

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

### III. Notwehrexzess (§ 33 StGB)

Ein weiterer **Entschuldigungsgrund** ist nach der h.M. der Notwehrexzess gem. § 33 StGB (vgl. BGHSt 3, 194, 198; BGH NJW 1995, 973). Problematisch ist die zurückhaltende Formulierung der Entschuldigungsvoraussetzungen in § 33 StGB. Folgerichtig kommt es zu zahlreichen Meinungsstreits, was die Voraussetzungen und Reichweite der Norm angeht. Die Norm verfügt über objektive und subjektive Voraussetzungen.

#### 1. Objektive Voraussetzungen

Folgende Konstellationen lassen sich unterscheiden:

- Intensiver Notwehrexzess
- Extensiver Notwehrexzess
- Putativnotwehrexzess

## a) Intensiver Notwehrexzess



Wenn die oder der Angegriffene im Rahmen der Notwehr das „erforderliche“ Maß überschreitet (sog. intensiver Notwehrexzess), handelt er widerrechtlich. Er kann aber bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen (hierzu unten) gem. § 33 StGB entschuldigt sein.

In Fällen der **Notwehrprovokation** ist die Anwendung des § 33 StGB fraglich.

Hier wird der Täterin teilweise die Bezugnahme auf § 33 StGB gänzlich versagt, falls sie den Angriff schuldhaft provoziert hat. Teilweise wird sogar ein grob missbilligenswertes Vorverhalten für ausreichend gehalten. Diese Begrenzung folgt dem – verständlichen – Bestreben, dem rechtsmissbräuchlich Handelnden keine Berufung auf den § 33 StGB zu gewähren. So formulierte der BGH früher (BGH NJW 1962, 308, 309):

„Vollzog sich dagegen – wie geschehen – seine Abwehr in den Formen und mit den Mitteln, die sein Vorgehen von vornherein als Rechtsmissbrauch erscheinen ließen, so kann ihm auch § 53 III StGB [nunmehr § 33 StGB] nicht zugutekommen. Denn die Strafbefreiung nach dieser Vorschrift kann ihrem Wesen nach immer nur ein schuldhaftes Handeln ergreifen, das ausschließlich mit der unmittelbaren Abwehr des Angriffs zusammenhängt. Sie darf nicht zur Ausräumung eines vorwerfbaren Verhaltens herangezogen werden, das bereits vor dem Eintritt der Notwehrlage eingesetzt hat. In einem solchen Falle ist für die Rechtswohltat des § 53 III StGB so wenig Raum wie im Falle einer bloß vermeintlichen, keinen Rechtfertigungsgrund abgebenden Notwehr [...].“

- Systematische Auslegung: § 33 StGB verfügt im Gegensatz zu § 35 I 2 StGB gerade nicht über eine Beschränkung auf „unverschuldete“ Notlagen. Eine solche in den Wortlaut hineinzulesen, widerspräche Art. 103 II GG.


**Richtigerweise** ist daher lediglich darauf abzustellen, ob der schuldhaft provozierte Angriff zum Ausschluss des Notwehrrechts führt, wie im Falle der Absichtsprovokation. In einem solchen Fall **fehlt es ja bereits am Notwehrrecht**, an das § 33 StGB anknüpfen und das überschritten werden könnte. Wenn die schuldhafte Herbeiführung des Angriffs allerdings nur zu einer **Einschränkung des Notwehrrechts** im Rahmen der Gebotenheit führt, ist auf eine Überschreitung des Notwehrrechts § 33 StGB anwendbar. Es ist nicht begründbar, in dem Fall zwar das Notwehrrecht zu belassen, aber die Berufung auf § 33 StGB zu versagen. So jetzt auch der BGH (39, 133; ebenso BGH NStZ 2016, 84 [86], BGH NStZ 2021, 93, hierzu auch *Kaspar/Reinbacher*, Casebook Strafrecht AT, 2. Auflage 2023, Fall 14):

„§ 33 StGB gilt auch bei bewusster Überschreitung der Notwehr [...]. Schon wegen der Pauschalität dieser Exkulpierung, ohne Rücksicht auf eine Strafwürdigkeit im Einzelfall, ist es geboten, § 33 StGB nicht weiter auszulegen, als es Wortlaut und Gesetzeszweck unbedingt erfordern [...]. Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung NJW 1962, 308, 309 für die § 33 StGB im wesentlichen entsprechende Regelung des § 53 III StGB a.F. ausgesprochen, dass eine Strafbefreiung nach dieser Vorschrift ihrem Wesen nach immer nur ein schuldhaftes Handeln ergreifen kann, das ausschließlich mit der unmittelbaren Abwehr des Angriffs zusammenhängt. Sie dürfe nicht zur Ausräumung eines vorwerfbaren Verhaltens herangezogen werden, das bereits vor dem Eintritt der Notwehrlage eingesetzt habe. Diese von der Rechtslehre weitgehend abgelehnte Entscheidung ist generalisierend dahin verstanden worden, dass die Strafbefreiung entfallen soll, wenn der Täter den Angriff durch grob missbilligenswertes Verhalten provoziert hat [...]. Eine solch weitgehende Einschränkung der Anwendbarkeit des § 33 StGB ist allerdings nicht gerechtfertigt. Besteht infolge der von dem Angegriffenen schuldhaft mitverursachten Notwehrlage noch ein (wenn auch eingeschränktes) Notwehrrecht nach § 32 StGB, so ist grundsätzlich auch Raum für die Anwendung des § 33 StGB, sofern der Täter die Grenzen der (eingeschränkten) Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet.“

- Einen erweiterten Überblick über den Meinungsstand bieten auch die Problemfelder:  
*Notwehrexzess bei Notwehrprovokation:*  
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/schuld/entschuldigung/notwehrexzess-notwehrprovokation/>
- Siehe auch das Problemfeld *Notwehrexzess bei Gebotenheitsüberschreitung wegen krassen und unerträglichen Missverhältnisses:*  
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/schuld/entschuldigung/notwehrexzess-missverhaelt-nis/>

## b) Extensiver Notwehrexzess

Fraglich ist, ob § 33 StGB auch Anwendung findet, wenn es an der Gegenwärtigkeit des Angriffs fehlt (sog. extensiver Notwehrexzess).

 Diese Möglichkeit wird von der h.M. bestritten. § 33 StGB soll nur dann Anwendung finden, wenn innerhalb einer bestehenden Notwehrlage agiert wird. Wenn eine Notwehrlage aber gar nicht bestehe, fehle es bereits an der Anknüpfungsmöglichkeit für § 33 StGB.

Mit Blick auf Sinn und Zweck der Norm erscheint diese Begrenzung des Anwendungsbereichs allerdings **verfehlt**. § 33 StGB beruht als Entschuldigungsgrund auf dem Leitgedanken fehlender präventiver Bestrafungsnotwendigkeit. An präventiver Bestrafungsnotwendigkeit fehlt es aber nicht nur im Fall des intensiven, sondern auch des extensiven Notwehrexzesses. Denn insoweit besteht zwischen beiden Fallgestaltungen kein Unterscheid: Auch beim extensiven Exzess wird ausschließlich der rechtswidrig Angreifende geschädigt und auch hier wird schlichter Vergeltung durch die Beschränkung auf asthenische Affekte vorgebeugt. Weiterhin ist die Grenzüberschreitung ebenso naheliegend und verzeihlich. Auch in seiner sozialen Relevanz (d.h. im Hinblick auf den Rechtsfrieden) ist der extensive Exzess nicht anders zu beurteilen als der intensive (*Roxin/Greco* AT I § 22 Rn. 88). Schließlich kann auch der Wortlaut herangezogen werden, der eben nur von einer Überschreitung der „Grenzen der Notwehr“ redet und damit gerade auch die zeitlichen Grenzen erfasst.

*Bsp.: Aus Furcht vor einem Angriff des Ehemannes, der seine Frau wiederkehrend schwer misshandelt, sticht diese auf den Mann mit Messerstichen ein, um ihn kampfunfähig zu machen (= vorzeitiger extensiver Notwehrexzess).*

*Bsp.: Nach erfolgter Abwehr eines Angreifers tritt der Verteidiger aus Angst weiterhin auf den am Boden liegenden Angreifer ein (= nachzeitiger extensiver Notwehrexzess).*

Einen Mittelweg gehen Ansichten, die unter Fokussierung auf den Wortlaut – „die Grenzen der Notwehr“ – argumentieren, dass nur der nachzeitige extensive Notwehrexzess, also die Fallgestaltung erfasst werde, dass die Täterin beispielsweise nach Beendigung des gegenwärtigen Angriffs weiter auf den Angreifer einschlage.

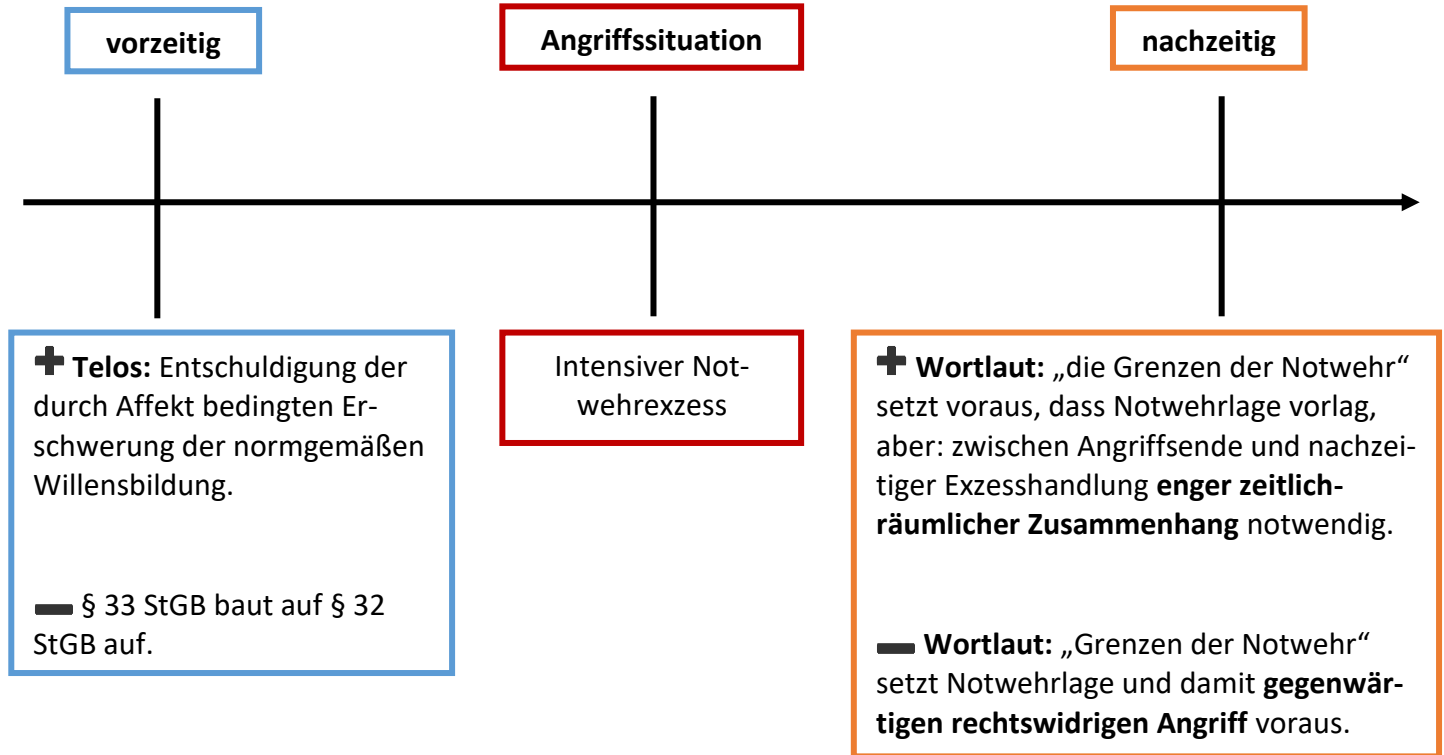
*Bsp.: Der A greift B mit einem Messer an. B schafft es mittels zweier Faustschläge, A bewusstlos zu schlagen. Aus Angst tritt B nochmals auf A ein. A erleidet durch diesen Tritt einen Rippenbruch.*

Die Begrenzung auf einen nachzeitigen extensiven Notwehrexzess sei zwingend. Schließlich könnten Grenzen der Notwehr nur überschritten werden, wenn eine Notwehrlage zu einem Zeitpunkt bestanden habe (vgl. Kühl AT § 12 Rn. 141 ff.). Dementsprechend wird weiterhin verlangt, dass zwischen dem Angriffsende und der nachzeitigen Exzesshandlung ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang bestehe. Nur dieser enge Zusammenhang verklammere Angriff und Überschreitung der Notwehr zu einem einheitlichen Geschehen.


→ Einen erweiterten Überblick über den Meinungsstand bietet auch das Problemfeld *Extensiver Notwehrexzess*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/schuld/entschuldigung/extensiver-notwehrexzess/>

## Übersicht: Notwehrexzess



### c) Putativnotwehrexzess

 Mit dem Putativnotwehrexzess ist die Fallgestaltung angesprochen, dass die Täterin sich über das Vorliegen einer Notwehrlage im Irrtum befindet und zugleich die (rechtlichen) Grenzen des vermeintlichen Notwehrrechts überschreitet.

Nach h.M. kommt hier eine Anwendung des § 33 StGB bereits deshalb nicht in Betracht, da die Norm einen tatsächlichen Angriff voraussetzt (s.o.). Nach allgemeinen Irrtumsregeln bleibt allerdings § 17 StGB anwendbar.

Nach anderer Auffassung kommt eine entsprechende Anwendung des § 33 StGB auf diese Fallgestaltung insoweit in Betracht, als asthenische Affekte auf Seiten des vermeintlichen Opfers zu der Überreaktion führten. Gegen die analoge Anwendung spricht aber der Umstand, dass in dieser Fallgestaltung gerade kein gegenwärtiger Angriff – auch kein drohender Angriff – vorlag, der eine Überreaktion heraufbeschworen hat (*Kühl* AT § 12 Rn. 156). Hierin liegt auch der Unterschied zum vorzeitigen extensiven Notwehrexzess. Bei diesem liegt eine Gefahr vor, die lediglich nicht gegenwärtig ist.

→ Einen erweiterten Überblick über den Meinungsstand bietet auch das Problemfeld *Putativnotwehrexzess*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/irrtum/schuld/putativnotwehr/>



## 2. Subjektive Voraussetzungen

### a) Überschreitung aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken

Die Notwehrüberschreitung wird nach § 33 StGB entschuldigt, wenn der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken (sog. asthenische Affekte) überschritten hat. Damit ist erst einmal festgestellt, dass die Überschreitung der Notwehr aufgrund von Aggressivität – Zorn, Wut (sthenische Affekte) – nicht von § 33 StGB erfasst ist. Nach h.M. ist es für die Anwendung des § 33 StGB aber ausreichend, dass die asthenischen Affekte *mitursächlich* für die Überschreitung der Notwehr waren; vgl. hierzu die Orientierungssätze aus BGH NStZ-RR 1999, 264:

„1. Wird ein betrunkenere und dadurch in seinen Abwehrkräften beeinträchtigte Passant auf nächtlicher Straße von zwei unbekanntem jungen Männern angegriffen, die sich anschicken, ihn zu verprügeln und zu berauben, wobei sich deren Aggressionshandlungen fortwährend steigern (Bedrohen, Schubsen, Hin- und Herwerfen, Bewerfen mit einem Schlüsselbund, Ohrfeige), mag der Einsatz eines Messers und die Verabreichung von 2 (tödlichen) Stichen in die Brust eines der Angreifer zur Abwehr des Angriffs nicht erforderlich gewesen sein, jedoch hat der Passant jedenfalls die Grenzen der Notwehr „aus Furcht“ überschritten und bleibt aus diesem Grund straflos, wenn festgestellt ist, dass der Passant Angst hatte, weil er sich in seiner Trunkenheit den beiden Angreifern gegenüber hilflos fühlte.

2. Ein Notwehrexzess i.S.d. § 33 StGB ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Passant nicht nur wegen seiner Angstgefühle sich in einem Zustand befunden hat, der ihn das Geschehen nur noch in einem erheblich reduzierten Maße verarbeiten ließ. Auch wenn seine erhebliche Alkoholisierung und eine affektive Gereiztheit

mit für die Tatausführung tragend gewesen sind, hindert dies die Annahme eines entschuldigenden Notwehrexzesses nicht. Für das Vorliegen des Notwehrexzesses braucht der in § 33 StGB genannte (asthenische) Affekt, hier also „Furcht“, nicht die alleinige oder auch nur überwiegende Ursache für die Überschreitung der Notwehrgrenzen gewesen zu sein. Es genügt vielmehr, dass er neben anderen gefühlsmäßigen Regungen für die Notwehrüberschreitung mitursächlich war.“

Eine besondere Affektanfälligkeit des Täters, die auf eine psychische Disposition zurückzuführen ist, wirkt sich auf die Anwendbarkeit des § 33 StGB nicht aus. Vielmehr führt eine solche dazu, dass die Prüfung des § 33 StGB durch das Gericht geboten erscheint (BGH NStZRR 2018, 272; *Erb NStZ* 2024, 273).

## **b) Bewusste Notwehrüberschreitung als Fall des § 33 StGB?**

Umstritten ist die Fragestellung, ob § 33 StGB nur bei **unbewusster** oder auch bei bewusster Überschreitung des Notwehrrechts gilt. Diesbezüglich wurde vom BGH ausgeführt:

„§ 33 StGB greift [...] auch dann ein, wenn der Täter in Kenntnis der wahren Sachlage aus den dort genannten Affekten seine Notwehrbefugnis **bewusst überschreitet** [...]. Wenn der über die Verletzung des Zeugen E betroffene, **erregte und Mitleid fühlende** Angeklagte dem Zeugen K wegen dessen Gewalttätigkeit **auch einen Denkkzettel erteilen** wollte [...], steht dies der Anwendung des § 33 StGB nicht entgegen, sofern die dort genannten Affekte für den Exzess mitursächlich waren [...].“ (NStZ 1987, 20)

Hiergegen wird von weiten Teilen der Literatur auf den Sinn des § 33 StGB rekuriert, der darin gesehen wird, dem aus Angst und Verwirrung Handelnden, der aufgrund dieser psychischen Ausnahmesituation

nicht mehr in der Lage ist, die tatsächliche Lage zu überblicken, einen Entschuldigungsgrund bereitzustellen. Eine solche Ausnahmesituation sei aber bei einem im Bewusstsein der Notwehrüberschreitung Agierenden nicht gegeben.

Es ist fraglich, ob einem derartigen Satz gefolgt werden kann, denn es scheint psychologisch nicht ausgeschlossen, dass die Täterin trotz des Bewusstseins, ein Notwehrrecht zu überschreiten, unter dem motivierenden Einfluss asthenischer Affekte stand.

Der BGH führt hierzu überzeugend Folgendes aus (NStZ 1995, 76 [77]):

„Im Hinblick auf die vom Gesetz vorgesehene völlige Straflosigkeit selbst bei bewusster Überschreitung der erforderlichen Notwehr muss ein gesteigertes Maß an Angst vorliegen, um die Voraussetzungen der Furcht im Sinne des § 33 StGB zu begründen. Zu verlangen ist „ein durch das Gefühl des Bedrohtseins verursachter Störungsgrad ..., bei dem die Fähigkeit, das Geschehen richtig zu verarbeiten, erheblich reduziert war“ [...]. Gemeint ist damit, dass der Täter aktuell auf Grund einer besonders intensiven, gesteigerten Gemütsbewegung und -erregung gehandelt haben muss und gerade durch ein solches Ausmaß der Angst zu Handlungen hingerissen worden ist, die das Maß des Erforderlichen überschreiten [...].“

Der BGH sagt also im Ergebnis, dass auch eine bewusste Notwehrüberschreitung unter § 33 StGB fallen kann, dass dann aber an die Annahme eines asthenischen Affektes erhöhte Anforderungen zu stellen sind.

Wenn der Entscheidung des Täters, einen Gegenangriff zu verüben, eine Abwägung zwischen verschiedenen Risiken und Möglichkeiten vorausgeht und der Täter insofern Verhaltensalternativen in den Blick

nimmt, kann dies Ausdruck einer Verarbeitung des Geschehens sein und damit gegen die Annahme einer Störung i.S.d. § 33 StGB sprechen (BGH NJW 2013, 2133 [2136]).

→ Einen erweiterten Überblick über den Meinungsstand bietet auch das Problemfeld *Bewusster Notwehrexzess*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/schuld/entschuldigung/bewusster-notwehrexzess/>

#### **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 „schuldausschließende 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 Mord 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 325 f.).

Die Anwendung des § 35 StGB 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 auszudehnen.

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

Im Bereich der Entschuldigungsgründe steht der Gesichtspunkt fehlender präventiver Bestrafungsnotwendigkeit im Vordergrund (vgl. KK 411 f., 469). 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 Hand-

lung 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 345 f.). 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. 715 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.

Wichtig ist dabei, allerdings, dass sich das Urteil allein auf die ermächtigende Norm und die Frage bezog, ob dem Staat ein solches Eingriffsrecht zuzugestehen sei. Keine Aussage traf es zu der Frage, wie der gleichwohl vorgenommene Abschuss durch eine einzelne Pilotin strafrechtlich zu würdigen wäre. Diese zwei Fragen sind strikt zu trennen. Denn einmal geht es um staatliche Eingriffsbefugnisse und einmal um eine private Gewissensentscheidung und die Frage, ob das Strafrecht hierauf reagieren sollte.

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 erheblichen Bedenken ausgesetzt. Eine Berufung auf § 32 StGB scheidet, 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. 152 ff.) wird auch in diesem Fall der Gedanke der gerechtfertigten Tötung innerhalb von Gefahrengemeinschaften aufgegriffen und präzisiert. Die unbeteiligten Passagiere im Flugzeug bildeten mit denjenigen, die sich im von den Terroristen als Ziel ausgemachten Hochhaus befänden, eine Gefahrengemeinschaft. Die Besonderheit sei hierbei nun, dass die Rettungschancen innerhalb dieser Gefahrengemeinschaft 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. Schießt der Pilot das Flugzeug ab, dann trifft er nur diejenigen, die ohnehin sicher sterben werden.

- +

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 von Ärzt:innen 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 sind.
- 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:innen abgeleitet, im Notfall ihr Leben zugunsten der politischen Gemeinschaft hinzugeben, was dann einen Abschuss rechtfertigen würde.
- Das Widerstandsrecht soll nur Bürger:innen zur Seite stehen. Art. 20 IV GG will staatliche Kompetenzen gerade nicht erweitern, sondern begrenzen.
- Die h.M. (*Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 117a; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 479, 719; *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 aber eine Entschuldigung in Betracht.
  - Ein entschuldigender Notstand nach § 35 StGB ist allerdings nicht gegeben, sofern zwischen dem den Abschuss ausführenden Piloten und den Menschen im Hochhaus oder Stadion, in das das Flugzeug einzuschlagen droht, kein Näheverhältnis besteht, wie es § 35 StGB fordert.
  - Die Lösung wird in einem übergesetzlichen entschuldigenden Notstand bzw. Verantwortungsauschluss gesehen. Die Gefahrengemeinschaft stelle einen anerkannten Anwendungsfall dieses übergesetzlichen Notstandes dar. Es fehle an einer präventiven Bestrafungsnotwendigkeit, weil

das Motiv des Abschusses in der Rettung von Menschenleben bestand, der Tat somit keine rechts-gutsfeindliche, sondern eine rechtsgutserhaltende Tendenz anhaftete. Es erscheint nicht vorwerf-bar, wenn in extremen Ausnahmefällen das Leben todgeweihter Menschen geopfert werde, um eine große Menschenmenge zu retten. Betroffen sei ja „nur“ diejenige Schnittmenge aller, die ohnehin gestorben wären.

- Die Anwendung des übergesetzlichen Notstands bringt jedoch auch einige Probleme mit sich: Zu-nächst ist fraglich, ob und inwieweit sich staatliche Amtsträger überhaupt auf den übergesetzli-chen Notstand berufen können (dazu *Dreier* JZ 2007, 261, 267). Soweit der Pilot nicht auf Grund-lage gesetzlicher Vorschriften tätig wird, handelt es sich um seine private Gewissensentscheidung. Des Weiteren ergeben sich aber Bedenken hinsichtlich der Sicherheit der Prognose, da eine hin-reichend 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 wol-len, war ja gerade der Grund, eine Lösung auf Rechtfertigungsebene abzulehnen. Die Konse-quenz daraus ist, dass der Abschuss eben nicht rechtlich abgesichert ist und somit verhindert werden kann. Es geht hier nur um die Frage, ob wir im Hinblick auf die Gewissensentscheidung des Piloten wirklich mit dem Strafrecht reagieren sollen.

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., 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 die Einzelnen verlagert, die als Bundeswehrpilot:innen vor dem Dilemma stehen, 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 Strafflosigkeit propagiert.

Der Schutz der Bevölkerung ist innerster Existenzgrund unseres Staates. Das folgt aus der Idee des Gesellschaftsvertrags, bei uns in der Bundesrepublik Deutschland auch ganz konkret aus den an den Beginn der Verfassung gestellten Grundrechte und insbesondere dem Schutz der Würde des Menschen. Dass das Grundgesetz den Staat also vom Individuum und seiner Würde her konstituiert, ist auch historisch sehr bedeutsam, handelt es sich hierbei doch um eine „Umkehrung des nationalsozialistischen Leitsatzes, der Einzelne sei nichts, der Staat (oder die Gemeinschaft) alles.“ (Jarass/Pieroth/*Jarass* GG, 17. Aufl. 2022, Art. 1 Rn. 1). In der geschilderten Situation ist es dem Staat aber aufgrund der praktischen Umstände schlicht unmöglich, seiner daraus folgenden Verpflichtung gegenüber seinen Bürger:innen Folge zu leisten. Dann aber 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 Zuschauer:innen wird dabei die Rolle von Laienrichter:innen 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 zurecht namhafter Kritik ausgesetzt. *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. <https://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 21 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln.

<https://strafrecht-online.org/quiz/category/10084/question/320/?state=start>