

## § 20: Der verantwortungsausschließende Notstand und verwandte Fälle (Teil 2)

### IV. Der übergesetzliche entschuldigende Notstand/entschuldigende Pflichtenkollision

Die Entschuldigungsgründe des Strafgesetzbuches sind nicht abschließend, Rechtsprechung und Literatur sind frei, weitere Entschuldigungsgründe zu entwickeln. Zu diesen entwickelten Entschuldigungsgründen zählt der übergesetzliche entschuldigende Notstand, der seinen Namen der Tatsache verdient, dass er gerade nicht gesetzlich geregelt ist (= übergesetzlich). Dieser Entschuldigungsgrund wird teilweise auch als „schuld ausschließende Pflichtenkollision“ bezeichnet.

Bedeutsam wurde dieser entschuldigende Notstand im Rahmen der Aufarbeitung des Unrechts des Nationalsozialismus.

*Bsp. nach BGH NJW 1953, 513: „Im Jahre 1941 übernahm Dr. P. [...] die Leitung von Heil- und Pflegeanstalten und beteiligte sich seit Mai 1941 an der Prüfung der den Anstalten vom Reichsministerium des Innern zugesandten „Verlegungslisten“, von denen bestimmte Gruppen von Geisteskranken, vor allem Arbeitsfähige, Ausländer, Kriegsversehrte und Ordensträger abgesetzt werden sollten. Er bereiste verschiedene Heil- und Pflegeanstalten und beriet mit den Ärzten darüber, welche Kranken von den Listen zu streichen seien. Die Verlegung der übrigen wurde sodann von den Ärzten vorbereitet und mit Hilfe der Reichsbahn durchgeführt. Die Anweisung für den Abgang der einzelnen Krankentransporte erteilte Dr. P. als Anstaltsleiter. Die Kranken wurden in die „Euthanasieanstalt“ Hadamar überführt, wo sie alsbald durch Giftgas getötet wurden.*

*Der angeklagte Dr. P. erkannte den Zweck der Verlegung der Kranken und rechnete damit, dass die auf den Listen Verzeichneten getötet werden sollten. Er führte die zu diesem Zweck erteilten Anweisungen teilweise durch, setzte aber einen Teil der Kranken – etwa 25 bis 30 % – unter Überschreitung der dafür gegebenen Richtlinien, die nur etwa 5 % Streichungen zuließen, von den Verlegungslisten ab. Andere Kranke bewahrte er dadurch vor dem Vergasungstod, da er sie zu ihren Angehörigen entließ oder in konfessionellen Anstalten unterbringen ließ. 30 bis 40 Jugendliche der Heilanstalt in Marsberg rettete Dr. P., indem er sie wahrheitswidrig als erziehungsfähig bezeichnete. Eine Gruppe von 200 Kranken ließ er aus hessischen Anstalten zurückholen, als er erfuhr, dass sie dort schlecht untergebracht waren, sie blieben auf diese Weise von der Tötung verschont.“*

Hat sich P strafbar gemacht? Hierzu stellte der BGH fest:

„Der Angeklagte hat die Tötungen nach den Urteilsfeststellungen **vorsätzlich gefördert**, er hat also mit dem Bewusstsein gehandelt, die Vollendung der Haupttat, mit der er rechnete, durch ihre Tätigkeit zu unterstützen, und insofern auch den Erfolg der Haupttat gewollt. Wenn er ihn trotzdem nicht gebilligt haben sollte, so wäre dieser innere Vorbehalt unbeachtlich. Auch die Absicht, die Tötungen nach Möglichkeit zu verhindern, schließt den Gehilfenvorsatz der Angeklagten hinsichtlich derjenigen Kranken nicht aus, die er dem Tode preisgab, indem er bei Prüfung der Verlegungslisten zu ihren Ungunsten entschied und somit **ihre Verbringung zur Todesanstalt mit veranlasste**. Da er, wie der Urteilszusammenhang erkennen lässt, in das „Euthanasieprogramm“ eingeweiht war und in Kenntnis der Umstände handelte, die die Haupttat rechtlich zum Morde machten, hat er **wissentlich Beihilfe zum Mord geleistet**.“ (Hervorhebungen vom Verf.)

Eine Rechtfertigung über § 34 StGB schied aus. Dass der Arzt so viele Leben wie möglich erhalten hat, rechtfertigt nicht das Preisgeben anderer Lebensrechte (siehe KK 315 f.).

Die Anwendung des § 35 StGB indessen scheiterte daran, dass die Anstaltsinsassen weder Angehörige des Arztes waren noch anderweitige ihm nahestehende Personen. Es zeigt sich, dass die Anerkennung eines übergesetzlichen Notstandes insbesondere darauf hinausläuft, den engen Personenkreis des § 35 StGB auszuweiten.

Diese Ausdehnung des Personenkreises ist jedoch dann legitimiert, wenn sie mit dem Grundgedanken der Entschuldigungsgründe vereinbar ist.

Im Bereich der Entschuldigungsgründe steht der Gesichtspunkt präventiver Bestrafungsnotwendigkeit im Vordergrund (vgl. KK 400 f., 468). Vor diesem Grundgedanken der Entschuldigungsgründe kann ein entschuldigender übergesetzlicher Notstand daher nur anzunehmen sein, wenn es an einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit im Hinblick auf die Euthanasie-Ärzte fehlen würde.

- Im Fall des § 35 StGB geht das Fehlen der präventiven Bestrafungsnotwendigkeit insb. auf die persönliche Beziehung zwischen dem Täter und dem Bedrohten zurück.
- Hier ist die fehlende Bestrafungsnotwendigkeit dagegen von persönlichen Beziehungen losgelöst. Der Täter muss sich aber dennoch in einer vergleichbaren Motivationslage befinden und durch seine Handlung größeres Unheil abwenden (*Rengier* AT § 26 Rn. 43). An einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit fehlt es hier deshalb, weil es sogar einer sittlich empfundenen Verpflichtung entspricht, einem Unrechtsregime nach eigenen Kräften entgegenzutreten.

Die weiteren Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstandes orientieren sich an denen des § 35 StGB. Bezüglich der Bewertung der vorliegenden Fallgestaltung kommt *Kühl* zu dem Ergebnis: „All diese objektiven und subjektiven Entschuldigungsvoraussetzungen haben die ‚Euthanasieärzte‘ erfüllt, so dass ihr Mitwirken bei der Tötung einiger Anstaltsinsassen durch den übergesetzlichen Notstand entschuldigt ist. Diese Entschuldigung ist nicht deshalb abzulehnen, weil der Arzt eine Auswahl hinsichtlich derer, die ‚geopfert‘ wurden, getroffen hat. Es reicht, dass die ‚Geopferten‘ erforderlich waren, um die vor dem Tod Bewahrten zu retten.“ (*Kühl* AT § 12 Rn. 103)

Eine weitere umstrittene Fallgestaltung in diesem Zusammenhang ist der sog. „Weichensteller-Fall“.

*Ein Zug fährt auf einem Gleis, das beschädigt ist. Wenn der Zug weiterhin auf diesem Gleis fährt, wird es zu einer Katastrophe kommen, bei der viele Insassen des Zuges sterben werden. Aufgrund dieser Sachlage stellt der Beamte eine Weiche um, was dazu führt, dass der Zug auf ein anderes Gleis gelenkt wird, an dem gerade zwei Streckenarbeiter einen Schaden reparieren. Die Streckenarbeiter kommen infolge der Weichenumstellung ums Leben.*

Der Unterschied zur obigen Fallgestaltung der „Euthanasieärzte“ liegt darin, dass durch die Handlung des Weichenstellers bislang ungefährdete Personen „geopfert“ werden. Dieser Umstand führt nach *Roxin/Greco* zu einer Ablehnung der Möglichkeit einer Entschuldigung (AT I § 22 Rn. 163). Die Überwälzung der Gefahr auf bislang Unbeteiligte sei nicht zu entschuldigen, da ein neues Rechtsgut betroffen werde. Insbesondere aus präventiven Gesichtspunkten sei eine Strafbarkeit bedeutsam, ansonsten werde das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtssicherheit schwer gestört.

Angedacht wird der übergesetzliche Notstand auch bei der im Zuge der Corona-Pandemie geführten Diskussion um die Triage. Hier wäre er vor allem für die Ex-post-Triage von Bedeutung, die nach h.M. nicht gerechtfertigt werden kann (KK 333 ff.). Eine Entschuldigung wird jedoch ganz überwiegend abgelehnt. Es wird bei der Triage nämlich nicht ein oder einige wenige Menschenleben für die Rettung einer Vielzahl anderer geopfert, sondern regelmäßig wird nur ein Patient geopfert, um einen anderen zu retten (ggf. auch zwei oder drei, wenn die später eingelieferten Patienten schneller behandelt werden können als der, dessen Behandlung abgebrochen wird; *Rönnau/Wegner* JuS 2020, 403, 405; *Sternberg-Lieben* MedR 2020, 627, 637).

Ebenso wird der übergesetzliche Notstand im Rahmen der Terrorismusbekämpfung als Rechtsgrundlage für den Abschuss entführter Passagierflugzeuge ins Spiel gebracht. Dazu die folgende Diskussionsrunde.

### **Literatur:**

*Kühl* AT § 12 Rn. 92 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 711 ff.



## **V. 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 III Luftsicherheitsgesetz, der die Bundeswehr in einem derartigen Fall zu einem Abschuss ermächtigt hatte, wurde vom Bundesverfassungsgericht wegen Unvereinbarkeit mit dem Recht auf Leben aus Art. 2 II 1 GG i.V.m. der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG für verfassungswidrig erklärt (BVerfG NJW 2006, 751) und in der Folge 2017 aufgehoben. 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 Berufung auf § 32 StGB scheitert, weil Notwehr nur einen Eingriff in die Rechtsgüter des Angreifenden

erlaubt. Eine Rechtfertigung über § 34 StGB käme grundsätzlich in Betracht, da sich die drohende Gefahr eines Einsatzes des Flugzeuges als Waffe gegen Tausende anderer Menschen nur durch einen vorherigen Abschuss abwenden ließe. Jedoch ist die gegenseitige Abwägung von Menschenleben grundsätzlich verboten.

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

- Teilweise (MK/*Erb* § 34 Rn. 153 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.), die 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.) 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* AT Rn. 477, 715; *Roxin/Greco* AT I § 22 Rn. 178, 182) 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 eine Entschuldigung in Betracht.
  - Ein entschuldigender Notstand nach § 35 StGB ist allerdings nicht gegeben, sofern zwischen dem den Abschuss ausführenden Piloten und den Passagieren kein Näheverhältnis besteht, wie es § 35 StGB fordert.
  - Die Lösung wird in einem übergesetzlichen entschuldigenden Notstand bzw. Verantwortungsauschluss 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 rechtsgutserhaltende Tendenz anhafte. Es erscheint nicht vorwerfbar, wenn in extremen Ausnahmefällen das Leben weniger todgeweihter Menschen geopfert werde, um eine große Menschenmenge zu retten. Die Anwendung des übergesetzlichen

Notstands bringt jedoch auch einige Probleme mit sich: Zunächst ist fraglich, ob und inwieweit sich staatliche Amtsträger überhaupt auf den übergesetzlichen Notstand berufen können (dazu *Dreier JZ 2007, 261, 267*). Des Weiteren ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Sicherheit der Prognose, da eine hinreichend zuverlässige Feststellung, dass die Gefährdeten tatsächlich rettungslos verloren sind, häufig nicht möglich ist. Schließlich rechtfertigt der übergesetzliche Notstand das Handeln nicht, sondern entschuldigt lediglich rechtswidriges Handeln. Er kann also keine Rechtsgrundlage für den Abschuss entführter Passagierflugzeuge darstellen

- Der Abschuss bleibt rechtswidrig, so dass das abschießende Flugzeug in Nothilfe mit Blick auf die Passagiere wiederum abgeschossen werden dürfte.
- + Gegenargument: Den Flugzeuginsassen nicht die Verteidigungsmöglichkeit nehmen zu wollen, war ja gerade der Grund, eine Lösung auf Rechtfertigungsebene abzulehnen. Die Konsequenz daraus ist, dass der Abschuss eben nicht rechtlich abgesichert ist und somit verhindert werden kann.

Den vorstehenden dogmatischen Lösungen seien noch einige über die konkrete Falllösung hinausgehende Überlegungen angefügt. Am (weitgehend theoretischen) Problem des Flugzeugabschusses zeigt sich, dass das Strafrecht zur Auflösung solcher Grenzfälle nicht geeignet erscheint. Durch die Rspr. des BVerfG zu § 14 III Luftsicherheitsgesetz a.F. (KK 525), die eine staatliche Ermächtigung zum Abschuss als Menschenwürdeverletzung einstuft, wird eine Handlung seitens des Staates zum Schutz der am Boden befindlichen Bevölkerung praktisch unmöglich gemacht. Denn der Schutz der Menschenwürde gilt absolut. Der Staat kann die Flugzeuginsassen nicht retten, darf sie aber auch nicht töten. Er darf also nicht seine Bevölkerung am Boden schützen. Damit wird das Problem (zumindest in der Theorie) auf den Einzelnen verlagert, der

als Bundeswehripilot vor dem augenfälligen Dilemma steht, entweder untätig zu bleiben und keine Unschuldigen selbst zu töten oder aber ggf. noch viel mehr Menschen (die ebenfalls unschuldig sind) sterben zu lassen. Dass ein Verhaltensappell hier durch das Strafrecht erreicht werden kann, scheint so gut wie ausgeschlossen. Daher wird ja auch von allen Seiten im Ergebnis Straflosigkeit propagiert. Weil aber der Schutz der Bevölkerung innerster Existenzgrund des Staates ist (Gesellschaftsvertrag), er der daraus folgenden Verpflichtung aber nicht Folge leisten kann, verbietet es sich andererseits, auf Verteidigungshandlungen aus der Bevölkerung, die sich mithin selbst verteidigt, mit Strafe (die ja wiederum dem Schutz von Rechtsgütern dienen soll) zu reagieren. Dass die h.M. die Lösung durch den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand sucht, bestätigt die Annahme, eine Lösung über die überkommene Dogmatik und Rechtslage sei nicht zufriedenstellend zu erreichen.

Der Fall wurde 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)).

## Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Welche Gründe lassen einen an die Existenz eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes denken?
- II. Warum kann der Abschuss eines entführten Flugzeuges nicht über § 32 oder § 34 StGB gerechtfertigt werden?

Lernhinweis **Multiple-Choice-Test:**

Wenn Sie Ihr Wissen und Ihren Lernfortschritt spielerisch überprüfen möchten, versuchen Sie sich doch einmal am Multiple-Choice-Test auf unserer Homepage. Zum nun behandelten Lernfeld Schuld finden Sie dort 16 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. <https://strafrecht-online.org/mct-schuld>