

Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Claus Roxin**, München

I. Einführung

Selten ist über die strafrechtliche Beurteilung eines fiktiven Falles so intensiv und leidenschaftlich diskutiert worden wie über den Sachverhalt, dass ein von Terroristen gekapertes Flugzeug abgeschossen wird mit der Wirkung, dass zwar sämtliche Passagiere vorsätzlich getötet werden, eine Tötung der im Hochhaus Anwesenden, in das die Selbstmordattentäter das Flugzeug steuern wollen, aber verhindert wird.

Das Vorbild dieses imaginierten Szenarios ist bekanntlich der Terrorangriff vom 11.9.2001 auf das World Trade Center in New York, bei dem mehrere tausend Menschen ums Leben gekommen sind. Als Reaktion auf dieses Ereignis hatte der Bundesgesetzgeber am 11.1.2005 ein Luftsicherheitsgesetz erlassen, dessen § 14 Abs. 3 und 4 sich mit der Abwehr von Angriffen im Luftraum beschäftigten und folgendermaßen lauteten:

„§ 14 LuftSiG

[...]

(3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.

(4) Die Maßnahme nach Abs. 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung anordnen.“

Die gesetzliche Abschussermächtigung, die in der durch § 14 Abs. 3 LuftSiG zugelassenen „Einwirkung mit Waffengewalt“ enthalten ist, hat das BVerfG in seinem Urteil vom 15.2.2006¹ für nichtig erklärt, weil dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit fehle und weil sie, wie es im dritten Leitsatz heißt, „mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar“ sei, „soweit davon tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen werden“.

Man könnte mit diesem höchstrichterlichen Spruch das Problem als erledigt ansehen, wenn nicht eine stattliche Anzahl von Straf- und Öffentlichrechtlern das Urteil für falsch erklärt hätten und mit Nachdruck auf der Rechtmäßigkeit eines solchen Abschusses beharren würden, einer Handlung, die *Burkhard Hirsch*, einer der Beschwerdeführer beim BVerfG, als „Rettungstotschlag“ bezeichnet.² Im Strafrecht sind die Wortführer der Rechtmäßigkeitslösung *Erb*³, *Gropp*⁴, *Hans-Joachim Hirsch*⁵, *Hörnle*⁶, *Jerouschek*⁷, *Köh-*

*ler*⁸, *Rogall*⁹, *Schünemann*¹⁰ und *Spendel*¹¹. *Neumann*¹², *Otto*¹³ und *Sinn*¹⁴ kommen einer solchen Lösung immerhin nahe. Im öffentlichen Recht haben vor allem *Hillgruber*¹⁵, *Isensee*¹⁶ und *Depenheuer*¹⁷ für die Berechtigung eines Flugzeugabschusses unter Einschluss der Tötung von Passagieren plädiert.

Dabei wird gerade von Befürwortern einer Abschussberechtigung vielfach mit Polemik nicht gespart. *Isensee*¹⁸ nennt die Entscheidung des BVerfG „die Unvernunft selbst. Der grundrechtlich gebotene Lebensschutz wird so in sein Gegenteil verkehrt.“ *Hans-Joachim Hirsch*¹⁹ findet die Ansicht des BVerfG „verhängnisvoll“, *Rogall*²⁰ bezeichnet sie als „gänzlich unvertretbar“ und *Hillgruber*²¹ bemängelt ein nach seiner Ansicht „widersinniges Ergebnis“.

Angesichts dessen scheint es mir nicht überflüssig, den Streit noch einmal aufzugreifen. Dabei lasse ich die staatsrechtliche Frage nach der Zuständigkeit des Bundes beiseite, denn sie gehört nicht in das Strafrecht. Auch will ich mich nicht mit der Frage beschäftigen, ob die staatlichen Streitkräfte sich bei einem Abschuss des Flugzeugs auf den rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB oder ggf. nur auf eine spezialgesetzliche Ermächtigung stützen können, wie sie § 14 Abs. 3 LuftSiG enthält. Mir geht es allein um die Frage, ob eine gesetzliche Abschusserlaubnis, worauf immer sie gegründet wird, rechtfertigende Kraft entfalten kann oder ob

⁵ *H.-J. Hirsch*, in: *Hettinger u.a. (Hrsg.)*, Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 149.

⁶ *Hörnle*, in: *Putzke u.a. (Hrsg.)*, Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008, 2008, S. 555.

⁷ *Jerouschek*, in: *Amelung (Hrsg.)*, Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.5.2003, 2003, S. 185.

⁸ *Köhler*, in: *Hoyer (Hrsg.)*, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 257.

⁹ *Rogall*, *NStZ* 2008, 1.

¹⁰ *Schünemann*, in: *Neumann/Hassemer/Schroth (Hrsg.)*, Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, 2005, S. 145.

¹¹ *Spendel*, *RuP* 2006, 131.

¹² *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.)*, *Nomos* Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 34 Rn. 77 ff.

¹³ *Otto*, *Jura* 2005, 470.

¹⁴ *Sinn*, *NStZ* 2004, 585.

¹⁵ *Hillgruber*, *JZ* 2007, 209.

¹⁶ *Isensee*, in: *Pawlik u.a. (Hrsg.)*, Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26.7.2007, 2007, S. 205.

¹⁷ *Depenheuer*, in: *Depenheuer u.a. (Hrsg.)*, *Staat im Wort*, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 43.

¹⁸ *Isensee* (Fn. 16), S. 205 (S. 229 ff.).

¹⁹ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149 (S. 172).

²⁰ *Rogall*, *NStZ* 2008, 1 (4).

²¹ *Hillgruber*, *JZ* 2007, 209 (217).

¹ BVerfGE 115, 118.

² *B. Hirsch*, *NJW* 2007, 1188.

³ *Erb*, in: *Joecks/Miebach (Hrsg.)*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2003, § 34 Rn. 119 ff.

⁴ *Gropp*, *GA* 2006, 284.

eine sonstige Entschuldigung oder Straffreistellung möglich ist.

II. Gibt es eine Pflicht, das eigene Leben zur Rettung anderen Lebens aufzuopfern?

Es kann kein Zweifel sein, dass eine solche Pflicht grundsätzlich nicht besteht. Dass niemand „einen unschuldigen und an der Notlage unbeteiligten Menschen mit direktem Vorsatz töten darf“, wie ich schon im Jahre 1985 geschrieben habe,²² lässt sich schwerlich bestreiten, wenn man nicht das grundgesetzlich garantierte Lebensrecht in seinem Wesensgehalt antasten will. Die von der Rechtsordnung auferlegten Solidaritätspflichten enden sogar schon weit vor der Opferung des eigenen Lebens. § 323c StGB verlangt eine Hilfeleistung nur, wo dies „ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist“. Es ist auch unbestritten, dass niemand gezwungen werden darf, z.B. eine Niere zur Rettung eines anderen Menschenlebens zu opfern, obwohl man auch mit einer Niere noch sehr gut leben kann.

Das Transplantationsgesetz verbietet sogar die freiwillige Spende eines Organs, sofern der Empfänger nicht ein Verwandter oder eine dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit nahestehende Person ist (§ 8 Abs. 2 TPG). Selbst nach dem Tode darf ein Organ zur Lebensrettung anderer nur nach einer vor dem Tode ausgesprochenen Zustimmung oder bei deren Fehlen mit der Einwilligung der nächsten Angehörigen – aber nicht gegen den Willen des Verstorbenen – erfolgen (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 S. 2 TPG). Der Gesetzgeber schätzt also die Persönlichkeitsautonomie so hoch ein, dass er um ihretwillen den Tod zahlreicher Menschen in Kauf nimmt, die durch eine Organtransplantation hätten gerettet werden können.

Die h.M. lässt sogar nicht einmal die Erzwingung einer Blutspende zu, wenn nur dadurch das Leben eines anderen gerettet werden kann.²³ Auch der Regierungsentwurf 1962, auf dem die heutige Notstandsregelung des § 34 StGB beruht, hatte betont,²⁴ dass es der Menschenwürde widerspreche, „einen anderen über seine Freiheitsrechte und seine verantwortliche sittliche Entscheidung hinweg zu zwingen, seinen Körper als bloßes Mittel zur Erreichung eines, wenn auch wünschenswerten, Zweckes verwenden zu lassen.“

Angesichts dieser Regelungen lässt sich ernstlich nicht die Meinung vertreten, dass die Passagiere eines Flugzeugs grundsätzlich verpflichtet sind, sich zur Rettung anderer Personen (im Beispielsfall der Menschen im World Trade Center) vom Staat töten zu lassen. Es gilt vielmehr, wie *Neumann*²⁵ knapp formuliert: „Die in § 34 festgeschriebene Solidaritätspflicht erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Verpflichtung zur Opferung des eigenen Lebens.“ Im selben Sinne sagen *Höfling/Augsberg*²⁶ vom Standpunkt des öffent-

lichen Rechts aus: „Die bewusste Aufgabe des eigenen Lebens liegt außerhalb dessen, was der Einzelne dem Gemeinwesen schuldet.“

Trotzdem wird das manchmal bestritten, im Zusammenhang unseres Themas beispielsweise von *Isensee*.²⁷ Bei ihm lesen wir: „Um der staatlichen Allgemeinheit willen sieht das Recht die Möglichkeit der Aufopferung vor, auch die Aufopferung des Lebens. Die Kasuistik erstreckt sich von den Kollateralschäden der Zwangsimpfung über die allgemeine Wehrpflicht bis zum Widerstandsrecht.“ Aber in all diesen Fälle geht es um begrenzte Gefahrtragungspflichten, wie sie auch mit Risikoberufen und Schutzgarantenstellungen verbunden sind, niemals aber um die planmäßig-vorsätzliche Tötung von Menschen, die an der Gefahrenlage unbeteiligt sind.

III. Lässt sich bei Flugzeugentführungen, wenn sie Menschen am Boden bedrohen, eine Ausnahme von der Regel der fehlenden Aufopferungspflicht begründen?

Fast alle Autoren, die eine „Rettungstötung“ – also den Abschuss eines gekaperten Flugzeugs zur Rettung anderer bedrohter Menschen – für zulässig halten, gründen diese Ansicht auch auf eine Ausnahme von der prinzipiell anerkannten Nichtaufopferungspflicht.

Zur Begründung einer solchen Ausnahme gibt es verschiedene Ansätze. Man kann erstens die Zulässigkeit der Tötung auf eine Abwägung zwischen dem Leben der Getöteten und der Geretteten stützen (1.). Man kann zweitens die Tötung durch die Annahme eines sog. Defensivnotstandes zu rechtfertigen versuchen (2.). Man kann sich drittens auf den Gedanken eines rechtsfreien Raumes und ähnliche Konstruktionen berufen (3.). Und man kann viertens einen die normalen Regeln außer Kraft setzenden Staatsnotstand oder Ausnahmezustand in Anspruch nehmen (4.). Diese Bemühungen sollen nacheinander gewürdigt werden.

1. Die Abwägungslösung

Es liegt nahe, eine den Abschuss rechtfertigende These darauf zu stützen, dass die Zahl der im World Trade Center zu rettenden Personen die der im Flugzeug Getöteten weit überwiegt und dass außerdem für das Leben der Passagiere nur noch eine kurze Zeitspanne verblieben wäre, während die durch den Abschuss Geretteten eine normale Lebensdauer hätten erwarten können.

Wer solchen Lösungen näherzutreten will, muss sich allerdings darüber klar sein, dass er sich im strikten Widerspruch zu einer längst vor dem Luftsicherheitsgesetz etablierten Rechtsprechung setzt. Das BVerfG²⁸ hat nicht erst in dem uns beschäftigenden Fall, sondern schon vor Jahrzehnten gesagt: „Die pauschale Abwägung von Leben gegen Leben [...] ist nicht vereinbar mit der Verpflichtung zum individuellen Schutz jedes konkreten Lebens [...]. Der Schutz des einzelnen Lebens darf nicht deswegen aufgegeben werden, weil das an sich achtenswerte Ziel verfolgt wird, andere Leben zu retten.“

²² *Roxin*, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 181 (S. 187).

²³ Dazu m.w.N. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 48.

²⁴ BT-Drs. 4/650, S. 160.

²⁵ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 75.

²⁶ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1082).

²⁷ *Isensee* (Fn. 16), S. 205 (S. 230).

²⁸ BVerfGE 39, 1 (58).

Jedes menschliche Leben [...] ist als solches gleich wertvoll und kann deshalb keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden.“ Auch der BGH²⁹ hat – anlässlich des sog. Katzenkönigs-Falles – die Opferung eines Menschen selbst zur Rettung von Millionen anderer nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

Man könnte die staatliche Tötung der Flugpassagiere also nur dann mit Hilfe von Abwägungen rechtfertigen, wenn man, wie *Dreier*³⁰ mit Recht sagt, „das Wertungsmodell der etablierten Strafrechtsdogmatik [...] grundsätzlich neu justieren“ würde. Ich will versuchen zu zeigen, dass dafür kein hinreichender Anlass besteht.

a) Die quantitative (zahlenmäßige) Abwägung

Das Zahlenverhältnis von vernichtetem und gerettetem Leben kann allein sicher nicht ausschlaggebend sein. In einem vielzitierten, von *Welzel*³¹ gebildeten Fall verhindert ein Weichensteller einen Zugzusammenstoß mit voraussichtlich vielen Toten, indem er einen führerlosen Güterzug, der mit einem Personenzug zusammenstoßen würde, in letzter Minute auf ein Nebengleis lenkt, wobei er voraussieht, dass drei dort beschäftigte Arbeiter getötet werden. Geht man von der gesicherten Erkenntnis aus, dass eine Pflicht der Arbeiter, ihr Leben für andere aufzuopfern, nicht besteht, kann auch die Zahl der Geretteten eine solche Pflicht nicht auslösen.

Eine Berücksichtigung des Zahlenverhältnisses könnte im Fall des gekaperten Flugzeugs allenfalls begründet werden, indem man davon ausgeht, dass dem Staat eine Schutzpflicht sowohl gegenüber den Flugzeugpassagieren wie gegenüber den Menschen am Boden obliegt und dass bei einer Konkurrenz gleichartiger Pflichten das Zahlenverhältnis den Ausschlag geben müsse.

So sagt *Isensee*: „Die grundrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs [scil. des Abschusses der Maschine] kann nur aus der Notwendigkeit heraus erfolgen, den unter den gegebenen Umständen größtmöglichen Lebensschutz zu erreichen.“³² *Ladiges* meint, es müsse „wegen des Grundgedankens des Rechtsgüterschutzes von dem grundsätzlichen Verbot der Tötung von nicht-gefährverantwortlichen Personen eine Ausnahme gemacht werden“³³. *Hörnle* billigt zwar den Passagieren einen Abwehrensanspruch zu, relativiert diesen jedoch, indem sie sagt: „Gleichzeitig wäre aber der Pilot als Repräsentant des Staates gehalten, das Leben der Menschen am Flughafen [gemeint ist wohl: am Boden] zu bewahren. Unter solchen Umständen kann man es dem Täter gestatten,

[...] doch auf das Zahlenverhältnis abzustellen [...] Ein Abschuss wäre deshalb gerechtfertigt.“³⁴

Die genannten Autoren lassen aber den entscheidenden Umstand unberücksichtigt, dass die beiden kollidierenden Schutzpflichten nicht von gleichem Range sind. Denn die Tötung von Personen, die sich nicht als Gefahr für andere darstellen, ist kategorisch verboten. Die Rettung von Personen ist aber nur dann geboten, wenn sie ohne die Tötung von Personen, von denen keine Gefahr ausgeht, möglich ist.³⁵ Es liegt hier ähnlich wie bei der sog. Rettungsfolter – der Folter, durch die das lebensrettende Geständnis eines Kidnappers erzwungen werden soll. Auch in diesem Fall wird argumentiert, es stünde die Menschenwürde des gefolterten Entführers gegen die im Kollisionsfall höher zu gewichtende Menschenwürde des vom Tode bedrohten Opfers.³⁶ Aber auch hier ist, wie sämtliche mit der Sache befassten Gerichte und jetzt auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte³⁷ anerkannt haben, die Rettung nur geboten, soweit sie ohne Menschenwürdeverstoß, d.h. ohne Folter, möglich ist.

Es entspricht denn auch der fast allgemeinen Ansicht in der Literatur, dass in Fragen des Lebensschutzes bei der Kollision eines Unterlassungsgebotes mit einer Handlungspflicht das Unterlassungsgebot vorgeht.³⁸ In dem bekannten Euthanasie-Fall³⁹, in dem zur Nazi-Zeit Ärzte eine Reihe von Geisteskranken dem Tode ausgeliefert hatten, um zu verhindern, dass anderenfalls alle Anstaltsinsassen getötet würden, wird eine Rechtfertigung von der ganz h.M. abgelehnt, weil die Pflicht, die Tötung Unschuldiger zu unterlassen, höher eingestuft wird als die Pflicht zur Lebenserhaltung.⁴⁰ Treffend formuliert *Merkel*: „Die negativen (Unterlassungs-)Pflichten des Staates, denen auf Seiten der Bürger die ‚abwehrrechtlichen‘ Funktionen ihrer Grundrechte entsprechen, gehen den positiven, den Schutzpflichten, in jeder direkten Kollision zwischen beiden ausnahmslos vor.“⁴¹ In der Anwendung auf den Terroristen-Fall bedeutet dies, dass das Verbot einer Tötung der an der Gefahr unbeteiligten Passagiere (also die Pflicht, ihre Tötung zu unterlassen), gegenüber der Pflicht zur Rettung anderer (also dem Handlungsgebot) vorrangig ist.

Es kommt hinzu, dass auch dann, wenn nicht einmal Leben gegen Leben steht, das staatliche Gebot zur Lebensrettung nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht als schlechthin vorrangig, sondern als gegen andere staatliche Belange abwägbar beurteilt wird. So ist in dem bekannten Entfüh-

²⁹ BGHSt 35, 347 (349). Es ging hier um die irrtümliche Annahme einer solchen Rettungsmöglichkeit, die der BGH nicht als Erlaubnistatbestandsirrtum gelten ließ.

³⁰ *Dreier*, JZ 2007, 261 (266).

³¹ *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47 (51).

³² *Isensee* (Fn. 16), S. 205 (S. 229).

³³ *Ladiges*, ZIS 2008, 129 (140); ebenso *ders.*, Die Bekämpfung nichtstaatlicher Angreifer im Luftraum unter besonderer Berücksichtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten, 2007, passim.

³⁴ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 570).

³⁵ So auch *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1084): „Eine Handlungspflicht bestünde nur für den Fall, dass sie ohne Verletzung anderer Rechtsgüter erfüllt werden könnte.“

³⁶ Näher dazu *Roxin*, in: Griesbaum (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 205 (S. 208 f.).

³⁷ EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Das Urteil ist in deutscher Übersetzung vom Strafverteidiger Heuchemer ins Netz gestellt worden).

³⁸ Vgl. *Roxin* (Fn. 23), § 16 Rn. 117.

³⁹ BGH NJW 1953, 513.

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 23), § 16 Rn. 33-42.

⁴¹ *Merkel*, JZ 2007, 373 (381).

rungs-Fall Schleyer mit Billigung des Gerichts⁴² auf dessen Rettung durch die geforderte Freilassung von Terroristen verzichtet worden, um den Staat nicht erpressbar zu machen und weiteren Terrorakten auszusetzen. „Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist von ihnen“, so heißt es in dem Urteil, „in eigener Verantwortung zu entscheiden.“ Eine unbedingte staatliche Verpflichtung zur Rettung von Menschenleben besteht also selbst dann nicht, wenn sie ohne Tötung Unbeteiligter möglich wäre.

b) Die qualitative Abwägung nach der Dauer des zu erwartenden Lebens

Das Zahlenverhältnis als solches kann also keine Berechtigung zur Tötung der Passagiere liefern. Im Falle des gekaperten Flugzeugs kommt aber noch hinzu, dass die Passagiere bei dem geplanten Zusammenstoß des Flugzeugs mit einem Hochhaus ohnehin getötet worden wären. Wenn man unter diesem Gesichtspunkt zu einer Rechtfertigung ihrer Tötung kommen will, muss man von einer quantitativen zu einer qualitativen Betrachtung übergehen und eine nur noch kurze Lebensspanne gegenüber der Aussicht der sich im Hochhaus Befindlichen auf ein noch längeres, nicht gewaltsam beendetes Leben zurückstehen lassen. Auch dieser Gesichtspunkt wird von den Befürwortern einer Rechtfertigungslösung nicht selten als ausschlaggebend angesehen.

So meint etwa *Hillgruber*⁴³, entscheidend sei der Umstand, „dass [...] das Leben der Flugzeugpassagiere schlechterdings nicht mehr zu retten ist“. „[...] dass sie ohnehin nur noch wenige Minuten zu leben hätten, darf nicht unberücksichtigt bleiben“. Auch er zieht für diesen Fall das schon zurückgewiesene Schutzpflichtargument heran. Der Staat greife zwar in das Grundrecht des Lebens der Passagiere ein, aber er tue es in Erfüllung einer grundrechtlichen Schutzpflicht für das Leben.

Auch *Hörnle* beruft sich außer auf die Überzahl der geretteten Passagiere auf die geringe Lebenserwartung der Getöteten, indem sie den Abwehranspruch der Passagiere gegenüber staatlicher Tötung für „schwächer“ erklärt, „da er sich nur auf die letzten fünf Minuten des eigenen Lebens“⁴⁴ beziehe. Das Argument der nur noch geringen Lebenserwartung hat für sie sogar größeres Gewicht als der Zahlenvergleich, wie ihr Hinweis auf den Weichensteller-Fall zeigt, bei dem sie eine Rechtfertigung ablehnt:⁴⁵ „Das den ohnehin dem Tod geweihten Passagieren zugemutete Opfer hat deshalb eine andere Bedeutung als das Opfer, das im Weichenstellerfall den Gleisarbeitern abverlangt würde.“

Die Bewertung von Lebensspannen führt aber auch zu inakzeptablen Konsequenzen. *Hörnle*⁴⁶ hält sich selbst ein Beispiel aus dem medizinischen Alltag entgegen: „Müsste man“, fragt sie sich, „wenn man im Flugzeugbeispiel diesen Schritt [scil. der Rechtfertigung] geht, nicht bei knappen

Ressourcen in einer Intensivstation Patienten, die dem Tode nahe sind, entlassen, um die Apparate anderen mit besseren Überlebenschancen zur Verfügung zu stellen?“ Sie lehnt das ab mit der Begründung: „Den Krankenhauspatienten würde das Recht auf einen friedlichen und würdigen Tod genommen (hierin würde das besondere Unrecht einer ungewollten Entlassung bestehen), während diese Option für die Flugzeugpassagiere nicht besteht.“ Wenn man jedoch bedenkt, dass viele Menschen einen würdigen Tod gerade darin sehen, dass sie nicht an Apparate angeschlossen auf der Intensivstation sterben wollen, wird man dieses Argument schwerlich als einen ausreichenden Grund für die unterschiedliche Behandlung beider Fälle ansehen können.

Daran zeigt sich, dass bei einer Abwägung von Lebensspannen der gesamte Lebensschutz im Bereich des Lebensendes ins Wanken gerät. Noch deutlicher wird das, wenn man sich den Fall denkt, dass im Krankenhaus jemand, der nur noch ganz kurze Zeit zu leben hat, vorzeitig getötet wird, um durch eine Transplantation eines seiner Organe einem anderen das Leben zu retten. Dass das keinesfalls zulässig sein kann, ist nach den Andeutungen, die ich anfangs über unser Transplantationsrecht gemacht habe, klar. *Hörnle*⁴⁷ weist, um eine abweichende Behandlung gegenüber dem Terroristen-Fall zu begründen, darauf hin, dass „das Ausschachten eines Körpers als Organersatzteillager einen Verstoß gegen die Menschenwürde bedeuten“ würde. Aber der eigentliche Menschenwürdeverstoß und auch das primäre Unrecht liegt doch in der vorsätzlichen Tötung von Menschen, die für die bestehende Gefahrensituation nicht zuständig sind. In diesem Punkt gleichen sich die beiden Fälle. Eine Organentnahme ist zwar gegen den Willen des Verstorbenen auch unzulässig, wiegt aber doch weit weniger schwer als eine Tötung.

Eine Variante der Rechtfertigung durch Zeitspannenabwägung ist die von *Sinn*⁴⁸ und *Neumann*⁴⁹ vertretene These von der mangelnden Schutzfähigkeit des Lebens der Passagiere. *Sinn*⁵⁰ hat an der Schutzwürdigkeit beider Personengruppen (der Passagiere und der Menschen am Boden) keinen Zweifel: „Anders sieht es hingegen mit dem anderen Aspekt des Lebensschutzes, der Schutzfähigkeit, aus“, betont er. „Es können [...] nur die Hilfsmöglichkeiten genutzt werden, die möglich sind, und dies wirkt sich im Ergebnis zugunsten der Personengruppe am Boden aus. Mit der unterschiedlichen Schutzfähigkeit ist zum einen das Kriterium genannt, das die gesetzgeberische Eingriffsgestattung und Vorzugsentscheidung in § 14 Abs. 3 LuftSiG trägt, und zum anderen der Grund, der den möglichen Vorwurf einer Verfassungswidrigkeit auf Grund ungleicher Behandlung ausräumt.“ Im selben Sinn sagt *Neumann*:⁵¹ „Hier, wo nicht die Schutzwürdigkeit [...], wohl aber die Schutzmöglichkeit [...] des einen Rechtsguts nahezu auf null reduziert ist, ist die Rettung der anderen gerechtfertigt.“

Dem steht aber entgegen, dass das Leben der Passagiere

⁴² BVerfGE 46, 160 (164).

⁴³ *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (216 f.).

⁴⁴ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 570).

⁴⁵ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 566).

⁴⁶ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 566).

⁴⁷ *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 566).

⁴⁸ *Sinn*, NSTZ 2004, 585.

⁴⁹ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77e.

⁵⁰ *Sinn*, NSTZ 2004, 585 (592 f.).

⁵¹ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77.

um die verbleibende Spanne durch eine staatliche Tötung verkürzt wird, obwohl diese Spanne dem Lebensschutz untersteht und schützbar wäre. Die Abschussbefürworter überspielen das, indem sie das Leben der Passagiere nur um „wenige Augenblicke“ (Neumann), um „wenige Minuten“ (Hillgruber) oder „fünf Minuten“ (Hörnle) verkürzt sehen. Aber ein Abschuss könnte, wenn er überhaupt zulässig wäre, natürlich nicht unmittelbar vor dem geplanten Terrorakt erfolgen, sondern müsste längere Zeit vorher, solange das Flugzeug noch über unbewohntem Gebiet fliegt, stattfinden.

Die verbleibende Lebenszeit wäre auch nicht etwa sinn- und wertlos. Mit Recht weist Wolter⁵² auf Geiselpfer hin, „die sich in Würde von ihren Angehörigen mit dem Mobiltelefon [...] verabschieden möchten, die etwa einen Brief schreiben wollen, die noch einen [...] Rettungsversuch durch Überwältigung der Attentäter unternehmen mögen, die beten oder sich trösten wollen“. Auch wichtige Dispositionen ließen sich auf elektronischem Wege durchaus noch treffen. Außerdem ist es schlimm genug, dass der Staat den Geiseln im Flugzeug nicht helfen kann. Doch ist das kein Grund, sie obendrein noch vorzeitig zu töten und dadurch ihrer letzten Lebensgestaltungsmöglichkeiten zu berauben.

Im Übrigen würde, wenn man Menschen mit geringer Lebenserwartung als nicht mehr schutzfähig ansehen wollte, auch die vorzeitige Tötung Moribunder zulässig sein, wenn ein anderer den Apparat, an den sie angeschlossen sind oder eines ihrer Organe zur Erhaltung seines Lebens benötigt. Das wird niemand verantworten wollen.

c) Die Gefahrengemeinschaft zwischen Geopferten und Geretteten als zusätzliche Rechtfertigungsvoraussetzung im Rahmen quantitativer oder qualitativer Abwägung

Um unerwünschten Tötungsrechtfertigungen bei quantitativen oder qualitativen Lebensabwägungen vorzubeugen, verlangen Autoren, die für die Rechtmäßigkeit eines Flugzeugabschusses im Terroristen-Fall eintreten, durchweg noch zusätzlich, dass Getötete und Gerettete sich in einer „Gefahrengemeinschaft“ befinden, d.h. dass sie derselben Gefahr ausgesetzt sind.

Das Bestehen einer Gefahrengemeinschaft ist freilich gerade im Terroristen-Fall zweifelhaft, weil die Personen, die bei einem Zusammenprall des Flugzeugs mit dem Hochhaus ihr Leben verlieren würden, im Zeitpunkt des Abschusses nach ihrer Zahl und Identität noch gar nicht feststehen.⁵³ Wenn man sich darüber hinwegsetzt, muss man sich damit begnügen, dass wenigstens die Todesart aller Beteiligten (Tod durch Zusammenstoß eines Flugzeugs mit dem Hochhaus) dieselbe wäre.

Eine solche Konstruktion ermöglicht es, in den von mir angeführten Fällen, dass ein Mensch, der nur noch ganz kurze Zeit zu leben hat, getötet wird, um einem anderen durch sein Beatmungsgerät oder durch eine Transplantation das Leben zu retten, eine Rechtfertigung abzulehnen. Denn Geretteter und Geopferter haben sich nicht in einer gemeinsamen Gefahr befunden. Vielmehr sind beide unabhängig voneinander

in Gefahr gewesen. So sagt denn auch Neumann:⁵⁴ „Angesichts der strikten Voraussetzungen (Identität der Bedrohungssituation als Konstitutivum der Gefahrengemeinschaft) erscheint auch die Befürchtung nicht begründet, in der Konsequenz dieser Auffassung könne es zur Tolerierung der Tötung von Menschen zum Zwecke der Organgewinnung und -transplantation kommen.“

Dem lässt sich zunächst die Frage entgegenhalten, warum die Gefahrengemeinschaft entscheidend sein soll, wenn der eigentliche Grund der Rechtfertigung in der Minderzahl oder der geringen Lebenserwartung der Geopferten im Verhältnis zu den Geretteten liegt.

Dazu kommt der Einwand, dass auch eine Gefahrengemeinschaft trotz Überzahl der Geretteten und geringer Lebenserwartung der Geopferten eine Tötung, nicht ohne weiteres als tolerabel erscheinen lässt. Das zeigen konstruierte Beispiele ebenso wie praktisch geschehene Fälle.

In der Literatur viel diskutiert wird der „Ballon-Fall“.⁵⁵ Ein Ballon mit zahlreichen Passagieren ist überlastet und droht mit tödlicher Wirkung für alle abzustürzen. Daraufhin wirft der Ballonführer einige Menschen über Bord, wodurch der Absturz vermieden und die größere Zahl der Passagiere gerettet wird. Ein ähnliches Beispiel bietet der „Fährmanns-Fall“: Ein Fährmann will eine Schar kleiner Kinder über einen reißenden Fluss setzen. Die Fähre ist aber leak und droht zu sinken. Daraufhin stößt der Fährmann einige Kinder ins Wasser, wo sie vorausgesehener Maßen ertrinken, während die nunmehr weniger belastete Fähre das Ufer erreicht und die auf ihr verbliebenen Kinder gerettet sind. Hierhin gehört auch der schon erwähnte Euthanasie-Fall, in dem einige Geistesranke dem Tode ausgeliefert wurden, um die übrigen zu retten.

In diesen Fällen lässt die heute fast einhellige Meinung – selbst unter den Abschussbefürwortern – keine Rechtfertigung zu, obwohl die Getöteten „ohnehin verloren“ waren (also nur noch sehr kurze Zeit zu leben gehabt hätten) und die jeweils Geretteten deutlich in der Überzahl sind. Der Grund liegt darin, dass, wie Erb⁵⁶ sagt, „die Rechtsordnung bei gleicher Ausgangsposition der Beteiligten keinem von ihnen vermitteln kann, warum gerade er auf seine Rettungschance zugunsten der anderen verzichten sollte“.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Aber es bleibt festzuhalten, dass die Idee, die einer Rechtfertigung im Falle des Flugzeugabschusses zugrunde liegt, dass in Gefahrengemeinschaften eine rettbare Anzahl von Menschen auf Kosten „ohnehin verlorener“ gerettet werden darf, schon hier aufgegeben wird. Die Rechtsordnung nimmt den Tod aller in Kauf, weil sie die zur Rettung der meisten erforderliche Tötung einer geringeren Anzahl den Betroffenen nicht plausibel machen kann.

⁵⁴ Neumann (Fn. 12), § 34 Rn. 77e.

⁵⁵ Hierzu und zum nachfolgenden Fährmann-Fall Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 117.

⁵⁶ Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 117 m.w.N.; ähnlich Neumann (Fn. 12), § 34 Rn. 76.

⁵² Wolter, in: Hettinger u.a. (Fn. 5), S. 707 (S. 715).

⁵³ Dazu Jerouschek (Fn. 7), S. 185 (S. 189).

d) Das zusätzliche Erfordernis einseitig verteilter Rettungschancen

Die Abwägungstheoretiker verlangen deshalb überwiegend, dass die Rettungschancen im Rahmen der Gefahrengemeinschaft einseitig verteilt sein müssen.⁵⁷ Im Ballon-, im Fährmanns- und im Euthanasie-Fall hat jeder eine Chance zum Überleben, wenn nur andere getötet werden. Im Terroristen-Fall dagegen haben nach dieser Konzeption nur die Menschen am Boden, nicht aber die Passagiere, eine Überlebenschance.

Aber einen überzeugenden Tötungsgrund gibt auch das nicht ab. Die Annahme, dass man eine „mutmaßliche Einwilligung“ der Passagiere mit ihrem Abschuss annehmen könne, ist – abgesehen davon, dass eine Einwilligung in die Tötung ohnehin nicht möglich ist – „eine lebensfremde Fiktion“, wie das BVerfG⁵⁸ unter allseitiger Billigung festgestellt hat. Dann kann man aber auch in diesem Fall nicht davon sprechen, dass die Passagiere ihre staatlich verordnete Tötung plausibel finden werden. Es ist in Wahrheit immer die Entscheidung eines außenstehenden Interpreten, der in einem Fall (beim Flugzeugabschuss) die unschuldigen Passagiere zum Tode verurteilt und bei anderen Gefahrengemeinschaften (Ballon-, Fährmanns-, Euthanasie-Fall) den Tod aller eher in Kauf nimmt als die Rettung eines Teils der Gefährdeten.

Die Forderung einseitig verteilter Rettungschancen im Rahmen einer Gefahrengemeinschaft wollen zudem die meisten Abschussbefürworter für eine Rechtfertigung von Tötungen auch noch nicht genügen lassen. Das zeigt der berühmte Mignonette-Fall⁵⁹, mit dem sich im Jahre 1884 ein englisches Gericht zu beschäftigen hatte. Die Yacht „Mignonette“ war auf hoher See schiffbrüchig geworden. Eine Reihe von Besatzungsmitgliedern hatte sich auf ein Boot gerettet, das wochenlang auf dem Ozean trieb. Um dem Hungertod zu entgehen, töteten die Besatzungsmitglieder den schon im Sterben liegenden Schiffsjungen und ernährten sich von seinem Fleisch, bis sie schließlich von einem vorüberkommenden Schiff aufgenommen und gerettet wurden.

Hier sind alle vier Voraussetzungen, die bisher für eine Rechtfertigung ins Feld geführt wurden, erfüllt: Die Zahl der Geretteten überwiegt, das Opfer hatte nur noch eine sehr kurze Lebenszeit zu erwarten, und alle Beteiligten befanden sich in einer Gefahrengemeinschaft mit ungleich verteilten Rettungschancen. Trotzdem wird eine Rechtfertigung allgemein und auch von den Befürwortern des Flugzeugabschlusses abgelehnt. Das englische Gericht hat die Täter sogar zum Tode verurteilt, was dann durch die Krone im Wege der Begnadigung in sechs Monate Freiheitsstrafe umgewandelt wurde. Nach deutschem Recht wären die Täter gemäß § 35 StGB entschuldigt worden.

⁵⁷ Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 118; ähnlich Neumann (Fn. 12), § 34 Rn. 76.

⁵⁸ BVerfGE 115, 118 (157).

⁵⁹ Näher dazu Prächel, Die Fälle des Notstands nach anglo-amerikanischem Recht, 1975, S. 61 ff.

e) Das weitere Rechtfertigungserfordernis eines identischen Schadensverlaufs

Ein Befürworter des Flugzeugabschlusses wie Erb⁶⁰ gründet den Ausschluss der Rechtfertigung im Mignonette-Fall auf eine fünfte Zulässigkeitsvoraussetzung: dass nämlich die Art des Todes dieselbe sein müsse, was nicht der Fall sei, wenn der Hungertod durch eine gewaltsame Tötung ersetzt werde.

Hier wird aber eine rationale Begründung endgültig durch eine gefühlsgeladene Devisen ersetzt. Denn wenn man um der Rettung zahlreicher Menschen willen die Verkürzung einer nur noch geringfügigen Lebensspanne in Kauf nimmt, ist nicht einzusehen, warum es auf die Art und Weise der Lebensverkürzung ankommen soll. Auch sind in Wirklichkeit zwei zeitlich versetzte Todesarten niemals dieselben: Es ist etwas anderes, ob man durch einen staatlich angeordneten Flugzeugabschuss oder durch einen Terrorangriff auf das World Trade Center getötet wird. So sagt denn auch Otto,⁶¹ es würden „die Getöteten durchaus einem anderen, neuartigen Schadensverlauf ausgesetzt“.

Beim Abschuss eines von Terroristen gekaperten Flugzeugs kommt außerdem noch ein weiteres gegen die Zulassung sprechendes Argument hinzu, das bei sonstigen Abwägungen im Rahmen von Gefahrengemeinschaften nicht auftritt und von den Befürwortern einer staatlichen Tötung durchweg übergangen wird. Wenn nämlich die Zielsetzung der Terroristen einigermaßen erkennbar sein soll, muss sich das Flugzeug längst über bewohntem Gebiet befinden. Dann aber wird der Abschuss aller Voraussicht nach auch Menschen an der Abschussstelle töten, die keiner Gefahrengemeinschaft angehören und deren Opferung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu rechtfertigen ist.

Demnach sind alle Versuche zur Rechtfertigung von „Rettungstötungen“ gescheitert.

f) Die Notwendigkeit deontologischer Schranken für staatliche Eingriffe

Das aber spricht entscheidend dafür, den ganzen Abwägungsansatz aufzugeben und von einer konsequentialistischen Lösung, „derzufolge“, wie Hörnle⁶² sagt, „eine Bilanz der Folgen einer Handlung für deren Richtigkeit ausschlaggebend ist“, zu einer deontologischen Konzeption überzugehen. Deontologisch ist eine Auffassung, wenn sie die Richtigkeit einer Entscheidung auf eine folgenunabhängige Regel stützt.⁶³ Der Staat darf danach bestimmte Handlungen unabhängig von ihren Folgen schlechthin nicht vornehmen. Das gilt z.B. für die Verletzung des Schuldprinzips, für die Missachtung des Gesetzmäßigkeitsprinzips und für die Folter: Auch zur Rettung von Menschenleben darf nicht gefoltert werden.

Was der Folter recht ist, muss der Tötung billig sein.

⁶⁰ Erb (Fn. 3), § 34 Rn. 121.

⁶¹ Otto, Jura 2005, 470 (478).

⁶² Hörnle (Fn. 6), S. 555 (S. 559).

⁶³ Zur Definition dieser Begriffe näher Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2010, S. 120 Fn. 62. Das Buch von Greco liefert umfangreiche Darlegungen zu Deontologie und Konsequentialismus.

Selbst zur Rettung von Menschenleben darf der Staat niemanden töten, der an der Entstehung der Gefahr nicht beteiligt ist. Es gibt also Unverfügbares im Recht, das jeder Abwägung entzogen ist. Diese deontologischen Schranken jeder staatlichen Handlungsbefugnis wurzeln in obersten Verfassungsgrundsätzen, im Falle der Flugzeugentführung, wie ich gleich noch etwas näher erklären werde, in der Menschenwürde. Das bedarf besonderer Betonung im Hinblick auf die neueren Bemühungen, auch die Menschenwürde zu relativieren und in Abwägungsprozesse einzubeziehen.

Im Grunde müssten auch Konsequentialisten dieser These bei der Abwägung von Leben gegen Leben und speziell bei dem uns beschäftigenden Fall des Flugzeugabschlusses zustimmen können. Denn die vielen Einschränkungen, die sie selbst bei der von ihnen propagierten folgenorientierten Tötungserlaubnis machen, lassen sich nur deontologisch erklären. Wenn auch sie in den Krankenhaus-Fällen, im Ballon- und Mignonette-Fall auf eine Rettung zahlenmäßig überwiegenden und mit größerer Lebenserwartung ausgestatteten rettbarer Lebens durch Ablehnung einer Tötungsrechtfertigung verzichten, so kann das nur auf einer folgenunabhängigen Respektierung des unantastbaren Eigenwertes beruhen, der einem an der Gefahrerzeugung unbeteiligten Menschenleben auch dann zukommt, wenn es voraussichtlich nur noch kurze Zeit dauert und durch seine Opferung andere gerettet werden können.

Auch alle aus dem Rechtsgefühl gespeisten Plausibilitäts-erwägungen laufen auf diesen Gesichtspunkt hinaus. Das muss dann aber auch für den Fall des Flugzeugabschlusses gelten, zumal da hier ein starkes konsequentialistisches Argument hinzutritt: dass nämlich die Gefährdung von Menschen an der Abschussstelle keinesfalls hingenommen werden kann.

Das BVerfG ist daher im Recht mit der Ansicht, dass der in § 14 Abs. 3 LuftSiG vorgesehene Flugzeugabschuss gegen ein unveräußerliches Lebensrecht und die Menschenwürde verstößt. Die entgegen aller Kritik durchaus brauchbare *Dürigsche* „Objektformel“, die den Gehalt der Menschenwürde zwar nicht erschöpft, aber doch in einem wichtigen Punkt konkretisiert, passt hier durchaus: Die Passagiere werden nicht als Rechtssubjekte, als Personen, respektiert, sondern wie Objekte behandelt, die um der Rettung anderer willen aus dem Weg geräumt werden müssen.

Mit Recht spricht daher *Jakobs*⁶⁴ von einer „Entpersonalisierung der Opfer“: Die Passagiere könnten bei einem Abschuss „nicht als Personen behandelt werden, die auf fremdes Terrain übergreifen drohen, sondern ihr Tod im Falle eines Abschusses stellt einen Kollateralschaden dar [...], sie werden [...] zur Vermeidung größeren Schadens geopfert, also als Nicht-Personen behandelt“⁶⁵. Oder, wie *Höfling/Augsberg*⁶⁶ es ausdrücken: „Indem die unschuldigen Passagiere geopfert werden, werden sie zum Teil des zur Waffe pervertierten

Flugzeugs verdinglicht und sind als solcher, nicht als Menschen, Zielobjekt der staatlichen Maßnahme.“

Wenn demgegenüber *Depenheuer*⁶⁷ meint, in solchen „tragischen Entscheidungssituationen“ könne „der rechtschaffene Bürger seine Würde einzig darin finden, dass er sein Interesse bis hin zur Aufopferung seines Lebens den Interessen anderer oder des Gemeinwohls solidarisch unterordnet“, so verkennt er, dass die Menschenwürde ein Abwehrrecht ist, das den Einzelnen, solange er niemanden gefährdet, vor Eingriffen in den Kern seiner Persönlichkeit schützen soll. Die These, dass sie solche Eingriffe geradezu verlange, stellt die Intention des Grundgesetzes auf den Kopf.⁶⁸

2. Die Annahme eines rechtfertigenden Defensivnotstandes

Die Undurchführbarkeit einer überzeugenden Abwägungslösung und vermutlich auch die geringe Chance, sie gegen eine gefestigte verfassungsrechtliche Rechtsprechung durchzusetzen, hat eine Reihe strafrechtlicher Abschussbefürworter dazu veranlasst, die Zulassung einer staatlichen Tötung der Passagiere auf einen anderen Grund zu stützen: einen durch Menschen ausgelösten Defensivnotstand.⁶⁹

Ob dieser Defensivnotstand auf eine Analogie zu § 228 BGB oder auf eine Interessenabwägung nach § 34 StGB gegründet werden kann, ist strittig,⁷⁰ für das Ergebnis aber auch gleichgültig. Der Defensivnotstand rechtfertigt die Abwehr von Menschen ausgehender Gefahren, soweit diese Abwehr nicht schon durch Notwehr gedeckt ist. Wenn z.B. ein Autofahrer infolge einer plötzlichen Ohnmacht oder eines Herzinfarktes die Kontrolle über sein Fahrzeug verliert, auf einen dicht gedrängten Weihnachtsmarkt zurast und zahlreiche Menschen zu töten droht, darf man ihm, wenn kein anderes Abwehrmittel zur Hand ist, die den Markt flankierenden Betonklötze in den Weg schieben, selbst wenn der Autofahrer dabei möglicherweise zu Tode kommt. Notwehr und Nothilfe scheiden hier aus, weil nach heute ganz h.M. für die Rechtswidrigkeit des Angriffs eine Sorgfaltswidrigkeit des Fahrers erforderlich wäre, an der es wegen der Unbeherrschbarkeit des Geschehensablaufs fehlt.

Die durch den Defensivnotstand bewirkte Einschränkung des Lebensschutzes ist trotz des Umstandes, dass der Fahrer weder rechtswidrig noch schuldhaft noch überhaupt handelt, im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zulässig und kein Verstoß gegen die Menschenwürde, weil niemand verpflichtet ist, schwere oder gar tödliche Beeinträchtigungen hinzunehmen, die ihm durch andere drohen. Wie *Merkel* treffend formuliert:⁷¹ „Im Defensivnotstand wird eine Gefahr nicht auf Kosten Dritter abgewehrt, sondern gewissermaßen auf

⁶⁷ *Depenheuer* (Fn. 17), S. 43 (S. 57).

⁶⁸ Bedenken auch bei *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77d, wo das im Text verwendete Zitat ebenfalls abgedruckt ist.

⁶⁹ Ausführlich – aber ohne Bezug auf den Fall eines gekaperten Flugzeuges – dazu *meine* Abhandlung, in: *Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 457.

⁷⁰ Näher dazu *Roxin* (Fn. 69), S. 457.

⁷¹ *Merkel*, JZ 2007, 373 (384).

⁶⁴ *Jakobs*, in: *Amelung/Günther/Kühne* (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 207 (S. 208 mit dortiger Fn. 1).

⁶⁵ *Jakobs*, *Rechtswang und Personalität*, 2008, S. 28.

⁶⁶ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1083).

ihren Ursprung zurückgewälzt. Es ist ein Gebot der [...] Gerechtigkeit, mit der tragischen Beseitigung der Gefahr denjenigen zu belasten, den das Schicksal zu deren Ursprung gemacht hat.“ Auch ich denke, dass es keine Entpersonalisierung bedeutet, wenn das Recht sich bei einem unausweichlichen Konflikt zwischen Gefahrverursachern und Gefährdeten auf die Seite der Gefährdeten stellt.

Auf einen Defensivnotstand dieser Art gründen immerhin fünf namhafte Strafrechtler im Terroristen-Fall das Recht zur Tötung der Passagiere. Dabei entwickeln mit einer Ausnahme alle dieses Konzept unabhängig voneinander. Den Anfang macht im Jahr 2003 *Schünemann*⁷², demzufolge die Passagiere des Flugzeugs „zweifelloso keine Verantwortung für das Handeln der Terroristen tragen, aber dennoch Teil der ‚Angriffskausalität‘ sind und damit der rechtmäßigen Verteidigung seitens der von dem Flugzeug bedrohten Menschen unterliegen“.

Im Jahr 2006 hat *Gropp*⁷³ eine entsprechende Meinung vertreten. Bei ihm heißt es: „[...] im drohenden Absturz realisiert sich [...] auch eine durch die Passagiere selbst unmittelbar geschaffene Gefahr. [...] In den Dimensionen des defensiven Notstandes kommt die Gefahr für die am Boden befindlichen Personen somit aus der Sphäre der mit dem Flugzeug herabstürzenden Personen. Worauf das Abstürzen beruht, spielt für die Menschen am Boden keine Rolle. Ihr Recht auf Leben führt dazu, dass sie Gefahren, selbst wenn die Gefährdenden ‚nichts dafür können‘, nicht unbegrenzt hinzunehmen brauchen. Notfalls dürfen sie die Gefährdenden sogar töten.“

Im selben Jahr hat *Köhler*⁷⁴ dieselbe Meinung vertreten. Er hält mit der hier vertretenen Ansicht jede „Lebenswert- oder Lebenszeitverrechnung“ für „notstandsrechtlich unhaltbar“ und für einen Verstoß gegen die Menschenwürde.⁷⁵ Aber auch er meint:⁷⁶ „[...] steht Leben gegen Leben, so fällt die mitwirkende objektiv zurechenbare Gefahrverantwortung der in den Angriff Einbezogenen [...] jenen zur Last. Das schließt auch die Tötung ein [...]“

Im Jahr 2007 wendet sich *Hans-Joachim Hirsch*⁷⁷ gegen jede „Quantifizierung von Menschenleben“ und jede „Abwägung von kurzzeitiger und normaler Lebenserwartung“⁷⁸. Stattdessen gehe es darum, „ob sich im Defensivnotstand die Bedrohten dagegen wehren dürfen, dass diejenigen, die mit dem gefahrbringenden Objekt untrennbar [...] verbunden sind, sie mit in den Tod reißen“⁷⁹. Die ohnehin Todgeweihten dürften nur dann geopfert werden, wenn sie „in die Gefahrenquelle involviert“ seien. Er bejaht das für die Flugzeugpassagiere und kommt deshalb zur Zulässigkeit des Flugzeugabschusses.

Als bisher letzter Vertreter der Defensivnotstandstheorie hat im Jahre 2008 *Rogall*⁸⁰ im Anschluss an *Köhler* die Meinung vertreten, die Passagiere seien „Teil der körperlichen Gefahren, die den am Boden befindlichen Personen drohen“. Sie treffe „eine ‚Zustandsverantwortlichkeit‘, die das Urteil erlaubt, dass die Gefahr aus einer Sphäre stammt, an der sie in ihrem So-Sein Anteil haben“. Es liege daher ein rechtfertigender Defensivnotstand vor.

Eine Rechtfertigung durch Defensivnotstand ist allerdings von allen anderen Beurteilern abgelehnt worden,⁸¹ und zwar auch von denen, die den Abschuss aus anderen Gründen für gerechtfertigt halten. Diese Ablehnung ist berechtigt. Denn die Passagiere gefährden niemanden, sondern sind in ganz demselben Maße Opfer der Terroristen wie die Anwesenden im Hochhaus. Dass sie einen Flug angetreten haben, begründet keine Gefahr, und dass sie im Flugzeug saßen, erhöht, wie alle Kritiker übereinstimmend festgestellt haben, die Gefahr für die am Boden Getöteten nicht; deren Tötung wurde allein durch die Terroristen und das Flugzeug verursacht. Sie sind also nicht, wie *Schünemann* sagt, Teil der „Angriffskausalität“, weil sie sich an dem Angriff nicht beteiligen und auch nichts dazu beitragen. Deshalb sind sie auch nicht „Gefährdende“, wie *Gropp* meint, und tragen keine „Gefahrverantwortung“, wie *Köhler* suggeriert. Die räumliche Verbundenheit mit dem Flugzeug, auf die sich *Hirsch* beruft, liefert keine Tötungsrechtfertigung. Es liegt im Gegenteil eine gegen die Menschenwürde verstoßende Verdinglichung der Passagiere vor, wenn man sie als Teil des angreifenden Flugzeugs behandelt. Dasselbe ist gegen *Rogall* einzuwenden, wenn man die Passagiere als „Teil der körperlichen Gefahren“ der am Boden befindlichen Personen beurteilt. Sie sind vielmehr genauso gefährdet wie diese und werden vom selben Schicksal bedroht. Auch die Berufung auf einen Defensivnotstand bietet also keinen gangbaren Weg zur Rechtfertigung eines Abschusses.

3. Rechtsfreier Raum und ähnliche Konstruktionen

Ein weiterer Versuch, in schwierigen Konfliktsituationen zu einem Ausschluss der Rechtswidrigkeit zu kommen, beruht auf der Idee eines „rechtsfreien Raumes“, in dem der Gesetzgeber sich jeder Wertung enthält. Sie ist in der Nachkriegs-

⁸⁰ *Rogall*, NSStZ 2008, 1.

⁸¹ Ich nenne nur: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 34 Rn. 11; *Hilgendorf*, in: Blaschke u.a. (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 107 (S. 119); *Hörnle* (Fn. 6), S. 555 (S. 565 Fn. 57); *Jäger*, JA 2008, 678 (682); *Ladiges*, ZIS 2008, 129 (132); *Merkel*, JZ 2007, 373 (383); *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77c; *Pawlik*, JZ 2004, 1048; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 34 Rn. 30; *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 349a; *Streng*, in: Jahn u.a. (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 135; *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (a.a.O.) § 34 Rn. 74a.

⁷² *Schünemann* (Fn. 10), S. 145 (S. 153).

⁷³ *Gropp*, GA 2006 284 (286).

⁷⁴ *Köhler* (Fn. 8), S. 257.

⁷⁵ *Köhler* (Fn. 8), S. 257 (S. 259).

⁷⁶ *Köhler* (Fn. 8), S. 257 (S. 269).

⁷⁷ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149.

⁷⁸ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149 (S. 159, 161).

⁷⁹ *H.-J. Hirsch* (Fn. 5), S. 149 (S. 161).

zeit vor allem von *Arthur Kaufmann* befürwortet⁸² und gegen Einwände verteidigt worden.⁸³ Freilich hat er den Abschuss gekaperter Flugzeuge, der damals noch kein Diskussionsgegenstand war, nicht unmittelbar behandelt. Wendet man seine Lehre aber auf unseren Fall an, so würde das bedeuten, dass der Abschuss der Maschine weder rechtmäßig noch rechtswidrig, sondern „rechtswertungsfrei“ wäre.

Eine ganz ähnliche Lösung hat neuerdings – aber ohne Rückgriff auf den rechtsfreien Raum – *Otto* entwickelt:⁸⁴ „Der Eingreifende muss hier eine Entscheidung treffen, möglichst viele zu retten. Trifft er diese Entscheidung, so ist sie nicht rechtswidrig im Sinne einer den Wertmaßstäben der Rechtsordnung widersprechenden Entscheidung, sie ist aber im Hinblick auf die Geiseln auch nicht rechtmäßig, so dass die Betroffenen zur Aufopferung ihres Lebens verpflichtet würden. Sie ist schlicht nicht rechtswidrig.“

Das sind aber auch keine zufriedenstellenden Problemlösungen.⁸⁵ Denn wenn das Recht sich einer Bewertung vorsätzlicher Tötungen enthält, kommt das einer Freigaberegelung gleich und läuft im Ergebnis auf eine Tötungsgestattung hinaus, die aus den geschilderten Gründen abzulehnen ist. Und der Vorschlag *Ottos*, wonach ein Abschuss des Flugzeugs weder rechtmäßig noch rechtswidrig ist, lässt offen, wie jenseits dieser Alternative eine dritte Bewertungskategorie möglich sein soll. Der „rechtsfreie Raum“ bietet, wie gesagt, keinen Ausweg aus dem Dilemma. *Otto* bezeichnet denn auch selbst seine Lösung als „fraglich“.

Eine Variante dieser Unentschiedenheitskonzeptionen ist auch die von *Günther*⁸⁶ für „notstandsähnliche Lagen“ – freilich ohne Bezug auf den hier behandelten Fall – entwickelte Annahme eines „Strafunrechtsausschlussgrundes“. Es soll sich dabei um eine Zwischenstufe zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand handeln, bei deren Vorliegen zwar nicht die Rechtswidrigkeit, wohl aber das strafwürdige Unrecht fehlt. Aber eine solche Zwischenstufe ist dem geltenden Recht unbekannt, und sie ist auch unnötig, weil für Fälle fehlender Strafwürdigkeit die noch zu erörternde Kategorie des Verantwortungsausschlusses zur Verfügung steht (dazu unten V.).⁸⁷

4. Die Annahme eines rechtfertigenden Staatsnotstandes oder Ausnahmezustandes

Ein letzter Versuch geht schließlich dahin, den Abschuss des Flugzeugs mit einer staatsgefährdenden Notstandslage zu begründen, die alle sonst für eine Verbrechensabwehr gelten-

den Regeln außer Kraft setzt. So hält *Fischer*⁸⁸, ohne sich freilich dieser Sicht anzuschließen, § 14 Abs. 3 LuftSiG für „eine kriegsrechtlich inspirierte Regelung“. *Jerouschek*⁸⁹ will unter Berufung auf Art. 115a GG (Verteidigungsfall) und die daran anknüpfenden Vorschriften auch die Tötung Unbeteiligter für zulässig erklären: „Zwar wird bislang in der verfassungsrechtlichen Literatur Art. 115a GG auf Angriffe mit Waffen im technischen Sinne bezogen und außerdem ein Angriff grundsätzlich einer ausländischen Staatsmacht vorbehalten, jedoch legt die mit dem 11.9.2001 zu Tage getretene neue Dimension des Terrorismus eine vorsichtige Extensivierung dieser Auslegung nahe. Der Bundeskanzler erhält damit die Befugnis, die zur Abwehr eines solchen Terrorangriffs erforderlichen Maßnahmen, nötigenfalls den Abschuss des Flugzeugs, zu ergreifen.“

*Pawlik*⁹⁰ weist darauf hin, dass im Rahmen der Landesverteidigung (Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG) ein „tödlicher Kollateralschaden“ auch Zivilisten des eigenen Landes zugefügt werden dürfe. Er stellt dabei an die Zulässigkeit eines Abschusses „eines gefährlichen Zivilflugzeugs“ strenge Anforderungen. „Nur wo es um die Abwehr einer existenziellen Bedrohung der Rechtsgemeinschaft geht, kann diese von den unter ihrem Schutz stehenden Personen das äußerste Opfer, die Preisgabe ihres Lebens, verlangen. Die abzuwehrende Handlung muss deshalb ein Gefährdungspotential in sich bergen, das in etwa dem eines Angriffs mit Waffengewalt im Sinne von Art. 115a Abs. 1 GG (Verteidigungsfall) entspricht.“ Er kommt daher zu dem Ergebnis, „dass im Falle einer existenziellen Bedrohung des Gemeinwesens die Ausweitung der Aufopferungspflicht der Bürger bis hin zur Lebenspreisgabe eine nicht prinzipiell illegitime Option darstellt“. Allerdings wird die Regelung des LuftSiG diesen Anforderungen auch nach seiner Meinung nicht gerecht.⁹¹

Inwieweit im Krieg und in kriegsähnlichen Situationen die sonst geltende Rechtsordnung suspendiert und auch die Tötung unbeteiligter Zivilisten in Kauf genommen werden kann, ist eine weitläufige und schwierige Frage,⁹² die hier jedoch nicht weiter verfolgt werden muss. Denn es ist offensichtlich, dass ein Flugzeugabsturz, der Menschen am Boden gefährdet, nicht in diese Kategorie gehört. Er ist erstens nicht auf die Täterschaft von Terroristen beschränkt, sondern kann auch durch geistesverwirrte Entführer, durch Tod oder Handlungsunfähigkeit von Piloten oder die Manövrierunfähigkeit eines Flugzeugs bewirkt werden. Und zweitens ist ein Terroranschlag zwar ein schweres Verbrechen, aber zu einer existenziellen Bedrohung des Gesamtstaates führt er nicht.

⁸² *Kaufmann*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 327.

⁸³ *Kaufmann*, JZ 1992, 981 (983).

⁸⁴ *Otto*, Jura 2005, 470 (479).

⁸⁵ Zum rechtsfreien Raum näher *Roxin* (Fn. 23), § 14 Rn. 26 ff., sowie *Schünemann* (Fn. 10), S. 145.

⁸⁶ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, passim.

⁸⁷ Ausführliche Auseinandersetzung mit *Günther* bei *Roxin* (Fn. 22), S. 181.

⁸⁸ *Fischer* (Fn. 81), § 34 Rn. 11a.

⁸⁹ *Jerouschek* (Fn. 7), S. 185 (S. 198).

⁹⁰ *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1053 ff.).

⁹¹ *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1055).

⁹² Grundlegend (allerdings ohne direkten Bezug auf das LuftSiG) *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, passim; auch *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1086 ff.) behandeln das Problem unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten eingehender.

*Burkhard Hirsch*⁹³ hat mit Recht festgestellt: „Ein Terrorakt ist kein Krieg. Die Täter sind nicht Kombattanten und keine Völkerrechtssubjekte, sondern Verbrecher.“ Und *Höfling/Augsberg* sagen zutreffend:⁹⁴ „In praxi ist es keiner terroristischen Organisation je gelungen, das Fundament der Staatlichkeit zu erschüttern [...]. Insbesondere haben die Anschläge vom 11.9.2001 in New York, die den Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung bilden, zu keinem Zeitpunkt eine destabilisierende Wirkung auf die Vereinigten Staaten gehabt.“ Es ist daher richtig, wenn *Fischer* erklärt:⁹⁵ „Gegenüber unschuldigen Passagieren scheidet in Friedenszeiten eine Berufung auf Kriege aus.“ Auch der Rückgriff auf einen Staatsnotstand kann also einen Abschuss nicht rechtfertigen.

IV. Situationsbeurteilung und Prognose

Alle Bemühungen, den Abschuss einer gekaperten Maschine zur Rettung am Boden befindlicher Personen für rechtmäßig zu erklären, müssen also, soweit dabei unbeteiligte Passagiere getötet werden, schon aus rechtlichen Gründen als verfehlt angesehen werden. Selbst wenn es aber anders wäre, würde eine Rechtfertigung schon aus dem tatsächlichen Grund ausgeschlossen sein, dass es nie in verlässlicher Weise möglich sein wird, zu erkennen oder zu prognostizieren, dass ein Abschuss wirklich das einzige Mittel ist, um die Tötung von Menschen am Boden durch ein Selbstmordattentat zu verhindern und dass außerdem eine Tötung von Menschen an der Abschnitsstelle ausgeschlossen ist.

Mit Recht hat schon das BVerfG⁹⁶ unter Berufung auf die Vereinigung Cockpit und die Flugbegleiter-Organisation betont, dass es sehr schwierig ist, überhaupt festzustellen, dass „ein erheblicher Luftzwischenfall [...] vorliegt“ und dass die „Möglichkeit, die Situation und die Geschehnisse an Bord eines solchen Luftfahrzeugs zu erkennen“, „selbst bei – zudem oft nur schwer herstellbarem – Sichtkontakt eingeschränkt“ seien.

Wie soll man, selbst wenn sich das Vorliegen einer Flugzeugentführung feststellen lässt, sagen können, ob ein Absturz bezweckt ist oder ob nur die Passagiere als Geiseln für erpresserische Forderungen benutzt werden sollen? Wie soll man beurteilen können, ob die weitaus in der Überzahl befindlichen Passagiere die Terroristen nicht noch überwältigen können? Immerhin ist eine solche Überwältigung im Fall des sog. Unterhosen-Bombers gelungen. Selbst beim Angriff auf das World Trade Center haben die Passagiere anscheinend eine vierte Maschine zu einer Kursänderung zwingen können. Wie soll man ferner ausschließen können, dass die Terroristen ihr Ziel verfehlen oder dass auch bei einem Abschuss Menschen am Boden zu Tode kommen?

Die Folgerung des BVerfG, dass alle „Einschätzungen hinsichtlich Motivation und Zielen der Entführer [...] wohl bis zuletzt spekulativ“ bleiben müssten, gilt auch für zahlreiche andere relevante Tatsachen. Unter solchen Umständen

müsste eine vorsätzliche Tötung der Passagiere durch den Staat selbst dann ausgeschlossen werden, wenn sie beim Vorliegen sicherer Erkenntnisse zulässig wäre (was aber auch nicht der Fall ist).

Einige Autoren haben das durchaus erkannt. So sagen *Höfling/Augsberg*:⁹⁷ „Der hypothetisch vorweggenommene Todeseintritt kann – gerade auf Grund massiver, situationsbedingter Entscheidungsnot – wohl niemals ‚sicher‘ angenommen werden.“ Und *Neumann*⁹⁸, der die rechtlichen Bedenken gegen einen Abschuss überwinden zu können glaubt, lässt ihre Zulässigkeit an der Unsicherheit jeder Prognose schließlich doch scheitern. Er sagt: „Richtig ist allerdings, dass eine hinreichend sichere Feststellung, dass einige der Gefährdeten tatsächlich rettungslos verloren sind, häufig nicht möglich ist [...]. Das gilt insbesondere dort, wo – wie in den Fällen einer Flugzeugentführung – die Entwicklung der Gefahrenlage von der Entscheidung dritter Personen abhängt (mit denen typischerweise eine Kommunikation nicht möglich ist). Schon aus diesem Grund dürfte eine strafrechtliche Rechtfertigung des Abschusses eines entführten Flugzeugs in der Regel nicht in Betracht kommen.“

Andere Abschussbefürworter gehen demgegenüber mit dem Problem, dass die Sachlage und ihre Entwicklung schwer zu beurteilen sind, zu leichtsinnig um. Wenn etwa *Jerouschek*⁹⁹, um Bedenken gegen die sachgerechte Beurteilbarkeit der konkreten Situation zu zerstreuen, lapidar sagt, „die Erstellung von Prognosen gehört zum juristischen Alltagsgeschäft“, dann lässt er völlig außer Acht, dass es Prognosen sehr verschiedener Art gibt und dass Voraussagen über das Schicksal entführter Flugzeuge sicher nicht zum juristischen Alltagsgeschäft gehören.

Und *Erb* meint:¹⁰⁰ „Bedenken hinsichtlich praktischer Schwierigkeiten, die Unausweichlichkeit des Todeseintritts sicher festzustellen, berechtigen nicht zur kategorischen Verwerfung des Ansatzes – hier haben wir es vielmehr mit einem prozessualen Problem zu tun, das ggf. über den Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ gelöst werden muss.“ Danach müssten also selbst ernsthafte Zweifel über die Lage zu Lasten der Passagiere gehen, was die Bedenken gegen die Tolerierung eines Abschusses nur verstärkt.

Außerdem darf man nicht verkennen, dass der Abschuss gekapertter Flugzeuge grundsätzlich kein taugliches Mittel der Terrorismusbekämpfung ist. Denn die Terroristen würden auch einen Abschuss als Erfolg feiern, weil sie immerhin ein Flugzeug zum Absturz gebracht und den Tod zahlreicher Menschen bewirkt haben. Der Gesetzgeber wäre deshalb gut beraten, wenn er seine Aufmerksamkeit darauf konzentrierte, terroristische Flugzeugentführungen von vornherein zu verhindern. Das ist durchaus möglich, wenn man lückenlose Kontrollen durchführt, das Eindringen fremder Personen in das Cockpit unmöglich macht und der Maschine bewaffnete Flugbegleiter mitgibt. Es ist heute unbestritten, dass der Anschlag auf das World Trade Center nie hätte gelingen können,

⁹³ *B. Hirsch*, NJW 2007, 1188 (1189).

⁹⁴ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1086).

⁹⁵ *Fischer* (Fn. 81), § 34 Rn. 11.

⁹⁶ BVerfGE 115, 118 (155).

⁹⁷ *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080 (1083).

⁹⁸ *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 77e.

⁹⁹ *Jerouschek* (Fn. 7), S. 194.

¹⁰⁰ *Erb* (Fn. 3), § 34 Rn. 120.

wenn derartige Vorsichtsmaßregeln beachtet worden wären.¹⁰¹ Wenn es aber möglich ist, terroristische Anschläge zu verhindern, besteht erst recht kein Anlass, verfassungswidrige Abschussregelungen in Gesetzesform zu gießen.

V. Der Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Extremfällen

Demnach hält keine der Begründungen, die den Abschuss eines gekaperten, mit unbeteiligten Passagieren besetzten Flugzeugs rechtfertigen sollen, kritischer Betrachtung stand. Durchschlagende juristische Gründe sprechen ebenso dagegen wie die Unmöglichkeit einer hinreichend sicheren Beurteilung der tatsächlichen Situation.

Dies bedeutet aber nicht, dass ein als rechtswidrig zu beurteilender Abschuss auch unter allen Umständen bestraft werden muss. Zwar kommt eine gesetzliche Straffreistellung nicht in Betracht.¹⁰² Denn eine generalisierende Abgrenzung von Fällen, in denen auf eine Bestrafung verzichtet werden kann, lässt sich nicht treffen. Auch könnte eine gesetzliche Straffreistellungsklausel als Ermunterung zum Abschuss und damit zu rechtswidrigem Handeln verstanden werden, was ein Gesetzgeber nicht ohne Selbstwiderspruch tun darf.

Das schließt aber in Grenzfällen die Möglichkeit einer übergesetzlichen Straffreistellung nicht aus, wie sie die h.M. auch sonst in vergleichbaren Fällen für möglich hält, wenn, wie z.B. im Fall der Euthanasieärzte, eine größere Menge von Menschen unter Aufopferung einer kleineren Zahl gerettet wird.¹⁰³ Auch das BVerfG¹⁰⁴ hat wohl an eine solche Möglichkeit gedacht, wenn es sagt, es habe „nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären“.

Eine Reihe von Autoren – ich nenne nur *Dreier*¹⁰⁵, *Frister*¹⁰⁶, *Hilgendorf*¹⁰⁷, *Neumann*¹⁰⁸ und *Beulke*¹⁰⁹ – wollen den Flugzeugabschuss denn auch in dem uns beschäftigenden Fall durch Annahme eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes straflos lassen. Das ist aber aus zwei Gründen keine glückliche Lösung.

Erstens nämlich lässt sich ein Schuldausschluss kaum sinnvoll begründen. Ich habe immer schon – ohne unmittelbaren Bezug zu dem uns beschäftigenden Fall – über die Konstruktion einer Entschuldigung in Fällen der Gefahrengemeinschaft gesagt:¹¹⁰ „Beurteilt man ein Verhalten als rechtswidrig, muss es [...] notwendigerweise gegen das Gesollte verstoßen. Dann aber ist nicht ersichtlich, warum einen Täter, der sich für das Unrecht entschieden hat, kein Schuld-

vorwurf treffen soll.“ *Jakobs*¹¹¹ hat das jetzt zum Gegenstand eines eigenen Aufsatzes gemacht und kommt ebenfalls zu dem Ergebnis: „Um ein Problem der Schuld handelt es sich nicht.“

Der zweite Grund, der gegen die Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschlusses spricht und den auch zwei seiner prinzipiellen Befürworter (*Beulke* und *Neumann*) schon thematisieren, liegt darin, dass das Problem einer unsicheren Tatsachengrundlage und Prognose durch einen generellen Schuldausschluss nicht zu erfassen ist.

Welche Möglichkeiten gibt es aber sonst, um wenigstens in besonders tragischen Einzelfällen im Wege einer Straffreistellung Nachsicht zu üben? *Jakobs*¹¹² meint, die Option „Finger weg!“ „Nicht Schicksal spielen!“ „dürfte bei Katastrophen, die den Staat nicht herausfordern, die angemessene Lösung bilden, aber ansonsten mag sie den Weg zu verlässlicher Rechtlichkeit verfehlen. Freilich sollte das, was dann dem Staat als dem Ordnungsgaranten und nur ihm ermöglicht wird, richtig benannt werden: Ausnahme, nämlich Herausnahme der Opfer aus dem Kreis der Personen im Recht.“

Das ist aber auch kein gangbarer Weg. Denn erstens gibt es keine halbwegs sicheren Kriterien dafür, welche Katastrophen den Staat „herausfordern“ und welche nicht. Zweitens und vor allem aber würde eine Herausnahme der Passagiere aus dem „Kreis der Personen im Recht“, ihre auch von *Jakobs*¹¹³ sogenannte „Entrechtlichung“, gegen die Menschenwürde verstoßen, die jedem Menschen den unveräußerlichen Status als Rechtssubjekt garantiert. Immerhin liegt darin aber keine verkappte Rückkehr zur Rechtfertigungslösung, denn *Jakobs* betont, die Passagiere würden durch ihre „Entrechtlichung“ in einen vorstaatlichen Zustand gestoßen. Sie dürften sich daher wehren, „wie sie wollen“.

Meine eigene Lösung setzt beim Zweck der Strafe an, den ich in „schuldbegrenzter Prävention“ sehe. Nach meiner Konzeption sollte man die Deliktskategorie, die sich an das Unrecht anschließt, nicht, wie es herkömmlicherweise geschieht, auf die „Schuld“ reduzieren, sondern als „Verantwortlichkeit“ verstehen. Die Verantwortlichkeit, d.h. die Möglichkeit und Notwendigkeit der Verhängung von Strafe, setzt nämlich neben der Schuld auch eine präventive Bestrafungsnotwendigkeit voraus.¹¹⁴ Das zeigt schon das geltende Recht. Beim Notwehrexzess etwa (§ 33 StGB) fehlt es nicht an der Schuld. Denn die Grenzen der Notwehr haben nur Sinn, wenn man sie auch einhalten kann. Aber wegen der besonderen Opfersituation des aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überreagierenden Täters fehlt ein Strafbedürfnis, so dass der Gesetzgeber Nachsicht üben kann.

¹⁰¹ Vgl. *B. Hirsch*, NJW 2007, 1188 (1189).

¹⁰² Dazu auch *Hilgendorf* (Fn. 81), S. 107 (S. 130 ff.).

¹⁰³ Ausführlich dazu *Roxin* (Fn. 81), § 22 Rn. 142 ff.

¹⁰⁴ BVerfGE 115, 118 (157).

¹⁰⁵ *Dreier*, JZ 2007, 261 (267).

¹⁰⁶ *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, Kap. 17 Rn. 14.

¹⁰⁷ *Hilgendorf* (Fn. 81), S. 107 (S. 130).

¹⁰⁸ *Neumann* (Fn. 12), § 35 Rn. 62a.

¹⁰⁹ *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, § 11 Rn. 452a.

¹¹⁰ *Roxin* (Fn. 23), § 22 Rn. 154; ganz ähnlich Rn. 156.

¹¹¹ *Jakobs*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, 2010, S. 207 (S. 218).

¹¹² *Jakobs* (Fn. 111), S. 207 (S. 217 f.).

¹¹³ *Jakobs* (Fn. 111), S. 207 (S. 228 mit dortiger Fn. 31).

¹¹⁴ Ausführlich zu alledem *Roxin* (Fn. 23), §§ 19 ff. Dem folgt *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 190, dessen Plädoyer für einen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund (§ 5 Rn. 206e) demnach im hier vertretenen Sinne zu deuten ist.

Im Lichte solchen Verständnisses von Verantwortungsausschluss lässt sich auch für Grenzfälle des Lebensnotstandes die Möglichkeit eines übergesetzlichen Ausschlusses der strafrechtlichen Verantwortlichkeit begründen. Wenn ein Abfangjäger das Terrorflugzeug vergeblich abzudrängen versucht hat, die Hoffnungslosigkeit der Situation aus nächster Nähe überblickt und sich durch sein Gewissen gedrungen fühlt, die Menschen am Boden durch einen Abschuss des Flugzeugs zu retten, lädt er zwar immer noch die Schuld einer unrechtmäßigen Tötung der Passagiere auf sich. Aber man kann auf eine Bestrafung verzichten, weil der Täter nicht aus kriminellen Motiven, sondern aus Gründen der Lebenserhaltung gehandelt hat, weil nicht wenige rechtsgelehrte Beurteiler ein solches Verhalten sogar billigen und weil einer Gewissensentscheidung auch von der Verfassung (Art. 4 GG) ein zwar nicht Rechtswidrigkeit und Schuld, unter Umständen aber doch ein die Strafe ausschließender Stellenwert zugesprochen wird.¹¹⁵

Anders fällt die Beurteilung dagegen aus, wenn jemand bei sehr unsicherer Möglichkeit einer Situationsbeurteilung und Prognose aus reinem Draufgängertum das Passagierflugzeug abschießt, wenn er damit rechnen muss, dass auch an der Abschussstelle Menschen zu Tode kommen oder wenn er das Passagierflugzeug hauptsächlich deswegen abschießt, weil darin eine Gruppe ihm verhasster Politiker sitzt. In Fällen solcher Art kann aus leicht ersichtlichen präventiven Gründen auf eine Bestrafung nicht verzichtet werden.

Die hier vorgeschlagene Lösung hat gegenüber der Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschlusses nicht nur den Vorzug größerer Begründungskorrektheit. Sie gestattet auch sachgerechte Differenzierungen, die bei einem allein auf die Fahrgemeinschaft und die Rettungschancen gegründeten pauschalen Schuldausschluss nicht möglich sind.

Damit bin ich am Ende meiner Darlegungen. Sie betreffen einen Fall, der sich hoffentlich nie ereignen wird. Seine Erörterung erscheint mir dennoch wichtig und nützlich. Denn sie führt in straf- und verfassungsrechtliche Grundfragen, deren Beantwortung für unsere Rechtskultur von erheblicher Bedeutung ist.

¹¹⁵ Vgl. zur Gewissensentscheidung näher *Roxin*, in: Kaufmann/Mestmäcker/Zacher (Hrsg.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, S. 389; *Roxin*, GA 2011, 1.