

## § 13: Der rechtfertigende Notstand und verwandte Fälle

### I. Die Grundvorschrift nach § 34 StGB

#### 1. Notstandslage

Gem. § 34 S. 1 StGB setzt das Gesetz für eine Notstandslage das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut voraus.

#### a) Notstandsfähige Rechtsgüter

Notstandsfähig sind alle Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit, soweit sie in der konkreten Situation schutzbedürftig und schutzwürdig sind (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 447). Exemplarisch nennt § 34 S. 1 StGB Leben, Leib, Freiheit, Ehre und Eigentum.

Besonderer Beachtung bedarf dabei jedoch der Notstand zugunsten von Rechtsgütern der Allgemeinheit. Im Ergebnis dürfte ein Notstand zugunsten von Kollektivrechtsgütern kaum anzunehmen sein:

- Regelmäßig wird die Gefahr auf andere Weise – insb. durch die Anrufung der Obrigkeit – abwendbar sein.
- Die Notwehrunfähigkeit von Rechtsgütern der Allgemeinheit (vgl. KK 202) darf durch Gewährung eines Notstands nicht unterlaufen werden.

## b) Gegenwärtige Gefahr

Eine gegenwärtige Gefahr ist ein Zustand, dessen Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden (RGSt 66, 222; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 451). Da die Strafbarkeit einer Tathandlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme feststehen muss, kommt es für das Vorliegen einer Gefahr maßgebend auf ein ex ante zu bestimmendes Wahrscheinlichkeitsurteil an (*Roxin* AT I § 16 Rn. 15). Überwiegend wird für dieses Urteil auf die Vorstellung eines verständigen Beobachters in der Situation des Betroffenen abgestellt (vgl. ausführlich *Kretschmer* Jura 2005, 662, 664).

Der Gefahrursprung ist gleichgültig: Auch Naturereignisse, Kriegswirren o.ä. sind erfasst. Der Begriff der Gefahr ist daher gegenständlich weiter als der des Angriffs i.S.d. § 32 StGB.

Der Begriff der Gefahr ist bereits weiter als der des Angriffs. Hieraus wird geschlossen, dass der Begriff der gegenwärtigen Gefahr auch in zeitlicher Hinsicht über den gegenwärtigen Angriff bei der Notwehr hinausgeht (*Kindhäuser* AT § 17 Rn. 20). Unter § 34 StGB fällt damit auch die sog. Dauergefahr. Sie liegt vor, wenn die Gefahr so dringend ist, dass sie jederzeit, alsbald – auch wiederholt – in einen Schaden umschlagen kann, mag auch die Möglichkeit offen bleiben, dass der Eintritt des Schadens noch eine Zeit lang auf sich warten lässt (BGH NJW 1979, 2053, 2054).

Bsp.:

- BGH NJW 1979, 2053: *Ein unbekannter Mann U terrorisierte ein Ehepaar dadurch, dass er mehrmals nachts in dessen Wohnung eindrang. Stets gelang dem Eindringling jedoch die Flucht vor dem Ehemann M und der Polizei. Das Paar war mit der Zeit derart zermürbt, dass es seinen Lebenswandel komplett umstellte, abends nicht mehr ausging und ständig in „Alarmbereitschaft“ war. In der Tatnacht wurde M durch ein Geräusch geweckt und sah an seinem Bett einen Mann stehen. Als M seine Pistole ergriff, wandte sich U zur Flucht. M lief hinterher, aber U war wieder schneller. M rief mehrfach „Halt oder ich schieße!“ und schoss schließlich, da U nicht stehenblieb. M wollte den Eindringling dingfest machen und so der für seine Familie unerträglichen Situation ein Ende bereiten. M traf U in die linke Gesäßhälfte.*

Da U das Paar seit längerer Zeit wiederholt aufsuchte, hat er das Familienleben massiv eingeschränkt und damit eine fortdauernde Gefahr für die Freiheit der Eheleute geschaffen, die jederzeit zum vollständigen Verlust der häuslichen Bewegungsfreiheit führen und damit in einen Schaden umschlagen konnte. Eine Notstandslage (Dauer Gefahr) liegt damit vor. In der vorzunehmenden Güterabwägung (Freiheit der Eheleute vs. körperliche Unversehrtheit des U) ist auch zu beachten, dass U den Konflikt selbst verschuldet hat (s. zu diesem Abwägungsgesichtspunkt KK 250), so dass der Schuss auf das Gesäß als verhältnismäßig angesehen werden kann, M also nach § 34 StGB gerechtfertigt ist (ausführliche Lösung dieses Falls: *Jäger* Examens-Repetitorium AT Rn. 158).

- Auch in den sog. Haustyrannen-Fällen (vgl. etwa BGHSt 48, 255; s. auch § 12 [Notwehr], KK 205 ff.) lässt sich eine Notstandsgefahr über die Dauer Gefahr begründen.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Gegenwärtigkeit der Dauergefahr*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notstand/dauergefahr/>

## 2. Notstandshandlung

Nach § 34 S. 1 StGB darf die Gefahr nicht anders abwendbar gewesen sein. Mit anderen Worten: Die Abwehrhandlung muss erforderlich sein. Erforderlich ist diejenige Abwehr, die objektiv zur Abwendung der Gefahr geeignet ist und zugleich das relativ mildeste der in Betracht kommenden Verteidigungsmittel darstellt (BGHSt 2, 242; *Kindhäuser* AT § 17 Rn. 22).

### a) Geeignetheit

Dabei sind an die Geeignetheit des Mittels strenge Anforderungen zu stellen, damit nicht nutzlos in fremde Rechtsgüter eingegriffen wird. Jedoch ist ein Mittel nicht schon deswegen ungeeignet, weil es den Schaden nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abwenden kann (*Roxin* AT I § 16 Rn. 23).

### b) Mildestes Mittel

Im Unterschied zur Notwehr ist hier jede erreichbare Hilfe zur Gefahrenabwehr herbeizuholen und von einer bestehenden Ausweichmöglichkeit zwingend Gebrauch zu machen (Sch/Sch/*Perron* § 34 Rn. 20).

- Bsp. (nach OLG Braunschweig StraFo 2013, 348): *P baut Cannabis allein zum Zwecke der schmerzlin-dernden Eigenbehandlung an*. Eine Strafbarkeit gem. § 29 BtMG entfällt dann nicht gem. § 34 StGB, wenn er die Möglichkeit hatte, die Gefahr durch eine nicht tatbestandsmäßige Handlung (nämlich nach Einholung einer behördliche Genehmigung gem. § 3 II BtMG) abzuwehren.
- Haustyrannen-Fall (BGHSt 48, 255): Notstandstäter muss zumindest versucht haben, Hilfe staatlicher Stellen in Anspruch zu nehmen.

Auch die Verletzung geschützter Interessen Dritter kann das mildeste Mittel zur Gefahrenabwehr sein. Ist ihre Inanspruchnahme bereits durch einen anderen Rechtfertigungsgrund (z.B. durch Einwilligung des Berechtigten) gedeckt, ist sie i.d.R. auch das mildeste Mittel i.S.d. § 34 StGB.

Dies bedeutet aber nicht, dass derjenige, in dessen Rechtsgüter eingegriffen wird, stets als „milderes Mittel“ zunächst um seine Einwilligung gebeten werden muss (*Roxin AT I § 16 Rn. 24; Kühl AT § 8 Rn. 91 f.*).

Bsp. (nach Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 20): *Arzt A führt heimlich einen HIV-Test bei B durch, um dadurch Dritte, denen durch die Infektion eine gegenwärtige Gefahr droht, zu schützen. Es wäre A möglich gewesen, B um eine Einwilligung zu bitten.*

- ⊕ Es ist sinnwidrig, vom Handelnden zu verlangen, dass er bei Vorliegen einer Notstandslage zunächst eine Einwilligung einholt. Denn: Wäre das Handeln auch bei versagter Einwilligung nach § 34 StGB gerechtfertigt (was der Fall ist, wenn die Interessenabwägung zugunsten des gefährdeten Rechtsguts ausfällt und der Eingriff angemessen ist), würde das zu rettende Rechtsgut dadurch unnötig weiter gefährdet.

### 3. Abwägung der widerstreitenden Interessen

Zur Rechtfertigung der Tat setzt § 34 S. 1 StGB überdies voraus, dass bei einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.

#### a) Abwägungsgesichtspunkte

In die Abwägung sind alle schutzwürdigen Interessen einzubeziehen, die als Erhaltungs- oder Eingriffsgut durch den konkreten Konflikt unmittelbar oder mittelbar betroffen sind (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 459). Dazu gehört eine Reihe von Aspekten, von denen keiner absolute Geltung beanspruchen kann. Vielmehr wird jeder Aspekt von anderen ergänzt und relativiert (*Roxin* AT I § 16 Rn. 26).

#### aa) Strafrahmenvergleich

Sind sowohl gefährdendes als auch abwehrendes Verhalten auf eine Tatbestandsverwirklichung gerichtet, können aus einem Strafrahmenvergleich Schlüsse auf das Rangverhältnis der geschützten Rechtsgüter gezogen werden.

- Bsp.: Die Strafdrohungen von §§ 123, 177 StGB deuten darauf hin, dass durch Notstand gerechtfertigt ist, wer zur Verhinderung einer Vergewaltigung fremdes Hausrecht verletzt.

Dabei sollte dieser Gesichtspunkt jedoch nicht überbewertet werden, da sich auch Fälle bilden lassen, in denen dieser Schluss verfehlt erscheint.

- Bsp. (nach OLG Frankfurt NJW 1975, 271): *Der Leiter einer Berufsgenossenschaft ordnet die Entnahme einer Blutprobe zwecks Überprüfung des BAK-Wertes des Verstorbenen an, um eine unberechtigte Zahlung einer Hinterbliebenenrente zu vermeiden. Eine Rücksprache mit den Hinterbliebenen war aus Zeitgründen nicht möglich, da die Leiche stark blutete und der BAK-Wert deshalb bei Zuwarten nicht mehr hätte bestimmt werden können.* Strafbarkeit des Leiters gem. § 168 StGB? Hier scheitert eine Rechtfertigung des Leiters nicht schon daran, dass das von ihm durch die Blutentnahme geschützte (Vermögens-)Interesse der Beitragszahler im konkreten Fall ohne Strafschutz ist (§ 263 StGB: Es hätte keine Täuschung der Versicherung durch die Witwe vorgelegen.) ist, während das Pietätsgefühl der Witwe durch eine Strafvorschrift (§ 168 StGB) gesichert wird.

## bb) Wertgefälle der Rechtsgüter

Auch ist das Wertverhältnis der widerstreitenden Rechtsgüter zu betrachten, wobei sich drei Leitlinien aufstellen lassen (vgl. *Roxin AT I* § 16 Rn. 29):

- Ordnungsvorschriften treten hinter den Schutz vor konkreten Beeinträchtigungen zurück.

Bsp.: Auf das Wertgefälle der Rechtsgüter bezogen überwiegt ein durch den Verkauf außerhalb der Öffnungszeiten abgewendeter erheblicher Sachschaden (z.B. eine große Menge sonst verderbenden teuren Fisches) eine Verletzung des LadÖG BW. Weitere Gesichtspunkte (wie z.B. Entstehung der Gefahr aus der Sphäre des Eingriffsopfers) lassen aber im konkreten Fall ein eindeutiges Überwiegen des geschützten Interesses zweifelhaft erscheinen.

- Die Persönlichkeitswerte sind den Sachgütern vorzuziehen.

Bsp.: Die Sachbeschädigung einer öffentlichen Sache (§ 304 StGB) ist zur Abwendung einer Körperverletzung (§ 223 StGB) zu rechtfertigen.

- Der Schutz von Leib und Leben begründet ein höheres Interesse auch gegenüber der Bewahrung anderer Persönlichkeitswerte oder überindividueller Rechtsgüter.

Bsp. (OLG Frankfurt NJW 2000, 875; vgl. auch OLG Frankfurt NStZ 2001, 149): *Der die Schweigepflicht (§ 203 StGB) verletzende Arzt ist gerechtfertigt, wenn der HIV-Infizierte das Informieren der potenziell Gefährdeten verweigert* (zust. *Wolfslast* NStZ 2001, 151; LK/*Zieschang* § 34 Rn. 68a).

Diese Regeln gelten aber nicht ausnahmslos: Wenn z.B. Terroristen für die Schonung einer Geisel die massive Beeinträchtigung wichtiger Staatsinteressen verlangen, verdient das Leben der Geisel nicht unter allen Umständen den Vorzug, vgl. den Fall *Schleyer* (BVerfG NJW 1977, 2255).



### **cc) Intensität der drohenden Rechtsgutsverletzung**

Insbesondere bei einem ähnlichen Rang der bedrohten Rechtsgüter kann dem Ausmaß der drohenden Rechtsgutsverletzung entscheidende Bedeutung zukommen. Aber auch bei unterschiedlichem Rangverhältnis kann das Ausmaß der Rechtsgutsverletzung den Wertunterschied relativieren. So kann z.B. auch eine kurzfristige, folgenlose Freiheitsberaubung von wenigen Minuten zur Verhinderung eines sehr hohen Sachschadens gerechtfertigt sein.

### **dd) Grad der drohenden Gefahren**

Wer zur Abwehr eines ansonsten mit Sicherheit eintretenden Schadens eine Rettungshandlung vornimmt, die ein anderes Rechtsgut nur in geringem Maße gefährdet, wird i.d.R. das überwiegende Interesse auf seiner Seite haben (*Roxin AT I § 16 Rn. 43*).

- Bsp.: *Zur Rettung eines Schwerstverletzten überschreitet der Retter die zulässige Höchstgeschwindigkeit (vgl. Rengier AT § 19 Rn. 30)*. Zwar ist die zulässige Höchstgeschwindigkeit sicher überschritten. Hinsichtlich des Risikos für andere Verkehrsteilnehmer ist der Grad der Gefahr jedoch i.d.R. geringer als der Grad der Gefahr für den Schwerstverletzten.

## ee) Keine Abwägung Leben gegen Leben

In Konfliktlagen, in denen sich Leben und Leben gegenüberstehen, ist der Grundsatz absoluten Lebensschutzes zu beachten, der einer Abwägung Leben gegen Leben entgegensteht: Menschliches Leben ist nicht quantifizierbar (BGHSt 34, 347; *Roxin AT I* § 16 Rn. 34; *Kindhäuser* § 17 Rn. 30).

Bsp.:

- *Nicht gerechtfertigt ist der Arzt, der den Patienten mit 30 %-iger Überlebenschance zugunsten eines anderen mit 70 %-iger Überlebenschance vom einzigen verfügbaren Beatmungsgerät nimmt.*
- *Nicht gerechtfertigt ist der Bahnwärter, der einen führerlosen Zug auf einen voll besetzten Personenzug zurollen sieht und den Zug im letzten Moment auf ein Nebengleis lenkt, auf dem ein Bahnarbeiter arbeitet, der vom Zug erfasst und getötet wird.*

Umstritten ist jedoch, ob sich der Grundsatz der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens auch in den Fällen der sog. **Gefahrengemeinschaft** durchhalten lässt. Damit sind Konstellationen gemeint, in denen mehrere Menschen gemeinsam in Gefahr sind und einer geopfert wird, um den Tod der übrigen zu verhindern.

Bsp.:

- Bergsteiger-Fall: *Von den beiden durch ein Seil verbundenen Bergsteigern stürzt der untere. Der obere – unfähig, sich und den Verunglückten zu halten – schneidet das Seil hinter sich ab, um nicht selbst abzustürzen.*
- Mignonette-Fall: *Die Besatzung der gekenterten Yacht „Mignonette“ trieb 20 Tage ohne Nahrung in einem Rettungsboot auf offener See und drohte zu verhungern. Daraufhin tötete der Kapitän den möglicherweise schon im Sterben liegenden Schiffsjungen, um sich von Blut und Fleisch des Getöteten am Leben zu halten.*
- Euthanasie-Fall: *Im Dritten Reich wirkten Ärzte an der Tötung einiger Geisteskranker aus ihren Anstalten mit, weil sie im Weigerungsfall durch Handlanger des Regimes ersetzt worden wären, die alle Anstaltsinsassen umgebracht hätten.*

Teilweise (Kern ZStW 1952, 290; Brauneck GA 1959, 271; anders die h.M., vgl. Roxin AT I § 16 Rn. 39; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 466) wird in diesen Fällen eine Rechtfertigung für möglich gehalten.

- ⊕ Es kann nicht verboten sein, ein ansonsten unvermeidbares größeres Übel zu verringern.
- ⊖ Auch die Tötung eines ohnehin Verlorenen ist eine eigenmächtige Verkürzung des Lebens.
- ⊖ Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes würde aufgeweicht werden.



### **Diskussionsrunde:** Abschuss eines von Terroristen entführten Passagier-Flugzeuges

In diesem Zusammenhang relevant und umstritten ist die Frage nach der Legitimität des Abschusses eines von Terroristen entführten Linienflugzeuges durch ein Militärflugzeug, bevor ersteres gezielt als Waffe eingesetzt in ein Hochhaus oder voll besetztes Fußballstadion gesteuert werden kann. Der unter dem Eindruck der Anschläge vom 11. September 2001 erlassene § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz, welcher die Bundeswehr in einem derartigen Fall zu einem Abschuss ermächtigt hatte, wurde vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt (BVerfGE 115, 118 ff.). Ein staatlicher Abschuss verstoße gegen die Menschenwürde und das Recht auf Leben der an der Entführung unbeteiligten Passagiere an Bord, deren Leben – so stark gefährdet es in dieser Situation auch erscheine – nicht als Mittel zum Zweck der Verhinderung noch größeren Unheils instrumentalisiert werden dürften. Das Urteil bezog sich dabei allerdings allein auf die ermächtigende Norm und die Frage, ob dem Staat ein solches Eingriffsrecht zuzugestehen sei. Keine Aussage traf es zu der Frage, wie der gleichwohl vorgenommene Abschuss durch einen einzelnen Piloten strafrechtlich zu würdigen wäre.

Während die Tötung der sich an Bord befindlichen Terroristen als Nothilfe gemäß § 32 StGB und eine Zerstörung des Flugzeuges als Defensivnotstand nach § 228 BGB gerechtfertigt wäre, ist die bei einem Abschuss unvermeidliche Tötung der unbeteiligten Passagiere ggf. nicht zu überwindenden Bedenken ausgesetzt. Eine Rechtfertigung über § 34 StGB käme in Betracht, da sich die drohende Gefahr eines Einsatzes des Flugzeuges

als Waffe gegen Tausende anderer Menschen nur durch einen vorherigen Abschuss abwenden ließe, scheitert aber am grundsätzlichen Verbot der gegenseitigen Abwägung von Menschenleben (absoluter Lebensschutz).

Gleichwohl befürwortet eine beachtliche Mindermeinung eine Straffreistellung des Piloten bereits auf Rechtfertigungsebene, wobei sich die Anknüpfungspunkte unterscheiden:

- Teilweise (MüKo/Erb § 34 Rn. 122 ff.) wird auch in diesem Fall der Gedanke der gerechtfertigten Tötung innerhalb von Gefahrgemeinschaften aufgegriffen und präzisiert. Die unbeteiligten Passagiere im Flugzeug bildeten mit denjenigen, die sich im von den Terroristen als Ziel ausgemachten Hochhaus befänden, eine Gefahrgemeinschaft. Die Besonderheit sei hierbei nun, dass die Rettungschancen innerhalb dieser Gefahrgemeinschaft einseitig verteilt seien. Sie lägen allein auf Seiten der Personen im Hochhaus. Es müsse zumindest dort eine Ausnahme vom kategorischen Ausschluss von Notstandstötungen gemacht werden, wenn für den/die Getöteten von vornherein keine Möglichkeit bestehe, der Gefahr zu entrinnen. Die Passagiere seien unauflöslich in die Gefahrenquelle eingebunden und daher unrettbar verloren.
  - ⊕ In diesen Fällen würde die Rechtsordnung mit einer Gestattung der tödlichen Notstandshandlung nicht über das bereits besiegelte Schicksal der Betroffenen disponieren, sondern nur darauf verzichten, durch das Tötungsverbot im Notstand weitere Menschen mit in den Tod zu reißen.
  - ⊖ Auch das Leben eines Todgeweihten steht unter dem Schutz der Rechtsordnung.

- ⊖ Man kann nie mit Sicherheit sagen, ob das Flugzeug nicht doch – etwa nach einer Überwältigung der Terroristen durch die Passagiere – notlanden kann und die sich an Bord befindlichen Personen unversehrt bleiben. Der Ansatz bedeutet eine Abkehr vom Prinzip der Irrelevanz qualitativer Kriterien beim Lebensnotstand, denn die Begründung beruht auf einem Prognoseurteil außenstehender Dritter, die die Chancenlosigkeit ex ante feststellen und damit Lebenschancen qualifizieren.
- Andere bemühen die Figur des strafrechtlichen Defensivnotstands (*Rogall* NStZ 2008, 1 ff.; *Gropp* GA 2006, 284 ff.), welche etwa auch zur Rechtfertigung des Arztes bei einer Perforation herangezogen wird. Diese greife in Fällen, in denen die Gefahr von Menschen ausgeht, ohne dass den „Gefährdern“ diese durch sie drohende Gefahr als rechtswidrige Handlung zugeordnet werden kann. Gleichwohl hätten von diesen Gefahren betroffene Dritte die Verwirklichung der Gefahr nicht zu dulden. Die Aufopferung ihres Lebens könne ihnen nicht abverlangt werden, so dass sie zur Abwehr der Gefahr auf Kosten dessen berechtigt seien, aus dessen Sphäre die Gefahr drohe. Hierzu würden die Wertungen des § 228 BGB analog herangezogen, was dazu führe, dass Abwehrmaßnahmen bis an die Grenze der Verhältnismäßigkeit zulässig seien und notfalls sogar die Tötung desjenigen gestattet sei, von dem die Gefahr herrühre.
  - ⊖ Die Anwesenheit der Passagiere im Flugzeug hat die Gefahr weder in zurechenbarer Weise geschaffen noch erhöht. Die unbeteiligten Passagiere sind in keiner Weise für den Defensivnotstand verantwortlich, da sie selbst Opfer und nicht Urheber der Flugzeugentführung seien.
  - ⊖ Unabwägbarkeit von Leben gegen Leben.

- Vereinzelt (*Hartleb* NJW 2005, 1397, 1400 f.; *Roxin* AT I § 22 Rn. 152) wird auch aus dem Widerstandsrecht in Art. 20 IV GG die Verpflichtung unschuldiger Bürger abgeleitet, im Notfall ihr Leben zugunsten der politischen Gemeinschaft hinzugeben, was dann einen Abschuss rechtfertigen würde.
  - ⊖ Das Widerstandsrecht soll nur Bürgern zur Seite stehen. Art. 20 IV GG will staatliche Kompetenzen gerade nicht erweitern, sondern begrenzen.

Die wohl h.M. (*Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 Rn 117; *Wessels/Beulke/Satzger* Rn. 679b; *Roxin* AT I § 16 Rn. 88) lehnt auch in dieser Fallkonstellation eine Rechtfertigung des Abschusses unter Verweis auf den absoluten Grundsatz der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens ab. Da der Unrechtsgehalt der Tat herabgesetzt erscheint, komme Entschuldigung in Betracht.

- Ein entschuldigender Notstand nach § 35 StGB ist allerdings abzulehnen. Zwischen dem den Abschuss ausführenden Piloten und den Passagieren besteht kein Näheverhältnis, wie es § 35 StGB fordert.

Die Lösung wird in einem übergesetzlichen entschuldigenden Notstand bzw. Verantwortungsausschluss gesehen. Die Gefahrgemeinschaft stelle einen anerkannten Anwendungsfall dieses übergesetzlichen Notstandes dar. Der Täter würde sich in schwere sittliche Schuld verstricken, wenn er dem Geschehen einfach seinen Lauf ließe. Es fehle an präventiver Bestrafungsnotwendigkeit, weil das Motiv des Abschusses in der Rettung von Menschenleben bestand, der Tat somit keine rechtsgutsfeindliche, sondern eine rechtsguterhaltende Tendenz anhafte. Es erscheint nicht vorwerfbar, wenn in extremen Ausnahmefällen das Leben weniger todgeweihter Menschen geopfert werde, um eine große Menschenmenge zu retten.

- ⊖ Der Abschuss bleibt rechtswidrig, so dass das abschießende Flugzeug in Nothilfe mit Blick auf die Passagiere wiederum abgeschossen werden dürfte.
- ⊕ Gegenargument: Bei schuldlos handelnden Angreifern ist das Notwehrrecht gerade eingeschränkt.

Zum übergesetzlichen Notstand vgl. die KK zur Schuld im weiteren Vorlesungsverlauf.

Der Fall wurde jüngst von Schriftsteller und Strafverteidiger Ferdinand von Schirach in sein interaktives Theaterstück „Terror“ integriert, das die Hauptverhandlung des Strafverfahrens gegen einen Piloten der Bundeswehr nachstellt, der eigenmächtig ein entführtes Passagierflugzeug abschoss. Den anwesenden Zuschauern wird dabei die Rolle von Schöffen zugewiesen. Sie werden am Ende des Stückes aufgefordert, über ein Abstimmungsgerät ihr persönliches Urteil (schuldig oder Freispruch) auszusprechen. Am 17.10.2016 strahlte die ARD eine Verfilmung des Theaterstückes aus. Die sich anschließend beteiligenden Fernsehzuschauer forderten zu 87 % einen Freispruch, während 13 % für eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe wegen Mordes votierten. In den Theatern liegt die Freispruchquote deutschlandweit nur bei knapp 60 %.

Insbesondere die Fernsehadaptation des Falles sah sich namhafter Kritik ausgesetzt. Bundesrichter Thomas Fischer etwa konstatierte eine „Manipulation der Öffentlichkeit“ und sah in der Zuspitzung auf die Frage Freispruch oder Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe eine populistische Verkürzung der rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten (vgl.: [strafrecht-online.org/fischer-zeit](http://strafrecht-online.org/fischer-zeit)).



## ff) Das Autonomieprinzip

Zu Lasten des verteidigten Rechtsguts muss ggf. berücksichtigt werden, dass die Notstandssituation zu Lasten der Rechtsgüter eines Unbeteiligten gelöst wird (Fall des aggressiven Notstands, der seinen Niederschlag in § 904 BGB gefunden hat).

- Bsp.: *Der Arzt A nimmt dem Patienten P gegen dessen Willen zwangsweise Blut ab, um mit dem Blut das Leben eines Schwerverletzten zu retten.*

Die h.M. (Wessels/Beulke/Satzger AT § 9 Rn. 473 ff.; Kindhäuser AT § 17 Rn. 31; a.A. Roxin AT I § 16 Rn. 49) ist in diesem Fall sehr streng. Der Persönlichkeitsautonomie wird ein so hoher Wert zugesprochen, dass ein Zwangseingriff gegen die Menschenwürde verstoßen würde und ein Überwiegen des Lebenserhaltungsinteresses deshalb ausgeschlossen wird.

- ⊖ Diese Wertung stellt einen Widerspruch dar, da die StPO in § 81a zwangsweise Blutentnahmen sogar zur Aufklärung relativ geringfügiger Delikte zulässt. Es ist dann aber nicht ersichtlich, wieso ein ähnlicher Eingriff zur Rettung eines Menschenlebens unzulässig sein sollte.

Eine a.A. stellt das Autonomieprinzip erst bei der Frage der Angemessenheit und nicht bereits bei der Güterabwägung in Rechnung.

## gg) Wertung anderer gesetzlicher Regelungen

Für die Abwägung maßgebliche Faktoren sind oft auch Wertungen, die sich in gesetzlichen Regelungen außerhalb des § 34 StGB niedergeschlagen haben.

- Bsp.: *Das Abhören eines Gesprächs des Verteidigers mit seinem Mandanten in der U-Haft unter Verstoß gegen § 201 StPO kann nicht über § 34 StGB gerechtfertigt werden, denn über die Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen hat der Gesetzgeber schon in § 148 StPO befunden.*

Ausnahmsweise wird man aber eine Rechtfertigung nach § 34 StGB zulassen müssen, wenn die drohende Gefahr so exorbitant und atypisch ist, dass sie in die Abwägung der gesetzlichen Spezialregelung nicht eingegangen ist (Roxin AT I § 16 Rn. 52).

- Bsp.: *Das Abhören kann in o.g. Situation zulässig sein, wenn es zur Verhinderung einer konkret drohenden Mordtat nötig ist. Ein solches Ereignis liegt nicht innerhalb der von § 148 StPO berücksichtigten Möglichkeit.*

Eine Beseitigung der Gefahr ist auch dort nicht nach § 34 StGB zu rechtfertigen, sofern sich aus dem Zusammenhang der Rechtsordnung ergibt, dass die Beeinträchtigung hingenommen werden muss.

- Bsp.: *Ein rechtskräftig, aber unschuldig Verurteilter darf sich der Haft nicht unter Berufung auf § 34 StGB durch Niederschlagen von Wärtern entziehen, sondern ist auf die gesetzlichen Rechtsbehelfe zu verweisen.*

## hh) Verschuldung der Notstandslage

In Abkehr von *Bindings* (Handbuch des Strafrecht Bd. I 1. Aufl. 1885 S. 778) Motto „Wer sich in Gefahr begeben hat, komme darin um“ besteht heute Einigkeit (*Roxin AT I § 16 Rn. 60 m.w.N.*) darüber, dass ein Verschulden der Notstandslage die Berufung auf § 34 StGB nicht ausschließt. Das Verschulden bzw. Nichtverschulden der Notstandslage muss aber bei der Interessensabwägung Berücksichtigung finden.

- Bsp. (nach BGH VRS 1969, 23): *Der Täter verursacht mit Eventualvorsatz einen Verkehrsunfall und fährt anschließend unter Verstoß gegen § 142 I StGB davon, um einer Verprügelung zu entgehen.*

Die Rspr. (OLG Köln VRS 1979, 63; BayObLG NJW 1978, 2046) nimmt in ähnlichen Fällen eine Rechtfertigung nach § 34 StGB an. Wenn aber – wie hier – der Täter zwar nicht absichtlich, aber doch mit bedingtem Vorsatz die Gefahr und die daraus resultierende rechtsgutsverletzende „Rettung“ in seinen Plan aufnimmt, überwiegt sein Interesse an körperlicher Unversehrtheit das Feststellungsinteresse des Verletzten nicht mehr wesentlich.

## ii) Tätigwerden auf der Seite des Unrechts

Umstritten ist die Frage, wie die Konstellation zu lösen ist, in der der in fremde Rechtsgüter eingreifende Täter durch die Nötigung eines Dritten in die Gefahrenlage gebracht wird.

- Bsp.: *A wird durch eine Todesdrohung zur einem Meineid oder einem Diebstahl veranlasst.*

Dieses Problem des sog. Nötigungsnotstandes wird im Rahmen des § 35 StGB behandelt.

## jj) Besondere Pflichtenstellungen

Auch besondere Pflichtenstellungen können zur Verschiebung der Interessenabwägung führen. Der Soldat, Polizist oder Feuerwehrmann wird in manchen Fällen auch um des Schutzes und der Rettung von Sachwerten willen Leib- und Lebensgefahren auf sich nehmen müssen, so dass er sich nicht unter Berufung auf § 34 StGB der Gefahr entziehen darf. Zu beachten ist jedoch, dass die Gefahrtragungspflichten keine Aufopferungs-, sondern nur Risikopflichten sind: Sind der Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, ist das Ausweichen auch bei Bestehen einer besonderen Pflichtenstellung wieder durch § 34 StGB gerechtfertigt.

## kk) Individuelle Bedeutung der Schäden für die jeweils Betroffenen

Ein bei der Abwägung zu berücksichtigender Faktor ist ferner die Bedeutung der konkreten Sachen für die Betroffenen, die nach obj. Maßstab, aber unter Berücksichtigung der individuellen Gegebenheiten zu beurteilen ist (*Roxin AT I § 16 Rn. 71*).

- Bsp.: *Der Student S, der seine über Wochen mühsam angefertigte Hausarbeit nur durch eine Sachbeschädigung vor dem Verlust bewahren kann, ist auch dann nach § 34 StGB gerechtfertigt, wenn der Wert der Arbeit hinter dem zugefügten Schaden zurückbleibt.*

## II) Entstehung der Gefahr aus der Sphäre des Eingriffsoffers

Auch kann zu berücksichtigen sein, dass es sich um einen Fall des Defensivnotstands handelt. § 228 BGB enthält für den Fall der von einer Sache ausgehenden Gefahr eine Spezialregelung, während bei der Abwehr einer vom Menschen ausgehenden Gefahr regelmäßig schon § 32 StGB eingreift. *Roxin* AT I § 16 Rn. 73 unterscheidet aber vier Ausnahmefallgruppen, in denen weder § 228 BGB noch § 32 StGB einschlägig sind und insofern Raum für § 34 StGB bleibt:

- Bedrohung durch eine Nichthandlung (z.B. ein auf die Gegenfahrbahn geschleudertes Auto)
- Gefährdung trotz sorgfaltsgemäßer Handlung (z.B. droht ein Autofahrer einen Fußgänger trotz Einhaltung aller Verkehrsregeln zu überfahren)
- Perforation (Tötung des Kindes während der Geburt zur Rettung der Mutter)
- Präventiv-Notwehr

Hier kann der Rechtsgedanke des § 228 BGB in die Bewertung der Rechtfertigung mit einfließen. Daher kann in diesen Fällen, wie bei § 228 BGB, bereits dann von einer Rechtfertigung ausgegangen werden, wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht.

Nicht überzeugend ist die dritte Fallgruppe: Die Tötung des Kindes vor Beginn der Eröffnungswehen bzw. der Öffnung des Uterus kann bei Lebens- oder Gesundheitsgefahr für die Mutter i.d.R. über § 218a II StGB gerechtfertigt werden, nach Beginn der Eröffnungswehen bzw. Öffnung des Uterus ist das Kind dagegen als

Mensch zu behandeln. Eine Anwendung des Gedankens des § 228 BGB würde dann zu einer Abwägung Leben gegen Leben führen, die sich jedoch verbietet (s.o. KK 241 ff.).

## b) Wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses

Der Wortlaut des § 34 S. 1 StGB („wesentlich überwiegt“) spricht dafür, dass ein graduell gesteigertes Überwiegen der geschützten Interessen verlangt wird. Nach dem Grundgedanken der Norm kann es auf ein solches „qualifiziertes“ Übergewicht aber nicht ankommen (Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 45): Da Satz 1 Ausdruck des allgemeinen Rechtfertigungsprinzips des überwiegenden Interesses ist, bei dem zu fragen ist, ob das mit der Tat geschützte Interesse höher zu veranschlagen ist als das Interesse am Unterlassen der fraglichen Handlung, sind begrifflich die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung schon gegeben, wenn überhaupt ein Übergewicht in diesem Sinn besteht.

Darum ist die Wesentlichkeitsklausel so auszulegen, dass ein Interessenübergewicht zweifelsfrei und eindeutig sein muss, wenn eine Rechtfertigung erfolgen soll und bei unklarem Abwägungsergebnis keine Rechtfertigung erfolgen kann (Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 45; Roxin AT I § 16 Rn. 90; a.A. Rengier AT § 19 Rn. 43).

- Bsp. (nach Hruschka JZ 1984, 241): *Geisterfahrer G bemerkt seine Geisterfahrt und wendet mitten auf der viel befahrenen Autobahn.* Die Annahme eines Notstands scheidet daran, dass auf beiden Seiten der Abwägung eine Vielzahl von Individual- und Kollektivgütern stehen, so dass ein wesentliches Überwiegen einer Seite nicht sicher festgestellt werden kann. Zu denken ist aber an eine rechtfertigende Pflichtenkollision (KK 259 ff.).

#### 4. Angemessenheitsklausel (§ 34 S. 2 StGB)

Die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB beruht historisch auf dem Gegensatz von Güterabwägungs- und Zwecktheorie. Weil aber schon nach Satz 1 alle Umstände des Einzelfalls in die Abwägung einzubeziehen sind, ist schwer vorstellbar, wie eine Notstandshandlung nicht angemessen sein soll, wenn bereits die Abwägung ergeben hat, dass die geschützten Interessen die Beeinträchtigten wesentlich überwiegen (*Roxin AT I § 16 Rn. 91*).

Nach h.M. (*Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 46; Rengier AT § 19 Rn. 48; Joecks Studienkommentar StGB § 34 Rn. 31*) dient die Klausel dazu, ein zusätzliches Korrektiv zu gewinnen, das sicherstellt, dass eine Rechtfertigung nur angenommen wird, wenn das Verhalten des Notstandstäters auch nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit als eine sachgemäße und dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage erscheint.

Klassische Fälle, die die h.M. unter der Angemessenheitsklausel diskutiert, sind:

- besondere Gefahrtragungspflichten (vgl. oben KK 241)
- Eingriff in den Kernbereich unantastbarer Freiheitsgrundrechte (insb. zwangsweise Blutabnahme – vgl. oben KK 248)
- Der Täter stellt sich auf die Seite des Unrechts (vgl. Ausführungen zu § 35 StGB [KK § 20]).

## 5. Notstandsbefugnisse von Hoheitsträgern

Ob sich Hoheitsträger auf § 34 StGB berufen können, ist ähnlich umstritten wie bei der Notwehr:

Ein Teil der Lehre (LK/*Zieschang* § 34 Rn. 7 ff.) schließt jede Berufung auf den Notstand aus.

- ⊕ Es besteht eine Missbrauchsgefahr durch die Exekutive.
- ⊕ Die generalklauselartige Notstandsregelung ist als Ermächtigungsnorm für hoheitliche Eingriffe zu unbestimmt.
- ⊖ Die Missbrauchsgefahr ist beherrschbar, da jedes hoheitliche Handeln gerichtlicher Kontrolle unterliegt und § 34 StGB nur in absoluten Ausnahmesituationen in Betracht kommt.

Die h.M. lässt jedoch die Berufung eines Hoheitsträgers auf § 34 StGB unter Anführungen verschiedener Voraussetzungen zu (Sch/Sch/*Perron* § 34 Rn. 7; *Fischer* § 34 Rn. 34). *Roxin* AT I § 16 Rn. 103 stellt beispielsweise folgende Voraussetzungen auf:

- sofern der Gesetzgeber einen Interessenkonflikt wegen seiner Ungewöhnlichkeit nicht vorausgesehen hat,
- sofern eine Notstandskonstellation sich wie bei einer Freipressung von Gefangenen durch Geiselnnehmer einer generalisierenden gesetzlichen Regelung entzieht oder
- der Gesetzgeber mit einer den § 34 StGB konkretisierenden Kodifizierung noch abwarten möchte.

## 6. Das subjektive Rechtfertigungselement → Vgl. dazu § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre) KK 195 ff.



## II. Der zivilrechtliche Notstand (§§ 228, 904 BGB)

Mit §§ 228, 904 BGB kennt auch das Zivilrecht zwei Notstandsregelungen, die wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung auch im Strafrecht zu beachten sind. Im Hinblick auf die Beschädigung oder Zerstörung von Sachen sind diese Normen *lex specialis* gegenüber § 34 StGB. Im Gutachten hat dies zur Konsequenz, dass die zivilrechtlichen Notstandsregeln vor § 34 StGB angesprochen werden sollten.

### 1. Der aggressive Notstand (§ 904 BGB)

§ 904 BGB regelt den aggressiven Notstand. Damit bezeichnet man eine Situation, in der sich der Täter einer Notstandslage dadurch entledigt, dass er zur Gefahrenabwehr auf eine fremde Sache einwirkt, von der die Gefahr selbst jedoch nicht ausgeht.

- Bsp.: *Um einen Kampfhund von sich abzuhalten, entreißt A dem B seinen Regenschirm, der durch die Bisse des Hundes Schaden nimmt. § 303 StGB am Schirm wird durch § 904 BGB gerechtfertigt.*

Die Konstellation würde, wenn es § 904 BGB nicht gäbe, auch über § 34 StGB zu lösen sein, doch stellt § 904 BGB klar, dass ein wesentliches Überwiegen der vom Notstandstäter verfolgten Interessen erst anzunehmen ist, wenn der abgewendete Schaden gegenüber dem angerichteten unverhältnismäßig hoch ist.

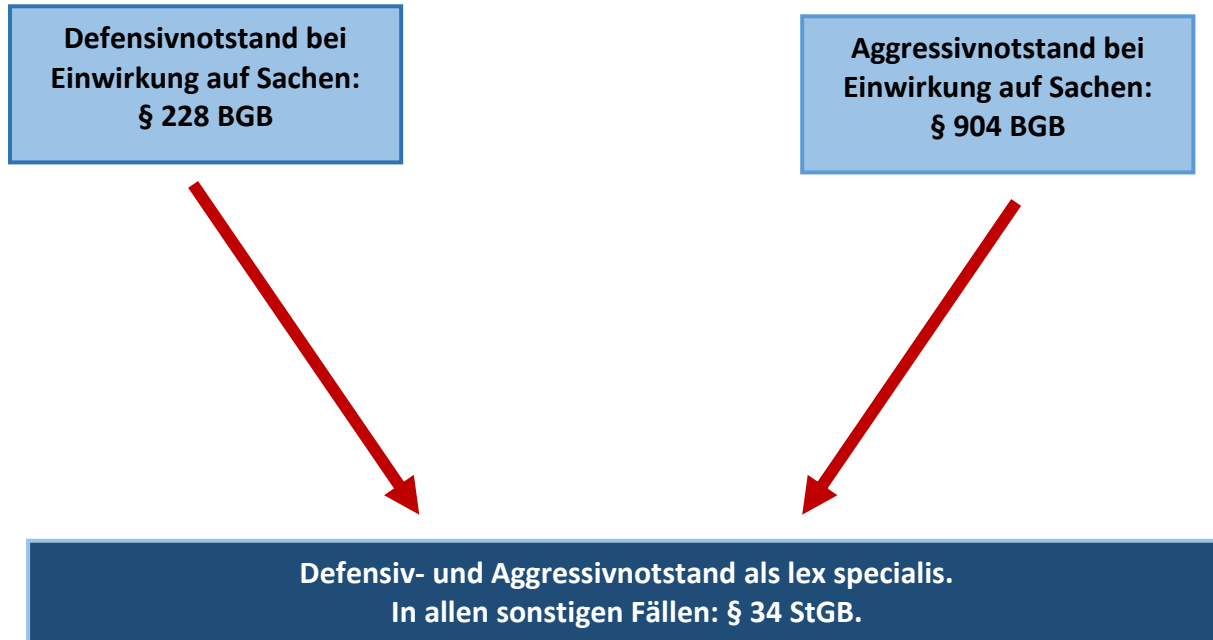
## 2. Der defensive Notstand (§ 228 BGB)

Demgegenüber regelt § 228 BGB den Fall des Defensivnotstands. Hier bewältigt der Täter die Notstandslage dadurch, dass er auf die Sache einwirkt, von der die Gefahr selbst ausgeht.

- Bsp.: *Um den Kampfhund des B von sich abzuhalten, erschießt A den Hund.* § 303 StGB am Hund wird durch § 228 BGB gerechtfertigt. Achtung: Wenn der Kampfhund vom Eigentümer zum Angriff aufgehetzt wurde, so ist schon § 32 StGB einschlägig (vgl. KK 200).

Weil der Täter hier auf die gefährliche Sache selbst einwirkt – und sich nicht wie beim aggressiven Notstand auf Kosten eines Dritten der Notlage entledigt –, sind die Anforderungen an die Rechtfertigung im Falle des § 228 BGB auch geringer: Während beim Aggressivnotstand des § 904 BGB der abgewandte Schaden im Verhältnis zum angerichteten unverhältnismäßig groß sein muss, darf er hier sehr viel geringer sein, solange er nur nicht außer Verhältnis zum herbeigeführten Schaden steht.

## Übersicht: Das Verhältnis der Notstandsregeln



## II. Die rechtfertigende Pflichtenkollision

Eine Pflichtenkollision liegt vor, wenn mehrere rechtlich begründete Handlungspflichten derart an den Normadressaten herantreten, dass er die eine nur auf Kosten der anderen erfüllen kann. Er muss also notwendig eine von ihnen verletzen, egal wie er sich auch verhält (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1035).

- Bsp.: *Die beiden Kinder des Vaters V sind vom Ertrinken bedroht, V kann aber nur einem Kind zur Rettung kommen.*

Unterschieden werden zwei Fallgruppen: Ungleichwertige und gleichwertige Pflichten. Das Rangverhältnis der kollidierenden Pflichten hängt vom Wert der gefährdeten Güter, von der rechtlichen Stellung des Normadressaten zum geschützten Objekt, von der Nähe der Gefahr und der mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ab (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1036).

Kein Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision liegt beim Pflichtenwiderstreit zwischen einer Handlungs- und einer Unterlassungspflicht vor. Denn gegen eine Unterlassungspflicht verstößt grds. jeder, der in ein fremdes Rechtsgut eingreift. Diese Fälle sind über § 34 StGB angesichts der dort zu berücksichtigenden Prinzipien bei der Interessenskollision zu behandeln (*Roxin* AT I § 16 Rn. 117).

Bsp.: Im Fall der Euthanasie-Ärzte im Dritten Reich (vgl. oben KK 242) kollidiert die (etwas konstruiert anmutende) Handlungspflicht zur Rettung vieler Geisteskranker mit der Unterlassungspflicht, auch nur wenige Geisteskranke zu töten. Eine Rechtfertigung der Tötung über die Figur der rechtfertigenden Pflichtenkollision scheidet aus. Auch § 34 StGB führt nicht zum Entfall der Rechtswidrigkeit, da seiner Annahme die Unabwägbarkeit menschlicher Leben entgegensteht: niemand darf einen Menschen, von

dem keine Gefahr ausgeht töten, um dadurch andere Menschen zu retten. Der Unterlassungspflicht gebührt hier also zwingend der Vorrang (zur Frage eines Entfalls der Schuld in diesem Fall siehe den weiteren Vorlesungsverlauf).

## 1. Ungleichwertige Pflichten

Unstreitig ist, dass das Recht von niemandem Unmögliches verlangen kann (*Joecks* Studienkommentar StGB § 13 Rn. 75). Daher handelt der Täter bei einer Pflichtenkollision dann nicht rechtswidrig, wenn er von rangverschiedenen Pflichten die höherrangige auf Kosten der zweitrangigen Pflicht erfüllt (*Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 73; *Rengier* AT § 49 Rn. 42). Auch diese Fälle werden von Teilen der Literatur schon unter § 34 StGB subsumiert (vgl. *Kindhäuser* AT § 18 Rn. 5).

- Bsp.: Die Pflicht zur Rettung von Menschenleben geht der Pflicht zur Rettung von Sachgütern vor.

Umstritten ist, ob die Qualität der Pflicht (Garantenpflicht, § 13 StGB, gegenüber Solidarpflicht nach § 323c StGB) zu einer Ungleichwertigkeit der Pflichten führt.

- Bsp.: *T* sieht, wie seine Ehefrau *E* und deren Freundin *F* zu ertrinken drohen. Er rettet *F*, *E* ertrinkt. Die h.M. lässt die Rechtfertigung des §§ 212 I, 13 I StGB bzgl. des Todes der *E* mit Verweis auf die unterschiedliche Qualität der Pflichten entfallen (*Rengier* AT § 49 Rn. 45; *Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben* Vor §§ 32 ff. Rn. 75; a.A. *Joecks* Studienkommentar StGB § 13 Rn. 77).

- ⊕ Der Garant ist in besonderem Maße für die Unversehrtheit des zu schützenden Rechtsguts verantwortlich.
- ⊖ Menschenleben kann man nicht gegeneinander aufwiegen, so dass bei Gefährdung zweier Menschen gleiche Pflichten zur Rettung bestehen. Dass die Nichterfüllung der Pflichten unterschiedlich sanktioniert wird, kann an dieser Feststellung nichts ändern.

## 2. Gleichwertige Pflichten konkurrieren miteinander

Bei der Kollision von gleichrangigen Pflichten (Fall der ertrinkenden Kinder) tritt dagegen eine Rechtfertigung bereits dann ein, wenn der Täter eine der beiden Pflichten erfüllt (*Rengier* AT § 49 Rn. 41; a.A. – nur Schuld-ausschluss – *Jescheck/Weigend* AT S. 367). Im Widerstreit gleichwertiger Rettungspflichten lässt die Rechtsordnung dem Normadressaten also die Wahl, sich für die eine oder die andere zu entscheiden. Verlangt wird also nicht, dass die vom Notstandstäter getroffene Wahl auf einer Gewissensentscheidung oder auch nur auf moralisch billigen Motiven beruht (*Roxin* AT I § 16 Rn. 121).

### **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. Was ist der Grund für die Zurückhaltung, Hoheitsträgern die allgemeinen Rechtfertigungsgründe zu-  
zuerkennen?
- II. Warum ist es nicht möglich, bei der Abwägung die Anzahl der bedrohten Leben einzubeziehen?
- III. Lässt sich eine Rangordnung der Rechtsgüter für die Frage der Abwägung definieren?
- IV. Ist ein Präventivnotstand anzuerkennen?