

Quieta non movere?

Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht

Von PD Dr. **Stephan Ast**, Freiburg

I. Aktueller Anlass und Fragestellung

Corona rückt Alltägliches in die Ferne: Freunde zu treffen, essen zu gehen, ein Konzert zu besuchen. Für Ärzte hingegen kommt Außeralltägliches in Sicht: Dass sie auswählen müssen, wen sie beatmen. Mit der Frage nach Verbotenem und Erlaubtem ist auch das Gebiet des Strafrechts berührt – im Hinblick auf die Ansteckung anderer einerseits, den Tod nicht beatmeter Patienten andererseits. In dem einen Fall geht es um erlaubte Risiken, im anderen um erlaubte Unterlassungen. Ohne dass entsprechende Fälle hierzulande bisher vorgekommen sind, wird mit Blick aufs Ausland die Frage diskutiert, wie Ärzte entscheiden dürfen, wenn weniger Beatmungsgeräte verfügbar sind, als benötigt werden. Begrenzte Ressourcen sind ein Grundproblem des Medizinsystems, auch in der rechtlichen Beurteilung. Bei akuten Notfällen spitzt es sich zu.

Strafrechtlich ist Ärzten als Garanten gem. §§ 212/222, 13 sowie §§ 223/229, 13 StGB geboten, den Tod der Patienten zu verhindern und deren Gesundheit wiederherzustellen. Was im Einzelnen zu tun ist, um diese Ziele zu erreichen, gibt das Strafgesetz nicht vor. Es fordert lediglich auf, die geeigneten, situativ erreichbaren Mittel anzuwenden. Ob man diese Pflicht erfüllt hat, kann verbindlich erst im Nachhinein der Richter bestimmen. Wenn die verfügbaren Mittel nur ausreichen, um einen von mehreren Patienten zu behandeln, kann zunächst festgestellt werden, dass es isoliert betrachtet durchaus möglich war, jeden einzelnen dieser Patienten *optimal* zu behandeln. Die jeweiligen situativen strafrechtlichen Gebote, den Tod des einen wie des anderen Patienten zu verhindern, und die aus ihnen jeweils ableitbaren Pflichten sind aber praktisch nicht miteinander vereinbar; sie kollidieren.

Aus der Teleologie der strafrechtlichen Normsetzung lassen sich angesichts dessen zwei allgemein anerkannte Entscheidungskriterien ableiten: Dringlichkeit und Erfolgsaussicht. Sie begründen Diskriminierungsgebote. Daneben gibt es Verbote, nach Alter, Rasse oder Geschlecht zu diskriminieren. Als weiteres Verbot ließe sich postulieren: *quieta non movere*, Ruhendes bewegt man nicht. Demnach dürften die Ärzte die Behandlung eines Patienten nicht zugunsten eines hinzukommenden beenden, selbst wenn die Überlebenschancen des bereits behandelten im Vergleich deutlich schlechter sind.

Fraglich ist, welche strafrechtlichen Folgen es hat, diese Kriterien nicht zu beachten. Diese Frage führt für die Kriterien Dringlichkeit und Erfolgsaussicht in die Dogmatik der rechtfertigenden Pflichtenkollision, für das Verbot des Behandlungsabbruchs in die Abgrenzung von Begehungs- und Unterlassungsstaten. Insbesondere zu letzterem gibt es kontroverse Stellungnahmen. Der Deutsche Ethikrat nimmt an, dass Ärzte rechtswidrig töten, wenn sie die Beatmung einstellen

und ein Patient deswegen stirbt.¹ Dagegen sprechen sich in dieser Zeitschrift *Jäger/Gründel* mit dem Vorschlag aus, eine übergeordnete Kategorie der Rettungspflichtverletzung einzuführen und dem Regelungsregime der Pflichtenkollision zu unterwerfen. Für diese visieren sie eine Tatbestandslösung an und bringen insoweit das Kriterium der Risikoverringerung ins Spiel.² *Zimmermann* dagegen sieht den Gesetzgeber gefordert, Regeln festzulegen, deren Missachtung offenbar auch strafrechtlich relevant sein soll.³ Dagegen, wie auch gegen die Ansicht des Ethikrates wendet sich *Hörnle*. Sie bezweifelt, dass für die strafrechtliche Bewertung die Differenz von Tun und Unterlassen allein maßgeblich ist.⁴ Es soll daher einerseits untersucht werden, ob die Missachtung von Auswahlkriterien im Rahmen der Tötungsdelikte überhaupt relevant sein kann, und andererseits, ob die Problematik des Beendens der Beatmung nicht mit Lösungsansätzen befriedigend beantwortet werden kann, die bereits in der Dogmatik entwickelt wurden.

II. Zwecke der Kriterien der Dringlichkeit und Erfolgsaussicht

Das Kriterium der Dringlichkeit beruht darauf, dass das Recht es zulassen muss, eine suboptimale, weniger chancenreiche Behandlung zu wählen, falls dadurch mehr Patienten behandelt werden können als andernfalls. Man beatmet einen Patienten nicht, der normalerweise beatmet würde, weil die Beatmung nach dem Stadium der Erkrankung nicht so dringend ist wie bei einem anderen Patienten. Das ist eine Wette auf eine ausbleibende Verschlechterung oder ein freiwerdendes Beatmungsgerät für den zweiten Patienten. Auf diese Weise kann eventuell der Tod beider verhindert und somit beiden Geboten Genüge getan werden.

Auch das Kriterium der Erfolgsaussicht ist auf den Zweck bezogen, der mit den strafrechtlichen Geboten verfolgt wird. Während die Entscheidung nach Dringlichkeit von der Hoffnung getragen ist, beide Erfolgsabwendungsgebote erfüllen

¹ Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom 27.3.2020, S. 7, abrufbar unter <https://apps.ethikrat.org/i-net/dl/0752882001585229198.pdf> (28.5.2020). Zustimmung *Merkel*, Eine Frage von Recht und Ethik, FAZ v. 4.4.2020, S. 11, 13.

² *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151.

³ *T. Zimmermann*, LTO v. 23.3.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (28.5.2020). Dagegen etwa *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 356 ff. m.w.N.

⁴ *Hörnle*, Verfassungsblog v. 4.4.2020, unter 2. und 4., abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (28.5.2020).

zu können, so die nach der Erfolgsaussicht davon, wenigstens eines erfüllen zu können. Der Vorteil beider Kriterien ist, dass sie in der Teleologie der strafrechtlichen Gebotssetzung und auch der ärztlichen Tätigkeit selbst angelegt sind: ein hohes Maß an Rechtsgüterschutz bzw. Heilungserfolgen zu erreichen.

Regeln, die für die Verteilung knapper Ressourcen aufgestellt werden, können somit dazu dienen sicherzustellen, dass die Ressourcen möglichst effektiv genutzt werden. Da es schwer sein kann, im Einzelfall sicher zu prognostizieren, wie eine Krankheit verläuft, wird dieser Effekt indes eher im statistischen Mittel erreicht.

Im Fall der gleichrangigen Pflichtenkollision kommen weitere Effekte hinzu, die immer auch im Einzelfall erreichbar sind. Auswahlkriterien minimieren die Willkür der Entscheidung, indem sie regeln, was angesichts der Gleichrangigkeit der Pflichten an sich unentscheidbar ist. Dabei können die Regeln an Sachverhaltsdifferenzen wie unterschiedliche Laborparameter anknüpfen, die in der Gleichrangigkeit der Pflichten nicht zum Ausdruck kommen. Das plausibilisiert die Entscheidung besser als die Gewährleistung von Zufall etwa durch Würfeln.

Aber selbst, wenn nur Zufall gewährleistet wird, ist die Entscheidung entpersonalisiert. Die Entscheider werden von Verantwortung entlastet. Dem möglichen Verdacht der Korruption oder Diskriminierung wird von vornherein der Boden entzogen. Die Entscheidung kann gewissermaßen allein dem Schicksal zugerechnet werden, also der Zufälligkeit der gerade gegebenen Kollisionslage, in der die Entscheidung getroffen werden musste.

III. Rechtliche Relevanz dieser Kriterien im Allgemeinen

Die Entscheidung nach Dringlichkeit ist ein Spiel auf Zeit. Verwirklicht sich das Erhoffte nicht und verstirbt der zurückgestellte Patient, stellt sich die strafrechtliche Frage, ob die Ärzte von vornherein, also tatbestandlich nicht verpflichtet waren, ihn zu behandeln, oder ob sie verpflichtet waren, aber ihr Unterlassen gerechtfertigt ist.

Dass sich diese Frage stellt, folgt aus dem besonderen Charakter von Geboten, zumal solchen, die nur das Erreichen eines Ziels vorgeben.⁵ Gebote lassen dem Adressaten einen größeren Erfüllbarkeitsspielraum als Verbote. Die Gebote, den Tod des zurückgestellten Patienten abzuwenden und ihn zu beatmen, waren zwar bereits erfüllbar, aber ihre Erfüllung war aufschiebbar. Jedoch ist der Erfüllbarkeitszeitraum überschritten, falls dieser Patient infolge der Nichtbeatmung stirbt. Deswegen muss das Recht hier eine grundsätzlich bestehende Pflicht zur Beatmung annehmen, deren Missachtung aber gerechtfertigt war, da die Pflicht zugunsten einer kollidierenden gleich- oder höherrangigen Pflicht nicht erfüllt wurde.

Demgegenüber verneinen Jäger/Gründel bereits eine Unterlassungstat, also die Tatbestandserfüllung.⁶ Sie übertragen den Gedanken der Risikoverringerung vom Begehungs-

Unterlassungsdelikt und von Ein- auf Zwei-Personenkonstellationen: Der Arzt verringere das Gesamtrisiko für beide Patienten, weshalb schon tatbestandlich keine Pflicht anzunehmen sei, den zweiten Patienten zu beamten. Mit diesem Argument könnte man aber nicht mehr zwischen gleichrangiger und ungleichrangiger Pflichtenkollision unterscheiden. Auch der Arzt, der eine im Rang geringere Pflicht erfüllt, minimiert das Gesamtrisiko. Die Entdifferenzierung von Tatbestandlichkeit und Rechtfertigung ist kein Gewinn, denn es ist ein Unterschied, ob eine Pflicht von vornherein nicht besteht oder ob sie zugunsten einer anderen Pflicht zurücktritt. Auf der Tatbestandsebene blendet man abgesehen von sehr allgemeinen Erwägungen zu erlaubten Risiken die im Einzelfall relevanten Gegeninteressen aus und behandelt diese erst als eventuell rechtfertigend. Eine Dogmatik, die punktuell darauf verzichtet, wird unsystematisch.⁷

Es ist freilich durchaus möglich, dass das Kriterium der Dringlichkeit bestimmt, ob überhaupt eine Pflicht besteht, insbesondere wenn jemand noch nicht akut lebensbedrohlich erkrankt ist. Da die Dringlichkeit aber auch bestimmen kann, wie wichtig eine Pflicht verglichen mit anderen Pflichten ist, durchläuft die Dringlichkeit gewissermaßen drei Stadien: (1.) Etwa bei einer Lebererkrankung, die absehbar eine Transplantation notwendig macht, kann es zunächst eine verzögernde oder mildernde Therapie geben. Dann kann eine Transplantation auch angesichts ihrer Risiken zwar bereits medizinisch vertretbar, muss aber nicht Pflicht sein. (2.) Schließlich wird die Behandlung bei Dringlichkeit Pflicht. Wenn die Pflicht zur Zuteilung und Transplantation eines Spenderorgans mit gleichen Pflichten anderen Erkrankten gegenüber kollidiert, kann die Höhe der Gefahr und somit die Dringlichkeit den Rang der Pflichten untereinander bestimmen, so dass nur die dringlichste Zuteilung des Organs rechtmäßig ist. (3.) In den akuten Fällen aber bilden die Laborparameter nur noch so geringe Differenzen der Lebensgefahr und Dringlichkeit ab, dass anhand dessen eine Rangfolge der Pflichten nicht mehr aufgestellt werden kann. So ist es auch in den hier interessierenden Beatmungsfällen.

Das Kriterium der Dringlichkeit kann also auf drei Stufen relevant werden, ändert aber jeweils seinen rechtlichen Effekt und verliert gleichsam an Bedeutung: Es ist zuerst pflicht-, dann rang- und schließlich bloß motivbestimmend in dem Sinne, dass es die rechtliche Wahlfreiheit der Ärzte nicht

⁷ Sehr deutlich auch die vorweggenommene Kritik *Kindhäusers* zu diesem Vorsachlag, *ders.*, ZStW 120 (2008) 481 (495): „Geht es um höchstpersönliche Güter verschiedener Personen, so ist evident, dass der Hinweis auf die Verringerung des Schädigungsrisikos bezüglich einer Person die Tatbestandsmäßigkeit der tatsächlich eingetretenen Schädigung der anderen Person nicht tangiert, geschweige denn ausschließt. Und dabei wird deutlich, dass es nicht um die Verringerung eines Risikos, sondern um die Saldierbarkeit von Schäden geht. Was bei ein und demselben Opfer zwar nicht plausibel, aber immerhin konstruktiv möglich erscheint, nämlich die Verrechnung von drohenden Schäden auf Tatbestandsebene, ist bei Beeinträchtigungen verschiedener Personen ersichtlich verfehlt.“

⁵ Hierzu *Philipps*, *Der Handlungsspielraum*, 1974, S. 21 ff., 63 ff.

⁶ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (160 f.).

beseitigt, sondern ihrer Entscheidung einen vernünftigen Grund gibt. In diesem Fall hat die Missachtung des Dringlichkeitskriteriums aber strafrechtlich keine Folgen.

Auch das Kriterium der Erfolgsaussicht kann auf allen dieser drei Stufen relevant werden: (1.) Eine Behandlungspflicht kann zu verneinen sein, falls eine Behandlung absehbar eine festzulegende Mindestnutzenschwelle nicht erreicht. Eine rechtswidrige Bestimmung enthielten insoweit die Richtlinien der Bundesärztekammer für die Leberallokation.⁸ Alkoholsüchtige waren wegen fehlender Erfolgsaussicht von der Organzuteilung ausgeschlossen, wenn sie nicht sechs Monate lang abinent gelebt haben. In den Beatmungsfällen dürfte die Mindestnutzenschwelle bereits dann überschritten sein, wenn der Tod durch die Beatmung zunächst verhindert wird – auch wenn eine Heilung unwahrscheinlich oder absehbar ist, dass der Patient nicht mehr selbständig atmen können wird. In derartigen Fällen kann auch eine Patientenverfügung zu beachten sein, die eine Behandlung untersagt. Sie ist zwar systematisch erst für die Rechtfertigung relevant, verhindert aber ebenfalls, dass eine Pflichtenkollision entsteht.

Ein Arzt, der trotz fehlender Pflicht einen Patienten behandelt und deswegen einen anderen pflichtwidrig nicht behandelt, macht sich wegen eines Unterlassungsdelikts strafbar. (2.) Das Unterlassen einer Behandlung in Missachtung des Kriteriums der Erfolgsaussicht kann im Allgemeinen ferner dann strafbar sein, sofern dieses Kriterium rangbestimmend im Rahmen einer ungleichrangigen Pflichtenkollision ist. Abhängig von der Definition der Mindestnutzenschwelle ist das in den Beatmungsfällen aber kaum relevant. Nur auf diese Weise könnten aber *Jäger/Gründel* ihre Auffassung begründen, dass in Extremfällen regelwidrigen Verhaltens zu bestrafen sei, denn aus dem Risikoverringerungskriterium können sie diese Folgerung nicht entwickeln.⁹ (3.) Strafrechtlich folgenlos bleibt es schließlich, wenn man Erfolgsaussichten, die über die Mindestnutzenschwelle hinausgehen, nicht berücksichtigt, da insoweit eine gleichrangige Pflichtenkollision angenommen werden muss.

IV. Mögliche rechtliche Relevanz bei der Kollision gleichrangiger Pflichten

Wenn man dies ändern und die Missachtung der Dringlichkeit oder Erfolgsaussicht bei einer gleichrangigen Pflichtenkollision strafrechtlich ahnden möchte, fragt sich, ob es möglich wäre, die Rechtfertigung zu verneinen.

Konstruktiv könnte dies möglich sein, wenn man jene Kriterien wie eine formelle Rechtfertigungsvoraussetzung auffasst. Allgemein kann die Rechtfertigung, auch wenn eine Rechtfertigungslage grundsätzlich vorliegt, an die Beachtung formeller Voraussetzungen geknüpft sein. Medizinrechtlich etwa ist statuiert, dass aufgeklärt werden muss, damit wirksam eingewilligt werden kann. §§ 1901a ff. BGB enthalten Bestimmungen für den Fall, dass eine Behandlung unterlassen oder abgebrochen werden soll und eine entsprechende Patientenverfügung oder Betreuung gegeben ist. Ein Beispiel

aus einem anderen Rechtsbereich ist der Richtervorbehalt bei Durchsuchungen oder Festnahmen. Diese Verfahrensregeln bezwecken, die Interessen der Person zu schützen, in deren Güter eingegriffen wird. Sie sollen sicherstellen, dass die materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung vorliegen, und die Entscheidungen zusätzlich legitimieren. Das garantiert insbesondere die Einschaltung eines Richters als geschensfernen Beobachters.

Missachtet man die formellen Regeln, ist man nicht gerechtfertigt; klärt ein Arzt vor einer Einwilligung nicht oder fehlerhaft auf, ist die Einwilligung wirkungslos. Die Rechtsprechung begrenzt indes die Strafbarkeit der Regelmissachtung, indem sie das Argument zulässt, dass bei Beachtung der Regeln eine Rechtfertigung gegeben gewesen wäre.¹⁰ Der sogenannten hypothetischen Einwilligung entspricht die hypothetische Anordnung der jeweiligen Maßnahme bei einem Richtervorbehalt.¹¹

Die positiven wie negativen Diskriminierungskriterien bei der Kollision gleichrangiger Pflichten sind aber den formellen Rechtfertigungsvoraussetzungen nicht hinreichend ähnlich. Sie unterscheiden sich von ihnen zuvörderst durch ihren Zweck (vgl. unter II.). Wenn man eine positive Diskriminierungsregel missachtet, fällt man ferner notwendig eine inhaltlich abweichende Entscheidung. Das zeigt deutlich, dass diese Regeln gerade materiellen und nicht nur formellen Charakters sind. Sie können daher nicht formellen Rechtfertigungsvoraussetzungen gleichgestellt werden. Würde man sie dagegen als materielle Rechtfertigungsvoraussetzungen anerkennen, verlässt man den Rahmen der gleichrangigen Pflichtenkollision. Man wiese ihnen dann einen rangbestimmenden Charakter zu und machte aus der gleichrangigen eine ungleichrangige Pflichtenkollision, bei welcher der Adressat der höherrangigen Pflicht folgen muss.

Selbst wenn der Gesetzgeber die Diskriminierungsregeln statuieren würde, könnte das aber keine Auswirkungen auf den Rang der strafrechtlichen Pflichten und die Strafbarkeit wegen Totschlags haben. Es würde der Lebenswertindifferenz widersprechen: Eine strafrechtliche Verpflichtung, den aussichtsreichsten Fall dem anderen vorzuziehen, würde darüber hinweggehen, dass auch für den anderen Fall Rettungschancen bestehen. Bei geringeren Differenzen der Dringlichkeit hingegen ist es nur eine Frage kurzer Zeit, bis der andere Fall ebenso dringlich wird. Auch bei der Verletzung von Diskriminierungsverboten könnten Ärzte nicht darauf verpflichtet werden, stattdessen entgegengesetzt zu entscheiden. Das würde der Lebenswertindifferenz ebenso widersprechen wie die Diskriminierung. Wie will man in all diesen Fällen einem Patienten, der durch das regelwidrige Verhalten eines Arztes gerettet wurde, erklären, dass er von Rechts wegen nicht hätte gerettet werden dürfen?

Eine eventuelle gesetzliche Festlegung von Regeln für den Umgang mit einer gleichrangigen Pflichtenkollision hat

⁸ BGHSt 62, 223, Rn. 36 ff.

⁹ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (161).

¹⁰ BGH JZ 2004, 799 (Bandscheibenfall), kritisch *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2019, § 11 Rn. 3.

¹¹ Relevant wurde diese Erwägung im Fall *Jalloh*, BGHSt 59, 292, Rn. 74 ff. Kritisch *Dehne-Niemann*, HRRS 2017, 174 ff. Allgemeiner Überblick bei *Böse*, ZIS 2016, 495.

demnach keine Auswirkungen auf die Rechtfertigung. Die Regelmissachtung kann aber durch gesonderte Strafgesetze sanktioniert werden. Falls ein Dritter die Entscheidungsgründe manipuliert – so im Fall des Göttinger Transplantationschirurgen – kommt eine Strafbarkeit wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft in Betracht.¹²

Sofern im Übrigen keine Rechtsfolgen an die Regelmissachtung geknüpft sind, erscheint eine explizite Regelung nicht angebracht. Die Kriterien der Dringlichkeit und Erfolgsaussicht liegen sowieso in der Teleologie ärztlicher Tätigkeit. Näher konkretisierende Kriterien können inhaltlich kaum vom Recht vorgegeben werden, da sie fachspezifischen Charakter haben. Angesichts der Vielfalt relevanter Kriterien und der Perspektiven- und Erfahrungsabhängigkeit ihrer Beurteilung ersetzt die Einschätzung der Fachgemeinschaft die politische und juristische Entscheidung.¹³ Daher liegt es auch nahe, im Einzelfall, sofern zeitlich möglich, mehrere Ärzte entscheiden zu lassen und eventuell nur diese formelle Voraussetzung rechtsförmig festzulegen.

V. *Quieta non movere* als ergänzendes Entscheidungsprinzip?

Das Dringlichkeitskriterium knüpft die Auswahl an die zufällige Priorität eines Falls gegenüber einem anderen. Der zurückgestellte Fall kann indes binnen kurzem ebenso dringlich werden wie der bevorzugte. Wenn inzwischen kein weiteres Gerät frei geworden ist, stellt sich erneut die Wahl zwischen beiden Patienten. Falls der zunächst zurückgestellte Patient bessere Erfolgsaussichten hat, müsste ihm nunmehr der Beatmungsplatz zukommen und die Beatmung des ersten beendet werden. Da infolgedessen der erste versterben kann, scheinen Gebote und Verbote zu kollidieren: Die Gebote, den Tod des zweiten Patienten zu verhindern und ihn zu beatmen und die Verbote, den ersten zu töten und die Beatmung einzustellen. Eine Kollision gleichrangiger Gebote und Verbote ist indes nach herrschender Auffassung zugunsten der Verbote aufzulösen. Demnach dürfte der zweite Patient nicht beatmet werden. Das Verbot – *quieta non movere* – setzt sich durch; der zeitlich erste Patient hat Glück gehabt.

Trifft dies zu, wäre als Alternative diskutabel, die Erfolgsaussicht von vornherein stärker zu gewichten und Patienten mit geringer Erfolgsaussicht nicht zu beatmen, wenn absehbar ist, dass demnächst Patienten mit besseren Überlebenschancen beatmet werden müssen. Dieser Weg ist aber nicht gangbar. Gerade weil es sich nur um eventuelle künftige, aktuell noch nicht bestimmbare Pflichten handelt, liegt noch keine Pflichtenkollision vor, die es rechtfertigen könnte, einen beatmungspflichtigen Patienten nicht zu beatmen, obwohl es möglich ist.

Es ist also nötig die These zu überprüfen, dass es von Rechts wegen verboten sei, die Beatmung eines Patienten

zugunsten eines anderen zu beenden. Das *quieta non movere* wäre dann das einzige Auswahlkriterium, dessen Missachtung das Urteil begründen kann, dass Ärzte einen rechtswidrigen Totschlag begehen. Vor Bestrafung bewahrt werden könnten sie dann nur, wenn man eine entschuldigende Pflichtenkollision als übergesetzlichen Notstand annimmt.¹⁴

VI. Der Vorrang eines Verbots bei Kollision mit einem gleichrangigen Gebot

Das Verbot *quieta non movere* lässt sich aus dem positiven Recht begründen, sofern man es auf das Prinzip zurückführen kann, dass bei einer Kollision eines Verbots und Gebots, die gleichwertigen Interessen dienen, dem Verbot und somit der Erhaltung des Bestehenden der Vorrang zukommt. Der Vorrang des Verbots lässt sich nach herrschender Meinung aus § 34 StGB herleiten.¹⁵ Demnach ist eine Tat nur dann gerechtfertigt, wenn sie in Verfolgung eines überwiegenden Interesses erforderlich ist. Einen Menschen zu töten, um einen anderen zu retten, ist demnach nicht erlaubt, weil auf beiden Seiten dasselbe Interesse steht.

Das Argument aus § 34 StGB ist indes in der hier gegebenen Situation angreifbar. Überzeugend ist es nur, wenn auch die Gegenprobe funktioniert, also auch das Unterlassen gerechtfertigt ist, den neu hinzukommenden Patienten zu versorgen.

Die Notstandsregelung des § 34 StGB betrifft sowohl Fälle, in denen es im Belieben des Täters steht, ob er den ihm selbst drohenden Schaden abwendet, als auch Dreieckskonstellationen, in denen dem Täter nicht nur erlaubt, sondern geboten sein kann, den Schaden abzuwenden, der einem Dritten droht. Hier handelt es sich um eine solche Dreieckskonstellations mit gebotener Gefahrabwendung. Hinzu kommt aber, dass das Leben beider Patienten in Gefahr ist und die Ärzte bereits eine Gefahr abwenden, als der zweite Patient hinzukommt. Das ändert zwar nichts am Ergebnis, dass § 34 StGB das Abschalten zugunsten des zweiten Patienten nicht rechtfertigt, führt aber dazu, dass § 34 StGB auch das Unterlassen der Versorgung des zweiten Patienten nicht rechtfertigt. Prüft man anhand § 34 StGB, ob es gerechtfertigt ist, den noch nicht behandelten Patienten nicht zu versorgen, muss man fragen, ob dieses Unterlassen erforderlich ist, um eine Gefahr vom Erhaltungsgut, also dem Leben des bereits versorgten Patienten abzuwenden – was zu bejahen ist. Ferner muss auch in dieser Perspektive das Interesse am Eingriffsgut dem am Erhaltungsgut überwiegen – was zu verneinen ist. Demnach folgt die Rechtfertigung des Unterlassens nicht aus § 34 StGB.

Dieses Argument wäre nur zu widerlegen, wenn darstellbar wäre, dass der bereits beatmete Patient, da schon behandelt, nicht mehr in Lebensgefahr ist. Diese Annahme würde aber die apparative Versorgung, welche die Gefahr andauernd abwendet, gleichsam naturalisieren, also so ansehen, als ob sie zum Körper des Patienten gehört. Jedoch ist die medi-

¹² Vgl. jedoch BGHSt 62, 223, Rn. 42 ff. Kritisch *Ast*, HRRS 2017, 500; zu Folgeentscheidungen *Lorenz*, *medstra*, 2020, 156.

¹³ Vgl. zu diesen beiden Möglichkeiten der Institutionalisierung von Erwartungen *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 1987, S. 77 ff.

¹⁴ Vgl. hierzu *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (155); *Ast*, JuS 2017, 867 (873).

¹⁵ *Küper*, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, S. 32 ff., 119.

zinische Versorgung eine ärztliche Leistung, und der Arzt unterlässt daher die Beatmung des neu hinzukommenden, um die fortbestehende Lebensgefahr vom bereits behandelten Patienten abzuwenden. Deswegen ist § 34 StGB einschlägig, um das Unterlassen zu beurteilen.

Das Ergebnis wäre, gemessen allein an § 34 StGB, dass der behandelnde Arzt weder abschalten noch die Behandlung des zweiten Patienten unterlassen darf. Das Unterlassen ist dabei gerade deshalb nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt, weil dem Behandelnden die fortgesetzte Abwendung der Gefahr für den ersten Patienten als eigene Leistung zuzurechnen ist. Für einen nicht behandelnden Arzt würde dagegen die Rechtfertigung des Unterlassens daraus folgen, dass ihm gem. § 34 StGB der Zugriff auf das Rettungsmittel nicht erlaubt ist, da er die Gefahr für den anderen Patienten nicht selbst abwendet.

Für behandelnde Ärzte liegt die Schlussfolgerung nahe, dass sie in dieser Sonderkonstellation wählen können, entweder das Gebot oder das Verbot zu befolgen. Mit diesem Ergebnis wird der Rechtfertigungsgrund der gleichrangigen Pflichtenkollision also prima facie auf die Kollision eines Gebots und Verbots ausgedehnt – jedoch nur scheinbar. Das aus § 34 StGB entwickelte Argument beruht darauf, dass der Arzt die Lebensgefahr für den bereits behandelten Patienten abwendet. Berücksichtigt man, dass dem Arzt die weitere Behandlung dieses Patienten geboten ist, handelt es sich in Wirklichkeit um eine Kollision von zwei gleichrangigen Geboten. Deshalb hat der Arzt die Wahl, welchem er folgt.

VII. Der ärztliche Behandlungsabbruch als Unterlassungstat

Dieses Ergebnis lässt sich durch die Analyse der Deliktsform bestätigen. Dass der Arzt die Beatmung beendet und somit die weiterhin erforderliche Behandlung unterlässt, ist tatbestandlich als Unterlassungstat zu bewerten. Der Schwerpunkt einer präsumtiven Vorwerfbarkeit liegt auf dem Unterlassen des Weiterbeatmens. So haben es der *I. Senat* des BGH und große Teile der Literatur in Fällen gesehen, in denen ein Arzt die lebenserhaltenden Maßnahmen beendet.¹⁶ Wegen der engen Verknüpfung von Tun und Unterlassen hat *Roxin* diese Fälle als „Unterlassen durch Tun“ beschrieben.¹⁷ Auch *Engischs* Kriterium des Energieeinsatzes trägt dieses Ergebnis.¹⁸ Es ist nicht auf der beschreibenden, sondern der norma-

¹⁶ BGHSt 40, 257 (261 f. Rn. 31). Der *Senat* geht dann aber von mittelbarer Täterschaft eines Unterlassens (also einem Begehungsdelikt) aus, behandelt den Fall also wie das Vereiteln von Rettungshandlungen anderer und nicht wie ein eigenes Unterlassen des Arztes. Hierzu kritisch *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 167 f. Die Zurechnung von Leistungen, die durch andere oder technische Geräte erbracht werden, als Gebotserfüllung, trifft auf einen blinden Fleck der Strafrechtsdogmatik.

¹⁷ *Roxin*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 380.

¹⁸ *Engisch*, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 309, (324 ff.).

tiven Ebene aussagekräftig, denn es fordert auf zu überlegen, ob man von dem Täter lediglich das Unterlassen einer Handlung oder – eventuell damit verbunden – eine Leistung verlangt.

In seinem Urteil zum Behandlungsabbruch hat der 2. *Senat* des BGH obiter dictu von dieser Beurteilung Abstand genommen, obgleich im zugrundeliegenden Fall unumstritten nur eine Begehungstat zur Rede stand, weil ein Außenstehender die weitere Behandlung unterbunden hatte.¹⁹ Das Abschalten einer lebenserhaltenden Maschine als eine Unterlassungstat zu bewerten, sei eine „Umdeutung“ eines Tuns in ein Unterlassen. Es sei ein juristischer Trick allein zu dem Zweck, die Straflosigkeit zu begründen. Demnach verbiegt man die Sprache und verschließt die Augen vor den Tatsachen, die doch offen und eindeutig vor uns liegen.

Angesichts der gefestigten, normorientierten Abgrenzungsmethode der Rechtsprechung, die nach der „Vorwerfbarkeit“ fragt, war jene Bemerkung des BGH eine Entgleisung. Der Vorwurf, den sie erhebt, zeugt von mangelnder methodischer Reflexion. Er verkennt die Auswirkungen der für das Recht grundlegenden Unterscheidung von Beschreiben und Bewerten. Beschreibend liegen sowohl eine Handlung durch Tun – das Abschalten – als auch ein Unterlassen weiterer Behandlung vor. In der Bewertung muss das Geschehen gegebenenfalls als Delikt bestimmter Art eingeordnet werden – als Begehungsdelikt und/oder Unterlassungsdelikt. Dabei muss die Frage entschieden werden, ob der Tatbestand beider Delikte oder nur eines Delikts verwirklicht ist. Wenn man davon ausgeht, dass diese Bewertungsfrage auf beschreibender Ebene aufzulösen wäre, unterliegt man einem naturalistischen Fehlschluss. Jede vortatbestandliche Prüfung und Entscheidung der Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist deshalb im Ansatzpunkt verfehlt.²⁰ Ob nur ein Delikt bzw. eine Tat (= Tatbestandsverwirklichung) oder zwei Delikte bzw. Taten vorliegen, muss sich deshalb an den Tatbestandsvoraussetzungen festmachen lassen.²¹ Weil eine ursächliche Handlung vorliegt und dem Arzt Tötungsvorsatz zugeschrieben wird, könnte man glauben, um eine Bewertung als Begehungstat nicht herum zu kommen. Sowohl über den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand ginge man damit aber zu oberflächlich hinweg:

VIII. Der objektive Tatbestand der Begehungstat

Der objektive Tatbestand setzt voraus, dass die ursächliche Anknüpfungshandlung, also das Abschalten des Geräts, unerlaubt ist. Da das Gesetz lediglich das Verbot des Tötens vorgibt, muss es sich darstellen lassen, dass aus dem Verbot des

¹⁹ BGHSt 55, 191, Rn. 30 ff. Zur Kritik *Ast*, ZStW 124 (2012), 612 (625, 627 ff.); *Haas*, JZ 2016, 714 (725 f.). Zur Einordnung als mittelbare Täterschaft *Ast*, HRRS 2017, 500 (502 ff.).

²⁰ So etwa auch *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (2); *ders.*, in: Bublitz/Bung/Grünewald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband II, 2020, S. 1163 (1170 f.), der für eine Lösung auf Konkurrenzebene eintritt.

²¹ Ebenso *Haas*, JZ 2016, 714 (716).

Tötens teleologisch das Verbot des Abschaltens abzuleiten ist. Hierzu muss zunächst die Anknüpfungshandlung als prospektiv geeignet erscheinen, den Tod zu verursachen. Das ist gegeben. Ferner muss das präsumtive Verbot der Anknüpfungshandlung bezwecken zu verhindern, dass der Verbotsadressat den Tod verursacht. An dieser Systemstelle ist die Abgrenzung zum Unterlassungsdelikt zu thematisieren, denn es kommt ein alternativer Zweckbezug des Verbots in Betracht: Das Abschalten ist zugleich geeignet zu verhindern, dass man die weitere Beatmung aufrechterhält und dadurch den Tod des Patienten verhindert. Das Abschalten ist auf der deskriptiven Ebene ebenso eng mit dem Unterlassen des Weiterbeatmens verknüpft, wie es auf der teleologischen Ebene das entsprechende Verbot mit dem Gebot wäre. So wäre es teleologisch widersprüchlich, einerseits das Verbot des Abschaltens zu bejahen, andererseits das Gebot des Weiterbeatmens zu verneinen. Beide Normen sind aneinandergelockt, so dass für beide nur ein einheitlicher Zweckbezug angenommen werden kann. Diese Kopplung führt dazu, dass bei Missachtung beider Normen, nur ein Delikt angenommen werden kann. Hierin liegt die Notwendigkeit begründet, das Begehungs- vom Unterlassungsdelikt bereits auf Tatbestands-ebene abzugrenzen.

Beide Normen können demnach nur zusammen entweder allein auf das Begehungsdelikt oder das Unterlassungsdelikt bezogen werden. Auf welches Delikt sie bezogen werden, entscheidet wiederum ihre Teleologie: Wenn das Gebot (als einem Verbot „akzessorisches“) zu verhindern bezweckt, dass derselbe Adressat den Erfolg (verboten) verursacht, sind sie dem Begehungsdelikt zugeordnet; wenn das Verbot (als einem Gebot akzessorisches) zu ermöglichen bezweckt, dass derselbe Adressat (wie geboten) verhindert, einem Unterlassungsdelikt.²²

Demnach müsste man, wenn man ein Begehungsdelikt annähme, dem Gebot des Weiterbeatmens den Zweck zuweisen zu verhindern, dass der Arzt den Tod des Patienten durch Abschalten verursacht. Das ist offensichtlich widersinnig. Vielmehr hat das Verbot des Abschaltens den Zweck, das weitere Beatmen zu ermöglichen. Fälle einer umgekehrten Zuordnung beider Normen haben demgegenüber einen ganz anderen Charakter: Es wird im Hinblick auf das Tötungsverbot eine Handlung geboten, die präventiv verhindert, dass der Normadressat den Tod durch eine andere Handlung verursacht. Die Vornahme jener Handlung steht aber aus der Sicht des Tötungsverbots in seinem Belieben. Dadurch hat das Gebot nur bedingten Charakter und das Verbot eine typische „ohne-zu“-Struktur. Beispiele aus der ärztlichen Praxis sind das Verbot, ein Medikament ohne vorherige Konsultation des zuständigen Arztes herauszugeben, oder zu operieren, ohne sich zuvor die Hände desinfiziert zu haben. Demgegenüber hat das Gebot der Beatmung unbedingten Charakter. Auch

²² Die Unterscheidung ist somit nicht auf der Ebene des Inhalts, sondern des Zwecks der Normen angesiedelt. Daher geht die Kritik von Haas, JZ 2016, 714 (716), fehl; auch, sofern sie sich auf den Fall BGHSt 55, 191, bezieht, in welchem auch nach den hier dargestellten Kriterien eine Begehungstat gegeben ist.

deshalb kann seine Zuordnung zum Begehungsdelikt nicht überzeugen. Sie würde die Voraussetzung der Garantenstellung überflüssig machen und die Strafmilderung für ein Unterlassen umgehen.

Die entscheidende Frage ist demnach allein: Muss ich, wenn ich das fragliche Verbot postuliere, teleologisch notwendig eine alternative oder spätere Handlung gebieten. Das ist immer dann der Fall, wenn die präsumtiv verbotene Handlung eine Handlung unmöglich macht, die unter derselben Zwecksetzung teleologisch zwingend zu gebieten ist. Wenn man einem Arzt den Abbruch der Behandlung verbietet, muss man ihm teleologisch notwendig gebieten, die Behandlung fortzusetzen, weil man sich andernfalls in einen Widerspruch zu den eigenen Zweckprämissen setzen würde. Das Verbot bezweckt das Verhindern des Todes. Der Tod des Patienten ist in dieser Situation aber nur zu verhindern, wenn zugleich etwas getan, nämlich der Patient weiter behandelt wird.

Der Aspekt des mit dem Tun verbundenen Unterlassens bzw. mit dem Verbot verbundenen Gebots ist im Fall des Maschineneinsatzes nicht so auffällig wie wenn der Arzt selbst körperlich tätig würde.²³ Nimmt man eine Begehungstat des behandelnden, verantwortlichen Arztes an, fasst man das Beatmungsgerät aber, wie oben schon gesagt, wie einen Teil des Körpers des Patienten auf – man naturalisiert also diese technische Einrichtung. Das blendet aus, dass die Beatmung eine dem Patienten erbrachte Leistung ist, die einem anderen zurechenbar und für deren Erbringung er verantwortlich ist.²⁴ Wenn sich das Verbot nur auf das Beenden dieser Leistung richtet, muss man ein komplementäres Gebot annehmen, diese Leistung weiterhin zu erbringen.

IX. Der subjektive Tatbestand

Der objektive Sachverhalt spiegelt sich im Subjektiven. Der Vorsatz einer Begehungstat unterscheidet sich vom Vorsatz einer Unterlassungstat, da er sich nicht allein auf den Erfolgseintritt bezieht, sondern auch auf die Relation zwischen Handelndem und Erfolg. Bei der Begehungstat will der Täter, dass der Erfolg abhängig von seinem Tun eintritt, das diesen Vorsatz manifestiert; bei der Unterlassungstat weiß er den Erfolg unabhängig von seinem Tun und will ihn nur nicht verhindern. Der Unterlassungsvorsatz ist schwächer und als solcher nicht handlungsäquivalent, da die Kenntnis der Verhinderungsmöglichkeit eine Zurechnung nicht begründen kann. Die Zurechnung wird erst objektiv durch die Missachtung des Gebots begründet, subjektiv durch das Wollen auch des Gebotsverstoßes.²⁵

Im Hinblick auf denselben Erfolg und anknüpfend an ein vorsatzmanifestierendes Handeln, kann dem Täter daher nicht

²³ Hierzu auch Frister, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 19.

²⁴ So insbesondere die Lösung von Haas, JZ 2016, 714 (721 f.), der dem Patienten wegen der Garantenstellung des Arztes das Recht an der Maschine zuweist und bei nicht konsentiertem Abschalten wegen der Rechtsverletzung eine Begehungstat auch seitens des behandelnden Arztes bejaht.

²⁵ Ast, Handlung und Zurechnung, 2019, S. 196 ff.

zugleich der Vorsatz einer Begehungs- und Unterlassungstat zugeschrieben werden. Das Beenden der Beatmung manifestiert ein Wollen, das lediglich darauf gerichtet ist, den Tod des Patienten nicht weiter zu verhindern. Den Tod kann der Arzt nicht als sein Werk verstehen, sofern ihm die Abwendung des Erfolgs nicht geboten ist. Der Patient stirbt an einer natürlichen Ursache, seiner Krankheit. Der Arzt unterlässt es lediglich, sie weiterhin aktiv zu unterdrücken. Er hat nur Unterlassungsvorsatz und verwirklicht nur eine Unterlassungstat.

Indem ein verantwortlicher Arzt das Beatmen eines Patienten beendet, tötet er somit mangels Vorsatzes nicht und missachtet daher auch nicht das Verbot zu töten. Vielmehr unterlässt er, den Tod des Patienten zu verhindern. Auf der Ebene der erfolgsbezogenen Normen liegt daher eine Kollision zwischen dem strafgesetzlichen Gebot, den Tod zu verhindern und dem Verbot zu töten nicht vor, sondern es kollidieren zwei Verhinderungsgebote. Sowohl auf der Ebene derjenigen Normen, die sich auf Erfolge als auch derjenigen, die sich auf geeignete Handlungen beziehen (Pflichten), liegt somit eine Kollision von Geboten vor. Auf sie sind die Regeln der rechtsfertigen Pflichtenkollision anwendbar.

Die Dogmatik kann nicht davon absehen, die relevanten Handlungen und Unterlassungen, Gebote und Verbote genau zu analysieren. Viel Schaden hat auch hier die Bemerkung des 2. *Senats* angerichtet, der Behandlungsabbruch sei durch eine Vielzahl von Handlungen und Unterlassungen gekennzeichnet, weshalb es auf die Abgrenzung von Begehung und Unterlassung nicht ankomme.²⁶ Bei einem Einbruchsdiebstahl beachtet man auch nicht jeden Schritt, den ein Dieb tut oder nicht tut, sondern nur die eventuellen tatbestandlichen Handlungen und deren Ausführungshandlungen. Das sind beim Behandlungsabbruch genau vier relevante, eventuell verwirklichte Handlungen und Unterlassungen: gegebenenfalls das Unterlassen, die Maschine zu betreiben, dadurch das Unterlassen, den Tod abzuwenden, das Abschalten der Maschine, dadurch eventuell das Töten. Dieser Komplexitätsgrad sollte die Dogmatik nicht überfordern. Es besteht auch kein Anlass, ad hoc neue Kategorien zu entwickeln, die dann erst die Dogmatik unnötig verkomplizieren, weil sie sich nicht systematisch einfügen. So haben Begriff und Voraussetzungen des Behandlungsabbruchs auf der Ebene des Tatbestands nichts zu suchen, sondern gehören zur rechtfertigenden Einwilligung, die sich ebenso auf eine Begehungs- wie Unterlassungstat beziehen kann. Nur wenn man sie in diesem Sinn versteht, ist die Argumentation des *Senats* tragfähig.

Eine ähnliche Strategie, neue Kategorien einzuführen, verfolgen *Jäger/Gründel*. Sie meinen, dass die Unterscheidung

von Handlungs- und Unterlassungspflichten unterkomplex sei, weshalb als dritte Kategorie die Rettungspflicht zu etablieren sei.²⁷ Ähnlich wie unter den Begriff des Behandlungsabbruchs fallen unter den der Rettung alle Handlungen und Unterlassungen, die dazu jeweils erforderlich sind. Das löst das Problem aber nicht, weil die Rettung eines anderen eine Handlung und die Rettungspflicht deshalb eine Handlungspflicht ist. Deshalb funktioniert die Unterscheidung von drei gleichgeordneten Pflichttypen (Handlung/Unterlassung/Rettung) nicht. Dass aus dem Gebot der Rettung sowohl Gebote rettungsgerechter Handlungen als auch Verbote rettungsvereitelnder Handlungen teleologisch folgen, wurde oben gezeigt. Um das begrifflich abbilden zu können, muss man in der Tat drei Normentypen unterscheiden, jedoch in ganz anderer Weise als *Jäger/Gründel*: (1.) Gebote oder Verbote erfolgsvoraussetzender Handlungen (bzw. Verursachungen), (2.) Gebote bzw. Verbote von erfolgsgeeigneten Handlungen und (3.) Verbote bzw. Gebote von erfolgsvereitelnden Handlungen, hier so genannte akzessorische Normen. Dann zeigt sich, dass diese dritte Gruppe für die Einordnung als Begehungs- oder Unterlassungstat und dementsprechend für die Frage der rechtfertigenden Normkollision nicht beachtlich ist.

X. Fazit

Strafrechtlich ist es den Ärzten somit erlaubt, die Beatmung eines Patienten zugunsten eines anderen mit besserer Überlebenschance zu beenden. Es ist ihnen jedoch nicht geboten, so zu handeln, denn die Auswahlkriterien bei der Kollision gleichrangiger Pflichten sind strafrechtlich nicht verbindlich. Die Ärzte können daher dem Prinzip des *quieta non movere* durchaus Vorrang vor der Erfolgsaussicht einräumen. Es erspart ihnen aber nicht die Entscheidung.

Jede, auch eine mögliche gesetzliche Festschreibung der Auswahlkriterien, würde den Ärzten zwar die Entscheidungslast abnehmen. Wegen der Gleichrangigkeit der Pflichten könnte sie aber nicht eine Strafbarkeit wegen Tötungsdelikten begründen. Insofern ist auch der Gesetzgeber nicht gefordert. Vielmehr kann die Festlegung der Kriterien der medizinischen Diskussion überlassen bleiben.

Die Corona-Epidemie hat somit zumindest für die Dogmatik der Abgrenzung von Begehungs- und Unterlassungstaten einen positiven Effekt: Der nach dem Urteil zum Behandlungsabbruch verbreitete dogmatische Schlummer wurde jäh beendet.

²⁶ BGHSt 55, 191, Rn. 31. Zustimmend *Hoven*, JZ 2020, 449 (453 f.), die daraus ableitet, dass auch ein tatbestandliches Töten bei gleichrangiger Pflichtenkollision gerechtfertigt sein kann. Dagegen verneinen *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (134 f.) ein Töten und begründen das mit der fehlenden Rechtszuweisung am Beatmungsgerät – auf der dogmatischen Grundlage von, aber im Ergebnis genau entgegengesetzt zu *Haas*.

²⁷ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (157 ff.).