

Herausgeber

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Erlangen
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Joachim Vogel, Tübingen

Redaktion

Claudia Lienig

Mohr Siebeck

62. Jahrgang
16. März 2007
Seiten 261–316

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Horst Dreier, Universität Würzburg

Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 1*

Das Tötungsverbot ist in allen Rechtskulturen tief verankert. Gleichwohl gab und gibt es Ausnahmen. Der Beitrag beschäftigt sich anhand der Rechtslage in der Bundesrepublik zunächst in Teil 1 mit der Zulässigkeit der Tötung anderer geborener Menschen insbesondere in Notwehr- und Notstandsfällen sowie beim Luftsicherheitsgesetz, sodann mit der Rechtslage bei der Tötung vorgeburtlichen Lebens und abschließend in Teil 2 mit höchst aktuellen Fragen von Suizid und Tötung auf Verlangen, Sterbehilfe und Patientenverfügungen.**

I. Einführung

Inzesttabu und Tötungstabu sind vermutlich die beiden einzigen universellen Tabus¹. Das Verbot der Tötung anderer zählt schlicht zur Existenzbedingung jeder Gruppe, jedes Stammes, jedes größeren menschlichen Verbandes, der sich als Einheit begreift und Selbsterhaltung anstrebt. Das Verbot, andere zu töten, ist ungeachtet der hohen Bedeutung des fünften Gebotes „Du sollst nicht töten“² dabei selbstredend nicht auf das Christentum oder die monotheistischen Reli-

gionen reduzierbar oder gar einzig mit Rekurs auf diese und ihre Inhalte begründbar. Andere Religionen wie der Buddhismus sind hier erheblich strikter und dehnen das Tötungsverbot weit über den Kreis der Mitmenschen aus, obwohl es auch dort anerkannte Ausnahmen gibt.

Im Christentum konnten lange Zeit die Verhängung der Todesstrafe für einen großen Kreis von Delikten oder die Führung gerechter Kriege als prominente Beispiele für legitime Formen der Tötung anderer Menschen gelten³. Nach *Thomas von Aquin*, dessen Position als 1567 offiziell zum „Kirchenlehrer“ (*doctor ecclesiae*) erhobener Philosoph besonders gewichtig ist, muß sich die Gesellschaft des Verbrechens wie eines wilden Tieres erwehren und entledigen⁴. Nun ist die Geschichte der Todesstrafe nach ihrer extensiven Verhängung in Antike und früher Neuzeit⁵ zweifelsohne seit mehreren Jahrhunderten die Geschichte ihrer immer stärkeren Einschränkung auf wenige Delikte bis hin zur vollständigen Abschaffung in vielen, aber bei weitem noch nicht allen

Mensen SVD (Hrsg.), *Recht auf Leben. Recht auf Töten*. Ein Kulturvergleich, 1992, S. 133 ff.

³ Freilich ist zu vermerken, daß in den frühen Christengemeinden der vor-konstantinischen Zeit sowie in den Ostkirchen eine sehr viel strengere Orientierung am Tötungsverbot in Gestalt großer Distanz gegenüber dem Kriegsdienst obwaltete. Das strikt verstandene Tötungsverbot fand seinen Ausdruck u. a. darin, daß in den sog. Lasterkatalogen zu den nicht zur Taufe zuzulassenden Sündern regelmäßig Soldaten oder Vertreter anderer Berufe (wie Gladiatoren) gezählt wurden, die zum Töten gezwungen waren (niedergelegt etwa in der *Traditio Apostolica* aus dem zweiten oder frühen dritten Jahrhundert: s. *W. Geerlings* [Hrsg.], *Traditio Apostolica* [Fontes Christiani 1], 1991, S. 247, 249). In für den Umschwung bezeichnender Weise schloß umgekehrt bereits die Synode von Arles (314 n. Chr.) Fahnenflüchtige vom Empfang der Sakramente aus. In der byzantinischen Kirche hielt diese Distanz sehr viel länger an. Knapp, aber präzise zur Entwicklung *P. Engelhardt* in: *R. Steinweg* (Red.), *Der gerechte Krieg*, 1980, S. 72 ff.; vgl. noch *J.-M. Hornus*, *Politische Entscheidung in der alten Kirche*, 1963, S. 152 ff.; *L. J. Swift*, *The Early Fathers on War and Military Service*, 1983, S. 17 ff. (mit reichhaltigem Quellenmaterial) sowie kürzlich *D. S. Bachrach*, *Religion and the Conduct of War c. 300–1215*, 2003, S. 24 ff.

⁴ Siehe *A. Walz*, *San Tommaso d'Aquino dichiarato dottore della Chiesa nel 1567*, in: *Angelicum* 44 (1967), S. 145 ff.; *J.-P. Torrell*, *Magister Thomas. Leben und Werk des Thomas von Aquin*, 1995, S. 337 ff.

⁵ Zur Antike s. jetzt *J.-U. Krause*, *Kriminalgeschichte der Antike*, 2004, S. 20 ff., 73 ff.; zur frühen Neuzeit etwa *R. van Dülmen*, *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, 3. Aufl. 1988, S. 102 ff., 121 ff.; *R. J. Evans*, *Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany 1600–1987*, 1996, S. 27 ff.; *J. Martschukat*, *Inszeniertes Töten. Eine Geschichte der Todesstrafe vom 17. bis zum 19. Jahrhundert*, 2000, S. 12 ff.; w.N. bei *H. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. III, 2000, Art. 102 Rn. 15 ff.

* **Inhaltsübersicht:** Teil 1: I. Einführung. II. Tötung anderer geborener Menschen. 1. Staatliche Inpflichtnahme. 2. Notwehr, Nothilfe, Notstand. 3. Finaler Rettungsschuß. 4. Finaler Rettungsabschuß? – Zum Problem des Luftsicherheitsgesetzes. 5. Zwischenbilanz. III. Tötung vorgeburtlichen Lebens. 1. Kategoriale Differenz zum Lebensrecht geborener Menschen. 2. Die Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch. 3. Die Rechtslage bei Embryonen in vitro. – Teil 2: IV. Selbsttötung und Tötung auf Verlangen. 1. Historischer Rückblick. 2. Straflosigkeit des Suizids. 3. Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). V. Sterbehilfe und Patientenverfügungen. 1. Das Problem der Sterbehilfe. 2. Terminologie: Aktive und passive Sterbehilfe. 3. Rechtliche Einstufung. 4. Insbesondere: Patientenverfügungen.

** Professor Dr. Horst Dreier lehrt Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Dieser Beitrag wurde im wesentlichen zur Druckreife gebracht während meines Aufenthaltes als Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin im Akademischen Jahr 2005/2006 und zuerst publiziert in: *Hans Joas* (Hrsg.), *Die Zehn Gebote. Ein widersprüchliches Erbe?*, Böhlau Verlag, Köln – Weimar – Wien 2006. Für den hiesigen Abdruck wurde der Text Ende 2006 mit Blick auf die Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages und einige Neuerscheinungen nochmals aktualisiert.

¹ Zur zentralen Rolle beider Tabus *D. Fabricius*, in: *O. Depenheuer* (Hrsg.), *Recht und Tabu*, 2003, S. 27 ff. (33 ff.); vgl. noch *M. F. Siebert*, *Das Inzestverbot in der normativen Architektur früher Gesellschaften*, 1996, S. 46 ff.

² Dazu ein- und weiterführend *H. Deuser*, *Die Zehn Gebote. Kleine Einführung in die theologische Ethik*, 2002, S. 83 ff.; einige Hinweise zu Bedeutung und Entwicklung des Tötungsverbotes auch bei *E. J. Nagel*, in: *B.*

Staaten der Erde⁶. Doch stand sie dessen ungeachtet bis weit über die Mitte des 20. Jahrhunderts hinaus in den meisten freiheitlichen Verfassungsstaaten der Welt wie selbstverständlich in Kraft und ist erst seit wenigen Jahrzehnten als reguläre Form strafrechtlicher Sanktion auf dem Rückzug bzw. in die argumentative Defensive geraten⁷, ja in weiten Kreisen der „Ächtung“ verfallen⁸. Ganz ähnlich wird heute die – von ihrer ursprünglichen Intention her restriktive – Figur des „gerechten Krieges“, wie sie sich prototypisch im Werk des spätantiken Kirchenvaters *Augustinus* entfaltet findet⁹, nicht mehr bzw. nicht mehr ohne weiteres aufrechterhalten¹⁰. Der Versuch der Hegung des Krieges vom *ius ad bellum* bis zum *ius in bello* prägt die Geschichte des Völkerrechts ebenso wie der Rückzug der Todesstrafe die Geschichte staatlicher Sanktionen. Es mag als ein ambivalentes Zeichen gelten, wenn in beiden Fällen die Vereinigten Staaten von Amerika als nach dem Ende des Kalten Krieges verbliebene einzige Weltmacht die entsprechenden Entwicklungen entweder, wie bei der Todesstrafe, nicht in Gänze mitvollzogen haben oder, wie beim Völkerrecht, lange Zeit geteilte Konventionen und Überzeugungen heute nicht mehr mitzutragen bereit sind.

Doch selbst unter ausdrücklicher Einbeziehung dieser nicht unproblematischen Phänomene und Prozesse¹¹ läßt sich konstatieren, daß sich die Wertschätzung des Lebens, auch und gerade des individuellen Lebens, in den vergangenen Jahrhunderten und vor allem in den letzten Jahrzehnten enorm gesteigert hat. Während *Schiller* noch schreiben konnte, das Leben sei „der Güter höchstes nicht“¹², so hat das *BVerfG* ganz im Gegensatz hierzu vom Grundrecht auf Leben als einem „Höchstwert“ gesprochen¹³. Freilich darf Höchstwertigkeit nicht mit Einschränkunglosigkeit gleichgesetzt werden, wie bereits der Gesetzesvorbehalt in

Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG zeigt¹⁴. Denn der Eingriff in das Recht auf Leben, von dem das Grundgesetz hier spricht, kann nur in seinem Entzug, also der Tötung, bestehen. So gibt es Fälle und Fallkonstellationen, in denen bei aller Hochschätzung des menschlichen Lebens doch Grenzen des Tötungsverbot aufscheinen. Diese gestalten sich unterschiedlich je nachdem, ob wir es mit der Tötung anderer geborener Personen oder mit der Vernichtung vorgeburtlichen Lebens zu tun haben. Eine dritte und wiederum anders gelagerte Problemkonstellation ergibt sich schließlich, wenn es nicht um die Tötung Dritter, sondern die Beendigung des eigenen Lebens geht.

Entsprechend dieser Differenzierung wenden wir uns zunächst einem Kreis von typischen Standardsituationen zu, in denen nach wie vor auch heute gemäß unserer Rechtsordnung wie derjenigen vergleichbarer freiheitlicher Verfassungsstaaten die Einforderung des eigenen Lebensopfers zulässig bzw. die Tötung anderer geborener Menschen von der Rechtsordnung gedeckt ist¹⁵ (dazu II.). Sodann wird gefragt, wie es sich mit dem Tötungsverbot in Bezug auf das vorgeburtliche (prä-nidative wie prä-natale) Leben verhält; hier zeigt sich die kategoriale Differenz, die das Recht im Einklang mit unseren reflektierten moralischen Intuitionen zwischen der Tötung geborener Personen und der Tötung vorgeburtlichen Lebens macht (III.). Schließlich ist zu klären, ob nicht nur die Tötung fremden, sondern auch die des eigenen Lebens einem Verbot unterliegt oder welche Grenzen bei der Auslöschung des eigenen Lebens sonst gezogen werden (IV.); damit hängen Fragen der Sterbehilfe einschließlich der Patientenverfügungen zusammen, die als Form der Wahrung personaler Autonomie am Lebensende zu reflektieren sind (V.).

II. Tötung anderer geborener Menschen

1. Staatliche Inpflichtnahme

Für den Staat der Moderne ist typisch, daß er eine Inpflichtnahme seiner (männlichen) Bürger zu Zwecken militärischer Verteidigung in Gestalt einer allgemeinen Wehrpflicht kennt¹⁶. Insbesondere im Gefolge der Französischen Revolution hat diese Wehrpflicht eine demokratisch-egalitäre Grundierung erfahren¹⁷. Eine Einschränkung des Lebensrechts liegt hier gleichsam in doppelter Weise vor: einmal insofern, als die Tötung der feindlichen Soldaten nicht als kriminelles Delikt, sondern als Erfüllung einer militärischen Pflicht eingestuft wird; zum anderen dadurch, daß die eigenen Soldaten, die für ihr Land in den Krieg ziehen, ihr Leben in die Waagschale zu werfen genötigt werden¹⁸. Grund-

¹⁴ Art. 2 Abs. 2 GG lautet: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“

¹⁵ In pointierter Zuspitzung spricht *G. Roellecke* JZ 2005, 421 (423) davon, das zur Friedenswahrung dienende staatliche Gewaltmonopol enthalte „in letzter Konsequenz ein Tötungsrecht“.

¹⁶ Überblick zur Entwicklung bei *U. Frevert*, Die kasernierte Nation, 2001, S. 18 ff. u. passim; *L. Mjoset/S. van Holde*, Killing for the State, Dying for the Nation: An Introductory Essay on the Life Cycle of Conscription into Europe's Armed Forces, in: *dies.* (Hrsg.), The Comparative Study of Conscription in the Armed Forces, 2002, S. 3 ff.; knappe Zusammenfassung m. w. N. bei *W. Heun*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 12a Rn. 1 f.

¹⁷ Vgl. *A. Forrest*, Conscription as Ideology. Revolutionary France and the Nation at Arms, in: *Mjoset/van Holde*, Killing (Fn. 16), S. 95 ff.; ange-deutet in *BVerfGE* 69, 1 (22); nur sehr knapp auch *F. Kirchhof*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 84 Rn. 81.

¹⁸ Aus der nicht gerade überbordenden Literatur *W. Leisner*, in: *dies./H.*

⁶ Vgl. *Dreier* (Fn. 5), Art. 102 Rn. 31 ff.

⁷ Freilich kann von einem wirklich einmütigen ethischen oder gar theologischen Konsens keine Rede sein. Zurückhaltend auch nach wie vor die Position der katholischen Kirche, wie sie im „Katechismus der Katholischen Kirche. Compendium“, 2005 unter Rn. 469 fixiert ist: es seien „Fälle, in denen die Todesstrafe absolut notwendig ist, schon sehr selten oder praktisch überhaupt nicht mehr gegeben“ (Enzyklika *Evangelium vitae*).

⁸ Wie man an den Forderungen des Europarates gegenüber der Türkei sieht, wird sie zuweilen vorrangig, wenn nicht gar exklusiv zum Lackmustest für die Frage gemacht, ob bestimmte Länder den Status freiheitlicher Verfassungsstaaten erreicht haben und insofern „reif“ für die Integration sind.

⁹ *A. Augustinus*, *Quaestiones in Heptateuchum* VI 10 (Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum, Bd. 28/2, 1895, S. 428 f.); *H. A. Deane*, *The Political and Social Ideas of St. Augustine*, 1963, S. 154 ff.; *Engelhardt* (Fn. 3), S. 75 ff.; *W. G. Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2. Aufl. 1988, S. 133 ff.; knapp *K.-H. Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, 1994, S. 75.

¹⁰ Das Kriegsvölkerrecht ist nach 1945 den Weg hin zur prinzipiellen Ächtung des Krieges und seiner Beschränkung auf den Verteidigungskrieg bzw. seiner Legitimation durch internationale Rechtsinstanzen (UNO) gegangen. – Die völkerrechtlich sehr umstrittenen und im wesentlichen „humanitär“ motivierten Kriege gegen den Irak (1990) wie auch die Militäreinsätze der NATO im zerfallenden Jugoslawien in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts haben freilich gezeigt, wie lebendig und deutungskräftig jene Kategorie besonders in Situationen geblieben ist, in denen das geschriebene Recht eine Grundlage kaum zu bieten schien.

¹¹ Als hochproblematisch muß man auch die Praxis Israels oder der USA werten, „Terroristen“ gezielt zu töten. Dazu *W. Bausback* NVwZ 2005, 418 ff.

¹² *F. Schiller*, in: *ders.*, *Werke in drei Bänden*, Bd. III, 1966, S. 469 ff. (552).

¹³ *BVerfGE* 39, 1 (42) = JZ 1975, 205 m. Anm. *Kriele*; 46, 160 (164) = JZ 1977, 750; 49, 24 (53). Allerdings wird auch in der Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG ein solcher „oberster Wert“ (*BVerfGE* 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 30, 173 [193] = JZ 1971, 544; 32, 98 [108] = JZ 1972, 83 m. Anm. *Peters*) bzw. „höchster Rechtswert“ (*BVerfGE* 12, 45 [53] = JZ 1961, 491 [dazu *Groß* JZ 1961, 480]; 45, 187 [227]; ähnlich *E* 69, 1 [22]) gesehen, und zwei Höchstwerte in einer Verfassungsordnung erscheinen kaum widerspruchsfrei konstruierbar oder vorstellbar. Das mag hier aber auf sich beruhen.

rechtsdogmatisch handelt es sich beim staatlich befohlenen Kriegseinsatz um eine Lebensgefährdung, die als Eingriff in das Lebensrecht deswegen behandelt wird, weil der Tod ernsthaft zu befürchten steht¹⁹.

Gleiches gilt für die gängigen weiteren Standardfälle der Feuerwehrrpflicht oder sonstiger lebensgefährlicher staatlicher Dienstpflichten²⁰. Praktisch werden die letztgenannten Konstellationen in ihrer Härte entschärft durch freiwillige oder Berufsfeuerwehren oder sonstige „private“ Erledigung der entsprechenden Aufgaben. Eine gleiche Tendenz läßt sich für Berufsarmeen ausmachen, die allem Anschein nach in immer mehr Staaten (und möglicherweise in nicht allzu langer Zeit auch in der Bundesrepublik Deutschland) an die Stelle allgemeiner staatlicher Wehrrpflicht treten. Aber die Tatsache einer wie auch immer begründeten und auf welchen Personenkreis auch immer erstreckten Pflicht zum Einsatz des Lebens in diesen Standardsituationen bleibt davon unberührt.

2. Notwehr, Nothilfe, Notstand

Die Rechtsordnung erlaubt aber nicht allein die staatliche Inpflichtnahme des Einzelnen mit der (möglichen) Folge seines Todes. Sie muß sich auch zu der Frage verhalten, ob und wann eine Privatperson eine andere ihres Lebens berauben darf. Das wird seit jeher thematisiert in den strafrechtlichen Figuren der Notwehr und der Nothilfe sowie des Notstandes.

a) Die in § 32 des Strafgesetzbuches (StGB)²¹ eher knapp geregelte Notwehr²² gilt als allgemein anerkanntes, in so gut wie allen Rechtsordnungen anzutreffendes, in seinem Kern teilweise sogar als naturrechtlich verankertes angesehenes Rechtsinstitut²³. Sie beruht auf dem ebenso schlichten wie fundamentalen Prinzip, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht. Daher ist das Merkmal der Rechtswidrigkeit des Angriffs, gegen den man sich zur Wehr setzt, von zentraler Bedeutung. Man darf also den rechtswidrigen Angriffen anderer Menschen wehrhaft entgegenreten²⁴. Dabei muß der Angegriffene bei seiner Verteidigungshandlung nicht darauf achten, keine höherwertigen Rechtsgüter als die gefährdeten zu verletzen. So darf der Angreifer getötet werden, auch wenn dieser „nur“ ein Raubdelikt, eine schwere Körperverletzung oder eine Vergewaltigung begehen wollte, sofern kein milderes Abwehrmittel zur Verfügung steht.

Goerlich, Das Recht auf Leben, 1976, S. 9 ff. (36 ff.); M. Sachs BayVBl. 1983, 489 (489 ff.); umfassend zur ethischen Problematik R. Norman, Ethics, Killing and War, 1995, S. 36 ff. Zu Gründen für die in Deutschland geringe Befassung mit der Problematik B. Schlink, in: C. Enders/J. Masing (Hrsg.), Freiheit des Subjekts und Organisation von Herrschaft, 2006, S. 43 ff.

19 Statt vieler vgl. H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Fn. 16), Art. 2 II Rn. 43, 46 m. w. N.

20 Dazu etwa M. Sachs BayVBl. 1983, 460 ff., 489 ff.; D. Lorenz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 1989, § 128 Rn. 36 ff., 40 ff.; F. Hofmann ZBR 1998, 196 ff.

21 § 32 StGB lautet: „(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren.“

22 Vgl. einführend K. Kühl, in: K. Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 149 ff.; C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 15 S. 654 ff.; J. Wessels/W. Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 35. Aufl. 2005, Rn. 324 ff.; knapp m. w. N. F. Wittreck, in: P. Prechtl/F.-P. Burkard, (Hrsg.), Metzler Philosophie Lexikon, 2. Aufl. 1999, S. 407.

23 K. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 7 Rn. 1. – Zum Recht auf Notwehr auch Katechismus/Kompendium (Fn. 7), Rn. 467.

24 H. J. Hirsch, in: B. Jähnke/H. W. Laufhütte/W. Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 68.

Eingeschränkt ist das Notwehrrecht lediglich bei krassem Mißverhältnis zwischen dem rechtswidrigen Angriff auf ein Rechtsgut und der Verteidigungshandlung²⁵. Weitere sozialethische Beschränkungen²⁶ sind anerkannt bei Angriffen von Kindern, Geisteskranken oder Betrunknen (hier geht Schutzwehr vor Trutzwehr) oder nahen Angehörigen²⁷.

b) Die Zulässigkeit der Nothilfe gründet in dem Gedanken, daß auf der Verteidigerseite nicht nur der Angegriffene selbst gerechtfertigt ist, sondern auch derjenige, der dem Angegriffenen zur Hilfe kommt, also eben Nothilfe leistet²⁸. Für ihre Zulässigkeit gelten die gleichen Voraussetzungen wie für die Notwehr selbst. Wie bei der Notwehr wertet die Rechtsordnung die entsprechenden Handlungen als gerechtfertigt, d. h.: mit dem Recht und seinen Wertungen positiv in Einklang stehend. Der Notwehr Ausübende oder Nothilfe Leistende muß sich nicht vorwerfen lassen, rechtswidrig gehandelt zu haben; vielmehr hat er sich gegen einen rechtswidrigen Angriff rechtmäßig zur Wehr gesetzt. Wo „ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, da ist die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung erlaubt. Rechtfertigung bedeutet also nicht etwa, daß der Täter sich nach der Tat vor Gericht oder der Polizei rechtfertigen müßte, sondern nur, daß der Täter so ... handeln“ durfte²⁹.

c) Diese klare Wertung gerät bei den Notstandsregelungen auf den Prüfstand und läßt sich nicht mehr in allen Konstellationen durchhalten. Man muß insoweit streng zwischen dem rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) und dem entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) unterscheiden.

aa) Im Falle des § 34 StGB (rechtfertigender Notstand)³⁰ haben wir es ähnlich wie bei Notwehr und Nothilfe mit einem Rechtfertigungsgrund zu tun³¹. Der Grundgedanke lautet hier wie folgt: besteht eine gegenwärtige Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut (etwa das Leben eines Kindes), so dürfen zur Rettung Maßnahmen ergriffen werden, die andere Rechtsgüter (etwa das Eigentumsrecht an einem fremden Auto, mit dem die Mutter das todkranke Kind in die Klinik fährt) verletzen, wenn die Gefahr nicht anders abwendbar ist und das Interesse an der Zulassung der Notstandshandlung das Interesse an der Respektierung des durch sie beeinträchtigten Rechtsgutes deutlich überwiegt³². Die Tötung eines anderen Menschen läßt sich aber über § 34 StGB (anders als bei Notwehr und Nothilfe) nach gefestigter strafrechtlicher Dogmatik nicht rechtfertigen, weil wegen der Einzigartigkeit eines jeden Lebens hier das Überwiegen eines Rechtsgutes nicht angenommen werden kann. Im Rahmen des § 34 StGB ist das Leben grundsätzlich einer qualitativen Abwägung (junges gegen altes) ebenso entzogen wie einer quantitativen Abwägung (Opferung eines Lebens, um mehrere an-

25 Schulbeispiel: Der an den Rollstuhl gefesselte Grundstückseigentümer ist nicht berechtigt, mit dem Gewehr auf Kinder zu schießen, die unter Ausnutzung seiner Lage den Kirschbaum plündern. Dazu statt aller Wessels/Beulke (Fn. 22), Rn. 343.

26 Zu den Fallgruppen H. Tröndle/T. Fischer, Kommentar zum StGB, 53. Aufl. 2006, § 32 Rn. 18 ff.

27 Kritisch zur Rechtsprechung zum letztgenannten Punkt F. Zieschang JA 2003, 527 ff.

28 Tröndle/Fischer (Fn. 26), § 32 Rn. 7.

29 E. Schmidhäuser, Einführung in das Strafrecht, 1972, S. 143.

30 § 34 StGB lautet: „1 Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. 2 Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“

31 Eingehend M. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, insb. S. 29 ff.

32 Hirsch (Fn. 24), Vor § 32 Rn. 69.

dere Leben zu retten)³³. Eine Saldierung oder Aufrechnung von Leben gegen Leben kann die Rechtsordnung nicht vornehmen und entsprechende Handlungen auch nicht mit dem Merkmal „gerechtfertigt“ ausstatten³⁴. Dieses Dogma von der Abwägungsresistenz menschlichen Lebens gilt freilich – nota bene! – strikt (und auch insofern nicht uneingeschränkt, wie Militäreinsätze und einige zu diskutierende Grenzfälle in Notsituationen zeigen) nur für das Verhältnis geborener Menschen untereinander, nicht jedoch beim Schwangerschaftsabbruch, also beim vorgeburtlichen Leben (dazu näher unter III.). Auch im Bereich der Sterbehilfe sind hier – freilich weniger grundsätzliche – Modifikationen und Ausnahmen anerkannt (dazu näher unter IV.).

bb) Wenn die Rechtsordnung beim Konflikt Leben gegen Leben in Notstandsfällen (anders als bei der Notwehr) auch nicht das Rechtmäßigkeitszertifikat ausstellen kann, so bedeutet das nicht zwingend, daß eine in einer verzweifelten und ausweglosen Lage vorgenommene Tötung einer anderen Person bestraft werden müßte. Möglicherweise kann der Betroffene „entschuldigt“ werden, wie § 35 StGB³⁵ dies vorsieht³⁶. Die klassische Konstellation ist im sog. *Karneades-Fall* beschrieben³⁷. Wenn zwei Schiffbrüchige im Meer treiben und sich auf eine Planke retten können, die aber nur einen von ihnen tragen kann: „darf“ dann der eine den anderen fortstoßen und ihn so dem sicheren Tod überantworten?³⁸ Oder muß der eine sein Leben opfern, um nicht zum Mörder des anderen zu werden? Oder müssen beide sterben? Hier vermag die Rechtsordnung letztlich keine (positive) Entscheidung zu treffen und keine Bewertung vorzunehmen, die eine Handlungsvariante als mit der Rechtsordnung in Einklang stehend auszeichnen, also das Rechtmäßigkeitszertifikat ausstellen würde³⁹. Stößt einer der beiden den anderen fort und tötet ihn somit, so läßt sich das Rechtswidrigkeits-Urteil nicht vermeiden (so daß der andere, Fortgestoßene konsequenterweise zur Notwehr befugt

33 Im Grundsatz fast einhellige Auffassung: vgl. nur *Roxin* (Fn. 22), § 16 Rn. 34; *V. Erb*, in: *W. Joecks/K. Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 34 Rn. 116; *Tröndle/Fischer* (Fn. 26), § 34 Rn. 10a. Aus der Judikatur *BGHSt* 35, 347 (350) = *JZ* 1989, 642, dazu *Küper* *JZ* 1989, 617ff., 935 ff. – Umstritten ist, ob eine Rechtfertigung über § 34 StGB in Betracht kommt, wenn bei „Gefahrengemeinschaften“ das geopferte Leben „unrettbar“ verloren ist; dazu etwa *Kühl* (Fn. 23), § 8 Rn. 153 ff. Vgl. noch näher unter II.4a).

34 Transparente Präsentation und Diskussion der hier diskutierten Schulfälle (Weichensteller-Fall, Gondelfall, Bergsteigerfall etc.) bei *W. Küper* *JuS* 1981, 787 ff.

35 § 35 StGB lautet: „(1) ¹Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. ²Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte. (2) ¹Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. ²Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.“

36 Zum entschuldigenden Notstand auch in der Variante des übergesetzlichen Notstands s. etwa *Roxin* (Fn. 22), § 22 Rn. 142 ff.; *Kühl* (Fn. 23), § 12 Rn. 92 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 22), Rn. 452.

37 Nach dem griechischen Rhetoriker *Karneades*, der den entsprechenden Fall ca. 155 v. Chr. bei einem von zwei Vorträgen in Rom präsentiert hatte. Vgl. eingehend *A. Aichele*, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 11 (2003), S. 245 ff.

38 Ausführliche strafrechtliche Behandlung des Falles bei *U. Weber*, in: *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 12 Rn. 27 ff., § 23 Rn. 9, 13, 17, 20, 27, 34.

39 Insofern treffend *G. Roellecke*, *Staat und Tod*, 2004, S. 39: das „Recht weigert sich, den Fall zu entscheiden. Es kann niemandem verübeln, um seine Existenz zu kämpfen.“ Das Abtreibungsrecht folgt diesen Prinzipien aber gerade nicht.

bleibt⁴⁰). Aber sie kann die ihr eigenes Leben um den Preis eines anderen rettende Person auch nicht bestrafen, weil sie ihm sonst vorschreiben würde, sich selbst zu opfern. Also wird die Tat „entschuldigt“, die individuelle Vorwerfbarkeit der Tat verneint. Zu beachten ist die unterschiedliche Struktur der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Bei der Rechtfertigung liegt kein Unrecht vor, sondern ein von der Rechtsordnung erlaubtes und gebilligtes Handeln; bei der Entschuldigung handelt es sich hingegen um Unrecht, für dessen Begehung allerdings dem Betroffenen kein Schuldvorwurf gemacht werden kann.

Es hat im übrigen im 19. Jahrhundert einige reale und vieldiskutierte Seerechtsfälle gegeben, die der hypothetischen *Karneades-Problematik* sehr nahe kamen⁴¹. Im Falle der Yacht „Mignonette“, die 1884 bei einem Sturm unterging, trieben vier Seeleute hilflos in einem Rettungsboot im Ozean. Um sich vor dem Verhungern zu retten, wurde einer der vier (Seemann Parker), der Seewasser getrunken hatte und kaum noch bei Bewußtsein war, von einem anderen (Seemann Dudley) getötet. Die drei Überlebenden ernährten sich bis zu ihrer glücklichen Rettung von dem Leichnam. Dudley wurde von einem englischen Gericht zunächst zum Tode verurteilt, dann aber zu sechsmonatiger Haft begnadigt. Nach bundesdeutschem Recht hätte man hier einen Fall des entschuldigenden Notstandes annehmen müssen oder doch zumindest können⁴². Hier sieht man übrigens erneut sehr deutlich, warum nur eine Entschuldigung, nicht aber eine Rechtfertigung in Betracht kommt, obwohl doch letztlich drei Menschen nur deshalb überleben konnten, weil ein vierter sein Leben ließ: denn eine solche Verrechnung widerspricht dem grundsätzlich unabwägbareren Einzigartigkeitscharakter eines jeden menschlichen Lebens⁴³. Eine „utilitaristische Gesamtkalkulation auf Kosten des Individuums“⁴⁴ ist unserer Rechtsordnung fremd: sie kann die Tötung deshalb nicht für erlaubt und letztlich richtig, sondern nur für entschuldigt und insofern hinnehmbar erklären.

3. Finaler Rettungsschuß

Notwehr, Nothilfe und Notstandssituationen betreffen Situationskomplexe und Handlungen unter Privaten. Bei der unterschiedlich apostrophierten Situation, in der die Polizei aufgrund öffentlichrechtlicher Normen zur Gefahrenabwehr eine Person tötet, die das Leben einer anderen oder mehrerer anderer bedroht („finaler Rettungsschuß“ oder auch „polizeilicher Todesschuß“⁴⁵), tritt gleichsam die staatliche Gewalt als Nothelfer auf⁴⁶. Der finale Rettungsschuß oder poli-

40 *Kühl* (Fn. 23), § 12 Rn. 16.

41 Überblick bei *E. Hilgendorf*, *Unser kümmerliches Floß ist noch immer überlastet*, in: *FAZ* Nr. 37 v. 14.2. 2005, S. 40.

42 Intensive Diskussion der Rechtsfragen an einem anderen Fall, dem des Walfangschiffes *Essex*, das im November 1820 im Nordpazifik durch einen Wal zerstört wurde (möglicherweise eine Anregung für Hermann Melvilles „*Moby Dick*“), bei *W. Mitsch*, in: *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 49 ff.; die auf ihren Booten befindlichen Seeleute schlugen sich über 1000 Seemeilen durch und übten zunächst Kannibalismus an den verstorbenen Kameraden; danach wurde zumindest auf einem Boot ausgelost, wer sich für die anderen opfern sollte, und wiederum durch Los bestimmt, wer diesen (es traf den 18jährigen Schiffsjungen *Owen Coffin*) mit der Muskete zu töten hatte.

43 Für die ganz herrschende Meinung *Kühl* (Fn. 23), § 8 Rn. 154 m. w. N.; vereinzelt Gegenmeinung bei *H. Otto*, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3. Aufl. 1978, S. 193 ff.; differenzierend zwischen Abwägung und Angemessenheit *Mitsch* (Fn. 42), S. 61 ff.

44 *N. Hoerster*, *Ethik des Embryonenschutzes. Ein rechtsphilosophischer Essay*, 2002, S. 34.

45 Vgl. Nachweise bei *B. Pieroth/B. Schlink/M. Kniesel*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3. Aufl. 2005, § 24 Rn. 18 ff.

46 Diese Terminologie explizit etwa bei *G. Spindel*, in: *B. Jähnke/H. W.*

zeiliche Todesschuß ist dem Wortlaut der einschlägigen polizeirechtlichen Regelungen gemäß nur zulässig, wenn und sofern er die einzige Möglichkeit darstellt, eine akute Lebensgefahr oder schwerwiegende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit für die Geisel(n) abzuwenden⁴⁷. Er stellt insofern einen Eingriff in das Grundrecht auf Leben dar, der aber als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen ist⁴⁸.

4. Finaler Rettungsabschuß? – Zum Problem des Luftsicherheitsgesetzes

Eine ganz neue und mit den bisherigen Lösungswegen nicht zu vereinbarende rechtliche Situation ist mit dem im Jahre 2004 verabschiedeten, nach längerer Prüfung vom Bundespräsidenten verkündeten und mittlerweile vom *BVerfG* im hier entscheidenden Punkt für verfassungswidrig und daher nichtig erklärten Luftsicherheitsgesetz entstanden⁴⁹. Dieses Gesetz stellte eine Reaktion auf die terroristischen Akte des 11. September 2001 dar, indem es in § 14 Abs. 3 vorsieht, daß „eine unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ... nur zulässig (ist), wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist“. Diese Ermächtigung bricht mit dem Verbot der Saldierung von Leben bzw. Lebensquanten. Denn im Klartext erlaubt § 14 Abs. 3 LuftSiG den Abschluß eines verdächtigen Flugzeugs und damit die Tötung der an Bord befindlichen Unbeteiligten, wenn dadurch das Leben anderer Personen, die sich an dem von den Terroristen anvisierten Ziel befinden, gerettet werden kann⁵⁰. Diese Ermächtigung steht mit der gefestigten strafrechtlichen Dogmatik zum rechtfertigenden Notstand nicht in Einklang (dazu a). Auch eine Entschuldigung nach den Grundsätzen des übergesetzlichen Notstandes stößt auf gravierende Einwände (b). Die Rechtslage beim polizeilichen Todesschuß kann nicht als vergleichbar herangezogen werden (c). Dennoch ist ein strafloses Eingreifen nicht ausgeschlossen (d).

a) Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB kommt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur in Betracht, wenn das

durch die Notstandstat erhaltene Rechtsgut das beeinträchtigte Rechtsgut „wesentlich überwiegt“. Notwendig ist eine Gesamtabwägung der betroffenen Schutzgüter⁵¹. Diese Interessenabwägung kann aber in dem von § 14 Abs. 3 LuftSiG erfaßten Szenarium nicht durchgeführt werden, da sich hier auf beiden Seiten der Waagschale menschliches Leben befindet – und dieses ist nach ganz überwiegender Auffassung weder in quantitativer noch in qualitativer Hinsicht einer derartigen Abwägung zugänglich⁵². Vielmehr sind Abstufungen in der Wertigkeit individuellen Lebens ausgeschlossen, auch wenn die noch verbleibende Lebensspanne sehr kurz ist oder keine bzw. nur geringe Rettungschancen bestehen⁵³. Der Umstand, daß die Unbeteiligten an Bord des Flugzeugs, wenn nicht durch den Abschluß der Maschine, so doch durch den gezielt herbeigeführten Absturz mit größter Wahrscheinlichkeit ohnehin in naher Zukunft den Tod finden und sie daher todgeweiht seien, rechtfertigt es daher nicht, deren Leben geringer zu bewerten als das der Menschen am geplanten Absturzort⁵⁴. In quantitativer Hinsicht verbietet das Lebensrecht die Saldierung der geopfert Menschenleben auf der einen Seite und der geretteten Leben auf der anderen Seite. Das hat seinen Grund im Eigenwert des menschlichen Lebens, das sich einer numerischen Aufrechnung entzieht⁵⁵. Von einem „wesentlichen Überwiegen“ kann also auch dann nicht gesprochen werden, wenn durch den Abschluß des Flugzeugs „nur“ hundert Passagiere sterben, dadurch aber tausend gefährdete Personen gerettet werden können. Maßgeblich ist nur das geschützte Lebensinteresse jedes einzelnen, das hier die Pflicht zur solidarischen Aufopferung für andere begrenzt⁵⁶.

Die Ermächtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG läßt sich auch nicht mit der – insbesondere anhand der Bergsteiger-Fälle⁵⁷ exemplifizierten – Figur sog. Gefahrengemeinschaften⁵⁸ als zulässiges Handeln qualifizieren. Dieser Argumentation zufolge⁵⁹ erweitert sich im Falle der „Unausweichlichkeit“ des Todes einzelner deren Aufopferungspflicht gegenüber anderen, wenn für diese noch Rettungsmöglichkeiten bestehen; die rettungslos Verlorenen dürften nicht auch die anderen noch mit in den „sinnlosen“ Tod nehmen⁶⁰. Das verkehre die

Laufhütte/W. Odersky (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 263 ff. (Rn. 266, 274 u. passim). Eingehend zur Problematik *F. Raebor*, in: *H. Lischen/E. Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, S. 295 ff. (Rn. 890). – Schulbeispiel mit leider nur allzu realem Hintergrund: Geiselnahme nach Bankraub. Vgl. statt vieler *G.-H. Gornig/R. Jabn*, Fälle zum Sicherheits- und Polizeirecht, 3. Aufl. 2006, Fall 6, S. 84 ff.; *F. Wittreck*, in: *U. Blaschke/A. Förster* u. a. (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, 2005, S. 161 ff. (180 f.).

⁴⁷ Vgl. etwa § 66 Abs. 2 Satz 2 des (bayerischen) Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (BayPAG), der lautet: „Ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.“

⁴⁸ *Schulze-Fielitz* (Fn. 19), Art. 2 II Rn. 44, 62. Eingehend *T. Schöne/T. Klaes* DÖV 1996, 992 ff. (anhand des nordrhein-westfälischen Rechts).

⁴⁹ Luftsicherheitsgesetz v. 11. 1. 2005 (BGBl. I S. 78). Eine kritische Debatte war (erst) angestoßen worden durch einen Artikel von *R. Merkel* in: DIE ZEIT v. 18. 7. 2004, S. 33. – Der Bundespräsident hatte es mit großen Bedenken ausgefertigt und zugleich zur Überprüfung durch das *BVerfG* aufgefordert (vgl. *J. Kersten* NVwZ 2005, 661 [661]). Dieses hat mit Urteil v. 15. 2. 2006 (Az.: 1 BvR 357/05) § 14 Abs. 3 LuftSiG für verfassungswidrig und nichtig erklärt (*BVerfG* JZ 2006, 408 ff.).

⁵⁰ Nicht überzeugend sind Interpretationen, die die Norm erfasse lediglich den Fall, daß sich an Bord des Flugzeugs ausschließlich Terroristen befinden (vgl. nur *K. Odendahl* Die Verwaltung 38 [2005], 425 [434]). Auch eine in diese Richtung gehende „verfassungskonforme Auslegung“ verkennt den eigentlichen Sachgehalt der Norm und sprengt ihren Wortlaut. Auch das *BVerfG* hat sich darauf nicht eingelassen: vgl. *BVerfG* JZ 2006, 408 (413).

⁵¹ *U. Neumann*, in: *ders./I. Puppe/W. Schild* (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 2, § 34 (1997), Rn. 68; *T. Lenckner/W. Perron*, in: *A. Schöneke/H. Schröder*, Strafrechtsgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 34 Rn. 22; *Tröndle/Fischer* (Fn. 26), § 34 Rn. 8, 9.

⁵² *BGHSt* 35, 347 (350) – *Katzenkönig* = JZ 1989, 642, dazu *Küper* JZ 1989, 617 ff., 935 ff. Vgl. *Neumann* (Fn. 51), § 34 Rn. 74; *Lenckner/Perron* (Fn. 51), § 34 Rn. 23 a. E.; *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 115 f.; *H. Schlehofer*, ebda., Vor §§ 32 ff. Rn. 214 f.; *M. Pawlik* JZ 2004, 1045 (1048); *E. Klein*, in: *K. Grupp/U. Hufeld* (Hrsg.), Recht – Kultur – Finanzen. Festschrift für Reinhard Mußgung zum 70. Geburtstag, 2005, S. 71 ff. (78); *A. Sinn* NStZ 2004, 585 (586) m. w. N.

⁵³ Vgl. *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 115; *M. Pawlik* JZ 2004, 1045 (1050); *A. Sinn* NStZ 2004, 585 (587 f.); das ist nicht unstrittig: vgl. bei und in Fn. 57 ff.

⁵⁴ So auch *W. Höfling/S. Augsburg* JZ 2005, 1080 (1083).

⁵⁵ Im Grundsatz ebenso *Neumann* (Fn. 51), § 34 Rn. 74, der im Ergebnis allerdings in den hier diskutierten Konstellationen die Aufopferung Unbeteiligter für zulässig erachtet.

⁵⁶ So *Schlehofer* (Fn. 52), Vor §§ 32 ff. Rn. 215; im Grundsatz ebenso *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 114. Scharf gegen Konstruktionen einer (Pflicht zur) Selbstaufopferung *W. Höfling/S. Augsburg* JZ 2005, 1080 (1084 ff.).

⁵⁷ Bei einer Bergbesteigung stürzt einer aus der Bergseilschaft ab und droht nun die anderen mit in den Tod zu ziehen, die sich nur dadurch retten können, daß sie das Seil durchtrennen und damit ihn dem sicheren Tod überantworten. Ist das gerechtfertigt?

⁵⁸ Genauer: „Gefahrengemeinschaften mit einseitiger (asymmetrischer) Verteilung der Rettungschancen“; Beispiele dazu bei *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 118.

⁵⁹ So aus dem strafrechtlichen Schrifttum: *Neumann* (Fn. 51), § 34 Rn. 77; *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 118 f.; aus verfassungsrechtlicher Sicht: *P. Wilkesmann* NVwZ 2002, 1316 (1322); auch *M. Hochbuth* NZWehrR 2002, 154 (165 f.); *M. Baldus* NVwZ 2004, 1278 (1285).

⁶⁰ So *Erb* (Fn. 33), § 34 Rn. 118 f.: damit werde nicht (in unzulässiger Wei-

Lebensschutzfunktion des Tötungsverbot in ihr Gegenteil⁶¹. Diese Argumentation relativiert das Rechtsgut Leben in unzulässiger Weise. Abgesehen davon, daß die Prognose von der Unausweichlichkeit des Todes bis zum tatsächlichen Ende unsicher bleibt⁶², ändert auch die größte Wahrscheinlichkeit des nahen Todeseintritts nichts am Tötungsverbot⁶³. Die fehlende Rettungsmöglichkeit für die Flugzeuginsassen kann daher keine Befugnis zu ihrer Tötung begründen. Verfehlt ist es daher nach alledem anzunehmen, aufgrund des ohnehin bevorstehenden Lebensverlustes finde eine Quantifizierung von Leben gar nicht (mehr) statt⁶⁴.

So bleibt es dabei, daß die in § 14 Abs. 3 LuftSiG als „zulässig“ und damit erlaubt angesprochene Handlung sich an den „etablierten Wertungen“⁶⁵ des § 34 StGB bricht. Das allein läßt die Ermächtigung allerdings noch nicht scheitern. Denn die Norm ließe sich strafrechtsdogmatisch ohne weiteres als *lex specialis* (sowie *lex posterior*) und somit als spezialgesetzlicher Rechtfertigungsgrund einordnen, da normenhierarchisch § 34 StGB keinen höheren Rang genießt als die anderen einfachen Bundesgesetze⁶⁶. Aber die Verfassungsmäßigkeit der Abschlußregelung und insofern eben ihre Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht des Art. 2 Abs. 2 GG ist doch fraglich, weil in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit⁶⁷ eben jene Kriterien und Wertungsgrundsätze einfließen (müssen), die in der strafrechtlichen Binnensicht bei § 34 StGB zum Tragen kommen. Grundrechtsdogmatisch gesprochen: der durch die Norm vorgenommene Eingriff in das Lebensrecht der Flugzeugpassagiere dient zwar der Verfolgung eines legitimen Zwecks und kann auch als geeignet und erforderlich angesehen werden; doch wegen der Unabwägbarkeit des einzelnen Lebens und der fehlenden Pflicht zur Aufopferung desselben erweist er sich als unangemessen (unverhältnismäßig i. e. S.) und ist somit verfassungsrechtlich

se) ein Todesschicksal zugewiesen, sondern das Opfer werde nur daran gehindert, sich um den Preis des Todes aller für eine gewisse Zeit weiter gegen die Gefahr zu behaupten; auch Neumann (Fn. 51), § 34 Rn. 77: die Rettung der anderen sei gerechtfertigt, da die Schutzmöglichkeit (nicht die Schutzwürdigkeit!) des Rechtsguts nahezu auf null reduziert sei. – Eingehende Gegenargumentation bei M. Pawlik JZ 2004, 1045 (1049f.) sowie W. Höfling/S. Augsberg JZ 2005, 1080 (1085f.: insb. auch zum verfehlten „Solidaritäts“-Argument. Scharf gegen die Idee einer Einwilligung der ungeschuldeten Flugzeuginsassen auch BVerfG JZ 2006, 408 (414).

61 Erb (Fn. 33), § 34 Rn. 120.

62 Vgl. dazu K. Baumann DÖV 2004, 853 (859); A. Sinn NSTz 2004, 585 (591).

63 Vgl. insb. W. Küper JuS 1981, 787 (789f.); Roxin (Fn. 22), § 16 Rn. 35 ff. (39f.). Deutlich auch BVerfG JZ 2006, 408 (412f., 414).

64 So aber P. Wilkesmann NVwZ 2002, 1316 (1322).

65 Diese Wendung bei M. Pawlik JZ 2004, 1045 (1048). Pawlik will dem Problem durch eine systematische Differenzierung zwischen der Dogmatik der Normallage und einer solchen der Grenzsituation näherkommen. Bei seiner Bestimmung der Grenzsituation verschwimmen freilich rechtsphilosophische Rekapitulationen von Hobbes und Rousseau, spezifische Lageanalysen und tragfähige Parallelbildungen. Insbesondere scheint die Frage unterbelichtet, warum wir eigentlich eine eng umgrenzte Gruppe der staatlichen Gemeinschaft wie Soldaten oder Feuerwehrleute dem Todesrisiko aussetzen können. Wird hier nicht auch ein Teil der Gesamtpopulation für den Rest „geopfert“? Entsprechend höhere Aufopferungspflichten lassen sich zweifelsohne daraus herleiten, daß Soldaten und Feuerwehrleute (anders als Flugzeugpassagiere) von vornherein für ihre gefährvolle Aufgabe rekrutiert werden. Wenn dies aber wie bei der allgemeinen Wehrpflicht zwangsweise geschieht, verlagert sich die Frage dahingehend, warum ein solcher Zwang eigentlich zulässig ist.

66 Man darf freilich nicht übersehen, daß §§ 32 ff. StGB ungeachtet ihres normhierarchischen Ranges als einfache Bundesgesetze doch ein ganz grundsätzliches rechtsethisches „Wertungsmodell“ (W. Mitsch JR 2005, 274 [276]) bieten, in dem fundamentale Rechtsprinzipien zum Ausdruck kommen. In die verfassungsrechtliche Prüfung fließen diese Gehalte in Gestalt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein.

67 Zu ihrem überragenden Rang H. Dreier, in: ders. (Fn. 16), Vorb. Rn. 145 ff.

nicht gerechtfertigt⁶⁸, wenn man das Wertungsmodell der etablierten Strafrechtsdogmatik nicht grundsätzlich neu justieren oder auf den terroristischen Angriff nicht Regeln des Kriegsrechts anwenden will⁶⁹.

b) Die Zulässigkeit des Abschusses gemäß § 14 Abs. 3 LuftSiG läßt sich letztlich auch nicht auf die Rechtsfigur des übergesetzlichen Notstands (analog § 35 StGB) stützen⁷⁰. Denn zur Bewertung steht nicht der möglicherweise irgendwann einmal praktizierte Abschluß, sondern die allgemeine Ermächtigung hierzu durch den Gesetzgeber. In den Fällen des übergesetzlichen Notstands bleibt die Tat rechtswidrig – die Rechtsordnung verzichtet jedoch wegen tragischer Pflichtenkollision darauf, dem „Täter“ einen Schuldvorwurf zu machen. Eine solche Wertung würde im Falle des finalen Rettungsabschusses aber bedeuten, daß sich „die Rechtsordnung“ selbst pauschal und im Vorhinein von einem solchen Schuldvorwurf freistellte⁷¹. Außerdem erklärt das Gesetz mit dem Wort „zulässig“ das Handeln für rechtmäßig und nicht für rechtswidrig, aber entschuldigt. Es wäre ja auch grotesk, wenn eine gesetzliche Regelung staatliches Handeln einerseits als rechtswidrig brandmarken, dann aber sogleich als entschuldigt qualifizieren würde.

c) Bisweilen wird zwischen dem gerade behandelten Geschehen und dem finalen Rettungsschuß (vgl. II.3) eine Parallele gezogen. Das ist in mehrfacher Weise schief und unpassend. Zwar geht es in beiden Fällen um die Frage, wann der Staat einem Bürger bzw. mehreren das Leben nehmen darf. Eine fundamentale Wertungsdifferenz ergibt sich aber, wenn man die Situation des bzw. der Getöteten in den Blick nimmt. Beim Abschluß des Flugzeugs würden unbeteiligte Personen geopfert, die das Geschehen nicht beeinflussen können und denen das Handeln des Angreifers auch nicht zugerechnet werden kann⁷²; beim polizeilichen Todesschuß hingegen trifft es den rechtswidrigen Angreifer, der den eigenen Tod in der Regel jederzeit durch Aufgabe verhindern kann⁷³. Im übrigen scheidet die Abgabe des Rettungsschusses aus, wenn dabei mit höchster Wahrscheinlichkeit der Nichtstörer sein Leben verliert⁷⁴. Genau dies ist aber bei § 14 Abs. 3 LuftSiG

68 Im Ergebnis ebenso K. Baumann DÖV 2004, 853 (857 ff.); J. Kersten NVwZ 2005, 661 (663 f.): beide freilich mit problematischer und ganz unnötiger „Aufladung“ des Lebensrechts mit Menschenwürdegehalten. Anders K. Odendahl Die Verwaltung 38 (2005), 425 (445 ff.), die die Verhältnismäßigkeit beim sicheren Tod der Flugzeuginsassen bejaht. – Die strafrechtsdogmatisch bei § 34 StGB angesiedelte Frage der Abwägbarkeit von Leben begegnet hier also auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

69 In diese problematische Richtung G. Jerouschek, in: K. Amelung (Hrsg.), Strafrecht – Bierecht – Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, 2003, S. 185 ff. (197 f.); M. Pawlik JZ 2004, 1045 (1048, 1051 ff.); dagegen zu Recht W. Höfling/S. Augsberg JZ 2005, 1080 (1086 ff.) und auch BVerfG JZ 2006, 408 (414).

70 Eine Entschuldigung in direkter Anwendung des § 35 StGB scheidet an dem fehlenden Näheverhältnis zwischen dem „Täter“ (der den Abschlußbefehl erteilende Bundesminister der Verteidigung bzw. der den Befehl ausführende Soldat) und den getöteten Flugzeuginsassen.

71 Siehe Tröndle/Fischer (Fn. 26), § 34 Rn. 23: § 34 stelle einem Amtsträger nie eine Ermächtigung zur Verfügung, wohl aber vermöge er vollzogenes Handeln eines Amtsträgers nach strafrechtlichen Grundsätzen zu rechtfertigen; M. Pawlik JZ 2004, 1045 (1051: Handeln des Soldaten könne straflos sein, aber die Ermächtigungsnorm als solche so nicht legitimiert werden); a. A. P. Wilkesmann NVwZ 2002, 1316 (1322); ausführlich zum Problem auch Lenckner/Perron (Fn. 51), § 34 Rn. 7. Die Unmöglichkeit einer allgemeinen rechtlichen Regelung betont auch BVerfG JZ 2006, 408 (414).

72 Vgl. M. Pawlik JZ 2004, 1045 (1049); J. Kersten NVwZ 2005, 661 (662); W. Mitsch JR 2005, 274 (276); K. Odendahl Die Verwaltung 38 (2005), 425 (435).

73 So auch K. Baumann DÖV 2004, 853 (859); B. Pieroth/B. J. Hartmann Jura 2005, 729 (730); W. Höfling/S. Augsberg JZ 2005, 1080 (1082).

74 Eine Gefährdung Unbeteiligter darf demgegenüber noch hingenommen werden; dazu M. Pawlik JZ 2004, 1045 (1047 f.); J. Kersten NVwZ 2005, 661 (663).

der Fall. Prognoseunsicherheiten verschärfen das Problem zusätzlich.

d) Dies alles heißt nicht zwingend, daß der Staat zur Tatenlosigkeit verurteilt ist, wenn ein vollbesetztes Passagierflugzeug als Waffe entschlossener Terroristen benutzt wird und auf ein Atomkraftwerk oder auf eine riesige Menschenmasse etwa in einem Stadion lossteuert. Wenn hier ein Abschluß erfolgt, dann aber nicht gemäß einer vorab als „zulässig“ deklarierten und normativ verankerten Handlungsoption, sondern als Akt angesichts einer tragischen Kollision von Pflichten oder ethischen Anforderungen, in der Abschluß wie Nichtabschluß bedeutet, Rechtsgüter zu verletzen⁷⁵. Das ist die *Karneades*-Situation, in der nur „entschuldigt“, nicht gerechtfertigt werden kann. Auf einen solchen (übergesetzlichen) entschuldigenden Notstand können sich in Extremfällen auch staatliche Amtsträger berufen⁷⁶. Zu kurz griffe und zu resignativ wäre es hingegen, eine rechtliche Bewältigung gar nicht für möglich zu halten, sondern nur auf „Verständnis, Milde oder Gnade“ zu hoffen⁷⁷. Die Möglichkeiten des Rechts sollten nicht vorschnell für erschöpft erklärt werden, wenn die dilemmatische Struktur der Situation selbst noch rechtsförmig einzufangen ist.

5. Zwischenbilanz

Resümiert man die bislang betrachteten Fälle einer Einschränkung des Tötungsverbot, so schält sich folgendes heraus. Zum einen gibt es seit jeher Konstellationen, in denen wie etwa beim Krieg gegen andere Staaten, bei Naturkatastrophen oder Feuersbränden der Staat eine bestimmte Personengruppe auch unter Gefährdung des Lebens in die Pflicht nimmt (oben II.1.). Zum anderen darf sich jeder Bürger gegen rechtswidrige Angriffe Dritter schlimmstenfalls auch durch Tötung des Angreifers wehren und ist insofern gerechtfertigt (II.2.). Eine solche Handlung liegt in Gestalt einer Art Nothilfe durch den Staat strukturell ebenfalls vor, wenn die Polizei bei Nichtverfügbarkeit von Handlungsalternativen einen Geiselnahmer erschießt, der das Leben seiner Geisel(n) akut gefährdet (II.3.). Im Unterschied hierzu sprechen wir vom zwar nicht gerechtfertigten, aber entschuldigten Notstand, wenn die Tötung des anderen in einer tragischen und ausweglosen Lage das einzige Mittel darstellt, um das eigene Leben zu retten. Hier anerkennt die Rechtsordnung die Tötung nicht als richtig und erlaubt, sondern akzeptiert lediglich, daß dem „Täter“ kein Schuldvorwurf zu machen und ihm daher keine Strafe aufzuerlegen ist. Von neuer und hochgradig problematischer Qualität ist demgegenüber die im mittlerweile vom *BVerfG* verworfenen Luftsicherheitsgesetz vorgesehene Zulässigkeit des Abschusses

eines Verkehrsflugzeuges, bei dem Unbeteiligte getötet werden, um eine vermeintlich oder vermutlich größere Anzahl von Personen zu retten (II.4.). Diese Ermächtigungsnorm läßt sich weder auf Gesichtspunkte des rechtfertigenden noch des entschuldigenden Notstandes stützen und auch nicht mit dem polizeilichen Todesschuß parallelisieren. In existentiellen Konfliktsituationen wie beim Brett des *Karneades* vermag die Rechtsordnung nicht positiv zu entscheiden, wer leben soll und wer nicht. Das gilt freilich nur für die Relationen unter geborenen Menschen. Beim vorgeburtlichen Leben liegen die Dinge gänzlich anders.

III. Tötung vorgeburtlichen Lebens

1. Kategoriale Differenz zum Lebensrecht geborener Menschen

Gravierende Differenzen zwischen der Tötung geborener Menschen und der Tötung vorgeburtlichen Lebens zeigen sich bereits daran, daß es hier eigene Straftatbestände gibt. Embryo und Fötus unterfallen nicht etwa den Tötungsdelikten Mord und Totschlag (§§ 211, 212 StGB), sondern den besonderen Vorschriften der §§ 218ff. StGB. Diese weisen signifikant niedrigere Strafandrohungen auf: während auf Mord die lebenslange Freiheitsstrafe und auf Totschlag eine Mindeststrafe von fünf Jahren steht, droht bei der Abtreibung eine Höchststrafe von drei Jahren. Doch nicht nur das. Viel entscheidender ist, daß die Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch diesen in zahlreichen Fallkonstellationen als nicht strafbar, als gerechtfertigt oder zumindest als entschuldigt betrachtet, in denen bei der Tötung geborener Menschen eine solche Freistellung nicht in Betracht käme. Offenbar hat die fundamentale Zäsur der Geburt⁷⁸ auch für das Rechtssystem gravierende Folgen, indem hier eine kategoriale Differenz zwischen dem streng gesicherten und nur in den geschilderten eng begrenzten Fällen einschränkbar Lebensrecht geborener Menschen auf der einen Seite und dem sehr viel geringer ausgeprägten Schutz des vorgeburtlichen Lebens auf der anderen Seite besteht⁷⁹. Dem gilt nun unser Augenmerk.

2. Die Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch

Die Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch zeigt ein doppeltes: zum einen, daß von der Befruchtung bis zur Geburt niemals der gleiche strenge rechtliche Schutz besteht und in keiner Phase gleich hohe Anforderungen an die Tötung wie beim geborenen Menschen gestellt werden; zum anderen, daß die Anforderungen kontinuierlich steigen, also zu Beginn der Entwicklung menschlichen Lebens in der prä-nidativen Phase noch gar nicht, dann aber mit zunehmendem Wachstum und dem Näherrücken der Geburt sukzessive stärker ausgeprägt sind⁸⁰. Dieser Befund eines der Rechtsordnung inhärenten Konzeptes gestuften vorgeburtlichen

⁷⁵ Anderer Lösungsvorschlag bei *F.J. Lindner*, Tragische Konflikte, in: FAZ Nr. 241 v. 15.10.2004, S. 8, der hier eine neue Kategorie des „rechtswertungsfreien Raumes“ einfügen will, die die betreffende Handlung weder als rechtmäßig noch als rechtswidrig einstuft. Dieser Vorschlag klammert zum einen die Entschuldigungsfrage völlig aus, reibt sich zum anderen an der binären Struktur des Rechts und differenziert drittens nicht hinlänglich zwischen Einzelakten und ihrer (nachträglichen) Bewertung einerseits, staatlichen Ermächtigungsnormen andererseits. – Gegen die ähnliche Figur des „rechtsfreien Raumes“ (*Arthur Kaufmann*) statt vieler *W. Küper* JuS 1981, 787 (794); *Mitsch* (Fn. 42), S. 57 f.

⁷⁶ Als Problem angerissen bei *Jerouschek* (Fn. 69), S. 195 f.; bejahend *K. Baumann* DÖV 2004, 853 (860). – Allgemein zur sehr umstrittenen Frage, ob sich staatliche Hoheitsträger auf die *Rechtfertigungsgründe* des Strafrechts berufen können, vgl. *F.-L. Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2004, Rn. 374; *Kühl* (Fn. 23), § 7 Rn. 148 ff. sowie *C. Gusy*, Polizeirecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 175 ff.; alle mit Nachweisen zum Streitstand.

⁷⁷ So *B. Schlink*, An der Grenze des Rechts, in: *Der Spiegel* 3/2005, S. 34 ff. (36). *BVerfG* JZ 2006, 408 (414) läßt die strafrechtliche Beurteilung ausdrücklich offen.

⁷⁸ *V. Gerhardt*, Der Mensch wird geboren. Kleine Apologie der Humanität, 2001; *R. Schröder*, in: *Adolf-Arndt-Kreis* (Hrsg.), *Menschliches Leben – was ist das?*, 2004, S. 33 ff. (39 ff.).

⁷⁹ Anders nach wie vor die Sichtweise der katholischen Kirche, wonach das fünfte Gebot die „direkte Abtreibung, als Ziel oder Mittel gewollt, und die Mitwirkung daran“ als Verstoß gegen das Sittengesetz verbietet: „dieses Vergehen wird mit der Exkommunikation bestraft, weil das menschliche Wesen von der Empfängnis an in seiner Unversehrtheit absolut zu achten und zu schützen ist“ (*Katechismus/Kompendium* [Fn. 7], Rn. 470).

⁸⁰ Im folgenden greife ich zurück auf frühere Darlegungen: *H. Dreier* ZRP 2002, 377 ff.

Lebensschutzes⁸¹ gilt ungeachtet aller Differenzen im Detail für praktisch alle Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs im internationalen Vergleich⁸². Im folgenden beschränken wir uns auf die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland.

a) Von Interesse und Aussagekraft ist hier zunächst, daß im Falle der natürlichen Zeugung die pränidative Phase von der Befruchtung der Eizelle bis hin zur Einnistung in den Uterus ca. 12 Tage danach (sog. Nidation) strafrechtlich völlig ungeschützt ist. § 218 Abs. 1 Satz 2 StGB erklärt ausdrücklich, daß „Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt“, nicht als Schwangerschaftsabbruch gelten. Da der Embryo strafrechtlich nicht als Mensch gilt, sind entsprechende Handlungen wie die Benutzung einer Spirale oder der „Pille danach“ auch nicht als Tötung untersagt⁸³. Zur Erklärung dieser Rechtslage wird gern darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber in diesen Intimbereich nicht regulierend oder verbietend eingreifen könne. Doch natürlich könnte er hier mit einem schlichten Produkt- und Vertriebsverbot operieren, was im Falle der „Pille danach“ ja durchaus thematisiert, wenn auch nicht realisiert wurde.

b) Nach der Nidation greift ein erster strafrechtlicher Schutz für den Embryo ein, der aber nach geltender Rechtslage sehr schwach ausgeprägt ist. In den ersten zwölf Wochen nach der Empfängnis ist gemäß § 218a Abs. 1 StGB der von einem Arzt auf Wunsch der Frau vorgenommene Abbruch der Schwangerschaft straflos möglich, wenn dem eine Beratung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 StGB vorausgegangen ist. Diese Beratung verlangt aber von der Schwangeren nichts weiter als ihre physische Präsenz – weder sind Erklärungs- oder Darlegungspflichten noch etwa die plausible Geltendmachung einer irgendwie gearteten Konfliktlage verlangt oder eine sonstige Indikation erforderlich. So können und werden es oft ganz banale und egoistische Motive sein, die zum Abbruch der Schwangerschaft führen. Der Sache nach handelt es sich also um eine Fristenregelung mit rein formeller Beratungspflicht. Von den rund 130.000 Abtreibungen pro Jahr, die in der Bundesrepublik Deutschland statistisch erfaßt werden, fallen deutlich mehr als 95% unter diese Regelung.

Nun hat allerdings das *BVerfG* in seiner zweiten großen Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch vom 28. 5. 1993 ausdrücklich und sogar in einem der (allerdings zahl- und umfangreichen) Leitsätze hervorgehoben, daß der Schwangerschaftsabbruch „für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und demgemäß rechtlich verboten sein“ müsse⁸⁴. Das ist der Grund, warum in § 218a StGB nichts davon steht, daß der Schwangerschaftsabbruch „erlaubt“ oder „gerechtfertigt“ sei. Vielmehr ist nur davon die Rede, daß der „Tatbestand des § 218 ... nicht verwirklicht“ sei, wenn die oben genannten Voraussetzungen vorlägen. Zu Recht hat man kritisiert, daß die vom *BVerfG*

für die Schwangerschaftsabbrüche (auch) in den ersten zwölf Wochen eigentlich verordnete Etikettierung als „rechtswidrig, aber straflos“ sich im Text des § 218a Abs. 1 StGB nur noch rudimentär oder eigentlich gar nicht mehr erkennbar niederschlägt⁸⁵. Doch kann dieser Punkt als eher zweitrangig auf sich beruhen. Viel wichtiger und letztlich entscheidender ist, daß das *BVerfG* selbst das Rechtswidrigkeitsverdict nicht durchhält und es so weit aushöhlt, daß von ihm letztlich in der Substanz nichts übrigbleibt. Drastisch formuliert: die Rede von der grundsätzlichen Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruches erweist sich als Etikettenschwindel. Denn erstens schließt das Gericht in derselben Grundsatzentscheidung im eklatanten Unterschied zu anderen rechtswidrigen Angriffen auf ein Rechtsgut (wie hier der angeblich rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als Angriff gegen das Leben des Fötus) die Nothilfe zugunsten des Angegriffenen explizit aus⁸⁶. Andererseits statuiert es für den abtreibungsbedingten Zeitraum der Abwesenheit vom Arbeitsplatz Lohnfortzahlungsansprüche der Frau gegen ihren Arbeitgeber, bei Mittellosigkeit Ansprüche auf Sozialhilfe für die Durchführung der Abtreibung⁸⁷ – also für eine angeblich rechtswidrige Handlung! Und was ist mit den Ärzten, die diese „rechtswidrige“ Handlung durchführen? Sie genießen dabei, wie das Gericht im Urteil selbst schon angedeutet und in einer späteren Entscheidung ausdrücklich ausgesprochen hat, den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit⁸⁸. Man muß also klar und eindeutig resümieren: das *BVerfG* bezeichnet die Abtreibung zwar als Unrecht und als rechtswidrig, behandelt sie aber als rechtmäßig⁸⁹. Ganz auf dieser Linie liegt auch die Rechtsprechung der Gerichte, die schon mehrfach Abtreibungsgegner verurteilt haben, die vor Arztpraxen „rechtswidrige Abtreibungen“ angeprangert hatten⁹⁰.

c) Der Schutzanspruch des ungeborenen Lebens steigert sich und nimmt an Intensität mit dem Fortschreiten des im Mutterleib heranwachsenden Fötus zu. Einen intensiven Schnitt markiert insofern die Phase ab der 13. Woche. Jetzt sind Abtreibungen nach bloßer Beratung und ohne weitere Voraussetzungen nicht mehr straflos möglich. Vielmehr bedarf es nunmehr, wenn es sich nicht um eine Straftat handeln soll, des Vorliegens bestimmter Indikationen. Allein dieser Umstand zeigt mit hinlänglicher Deutlichkeit, wie schwach und nur vorgeschoben das oft für die Straflosigkeit der Abtreibung ins Feld geführte Argument ist, der Schutz des ungeborenen Lebens sei eben nur *mit* der Schwangeren und *nicht gegen* sie möglich. Denn warum ist dann ein Schwangerschaftsabbruch nach Beratung innerhalb der ersten zwölf Wochen straflos, ab der 13. Woche aber nicht mehr? Warum kommt jetzt doch das angeblich so untaugliche Strafrecht zum Zuge? Was hat sich denn hier geändert? Weiterhin bilden Schwangere und Fötus doch die vielzitierte „Zweiheit in Einheit“⁹¹ – diese Relation kann es also nicht sein. Doch der

⁸¹ Außer der in Fn. 80 genannten Arbeit siehe A. Lübke KritV 76 (1993), 313 ff.; R. Neidert DÄBl. 2000, A 3483 ff.; B. Schlink, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, S. 6 ff., 10 ff.; Schulze-Fielitz (Fn. 19), Art. 2 II Rn. 61, 66 ff. m. w. N.

⁸² Sehr instruktiv A. Eser/H.-G. Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt – Rechtspolitische Schlußbetrachtungen – Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung, 1999, insb. S. 95 ff., 181 f.

⁸³ Das *BVerfG* hat in seinen beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch (*BVerfGE* 39, 1 = JZ 1993, 199 m. Anm. Fiedler; 88, 203) diese Regelung nicht mit einem Wort problematisiert und gänzlich unbeanstandet gelassen. Siehe dazu auch U. Schroth JZ 2002, 170 (177); Schlink (Fn. 81), S. 8.

⁸⁴ *BVerfGE* 88, 203 Leitsatz 4.

⁸⁵ So etwa besonders dezidiert Tröndle/Fischer (Fn. 26), § 218a Rn. 3 ff. m. w. N.

⁸⁶ *BVerfGE* 88, 203 (279, 321 ff.). Zur dogmatischen Inkonsistenz zuletzt W. Mitsch JR 2006, 450 (451 f.).

⁸⁷ *BVerfGE* 88, 203 (315 ff., 321 f.).

⁸⁸ *BVerfGE* 98, 265 (296 ff.).

⁸⁹ So die nach eingehender Erörterung gezogene treffende Bilanz von Hoerster (Fn. 44), S. 60.

⁹⁰ Begründung: Nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums müsse ein Schwangerschaftsabbruch, dessen Voraussetzungen gesetzlich detailliert geregelt sind und an dessen Durchführung staatliche wie kirchliche Stellen mitwirken, als wenn auch nicht erwünscht, so doch als rechtmäßig gelten. Vgl. LG Heilbronn ZfL 2002, 50; OLG Stuttgart ZfL 2002, 54 f.; BGH NJW 2003, 2011 (2011 f.); zuletzt BGH ZfL 2005, 13 und dazu die kritische Anm. von B. Büchner ZfL 2005, 16 f.

⁹¹ *BVerfGE* 88, 203 (253).

Status eines der Beteiligten hat sich fortentwickelt: das werdende Leben im Mutterleib ist gewachsen, und der Zeitpunkt der Geburt rückt näher. Parallel dazu wächst auch der Schutzanspruch durch die Rechtsordnung, der im Zweifel durchaus gegen die Schwangere und mit den Mitteln des Strafrechts durchzusetzen beansprucht wird. Daß diese Zäsur exakt an dieser Wochengrenze und nicht vorher oder nachher gesetzt wird, mag willkürlich erscheinen, doch teilt sie diesen Makel mit jeder anderen Zäsur im Recht – von der Volljährigkeit über Besteuerungsstufen bis hin zu Pensionierungsaltersgrenzen.

d) Die gesetzlichen Indikationen, die dazu führen, daß eine Abtreibung auch nach der zwölften Woche straflos bleibt, erweisen aufs Neue den kategorialen Unterschied zwischen geborenen Menschen und dem ungeborenen Leben.

aa) Lange Zeit war im deutschen Strafrecht die sog. embryopathische Indikation selbständig im Normtext ausgewiesen. Hier geht es um die schwere Schädigung des Fötus und die daraus folgende Unzumutbarkeit für die Schwangere. Bis zur Änderung im Jahre 1995 galt der Schwangerschaftsabbruch dann, „wenn nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann“, nicht als strafbar bzw. als gerechtfertigt⁹². Was unter geborenen Personen also gerade nicht möglich ist: die Qualifizierung des Lebens (junges gegen altes, gesundes gegen krankes), begegnet uns beim ungeborenen Leben durchaus. Denn das hier letztlich entscheidende Merkmal der Unzumutbarkeit setzt ja genau jene Wertungsdifferenz voraus, die unter lebenden Personen weder von der Rechtsordnung anerkannt wird noch unseren moralischen Intuitionen entsprechen würde⁹³. Anders beim ungeborenen Leben: die hinreichend genaue Umgrenzung der embryopathischen Indikation vorausgesetzt, hat das BVerfG hier Konstellationen anerkannt, „in denen schutzwürdige Positionen einer schwangeren Frau sich mit solcher Dringlichkeit geltend machen, daß jedenfalls die staatliche Rechtsordnung – unbeschadet etwa weitergehender moralischer oder religiös begründeter Pflichtenauffassungen – nicht verlangen kann, die Frau müsse hier dem Lebensrecht des Ungeborenen unter allen Umständen den Vorrang geben“⁹⁴. Die konkrete strafrechtliche Einstufung der entsprechenden Tötungshandlung, nämlich der Abtreibung, als nicht strafbar oder als gerechtfertigt führt uns deutlich vor Augen, daß die Rechtsordnung hier über die restriktiven Tatbestände, die eine Rechtfertigung unter geborenen Menschen zulassen würden, weit hinausgeht. Denn bei der embryopathischen Indikation greift ja der ansonsten einschlägige Notwehrge-
danke nicht, weil von einem „rechtswidrigen Angriff“ des geschädigten Fötus keine Rede sein kann. Wie aber kann die „Rechtfertigung“, von der das Gesetz spricht, dann begründet werden? Die Strafrechtsdogmatik sieht § 218a Abs. 2 und 3 StGB als gesetzlich abschließend geregelte Spezialfälle des rechtfertigenden Notstandes an⁹⁵ – muß dabei aber den bei

§ 34 StGB aufgestellten Grundsatz, daß sich der Konflikt zwischen verschiedenen menschlichen Leben einer Interessenabwägung gerade entzieht und in der Regel nicht über die Figur der Rechtfertigung gelöst werden kann, preisgeben. Als geradezu hilflos erscheinen die zur Rettung der Parallele zum rechtfertigenden Notstand unternommenen Versuche, bei der Interessenabwägung nun auch die Interessen der Allgemeinheit oder die Bekämpfung der Laienabtreibung einzubeziehen: denn erstens ist eine solche „utilitaristische Gesamtkalkulation“⁹⁶ bei lebenden Personen ganz ausgeschlossen, und zweitens findet bei den Indikationenlösungen natürlich kaum jemals eine Laienabtreibung statt. Die ad-hoc-Erfindung der „gesetzlichen Vorwegabwägung“⁹⁷, die die Einordnung von § 218a Abs. 2 und 3 StGB als Rechtfertigungsfall unter Wahrung der herkömmlichen Begründungsstrukturen retten will, stellt im Grunde genommen das nur spärlich verbrämte Eingeständnis des Scheiterns dar.

So bleibt es bei dem Befund, daß beim „Konflikt“ zwischen der schwangeren Frau und dem geschädigten Fötus eine Lösung zuungunsten des Ungeborenen zugelassen wird, die bei gleicher Struktur unter lebenden Personen undenkbar wäre. Denn es ist ja klar: nach der Geburt des behinderten Kindes kommt eine Lösung des Konfliktes nach diesem Schema nicht mehr in Betracht; vielmehr würde hier ein (weder gerechtfertigtes noch entschuldigtes) strafbares Tötungsdelikt anzunehmen sein.

bb) Die Straflosigkeit bzw. Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs aufgrund embryopathischer Indikation war nach den gesetzlichen Regeln bis zur 22. Schwangerschaftswoche beschränkt. Der Grund für diese Zäsur liegt darin, daß ungefähr ab diesem Zeitpunkt die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus beginnt, was die These vom gestuften, wachsenden Lebensrecht des Ungeborenen ein weiteres Mal plastisch illustriert. Nach geltender Rechtslage spielt diese zeitliche Limitierung aber keine Rolle mehr. Denn seit 1995 kennt das Strafgesetzbuch nur noch eine Indikation, die medizinische, in der die embryopathische „aufgegangen“ ist⁹⁸. Die auf Druck der Behindertenverbände und Kirchen vorgenommene Streichung wurde im wesentlichen mit der in der Indikation liegenden Diskriminierung von Behinderten begründet. So werden jetzt zwei völlig unterschiedliche Konstellationen von einer Norm erfaßt: sowohl diejenige, daß die Mutter gesund, das Kind aber geschädigt ist (embryopathische Indikation), wie auch die, daß das Kind gesund ist, aber das Leben der Mutter gefährdet (medizinische Indikation). Infolgedessen sind für die embryopathische Konstellation sowohl die von 1993 bis 1995 geltende Beratungspflicht wie auch die Frist von 22 Wochen und schließlich desgleichen die gesonderte statistische Erfassung entfallen. Nach dieser neuen Rechtslage sind jetzt auch Spätabtreibungen in Fällen möglich, in denen die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus gegeben wäre, ohne daß dieser das Leben der Schwangeren gefährdete. Die besondere Anstößigkeit und Problematik von Spätabtreibungen ist für die hier vertretene Auffassung eines gestuften, wachsenden vorgeburtlichen Lebensrechts plausibel erklärbar, nicht jedoch für jene, die abgesetzbuch, Bd. 2, 2003, § 218a Rn. 10; Tröndle/Fischer (Fn. 26), § 218a Rn. 14, beide m. w. N.

⁹² Judikatur wie Literatur hatten die ältere Formulierung („nicht strafbar“) ebenso als Rechtfertigungsgrund verstanden wie die jüngere Formulierung („ist gerechtfertigt“): vgl. Tröndle/Fischer (Fn. 26), § 218a Rn. 14.

⁹³ So hat Hoerster (Fn. 44), S. 47 treffend darauf hingewiesen, daß wir es für nicht vereinbar mit dem Lebensrecht geborener Kleinkinder halten würden, deren Tötung durch die Eltern als „gerechtfertigt“ zu bezeichnen, wenn sie für diese eine „unzumutbare Belastung“ darstellen.

⁹⁴ BVerfGE 88, 203 (256 f.).

⁹⁵ Statt vieler H.-J. Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Straf-

⁹⁶ Vgl. nochmals Hoerster (Fn. 44), S. 34.

⁹⁷ W. Gropp, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 218a Rn. 36.

⁹⁸ Vgl. Gropp (Fn. 97), § 218a Rn. 33: „Obwohl § 218 a idF des SFHÄndG und im Unterschied zur Indikationslösung von 1976 eine embryopathische und eine allgemeine Notlagenindikation nicht mehr formuliert, besteht Einigkeit darin, dass Konfliktlagen dieser Art unter bestimmten Umständen als Fälle der medizinisch-sozialen Indikation eingeordnet werden können.“

soluten Lebens- und Würdeschutz von der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle an behaupten: denn absoluter Schutz läßt sich nicht steigern. Es ist eine bittere Ironie, daß gerade Vertreter jener Position dazu beigetragen haben, eine Rechtslage zu schaffen, die solche Spätabtreibungen zuläßt. Der gute Wille bringt eben bei weitem nicht immer die gute Tat hervor.

cc) Wenn wir nun die medizinische Indikation nach geltender Rechtslage in den Blick nehmen⁹⁹ und sie auf ihren absoluten und fraglos schon immer anerkannten Kern reduzieren (Rechtmäßigkeit der Abtreibung bei durch die Schwangerschaft verursachter Lebensgefahr für die Schwangere), so scheint auf den ersten Blick ein klarer und unproblematischer Fall vorzuliegen. Denn mittlerweile (allerdings noch nicht allzu lange) akzeptiert sogar die Katholische Kirche, daß hier eine Notlage vorliegt, in der das Leben der Schwangeren Priorität genießt¹⁰⁰. So plausibel das ist und so sehr es mit unseren moralischen Intuitionen übereinstimmt – alle unter aa) bei der embryopathischen Indikation vorgebrachten Argumente greifen auch hier. Diese erweisen nicht etwa, daß man derartige Indikationen nicht zulassen sollte, und auch nicht, daß man den Schwangerschaftsabbruch bei ihrem Vorliegen nicht als gerechtfertigt einstuft. Sie zeigen aber, daß die These von der Gleichwertigkeit des ungeborenen wie des geborenen Lebens nicht stimmt, sondern die Rechtsordnung hier (mit guten Gründen!) zwischen geborenem und ungeborenem Leben einen kategorialen Unterschied macht. Wäre es wirklich so, daß das Lebensrecht des ungeborenen Lebens dem Lebensrecht geborener Menschen gleichstünde, dann wäre nicht einsichtig, daß beim Konflikt zwischen dem Leben der Schwangeren und dem des Fötus die Entscheidung zugunsten der Schwangeren ausfällt und von der Rechtsordnung auch als gerechtfertigt (also erlaubt) und nicht etwa nur als entschuldigt (wie beim *Karneades-Fall*) angesehen wird. Stimmig ist die medizinische Indikation nur, wenn man im Sinne der These vom gestuften vorgeburtlichen Lebensschutz von einer Ungleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens ausgeht. Denn, um es wieder zu illustrieren: schon fünf Minuten *nach* der Geburt wäre die Tötung des nunmehr Neugeborenen bei einem hypothetischen Konflikt mit dem Leben der Mutter keinesfalls mehr als gerechtfertigt anzusehen, weil die Rechtsordnung sich außerstande sähe, hier das Rechtmäßigkeitszertifikat in Gestalt der Deklaration als „nicht rechtswidrig“ auszustellen. Fünf Minuten *vor* der Geburt ist genau dies möglich.

3. Die Rechtslage bei Embryonen *in vitro*

Ganz anders als in den Fällen natürlicher Zeugung verhält es sich mit dem gesetzlichen Schutz des pränatalen bzw., wie es

⁹⁹ § 218a Abs. 2 StGB lautet: „Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.“

¹⁰⁰ Diese Konstellation wird nunmehr im katholischen Kirchenrecht als einziger Strafbefreiungsgrund i. S. v. c. 1323 4^o für den sonst nach c. 1398 CIC strafbaren Schwangerschaftsabbruch anerkannt: vgl. *K. Lüdicke*, in: *ders.* (Hrsg.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Can. 1323 (1992), Rn. 12. – In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird nur (noch) ganz selten argumentiert, daß wegen der Gleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens die Abtreibung auch bei Lebensgefahr für die Schwangere nicht rechtmäßig sei; ein solcher Fall ist etwa *W. Esser* *MedR* 1983, 57 (59).

in diesem Fall präziser heißen muß, des präindividuellen menschlichen Lebens *in vitro*. An die künstliche Befruchtung knüpft das deutsche Embryonenschutzgesetz¹⁰¹ strenge formale Anforderungen und verlangt etwa, daß nicht mehr als drei Eizellen befruchtet, aber alle befruchteten Eizellen auch eingepflanzt werden. Stammzellforschung, Präimplantationsdiagnostik und therapeutisches Klonen sind nach herrschender Lesart des Embryonenschutzgesetzes in Deutschland durchweg verboten¹⁰². Dies alles geschieht im Namen des „Lebensschutzes“ und der „Würde“ derjenigen befruchteten Eizellen, die als Embryonen bereits ab dem Zweizellstadium definiert werden. Während die befruchtete Eizelle *in vivo* bis zur Einnistung in die Gebärmutter überhaupt keinen rechtlichen Schutz genießt (vgl. III.2.a), wird sie in der gleichen Phase *in vitro* von einem engen Geflecht strafrechtlicher Normen umgeben. Bildlich gesprochen: stellt sich der Schutz des ungeborenen Lebens bei den Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch wie eine klare aufsteigende Linie von der frühesten Phase der Befruchtung bis hin zur näherrückenden Geburt dar, wird daraus unter Berücksichtigung des hohen Schutzes der befruchteten Eizelle bei künstlicher Befruchtung eine Art Achterbahn, die auf einen extrem hohen Schutz zu Beginn den völligen Ausfall rechtlicher Regelungen bis zur Einnistung in die Gebärmutter folgen läßt. Daß dies widersprüchlich und ungereimt ist, liegt auf der Hand und kann durch noch so oft wiederholte Argumente zur „Sondersituation“ bei der Schwangerschaft nicht aus der Welt geräumt werden¹⁰³. Diese schweren Verwerfungen sind nach Ansicht mancher Autoren so erheblich, daß sie einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) annehmen. So weit wird man nicht gehen müssen. Der (einfache) Gesetzgeber mag seine Gründe für diese eklatante Ungleichbehandlung haben. Nur eines ist klar und in der derzeitigen Debatte letztlich entscheidend: die restriktive Gesetzeslage bei den Embryonen *in vitro* ist keineswegs durch die Verfassung, namentlich die Menschenwürde und das Lebensrecht, zwingend gefordert. Ohne daß die derzeit „gespaltene“ Rechtslage für sich genommen schon verfassungswidrig wäre, ist festzuhalten, daß eine weitgehende Liberalisierung des Embryonenschutzgesetzes (nebst einer völligen Streichung des Stammzellgesetzes¹⁰⁴) möglich und nicht verfassungswidrig wäre. (*Beitrag wird fortgesetzt*)

¹⁰¹ Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG) v. 13. 12. 1990, BGBl. I S. 2746.

¹⁰² Zu Hintergründen, rechtspolitischer Diskussion und verfassungsrechtlicher Zulässigkeit einer Änderung im Sinne einer Liberalisierung der derzeitigen Rechtslage *Dreier* (Fn. 67), Art. 1 I Rn. 77 ff., 92 ff.

¹⁰³ Ausführlicher dazu *H. Dreier*, in: *ders./W. Huber*, *Bioethik und Menschenwürde*, 2002, S. 9 ff. (30 ff.); dort S. 18 ff. auch eingehende Auseinandersetzung mit dem (nicht haltbaren) Argument, der definitive Beginn für strikten Lebensschutz sei mit der „Verschmelzung“ von Ei- und Samenzelle gegeben. Das steht nicht nur im krassen Gegensatz zur Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch, sondern ist aus einer Reihe weiterer Gründe (Möglichkeit der Zwillingsbildung bis zur Ausbildung des Primitivstreifens, Erfolgsquote der Einnistung befruchteter Eizellen bei natürlicher Befruchtung von ca. 30 Prozent) unplausibel.

¹⁰⁴ Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG) v. 28. 6. 2002 (BGBl. I S. 2277). Es beschränkt die Einfuhr sog. Stammzelllinien aus dem Ausland auf solche, die vor einem bestimmten Stichtag erzeugt waren. Es handelt sich bei jenen aber unbestritten nicht mehr um totipotente Zellen oder Zellverbände, aus denen sich ein kompletter menschlicher Organismus entwickeln könnte. Nur mit Mühe läßt sich hier überhaupt ein Zusammenhang zur Menschenwürde und zum Lebensschutz herstellen. Vgl. zur Kritik *Dreier* (Fn. 67), Art. 1 I Rn. 101 ff.