sup>127</sup> Eine solche Lösung würde die Gefahr einer Menschenwürdeverletzung des Getöteten begründen, wenn die Tötung zweckgerichtet erfolgt und nicht nur – wie im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG – eine Folge der Gefahrenabwehr ist.

#### V. Ergebnis

Ein absolutes Verbot der notstandsbedingten Tötung von Unbeteiligten kann wegen der Widersprüchlichkeit der herrschenden Auffassung nicht konsistent vertreten werden. In Fällen der einseitigen Verteilung von Rettungschancen muss wegen des Grundgedankens des Rechtsgüterschutzes von dem grundsätzlichen Verbot der Tötung von nicht-gefahrverantwortlichen Personen eine Ausnahme gemacht werden. Daher wäre die Tötung von Unbeteiligten in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG strafrechtlich gerechtfertigt, soweit durch das Luftfahrzeug eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für das Leben anderer Menschen begründet wird.

<sup>120</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 14), S. 287; *Roxin*, in: *Freunde und Kollegen* (Hrsg.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, 3. Januar 1970, 1970, S. 133 ff. (136).

<sup>121</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 14), § 11 Rn. 53. Auch wenn hier auf den ersten Blick für die getöteten Menschen kein Vorteil besteht, so profitieren sie doch auf einer abstrakten Ebene über dem Einzelfall, da sie zu den bedrohten Menschen hätten gehören können.

<sup>122</sup> *Delonge* (Fn. 14), S. 126 f.

<sup>123</sup> Vgl. *Koriath*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), 317 (334).

<sup>124</sup> *Lenckner* (Fn. 14), S. 267.

<sup>125</sup> *Lenckner/Perron* (Fn. 17), § 34 Rn. 23, 39; *Lenckner* (Fn. 14), S. 31; *Mayer*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, S. 179.

<sup>126</sup> *Lenckner* (Fn. 14), S. 31.

<sup>127</sup> Vgl. *Delonge* (Fn. 14), S. 130.